

**BRENA KÉSSIA SIMPLÍCIO DO BOMFIM**

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: CAMINHOS PARA A  
INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Estêvão Mallet

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
SÃO PAULO-SP  
2022**

BRENA KÉSSIA SIMPLÍCIO DO BOMFIM

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: CAMINHOS PARA A  
INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO**

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito. Área de concentração: Direito do Trabalho e da Seguridade Social (2138 – DTBS).

Orientador: Prof. Dr. Estêvão Mallet.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Bomfim, Brena Késsia Simplicio do  
Controle de Convencionalidade: caminhos para a  
internacionalização do Direito do Trabalho brasileiro  
; Brena Késsia Simplicio do Bomfim ; orientador  
Estêvão Mallet -- São Paulo, 2022.

290 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade  
de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Constitucionalismo global. 2. Controle de  
convencionalidade. 3. Direito do trabalho. 4.  
Doutrina brasileira. 5. Interpretação  
internacionalista. I. Mallet, Estêvão, orient. II.  
Título.

---

Nome: BOMFIM, Brena Késsia Simplício do

Título: Controle de Convencionalidade: caminhos para a internacionalização do Direito do Trabalho brasileiro

Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

---

---

---

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

---

---

---

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

---

---

---

## AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, pelo dom da vida e por todas as graças alcançadas.

Ao meu pai, Antônio Mesquita do Bomfim, por ter me feito acreditar que, um dia, seria aluna da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Ao meu orientador, Professor Doutor Estêvão Mallet, por ser minha inspiração profissional diária e por ter me oportunizado ser sua assistente nas salas de aula do Largo de São Francisco, ensinando-me ali que o maior brilhantismo advém do compromisso, da seriedade e da simplicidade.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, agradeço em nome do Professor Doutor André de Carvalho Ramos, sem o qual esta pesquisa não teria evoluído para este resultado final.

Aos Professores da banca examinadora, agradeço os ensinamentos em nome da Professora Doutora Ana Maria D'Ávila Lopes, que me apresentou a doutrina da convencionalidade, no curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Fortaleza.

À minha mãe, Sione; à minha irmã, Isabela; e ao meu amado, George, por serem mais em mim mais do que eu mesma.

A todos os meus alunos pretéritos, presentes e futuros, por quem todo esforço é recompensado.

Obrigada!

"Cada um exerça o dom que recebeu para servir aos outros, administrando fielmente a graça de Deus em suas múltiplas formas."

1 Pedro 4:10 (BÍBLIA ON, [2022])

## RESUMO

BOMFIM, Brena Késsia Simplício do. **Controle de Convencionalidade: caminhos para a internacionalização do Direito do Trabalho brasileiro**. 2022. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A organização social contemporânea enfrenta desafios que são, progressivamente, cada vez mais comuns e globais. Esses problemas decorrem, dentre outros motivos, da crescente da globalização, da aceleração desenfreada da indústria capitalista de excessos e da dificuldade de estabelecer consensos em prol do que os povos esperam caracterizar como justiça social. Desde o início do Século XX, o direito, como ciência regida por um método, procura se organizar a fim de estabelecer a paz social, duradoura e universal, por meio da fixação de valores também comuns e globais. Neste intuito, surgem organismos internacionais legitimados a estabelecer e fomentar padrões consentidos pelos mais diversos Estados para determinar um patamar mínimo de civilidade e respeito ao ser humano a nível global. Sucede-se que a eficiência e o usufruto dessas garantias estão condicionados à fiscalização e ao monitoramento das ações dos Estados, que com esses direitos se comprometem, sob pena de ver declarada sua responsabilização internacional. No exercício desta vigilância dos padrões globais, as cortes e os órgãos de tratados internacionais, ao apreciar eventual responsabilidade do Estado, desenvolveram um controle originário de convencionalidade, doutrina que, gradativamente, aparece também no exercício hermenêutico dos intérpretes locais. Todavia, é comum apreciar que o processo de internacionalização dos direitos humanos tende a se esgotar na ratificação dos tratados, não se preocupando os intérpretes locais com a observação e a deferência à interpretação internacionalista originária. No Brasil, este problema aparece na aplicação da normatização internacional do trabalho, cuja exegese da norma alcançada pelos *experts* internacionais não é levada em consideração nas decisões domésticas que aplicam as disposições ratificadas. Este é o desafio desta pesquisa que propõe a utilização das ricas soluções da doutrina duplo controle de convencionalidade, eminentemente desenvolvida em estudos sobre o sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, para estimular o exercício de um verdadeiro controle de convencionalidade trabalhista brasileiro. Para isso, utiliza-se da exploração bibliográfica da doutrina da disciplina de direito internacional dos direitos humanos, bem como da teoria do controle de convencionalidade, por meio da análise de materiais publicados em livros, artigos e revistas científicas, bem como em decisões judiciais oficialmente publicadas. Ao se associar as reflexões da evolução do controle de convencionalidade no sistema regional de direitos humanos ao exercício do instituto em matéria trabalhista, conclui-se que um verdadeiro controle de convencionalidade trabalhista exige diálogo entre os órgãos de tratado internacionais, sobretudo os que compõem a Organização Internacional do Trabalho, e as cortes trabalhistas brasileiras e respeito dos intérpretes locais à interpretação internacional das garantias juslaborais como forma de consolidar os pisos globais mínimos do trabalho humano decente.

**Palavras-chave:** constitucionalismo global; controle de convencionalidade; direito do trabalho; doutrina brasileira; interpretação internacionalista.

## ABSTRACT

BOMFIM, Brena Késsia Simplicio do. **Control of Conventionality: paths for the internationalization of Brazilian Labor Law.** 2022. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Contemporary social organization faces challenges that are progressively more common and global. These problems stem, among other reasons, from the growing globalization, the unbridled acceleration of the capitalist industry of excesses and the difficulty of establishing consensus in favor of what people hope to characterize as social justice. Since the beginning of the 20th century, law, as a science governed by a method, seeks to organize itself in order to establish lasting and universal social peace, through the establishment of common and global values. To this end, international organizations have emerged legitimated to establish and promote standards agreed by the most diverse States to determine a minimum level of civility and respect for human beings at a global level. It follows that the efficiency and usufruct of these guarantees are conditioned to the inspection and monitoring of the actions of the States, which are committed to these rights, under penalty of having their international responsibility declared. In the exercise of this surveillance of global standards, the courts and international treaty bodies, when assessing the possible responsibility of the State, developed a control originating from conventionality, a doctrine that, gradually, also appears in the hermeneutic exercise of local interpreters. However, it is common to appreciate that the process of internationalization of human rights tends to end with the ratification of treaties, with local interpreters not being concerned with the observation and deference to the original internationalist interpretation. In Brazil, this problem appears in the application of international labor standards, whose exegesis of the standard achieved by international experts is not taken into account in domestic decisions that apply the ratified provisions. This is the challenge of this research that proposes the use of the rich solutions of the doctrine of double control of conventionality, eminently developed in studies on the inter-American regional system for the protection of human rights, to stimulate the exercise of a true control of Brazilian labor conventionality. For this, it uses the bibliographic exploration of the doctrine of the discipline of international human rights law, as well as the theory of conventionality control, through the analysis of materials published in books, articles and scientific journals, as well as in court decisions officially published. By associating the reflections on the evolution of conventionality control in the regional human rights system to the exercise of the institute in labor matters, it is concluded that a true control of labor conventionality requires dialogue between international treaty bodies, especially those that make up the International Labour Organization, and the Brazilian labor courts and respect of local interpreters to the international interpretation of labor guarantees as a way of consolidating the global minimum floors of decent human work.

**Keywords:** global constitutionalism; conventionality control; labor law; Brazilian doctrine; internationalist interpretation.



## RESUMÉ

BOMFIM, Brena Késsia Simplicio do. **Contrôle de la conventionnalité: voies pour l'internationalisation du droit du travail brésilien.** 2022. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

L'organisation sociale contemporaine fait face à des défis de plus en plus communs et mondiaux. Ces problèmes tiennent, entre autres, à la mondialisation croissante, à l'accélération effrénée de l'industrie capitaliste des excès et à la difficulté d'établir un consensus en faveur de ce que l'on espère qualifier de justice sociale. Depuis le début du XXe siècle, le droit, en tant que science régie par une méthode, cherche à s'organiser pour instaurer une paix sociale durable et universelle, à travers l'établissement de valeurs communes et globales. À cette fin, les organisations internationales ont émergé légitimées pour établir et promouvoir des normes convenues par les États les plus divers pour déterminer un niveau minimum de civilité et de respect des êtres humains au niveau mondial. Il s'ensuit que l'effectivité et l'usufruit de ces garanties sont conditionnés à l'inspection et au contrôle des actions des États, qui sont attachés à ces droits, sous peine de faire déclarer leur responsabilité internationale. Dans l'exercice de cette surveillance des normes mondiales, les tribunaux et les organes conventionnels internationaux, lors de l'évaluation de l'éventuelle responsabilité de l'État, ont développé un contrôle provenant de la conventionnalité, une doctrine qui, progressivement, apparaît également dans l'exercice herméneutique des interprètes locaux. Cependant, il est courant d'apprécier que le processus d'internationalisation des droits de l'homme tend à s'achever avec la ratification des traités, les interprètes locaux ne se souciant pas de l'observation et du respect de l'interprétation internationaliste d'origine. Au Brésil, ce problème apparaît dans l'application des normes internationales du travail, dont l'exégèse de la norme obtenue par les experts internationaux n'est pas prise en compte dans les décisions nationales qui appliquent les dispositions ratifiées. C'est l'enjeu de cette recherche qui propose l'utilisation des solutions riches de la doctrine du double contrôle de conventionnalité, éminemment développée dans les études sur le système régional interaméricain de protection des droits de l'homme, pour stimuler l'exercice d'un véritable contrôle de la convention du travail brésilienne. Pour cela, il utilise l'exploration bibliographique de la doctrine de la discipline du droit international des droits de l'homme, ainsi que la théorie du contrôle de la conventionnalité, à travers l'analyse de documents publiés dans des livres, des articles et des revues scientifiques, ainsi que dans des décisions de justice officiellement publiées. En associant les réflexions sur l'évolution du contrôle de la conventionnalité dans le système régional des droits de l'homme à l'exercice de l'institut en matière de travail, il est conclu qu'un véritable contrôle de la conventionnalité du travail nécessite un dialogue entre les organes conventionnels internationaux, en particulier ceux qui composent l'Organisation internationale du Travail, et les tribunaux du travail brésiliens et le respect des interprètes locaux à l'interprétation internationale des garanties du travail comme moyen de consolider les planchers minimaux mondiaux de travail humain décent.

**Mots clés:** constitutionnalisme global; contrôle de conventionnalité; droit du travail; doctrine brésilienne; interprétation internationaliste.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADTC	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BRICS	Brasil, Federação Russa, Índia, China e África do Sul
CAS	Comissão de Aplicação de Normas
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CADHP	Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CF/88	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
CFA	Comitê de Liberdade Sindical
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNC	Confederação Nacional do Comércio
CNI	Confederação Nacional da Indústria
Contag	Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura
ComissãoIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
CUT	Central Única dos Trabalhadores
DDHC	Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos

GPEDC	Cooperação Eficaz para o Desenvolvimento
FIDA	Fundo Internacional do Desenvolvimento Agrícola
FNUAP	Fundo das Nações Unidas para as Atividades sobre População
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
IBAS	China; Índia, Brasil e África do Sul
IRR	Incidente de Recurso Repetitivo
LGBTQQICAAPF2K+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Queer, Questio- nando, Intersexuais, Curioso, Assexuais, Aliados, Pansexuais, Polissexuais, Familiares, 2-espíritos e Kink
Mercosul	Mercado Comum do Sul
ODS	Objetivos do Desenvolvimento Sustentável
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU	Organização das Nações Unidas
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OPEP	Organização de Países Exportadores de Petróleo
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPPs	Parcerias Público-Privadas
RPU	Revisão Periódica Universal
SSTC	Cooperação Sul-Sul e Triangular
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCF	Tribunal Constitucional Federal
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UA	União Africana
UE	União Europeia
UNOSSC	Escritório das Nações Unidas para a Cooperação Sul-Sul

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	16
2	<b>PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS E HARMONIZAÇÃO DAS FONTES REGENTES DO LABOR HUMANO: CAMINHOS PARA UM DIREITO COMUM DO TRABALHO</b> .....	21
2.1	<b>Os métodos comparativos de estudo e de aperfeiçoamento do Direito a partir da alocação do indivíduo no centro dos sistemas jurídicos: uma releitura da teoria geral do Estado</b> .....	24
2.1.1	<i>Do Estado de Direito ao Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle</i> .....	27
2.1.1.1	<i>O método comparativo de interpretação constitucional</i> .....	40
2.1.1.2	<i>O Estado Constitucional Cooperativo brasileiro</i> .....	44
2.1.2	<b>Globalização dos riscos e mundialização do Direito: os estudos jurídicos comparativos de Mireille Delmas-Marty</b> .....	49
2.1.2.1	<i>Estudos jurídicos comparativos para a internacionalização do Direito</i> ....	53
2.1.2.2	<i>Como organizar a aparente desordem normativa entre o Direito comum e o Direito nacional: desafios do pluralismo jurídico (pluralismo ordenado)</i> .....	55
2.1.3	<b>Proteção multinível de direitos de distintas dimensões: a internacionalização dos padrões de trabalho humano como instrumento de manutenção da ordem pacífica mundial</b> .....	57
2.1.3.1	<i>A constitucionalização e a internacionalização de direitos prestacionais: os direitos trabalhistas são essenciais à preservação da condição humana?</i> .....	60
2.1.3	<b>Uma Organização Internacional especial para gerir padrões internacionais do trabalho: qual a personificação da OIT?</b> .....	63
2.2	<b>Pluralismo e universalização de direitos trabalhistas: é possível assegurar direitos trabalhistas globais conciliando pluralismo cultural e universalismo jurídico?</b> .....	67
2.3	<b>Como equacionar as ordens jurídicas trabalhistas para solucionar desafios comuns em sistemas jurídicos distintos?</b> .....	71
2.3.1	<b><i>O estágio atual do Direito Internacional do Trabalho: o protagonismo da hermenêutica nacional na interpretação dos standards internacionais</i></b> .....	71

2.3.2	<i>O diálogo internacional como instrumento de emancipação de um Direito do Trabalho global: o chamado à “creolização” dos padrões trabalhistas</i> .....	76
3	<b>CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE MATRIZ INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS PADRÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO HUMANO ...</b>	80
3.1	<b>A doutrina brasileira do controle jurisdicional de convencionalidade das leis</b> .....	83
3.1.1	<i>Controle de convencionalidade: precursores, origem, conceito e pressupostos</i> .....	84
3.1.2	<i>Teoria da dupla compatibilidade vertical material</i> .....	93
3.1.3	<i>Os efeitos da adoção da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal e seus efeitos na consolidação da doutrina de direitos humanos</i> .....	97
3.2	<b>O “verdadeiro” controle de convencionalidade desenvolvido perante a jurisprudência das Cortes Internacionais</b> .....	102
3.2.1	<i>Pressuposto do controle de convencionalidade: responsabilidade internacional dos Estados por violação de direito humano</i> .....	109
3.2.1.1	<i>Classificação e limites da responsabilidade internacional</i> .....	112
3.2.2	<i>Os processos internacionais de direitos humanos e a busca pelo universalismo concreto</i> .....	121
3.3	<b>Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: lições em busca de uma unidade interpretativa de standards</b> .....	122
3.3.1	<i>O sistema europeu de direitos humanos</i> .....	122
3.3.2	<i>O sistema americano ou interamericano</i> .....	133
3.3.2.1	<i>O juiz interamericano, os juízes locais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: internacionalismo contemporâneo ou novo constitucionalismo?</i> .....	137
3.3.3	<i>O sistema africano</i> .....	140
3.4	<b>Controle de convencionalidade de matriz internacional no sistema global de direitos humanos</b> .....	144
3.4.1	<i>Funções dos comitês da Organização das Nações Unidas</i> .....	148
3.4.2	<i>A administração dos padrões internacionais por Recomendações Gerais</i> .....	152

	<i>e Revisão Universal e Periódica</i> .....	
<b>4</b>	<b>CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ODE AO VERDADEIRO PLURALISMO JURÍDICO DIREITO DO TRABALHO DO BRASIL</b> .....	159
<b>4.1</b>	<b>A criação da OIT e sua incorporação ao sistema global de proteção ao ser humano</b> .....	160
<b>4.1.1</b>	<b><i>Estrutura tripartite, organização e funções</i></b> .....	162
<b>4.1.2</b>	<b><i>Produção normativa</i></b> .....	169
<b>4.1.2.1</b>	<i>Convenções Internacionais do Trabalho</i> .....	172
<b>4.1.2.2</b>	<i>Recomendações Internacionais do Trabalho</i> .....	175
<b>4.1.2.3</b>	<i>Resoluções, Declarações e outros instrumentos</i> .....	177
<b>4.2</b>	<b>Sistema de controle normativo da OIT como controle de convencionalidade de matriz internacional</b> .....	180
<b>4.2.1</b>	<b><i>Responsabilidade internacional pelos padrões de trabalho</i></b> .....	182
<b>4.2.1.1</b>	<i>Fundamentos axiológicos</i> .....	182
<b>4.2.1.1.1</b>	Do confronto entre capital e trabalho e o capitalismo no Século XXI .....	184
<b>4.2.1.1.2</b>	Crítica liberal .....	187
<b>4.2.1.2</b>	<i>Fundamentos normativos: a Constituição da OIT (1946), Declaração de Filadélfia (1944) e Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho (1998)</i> .....	189
<b>4.3</b>	<b>Aplicação e promoção das normas internacionais do trabalho: diálogo social e assistência técnica</b> .....	194
<b>4.3.1</b>	<b><i>Sistema regular de supervisão: órgãos de tratado</i></b> .....	194
<b>4.3.1.1</b>	<i>O sistema regular de supervisão via relatórios</i> .....	195
<b>4.3.1.1.1</b>	Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações .....	196
<b>4.3.1.1.2</b>	Comissão de Aplicação de Convenções e Recomendações da Conferência Internacional do Trabalho .....	207
<b>4.3.1.2</b>	<i>O sistema contencioso: representações, reclamações e procedimentos direcionados ao Comitê de liberdade de associação</i> .....	210
<b>4.3.1.3</b>	<i>Procedimentos especiais</i> .....	210
<b>4.3.1.3.1</b>	Reclamações, queixas e procedimentos para o Comitê de liberdade de .....	211

	associação .....	
4.3.1.3.2	Não exigência de ratificação da convenção internacional como requisito procedimental de monitoramento .....	216
4.3.1.4	<i>Levantamentos gerais, assistência técnica e treinamento .....</i>	219
4.4	<b>Força normativa e natureza jurídica das normas internacionais do trabalho no Brasil rumo ao controle nacional de convencionalidade ...</b>	223
4.4.1	<i>Teoria da Abertura material dos direitos trabalhistas brasileiros .....</i>	230
4.4.2	<i>Incorporação e possível denúncia das normas da OIT no Brasil .....</i>	237
4.5	<b>Do estado da arte ao verdadeiro controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil .....</b>	247
4.5.1	<i>O estado da arte do controle jurisdicional de convencionalidade trabalhista no Brasil .....</i>	248
4.5.2	<i>A imprescindibilidade do diálogo dos tribunais trabalhistas com os órgãos de tratado e da superação do princípio "pro homine" em prol da interpretação internacionalista .....</i>	258
4.5.3	<i>Controle de convencionalidade trabalhista brasileiro: por um verdadeiro controle de matriz nacional .....</i>	264
5	<b>CONCLUSÕES .....</b>	268
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	271



## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa sobre o controle de convencionalidade trabalhista brasileiro iniciou-se no ano de 2014, ainda no curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. O referido tema, até então desconhecido, antes do ingresso na pós-graduação *stricto sensu*, foi apresentado na disciplina de Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada pela Professora Doutora Ana Maria D'Ávila Lopes e tornou-se objeto de pesquisa de mestrado. A adesão da pesquisadora à área trabalhista de atuação jurídica promoveu o contorno juslaboral ao instituto, que, à época, apareceu fundamentando alguns julgados de Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) brasileiros, que envolviam a apreciação de convenções internacionais do trabalho, ratificadas pelo Brasil.

O problema investigado consistia na possibilidade de utilização do instituto do controle de convencionalidade como instrumento de efetivação dos pisos universais trabalhistas. A primeira apresentação de resultados aconteceu em agosto de 2016, com a apresentação da dissertação intitulada "Aplicação do controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho como instrumento de proteção institucional de direitos humanos do trabalhador", orientada pelos professores doutores Ana Virgínia Moreira Gomes e Eduardo Rocha Dias. No ano de 2017, o trabalho final aprovado foi convertido em livro e publicado como "Controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho".

Até então, a defesa de um controle de convencionalidade trabalhista brasileiro amparava-se em três pilares: 1. a natureza de direitos humanos das normas internacionais do trabalho ratificadas quando dispunham sobre dignidade, cidadania e justiça social; 2. o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais ratificados sem observância do quórum do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal brasileira (CF/88) (BRASIL, 1988), baseado na decisão do Recurso Extraordinário nº. 466.343 em 2007 (BRASIL, 2008); e 3. a cláusula geral de Direito Internacional, consistente no princípio *pro homine*, que determina a exclusão de tratamento inferior quando consolidado e ratificado o piso internacional mínimo pelo Estado.

Ocorre que, até ali, o instituto ainda era estudado sob a ótica das decisões nacionais que interpretavam e aplicavam os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sem considerar as origens do instituto e os objetivos empreendidos por ele, no intuito de provocar uma interlocução entre o Direito Constitucional interno e o estrangeiro, não só na aferição de responsabilidade internacional dos Estados, mas também no efetivo gozo e usufruto das garantias

nacionalmente, sem a necessidade de instauração de processos internacionais de direitos humanos.

No mesmo ano de 2017, a Lei n.º. 13.467 (BRASIL, 2017) foi aprovada e publicada, no Diário Oficial da União, em 14 de julho, com *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, sendo mais conhecida como reforma trabalhista. Logo, apontou-se um potencial desta legislação causar uma profunda desorganização no sistema de proteção do labor assegurado pelo atual estágio de proteção do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo. Inúmeras teses de inconveniências da reforma trabalhista foram apresentadas, para além das queixas inconstitucionais. Tal legislação, inclusive, teve o potencial de incluir o Brasil na lista de países investigados no curso da 107ª Conferência Internacional do Trabalho, por possível violação da Convenção de n.º. 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o que instou o governo brasileiro a apresentação de relatórios circunstanciados da situação até o final do ano de 2018.

Observando-se tal transformação normativa interna brasileira ser questionada pelo organismo internacional responsável pela promoção de oportunidades de trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, a OIT, as razões de continuidade da pesquisa foram aquecidas e instigadas. Tal processo resultou na apresentação de projeto de pesquisa para ingresso no curso de doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, admitido no ano de 2019, sob a orientação do Professor Doutor Estêvão Mallet.

A partir de então, iniciou-se a exímia contribuição deste programa na resignificação dos problemas ainda pendentes, a serem resolvidos sobre o controle de convencionalidade trabalhista brasileiro. Logo, no primeiro semestre do ano de 2020, esse novo olhar sobre a investigação foi alcançado a partir das perspectivas da disciplina de Controle de Convencionalidade e a Interpretação dos Direitos Humanos, ministrada pelo Professor Doutor André de Carvalho Ramos.

Em tal oportunidade, o instituto do controle de convencionalidade teve sua origem e seu uso no plano internacional e nacional, estudados a partir da sua construção histórica no sistema interamericano de direitos humanos. Esta nova ótica, consistente no olhar sobre as origens do instituto, redefiniu o problema geral desta pesquisa, que passou a consistir na possibilidade de aplicação da doutrina do controle de convencionalidade, tal como surgiu nos organismos internacionais, para uma aferição nacional de compatibilidade do ordenamento doméstico com os compromissos trabalhistas internacionalmente assumidos pelo Brasil. Caso positiva a resposta, cumpre-se demonstrar de que modo o intérprete local utilizar-se-á do referido

controle para que este atinja, de fato, o desejo de expansão do constitucionalismo contemporâneo.

Tal questionamento visa solucionar uma das mais tormentosas questões jurídicas modernas para os intérpretes que atuam com o Direito do Trabalho: a proteção de condições mínimas de labor humano não vinculada ao território em que ele está sendo exercido, nem às circunstâncias políticas e econômicas. Isso porque, partindo das premissas e princípios centrais que fundamentam a teoria do controle de convencionalidade das leis, a aplicação de um patamar mínimo menos benéfico ao ser humano que labora, aquém do sistema de proteção multinível de direitos – que combina os blocos de constitucionalidade e de convencionalidade – vai de encontro com toda a sistematização originária e evolução do Direito do Trabalho no Brasil e nas organizações internacionais. Deste problema geral, surgem questionamentos específicos que se propõem a horizontalizar o estudo em projeção, de maneira a particularizar o questionamento principal.

A primeira indagação consiste na possibilidade de determinar um caminho para um Direito do Trabalho comum a todos os povos, condizente com as peculiaridades multiculturais, a partir da combinação das novas diretrizes expansionistas do constitucionalismo moderno e do fenômeno da pluralidade das ordens jurídicas naquela área do Direito. De tal combinação, resulta a primeira seção desta tese, que apresenta o fenômeno da pluralidade de ordens jurídicas, aplicado ao Direito do Trabalho, compreendendo-se, a partir de reflexão que passa pela expansão dos movimentos constitucionalistas, que o atual estágio de proteção do labor não se cinge à proteção pelo ordenamento jurídico interno, mas abrange vasto rol de garantias consolidadas pela comunidade internacional.

A segunda seção é construída a partir do questionamento sobre as origens do instituto do controle de convencionalidade, especialmente no sistema interamericano de direitos humanos. Pretende-se responder sobre o conteúdo, a natureza e a finalidade do instituto da convencionalidade, a partir do estudo do desenvolvimento da teoria da responsabilidade internacional dos Estados e da criação do instituto do controle de convencionalidade nos sistemas de proteção de direitos humanos.

Por fim, pretende-se responder como utilizar toda a carga teórica e prática da experiência do controle de convencionalidade nos sistemas de tutelas regionais e global do ser humano na proposição da utilização do referido controle pelos órgãos de supervisão e monitoramento da OIT e pelos intérpretes locais, de forma a permitir uma verdadeira interação normativa entre as diversas redes de proteção do labor humano.

Esta última pretensão encerra esta pesquisa na terceira e última seção, a qual se destina a apresentar toda a estrutura da OIT, seus órgãos de tratado e funcionamento, a demonstrar a forma de incorporação da normatização internacional do trabalho pelo Estado brasileiro e a expor o atual estágio do que se diz ser controle de convencionalidade trabalhista brasileiro para fins de reflexão sobre o modo de atuação do intérprete local para se alcançar um verdadeiro controle de convencionalidade trabalhista pátrio.

A fim de alcançar tais intuitos, foi utilizada a pesquisa exploratória bibliográfica de doutrina das disciplinas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Internacional do Trabalho, bem como da teoria do controle de convencionalidade, por meio da análise de materiais publicados em livros, artigos e revistas científicas, além de decisões judiciais oficialmente publicadas. O objetivo da pesquisa reside em colher informações acerca do problema apresentado, consistindo assim em uma exploração eminentemente descritiva.

Reitera-se que esta pesquisa, apesar de abranger o mesmo objeto jurídico da investigação que concedeu o título de mestre a esta pesquisadora, desta se distancia ao propor uma superação do controle de convencionalidade sob a ótica de uma discussão dogmática em relação à natureza jurídica da norma internacional do trabalho internalizada pelo Estado – tese da supralegalidade das convenções internacionais do tratado quando relacionada a matérias de direitos humanos defendida no mestrado. Propõe-se, também, dissociar a tese do controle de convencionalidade, tal como fundamentado na pesquisa anterior, da fragilidade argumentativa do clássico discurso da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, como postulado do princípio da proteção obreira, e da utilização meramente retórica do princípio internacionalista *pro homine*.

Ao assumir o compromisso internacional na retificação de uma convenção perante a OIT, o Brasil tem o dever de incorporá-la ao ordenamento nacional, compatibilizando as disposições legais internas com os *standards* internalizados, o que é uníssono na dissertação defendida. O que se pretende, atualmente, é ir além do localismo dogmático e investigar se a atual paisagem jurídica de proteção trabalhista brasileira - composta por fontes jurídicas plurais, desde normas heterônomas e autônomas de Direito interno até diretrizes jurídicas internacionais vinculativas e não vinculativas, por ocasião da assinatura e ratificação do Brasil perante os instrumentos normativos da OIT - contempla um *corpus iuris* imperativo insuscetível de alterações, ainda que pela via legislativa democrática decorrente de um Direito do Trabalho comum, em analogia ao termo *ius constitutionale comune*, que se defende, perante a Organização dos Estados Americanos (OEA), em face da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

O atual estágio da proteção multinível de direitos laborais, alavancado com a consolidação do Pós-Positivismo jurídico e sua conseqüente centralização da proteção das atividades da pessoa humana, em especial, nesse caso, do labor, deságua na construção e proteção de *standards* mínimos internacionais de proteção ao trabalho humano. Nesse sentido, para assegurar-los e consolidá-los aparece a criação e evolução da cláusula de vedação ao retrocesso social, também conhecida por efeito *cliquet*, segundo o qual não se pode mitigar a proteção do patamar mínimo de direito internacional e constitucionalmente assegurado.

Acredita-se que a adoção desse patamar multinível de proteção aos direitos humanos laborais e aos direitos fundamentais do trabalho, previstos da Constituição Federal de 1988, é capaz de garantir a higidez e manutenção do mercado econômico, evitando a mercantilização do labor humano e garantindo, também, a paz universal, tal como consignado no próprio Preâmbulo da Constituição da OIT, de 1919, quando esse expressa que: “[...] a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social” e “[...] a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946, não paginado).

Considera-se o presente momento mais que oportuno para provocar novas diretrizes para um Direito Internacional que muito perdeu com as recentes mortes de alguns dos juristas que figuram no referencial teórico deste trabalho, dentre eles Mireille Delmas-Marty, Antônio Augusto Cançado Trindade e Cássio de Mesquita Barros Júnior. Também, evidencia-se a importância de trabalhar ferramentas que fomentem um melhor cuidado sobre as ações estatais que podem sugerir responsabilidade internacional, diante da recente e décima primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O ano de 2022 foi marcado por inúmeros desafios para a sociedade brasileira, perdas sociais significativas e outros problemas com características globais. Espera-se que esta pesquisa contribua para um ganho, um avanço ou uma melhoria na atividade do intérprete e no usufruto de garantias por toda a sociedade.

## 2 PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS E HARMONIZAÇÃO DAS FONTES REGENTES DO LABOR HUMANO: CAMINHOS PARA UM DIREITO COMUM DO TRABALHO

As crises nas relações de trabalho não datam da contemporaneidade. Primeiro, são clássicos os conflitos em que os aparentemente antagônicos valores do capital e valores do trabalho humano duelam entre si. Segundo, as transformações na ordem econômica mundial, datadas do Século XX em diante, impulsionam o fenômeno denominado de globalização, configurando um cenário cada vez mais complexo para a solução das demandas inerentes ao labor humano, tanto pela atenuação das fronteiras relacionadas do trabalho, quanto pelos impactos das transformações tecnológicas das últimas décadas nestas relações.

Em relação aos fenômenos citados, o ano de 2020 agrega enquanto fator complicador, cujos efeitos não foram possíveis evitar ou impedir. A crise do vírus SARS-CoV-2, que atualmente já se manifesta também por meio de outras variantes, causa um impacto sem precedentes nas relações de trabalho. Quase todos os trabalhadores e empregadores do mundo tiveram suas relações afetadas pelas políticas de rígido distanciamento social, que, quando não impossibilitaram o labor, afetaram sensivelmente sua forma de realização.

Antônio Guterres<sup>1</sup>, secretário-geral das Nações Unidas, afirmou que o mundo do trabalho não pode e não deve permanecer o mesmo diante desta crise (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2020). Há de convir que houve um chamado à reprogramação das formas de trabalho humano, bem como a sua proteção. Esta garantia, que há muito supera a juridicidade das dogmáticas locais, enseja a fixação e a efetivação de *standards* globais planejados e executados. Tal demanda visa uma efetiva proteção do ser humano, a qual não por ser realizada sem um direcionamento de ordem jurídica e social, a qual não é de coordenação exclusiva dos Estados nacionais desde a crise do positivismo jurídico que inaugura a imprescindibilidade de um aperfeiçoamento contínuo do estudo do Direito.

Demais disso, é inexorável o fato de que não são as formas de expressão jurídica que modificam as relações sociais, mas as relações sociais que incitam a transformação dos sistemas jurídicos. Este aperfeiçoamento contínuo enseja o estudo dos métodos de comparação jurídica que observam os referenciais das novas demandas sociais e os interesses de compreensão da realidade.

Rudolf von Jhering (2006) introduziu a máxima jurídica que associa o Estado à

---

<sup>1</sup> Em documento político, intitulado “A Covid e o mundo do trabalho”, publicado em 19 de junho de 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/06/1717472>.

única fonte do Direito. Entretanto, tal monopólio, para além de questionado, é superado pelo estudo empírico das fontes normativas, o qual aponta para uma diversificação dos agentes produtores da norma, bem como dos espaços geográficos soberanos nos quais aquela é produzida. Neste sentido, destaca-se que a ordem jurídica juslaboral não se esgota na normatização heterônoma de Direito interno. Há diversos modelos decorrentes das fontes formais de Direito do Trabalho, admitindo-se inclusive, regramento autônomo entre as partes envolvidas naquilo que não contrariar os limites impostos pelas fontes estatais.

Além disso, o regramento normativo trabalhista transcende as fronteiras dos Estados soberanos, pelo menos desde o fim da Primeira Guerra Mundial, com a assinatura do Tratado de Versalhes, em 28 de junho de 1919, que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), prevista no Anexo XIII. A inauguração desse modelo de organização instaurou o fenômeno da internacionalização dos padrões mínimos para a consolidação do trabalho decente como instrumento de manutenção da paz mundial. A partir dele, além das diretrizes estatais e particulares, as relações de trabalho recebem diretrizes normativas globais.

É o início do fenômeno denominado pluralismo de ordens jurídicas, que inaugura, nas normas reguladoras do trabalho humano, novos caminhos para o estudo do direito, suscitando reflexões acerca da teoria geral do Estado, do constitucionalismo contemporâneo, do processo de internacionalização dos direitos humanos e da necessidade de organização das ordens jurídicas. Hodiernamente, o pluralismo jurídico alcança inúmeros ramos do Direito em decorrência do processo de internacionalização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Internacional, resultando na mitigação do protagonismo exclusivo do Estado na produção do Direito e na necessidade de elaboração de um método coordenado de aplicação das normas jurídicas plurais mais rebuscado que o modelo piramidal kelseniano (SALDANHA; SUBTIL, 2010).

Não há como falar em pluralidade de ordens jurídicas trabalhistas sem remissão à organização hierárquica dessas ordens jurídicas diversas para fins de seleção da primazia normativa em caso de conflito que envolva a aplicação de dispositivos, em aparente antinomia, relacionados ao mesmo tema. É este o cenário em que se projeta a presente seção. O objetivo específico é investigar se o fenômeno da pluralidade de ordens jurídicas e o da hierarquia das fontes do Direito do Trabalho autorizam um caminho para um direito global do trabalho humano e se este é um modelo autônomo, heterônomo ou misto quanto à origem da norma jurídica. Para fins de alcançar a pretensão acima narrada, os objetivos específicos dividem-se em cinco partes, configuradas em subseções.

Inicialmente, apresenta-se os referenciais teóricos de Peter Häberle e de Mireille

Delmas-Marty, os quais utilizam métodos de comparação jurídica no intuito suscitar uma metodologia que proporcione um aperfeiçoamento científico na evolução não só das fontes do Direito, mas também dos enunciadores da norma jurídica. Tais métodos foram concebidos a fim de descrever, no âmbito do Direito Constitucional-Internacional, uma técnica de organização jurídica que contemple a observância de valores nacionais sem deixar de referendar a construção dos *standards* comuns, que se consolidam na esfera internacional.

A seguir, ainda no mesmo tópico, este cenário de proteção multinível de direitos é analisado a partir das perspectivas das garantias sociais, mais precisamente de garantias do labor humano e da sua seguridade, por uma rede de direitos de dupla produção jurídica: interna e internacional. Afinal, como se apresenta o projeto da pluralidade de ordens jurídicas trabalhistas atuais? A partir da projeção dessa rede de proteção, que não é nova, mas carece de aprimoramento e, eminentemente, de efetivação por meio de políticas internas e internacionais, discutir-se-á, no segundo tópico, a universalização dos direitos humanos daqueles que laboram e se este caractere universal é compatível com a pluralidade cultural que também carece de proteção internacional. Aqui se pretende responder: é possível fixar padrões trabalhistas internacionais com tanta pluralidade cultural? Se sim, por qual meio?

No terceiro tópico, apreciara-se a hierarquia das fontes plurais produtoras de normas jurídicas trabalhistas e suas especificidades em relação à regra geral de hierarquia das fontes do Direito no intuito de propor uma solução aos possíveis conflitos entre as diferentes ordens jurídicas que compõem o atual modelo de regulação do trabalho no mundo. Aqui, propõe-se uma reflexão da já apresentada crítica ao modelo piramidal kelseniano, que enseja uma releitura dos padrões interpretativos da teoria geral do Direito, neste tópico, pormenorizado em recorte inerente às normas juslaborais.

A partir desta discussão, estudar-se-á se os fenômenos anteriores, ou seja, a pluralidade de ordens jurídicas trabalhistas e a organização concatenada para fins de primazia que, em caso de conflito, determinam um caminho para um direito global, comum ou mundial de regência do trabalho humano.

Por fim, no último tópico específico da seção, pretender-se-á articular um modelo de harmonização das ordens jurídicas plurais que padronizam os valores mínimos inerentes ao trabalho humano em determinada circunstância. Neste ponto, a reflexão reside na possibilidade de equacionar as ordens jurídicas com o fito de solucionar os desafios em comum, respeitando os padrões internacionais, mas sem menosprezar as peculiaridades locais.



## **2.1 Os métodos comparativos de estudo e de aperfeiçoamento do Direito a partir da alocação do indivíduo no centro dos sistemas jurídicos: uma releitura da teoria geral do Estado**

O Direito, visto como sistema regulador das relações de indivíduos organizados em comunidades, continuamente enseja reformulações para se adaptar às novas demandas sociais. Isto porque, para que a norma jurídica atinja a sua finalidade precípua, é salutar que tenha sido construída a partir dos caracteres elementares da situação fática que tenha por objetivo regula.

A crise que levou à consolidação do Estado de Direito no final do Século XVIII – fundado no paradigma filosófico do Positivismo jurídico – e que propiciou a evolução deste para um Estado Constitucional no início do Século XX – fundado no paradigma filosófico do Pós-Positivismo jurídico – funda-se em fenômeno comum (SILVA, 2005) que ainda hoje demanda a ressignificação dos sistemas jurídicos frente às novas características dos conflitos sociais, cada vez mais globais. O desafio é o mesmo: estabelecer diretrizes para regular as relações dos indivíduos em sociedade em constante ressignificação.

Essas diretrizes são fixadas a partir dos elementos das demandas sociais do presente que, por se tratar de relações continuadas, transmudam-se regularmente pela incidência de inumeráveis variáveis particulares, tais como tempo, espaço e elemento axiológico prevalente no contexto de regulação. Tal circunstância apresenta uma característica natural da ciência jurídica consistente na necessidade regular de aprimoramento, lapidação e adequação aos novos modelos sociais.

Por se de uma ciência, o Direito é essencial à eleição de um método que atenda às novas demandas e aos interesses de compreensão da realidade (GONTIJO, 2009), bem como assumo o desafio central da "Era dos Direitos", expressão cunhada por Norberto Bobbio (2004). A obra, de título homônimo, reside na construção e no desenvolvimento dos Direitos Humanos a partir de um cenário onde os indivíduos tornam-se o fundamento nuclear da proteção jurídica desde a consolidação do Estado de Direito (GADELHO JUNIOR, 2017).

Essa construção de padrões garantísticos universais para proteção do ser humano, denominados neste trabalho como *standards* ou estandartes, não tem origem linear, assentando seus fundamentos filosóficos iniciais na lei natural ou divina, que origina direitos derivados da necessidade de tutelar a humanidade básica. Nesta perspectiva, repousa a crítica à concepção positivista de Direitos Humanos, a qual vai ao encontro das bases do pensamento

kantiano sobre a teoria moral (MAUTNER, 1986) e o imperativo categórico universal<sup>2</sup>, inaugurando um elo indissociável entre o Direito e a dignidade humana. Tal elo manifesta-se nas palavras de Flávia Piovesan (2019, p. 44) de que, "[...] a aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal".

Para Kant, na medida em que possuem um valor intrínseco, as pessoas são dotadas de dignidade, não podendo a humanidade ser tratada como um meio, a fim de ser utilizada como instrumento para o alcance de determinado propósito, mas sim deve ser tida como um fim em si mesma por ter valor absoluto, intrínseco e único (MAUTNER, 1986). Na história do Direito positivo, foi após as duas guerras mundiais que se introduziu a proteção contemporânea de Direitos Humanos por meio da Declaração Universal de 1948, cujos valores são reiterados pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 (PIOVESAN, 2019).

Esse movimento de ressignificação jurídica, que coloca a pessoa como centro e como objeto de proteção primordial da construção do Direito, inaugura a concepção de internacionalização jurídica. É a partir do Pós-Guerra e como repúdio ao Estado como agente violador da pessoa humana<sup>3</sup> que se compõem os esforços de reconstrução do Estado de Direito, a partir de um referencial ético posto a orientar não só os ordenamentos jurídicos nacionais, mas também a ordem internacional contemporânea.

O aperfeiçoamento do Direito a partir da centralidade da proteção ao ser humano como elemento finalístico da norma jurídica incide reflexos mútuos no âmbito do Direito Internacional e do Direito Constitucional pela abertura dos sistemas a princípios e valores inerentes à autonomia, à racionalidade e à dignidade do ser humano. Na área do Direito Internacional, inicia-se um projeto de "[...] constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos" (PIOVESAN, 2019, p. 45). Já no Direito Constitucional – pelo menos em relação ao recorte ocidental –, "[...] testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade

---

<sup>2</sup> Traduz-se na seguinte máxima: "Aja apenas de forma que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em lei universal" (KANT, Immanuel. *Fundamental principles of the metaphysics of moral*. In: WOOD, Allen W (eds.). **Basic writings of Kant**. Nova Iorque: Modern Library, 2001. 512 p. p. 178.)

<sup>3</sup> "A Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça - a raça pura ariana. Para Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial" (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019).

humana" (PIOVESAN, 2019, p. 45).

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1217) destaca sobre a finalidade do constitucionalismo contemporâneo construído a partir da finalidade precípua do Estado hodierno em proteger a pessoa em conformidade com consensos universais:

Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiram como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de "Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais", no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do Direito Constitucional com o Direito Internacional. [...] Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito Interno. (CANOTILHO, 2003, p. 1217, grifo do autor).

É nesse contexto que se sustenta uma releitura da Teoria Geral do Estado a fim de possibilitar a construção de um alicerce teórico voltado a sedimentar os objetivos desta tese, no sentido de viabilizar a construção de um piso mínimo de garantias universais voltadas à proteção do ser humano que trabalha. Os elementos clássicos que compõem o Estado, consistente no elemento físico do território, no elemento humano do povo e no elemento subjetivo da soberania<sup>4</sup>, ensejam ressignificação a partir das reflexões propostas no método comparativo do aperfeiçoamento do Direito, delineado por Peter Häberle, e nos estudos jurídicos comparativos de Mireille Delmas-Marty.

A eleição do exposto referencial teórico funda-se na convergência de objetivo entre eles no sentido de alcançar um aperfeiçoamento do estudo do Direito a partir da centralidade do indivíduo como elemento essencial dos sistemas jurídicos contemporâneos. A partir da análise dos citados referenciais e da formação de núcleo em comum de suas diretrizes, propõe-se um alicerce de teoria geral que suporte as considerações defendidas neste trabalho.

<sup>4</sup> Nesse sentido, Marcelo Caetano em **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional** (6ª ed. Lisboa: Coimbra Ed., 1972); Santi Romano em **L'Ordinamento Giuridico** (Florença: Ed. Sansoni, 1962); e Dalmo de Abreu Dallari em **Elementos de Teoria Geral do Estado** (35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

### ***2.1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle***

A transição entre a Idade Média e a Idade Moderna, mais precisamente entre os séculos XVII e XVIII é marco significativo para o estudo do Direito, pois, como forma de contenção de poder do Estado Absoluto, surge o denominado Estado de Direito (BRACKTON, 1968). Esse processo é decorrente das revoluções liberais ou burguesas, que em nome de ideais de liberdade, opuseram-se à intolerância religiosa e às ausências de autonomia individual, consideradas, no sentido kantiano, como a base da dignidade humana e de qualquer ser racional (PIOVESAN, 2019).

Tido como pilar essencial da institucionalização democrática (O'DONNELL; VALENZUELA, 1992), o Estado de Direito é visto como instrumento indispensável para ilidir discriminações e arbitrariedades na doutrina dos Direitos Humanos (VIEIRA, 1995). No entanto, o clássico Estado de Direito institui-se anteriormente à consolidação deste último campo de estudos jurídicos e demanda a apreciação de suas origens, pois se fundamenta em ideais que, mais a frente, fundamentarão o processo de constitucionalização, bem como o movimento internacionalização do Direito.

A origem do Estado é explicada por diferentes óticas: teleológica, jusnaturalista e contratualista. Para a teoria teleológica, o que seria denominado futuramente como Estado é uma criação divina, proveniente da vontade de Deus, tendo por expoentes a doutrina de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, cujos escritos apoiaram, filosófica e ideologicamente, a consolidação dos Estados Absolutistas. A clássica frase "o Estado sou eu", atribuída a Luís XIV, cujo reinado, entre meados do século XVII e início do século XVIII, é apontado como o mais extenso da história europeia, é exemplo que sustenta o poder ilimitado do monarca, não concedido pelo povo do respectivo território reinado, mas transferidos por Deus no momento da investidura do soberano.

Pela ótica do jusnaturalismo, o fundamento do Estado decorre da natureza humana. O homem, regido pelas leis da natureza, encontrava inúmeras dificuldades no convívio com os demais, o que ensejou a busca de uma organização da vida em grupo ou comunidade. Porém, sob esta visão, a regulação da vida em sociedade estava condicionada a observar os postulados divinos ou da ordem do universo, os quais precedem e regem as leis humanas. Essa concepção antropocêntrica, como princípio basilar, ao lado da percepção racionalista e da necessidade de organizar a convivência do povo, distanciando-o da desordem do estado de natureza, por meio de um consenso social, fundamenta a ótica contratualista do Estado.

Nesta concepção, o Estado é fruto de um contrato social que determina que os in-

divíduos abram mão dos seus direitos naturais, em favor de uma autoridade, a fim de obter vantagens decorrentes dessa proteção jurídico-política. Tal teoria evoluiu através do pensamento jusfilosófico no curso do tempo. Organizados em sociedade, os indivíduos possuem parcela de sua liberdade em prol de uma organização, denominada de forma inaugural no ano de 1513 em "O Príncipe", por Nicolau Maquiavel (2010), como Estado. As atribuições deste ente eram concentradas na figura do soberano titular do governo, tido por virtuoso, mas caracterizado por ser severo e poderoso.

Mais de um século depois, em 1651, em "Leviatã", Thomas Hobbes (2003) sustenta um contratualismo baseado em uma perspectiva estatal absolutista, em que o poder protegeria o homem dos seus próprios semelhantes, uma vez que é dado o brocardo *homo homini lupus*. Já no século XVIII, Montesquieu (2007) inaugura um sistema de repartição do poder do Estado por meio de um mecanismo de freios e contrapesos, já com intuito de frear arbitrariedades inerentes à concentração de poder em um só titular.

O contrato social objeto da criação do Estado é melhor articulado em meados do século XVIII, a partir do título homônimo de Rousseau (2010), no qual este descreve o homem como naturalmente bom, porém corrompido pelas relações sociais, eminentemente pela política.

Nesta evolução emancipatória do poder do Estado das mãos de um soberano, no fim do século XVII e um pouco antes de Rousseau (2010) apresentar o contrato social acima descrito, Locke (2006) elabora dois "Tratados sobre o Governo", nos quais defende as leis como comandos emanados pelo povo, único e soberano, ou por seus representantes por meio de um pacto revogável.

No final do século XVIII, Sieyès, em "O que é o Terceiro Estado", reforça a legitimidade do poder estatal no povo, surgindo fundamento para a construção teórica de um poder constituinte apto a editar um regramento, destinado a delimitar a produção normativa estatal e, assim, comedir o poder do Estado.

Ressalta-se os teóricos contratualistas, em que pese associar as origens do Estado a um instituto jurídico substantivo, na tentativa de distanciá-lo das origens metafísicas ou naturais, foram fortemente influenciados por fundamentos da corrente jusnaturalista, eminentemente acerca de sua ideologia protecionista do ser humano. A proteção do ser humano é a razão de ser do direito. Norberto Bobbio (2004) afirma que os direitos do ser humano nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, encontrando sua plena realização como direitos positivos universais.

O processo de positivação do Direito decorre exatamente da irresignação do povo

frente ao poder concentrado e ilimitado do soberano, na busca de "[...] barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas" (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 105). Essa motivação estimulou a organização dos movimentos constitucionais modernos por meio das revoluções liberais ou burguesas dos séculos XVII e XVIII, resultando em estatutos jurídicos precursores do processo de institucionalização democrática e de constitucionalização, tais como a Constituição Francesa de 1791 e a Constituição dos Estados Unidos de 1787.

Com esses estatutos, institucionalizou-se a lei como instrumento conformador da liberdade dos povos, legitimada a, quando válida, limitar direitos e impor obrigações, assumindo um patamar de dogma (MENDES, 2010). Tal cenário favorece a realização do positivismo como paradigma dos primeiros projetos de constitucionalização dos povos. Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho (2011, p. 106) asseveram que:

A lei adquire, então, um novo status, nunca visto na história. A sociedade necessitava afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema e o Direito positivo cumpriu bem esse papel.

Assim, o Estado de Direito mensura-se como a forma do Estado organizar seu sistema jurídico, sendo este considerado o guia para a ação humana segura. É essencial para a sua manutenção a eficiência do sistema legal, ou seja, da capacidade do ordenamento efetivamente guiar o comportamento humano.

Para Joseph Raz (1979, p. 212), Estado de Direito “[...] significa que as pessoas devem obedecer às leis e serem reguladas por elas. [...] Ele deve ser lido de uma maneira mais estrita, no sentido de que o governo deve ser regulado pelas leis e submetido às mesmas”, o que demonstra a sua oposição daquele ao poder arbitrário do Estado. Essa é a razão, inclusive, de o Estado de Direito ser defendido por democratas, liberais igualitários, neoliberais, conservadores, ativistas de direitos humanos e outros tantos titulares de ideologias distintas, pois, apesar de suas diferenças, todos são postulantes à contenção da arbitrariedade.

Entre os séculos XVII e XVIII, a limitação do poder do Estado Absoluto pela lei e pelo início do processo de constitucionalização dos povos<sup>5</sup>, deu origem ao denominado Estado Liberal, no qual se inicia o processo de institucionalização de garantias individuais de primeira dimensão (VASAK, 1983). Na prática, configurou-se como a representação das liberdades

---

<sup>5</sup> Paulo Bonavides (2017) afirma que a institucionalização de direitos civis e políticos corresponde à fase inicial do constitucionalismo ocidental, ressaltando que estas garantias se perpetuam no catálogo do constitucionalismo atual, ainda que havendo alguma variação de conteúdo, o que incita a tese de cumulatividade na proteção direitos e na progressividade de tutela do ser humano, o que, mais a frente, sustentará a teoria das dimensões dos direitos fundamentais e a vedação ao retrocesso social ou efeito *cliquet* dos direitos humanos.

civis e políticas dos indivíduos que compõem o povo do Estado, tutelando-se, dentre outras garantias, a liberdade individual, a propriedade, a igualdade formal e os direitos políticos. Esse arcabouço jurídico tem por finalidade precípua a limitação das arbitrariedades estatais e a participação do povo nos negócios públicos, e é consubstanciado afastando o direito natural "[...] para margem da história pela ascensão do positivismo jurídico", o qual tende a equiparar o Direito à Lei (BARROSO, 2007, p. 22).

Ocorre que, apenas as garantias do “não fazer” estatal, relacionadas aos direitos individuais, eminentemente gozadas por aqueles que detêm propriedade e participação no interesse público, não garantiu que o reinado da Lei alcançasse todos os indivíduos que compõem o elemento subjetivo do Estado, o povo. Essa circunstância levou os grupos sociais excluídos do gozo efetivo de garantias individuais a movimentar-se para pleitear do Estado diretrizes, tarefas e deveres voltados à melhoria da qualidade de vida e de dignidade razoável.

Por estas e outras razões, na segunda metade do século XVIII, em busca de direitos relacionados à igualdade material, tutelas trabalhistas e garantias econômicas, sociais e culturais, instaura-se a primeira Revolução Industrial, tendo por resultado jurídico a positivação de direitos de segunda dimensão (VASAK, 1983) e a criação de obrigações estatais perante a coletividade – os denominados direitos às prestações positivas do Estado.

O apogeu da doutrina positivista e do reinado da Lei como sinônimo de Direito instaura-se com a teoria pura de Hans Kelsen (1994). Para ele, o Direito independe de outras ciências, bem como da moral, e suas fontes são provenientes apenas da sua própria natureza, "[...] excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente" (LACERDA, 2009, p. 329).

Em que pese não negar a carga axiológica inerente ao fato jurídico, Kelsen assentou reiteradamente que o estudo do Direito deveria ser desprovido da incidência de valores, tais como ética e moral, as quais são extrínsecas ao ordenamento jurídico positivo. Para ele, até a perspectiva subjetiva de justiça é elemento que não cabe ao jurista aferir, pois sua ocorrência objetiva decorre da validade formal da norma, havendo justiça sempre que aplicada uma lei considerada válida.

Nesse sentido, justo é o direito que decorre de uma norma válida e compatível com a Constituição, nos termos da perspectiva clássica dos Estados de Direito fundados no paradigma do positivismo. Segundo esta, todo objeto positivado é considerado "reto e justo" (KELSEN, 2000), podendo ter qualquer conteúdo, pois a aferição de validade e legitimidade do sistema jurídico repousa na denominada norma hipotética fundamental que se consolida como o fato produtor de normas, cuja essência é dinâmica, pressuposta na qual todo conteúdo

pode ser inserido no direito, não se confundindo com a Constituição, que é o conteúdo estático desta norma fundamental (KELSEN, 1994, p. 225-228).

A consolidação do Estado de Direito como regramento do povo e do próprio Estado, por meio da limitação das arbitrariedades e do início da proteção da pessoa humana, inicia-se pela via dos postulados deste positivismo jurídico clássico, compreendido, até então, como a ciência do Direito, uma vez que este ainda se restringia à noção de legislação positiva. Neste momento histórico, pressupõe-se "[...] a concretização da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa" (ZAGREBESLKY, 2007, p. 33). Portanto, reduz-se o Direito à Lei e o trabalho do jurista ao mero serviço de aplicar a vontade do legislador.

A diferença entre o Estado de Direito natural e o Estado de Direito positivo, segundo Alfonso García Figuerola (2009), reside apenas no título da legitimação do poder. A autoridade do governante em determinar regras de conduta do povo, segundo a sua verdade e seu senso de justiça é transposta para a legitimação da fonte de produção jurídica, na figura do legislador, o qual está apto a regular o comportamento social por meio da edição de atos normativos submetidos apenas a requisitos formais.

No positivismo clássico, os princípios são relegados a coadjuvantes do sistema jurídico, exercendo função "[...] eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações da vida cotidiana" (MAMARI FILHO, 2005, p. 17). Paulo Ricardo Schier (2005, p. 116) afirma que os princípios se tratam de meros "tapa buracos" do sistema juspositivista.

Gustavo Zagrebelsky (2007) vai além ao sustentar que, na ótica positivista, os princípios contêm meras fórmulas vagas, referências ético-políticas, promessas não realizáveis, produzindo um vácuo jurídico e uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações de boas políticas e proclamações de agradáveis intenções, as quais aumentariam a "desconfiança no direito" (ZAGREBESLKY, 2007, p. 122).

Aqui se faz uma pausa para uma pequena reflexão que será, mais a frente, aprofundada nesta tese. Hodiernamente, no estudo e ensino do Direito como ciência, é corriqueiro ouvir o argumento de que determinados direcionamentos para a execução de padrões comunitários ou de pisos universais, instituídos por alguns tipos de instrumentos de Direito Internacional, não criam obrigações adstringentes aos Estados por não estarem enxertados em normas de Direito Positivo, sendo meros instrumentos de *soft law*, *soft norm*, *droit doux* ou direito flexível.

Por outro lado, o raciocínio acima induz que a produção legislativa de Direito in-



terno, nos Estados constitucionais contemporâneos, é de conteúdo e de observância obrigatória, com limitada margem de apreciação do jurista, pois criam obrigações de Direito Positivo, cuja força vinculativa a caracteriza como *hard law* ou direito duro. Neste ponto desta pesquisa, não se pretende analisar os vieses cognitivos entre *hard* e *soft law*, o que se fará em capítulo posterior, apenas destacar que relegar parcela da construção normativa internacional ou comunitária a meros coadjuvantes do sistema jurídico, por não deter o mesmo *status* normativo que o conteúdo produzido pelo legitimado estatal, é retroceder ao paradigma jurídico juspositivista que regeu a ciência jurídica há mais de dois séculos.

É exatamente por este fundamento que se reclama a apresentação dos métodos comparativos e estudos e aperfeiçoamento do Direito.

A ciência jurídica evolui e enseja uma revisitação do seu sistema e da forma de aplicação lógica e racional do Direito, o qual não se resume à lei em sentido formal exatamente por esta não indicar soluções para, "[...] em dados momentos e sob certas circunstâncias, promover e garantir a justiça" (AGUIAR, 2004, p. 151).

Pretendendo aprimorar o sistema, surge então um novo pensamento jusfilosófico fundado em quatro diretrizes principais: crítica ao formalismo positivista; expressão constitucional a valores éticos; defesa da força normativa da constituição; e compromisso do Direito com a dignidade da pessoa humana. A partir da ideia de que a ciência jurídica não pode se limitar ao estudo da lei formalmente constituída, porém desvinculada de um conteúdo mínimo axiológico necessário para reger o comportamento social, tendo em vista que se trata das relações entre seres dotados de humanidade, incita-se que "[...] há ou deve haver um relacionamento entre o direito e a justiça (moral)" (SILVA, 2006).

Isso porque se percebe, a partir de fatos históricos – por exemplo, a observância da legalidade estrita nos horrores do regime nazista, que caracterizava como lícitas as ações que levaram à morte de 11 milhões de pessoas em campos de concentração na segunda guerra mundial<sup>6</sup> –, que "[...] se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei [...], o legislador, mesmo representado por uma suposta maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos" (MARMELSTEIN, 2019, p. 10).

O ambiente das condições históricas em apreço é propício tanto para a transformação do paradigma filosófico do Direito (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 111), quanto para a construção de um "[...] paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional

<sup>6</sup> Para Flávia Piovesan (2019), o legado do nazismo, na Era Hitler, foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, aos indivíduos da raça pura ariana. Para Ignacy Sachs (1998), o século XX foi marcado pelo genocídio concebido como projeto político e industrial.

contemporânea" (PIOVESAN, 2019, p. 43). No que concerne ao paradigma jusfilosófico, o declínio do positivismo clássico, ou seja, daquele que não admite relação conceitual entre direito e moral ou entre o Direito como ele é ou tal como deve ser (SILVA, 2009), representado nas ideias de Hans Kelsen e Joseph Raz, enseja uma abertura do sistema jurídico aos valores éticos. Antecipou-se um novo pensamento que vem a ser introduzido no Brasil, em 1995, por Paulo Bonavides (2017), na obra "Curso de Direito Constitucional", como pós-positivismo.

Essa doutrina, em sede internacional, consolidou-se a partir dos trabalhos de teóricos como Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2008), os quais sustentam o imprescindível relacionamento entre Direito e outros valores, tais como ética, justiça e moral, negando os padrões do positivismo clássico que rompem a relação do Direito com elementos axiológicos.

Vale ressaltar que o pós-positivismo é "[...] o marco filosófico do novo direito constitucional" (BARROSO, 2007), não devendo ser confundido com o neoconstitucionalismo, que é o movimento do constitucionalismo ocidental incitado a partir do segundo pós guerra, e que origina uma ideologia ou metodologia constitucional. Para Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho (2011, p. 111) "[...] o pós-positivismo pode ser encarado como a concepção teórica do neoconstitucionalismo, pois permite repensar alguns alicerces jurídicos, como a teoria da norma, a teoria das fontes, a teoria da interpretação, etc". Sobre três pontos, este trabalho pretende agregar contribuições no estudo e aperfeiçoamento do Direito, eminentemente nas áreas do Direito Constitucional e Internacional do Trabalho.

A partir da ótica da filosofia jurídica pós-positivista, a norma jurídica trabalhista não se restringe tão somente à Constituição Federal, às leis nacionais, às decisões judiciais do território soberano e aos costumes internos. A normatividade dos princípios alça-os não só a critérios norteadores da resolução do conflito trabalhista, mas também os eleva a mandamento de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso em que o Direito será aplicado (ALEXY, 2008). Essa reconstrução da teoria da normatividade jurídica alcança e abraça o conteúdo dos *standards* internacionais, que se incorporam e integram legitimamente a ordem jurídica dos Estados.

Neste cenário de protagonismo axiológico pós-positivista, os princípios também assumem o patamar de fontes primárias do Direito, deixando defasados os argumentos que os relegam a fontes secundárias na função de regulação de condutas, tal como ainda mensura o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942)<sup>7</sup>.

Ainda, o novo paradigma jusfilosófico revisa as teorias da interpretação do Direi-

---

<sup>7</sup> Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

to. Assim, postula-se que: 1. na tópica, retoma-se a ideia de realizar o estudo dos casos a partir dos problemas neles suscitados; 2. na hermenêutica, tem-se por oportuno o incremento dos métodos de interpretação pela metodologia constitucional contemporânea; e, 3. na argumentação jurídica, clama-se à justificação da atividade do intérprete.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, o debate contemporâneo sobre a constitucionalização dos Estados, iniciado sob os auspícios da filosofia positivista, então revisitada pelo paradigma pós-positivista, abre espaço para a concretização de garantias de terceira (VASAK, 1983), quarta e quinta dimensões (BONAVIDES, 2017). Paz, fraternidade, meio ambiente, desenvolvimento e outras tutelas universais relacionadas à solidariedade mundial advém como elementos axiológicos de imprescindível curadoria constitucional após o fim dos armistícios, proteção primordial que ainda clama por garantias efetivas até os dias atuais<sup>8</sup>.

O projeto de geração de direitos<sup>9</sup> de Karel Vasak (1983) - baseado na "evolução" dos direitos fundamentais e nos ideais das revoluções liberais ou burguesas, eminentemente inspirado na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade (MAR-MELSTEIN, 2019) - culmina, na doutrina deste, na terceira dimensão de proteção anteriormente explicitada. Sobretudo, tal doutrina surgiu sob os fundamentos do paradigma pós-positivista, após o segundo pós-guerra, e cristalizou-se:

[...] no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado. Tem por principal destinatário o gênero humano [...] como valor supremo em termos de exis-

<sup>8</sup> No dia 15 de janeiro de 2021, segundo o balanço da Universidade Johns Hopkins, a pandemia do vírus SARS-COV-2 atingiu o número de 2 milhões de mortes em decorrência das complicações de saúde causadas pelo vírus. Na mesma data, o secretário geral da Organização das Nações Unidas (ONU), António Guterres, por meio de pronunciamento oficial (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2020), afirmou que "[...] infelizmente, o impacto mortal da pandemia foi agravado pela ausência de um esforço global coordenado", suscitando ainda que "[...] em memória dessas 2 milhões de almas, o mundo deve agir com uma solidariedade muito maior". Disse isso citando a complexidade do contingenciamento da crise de saúde global por meio das vacinas produzidas contra a Covid-19, cuja tarefa de mobilização é assumida pelas Nações Unidas como o maior esforço de imunização da história da humanidade. Clama-se por uma tutela universal à vacina como bem público global, uma vacina do povo, universal, o que requer financiamento do plano Acelerador de Acesso à Ferramentas contra a pandemia da Covid-19. Convoca-se as principais economias do mundo à responsabilidade global. Em que pese o sucesso da ciência na mobilização célere de instrumentos de imunização, vislumbra-se que estes alcançarão, inicialmente, apenas o povo dos territórios das grandes potências econômicas em um fenômeno já pré denominado como "nacionalismo da vacina" - caracterizado pelo acesso ao insumo pelos países mais ricos e, até mesmo, por uma possível posse dessas potências de um excesso de doses para garantir segurança ao seu povo e território. Ocorre que as características pandêmicas exigem que o esforço de imunização seja global, sob pena de ineficácia do contingenciamento da crise. É necessário imunizar, de maneira universal, grupos prioritários, tais como, profissionais de saúde e população de alto risco. O chamado à solidariedade global talvez nunca esteve tão latente, após o segundo armistício mundial, tal como nos dias atuais. A história recente repete o chamado do passado e clama pela efetivação de um patamar mínimo universal.

<sup>9</sup> Há doutrina contemporânea que sugere a denominação preferencial de dimensão dos direitos fundamentais, fundada na imprecisão do termo geração de direitos, em decorrência da ideia que esta última denominação sugere superação ou caducidade da proteção anterior de direitos. Nesse sentido, sustenta a doutrina brasileira de Paulo Bonavides (2017), de Ingo Sarlet (2007), de George Marmelstein (2019), dentre outros.

tencialidade concreta. (BONAVIDES, 2017, p. 569).

Em função da necessidade progressiva de proteção do ser humano, este programa vasakiano, inerente às novas realidades de convivência e de comportamento, recebe novos capítulos. Ou seja, tem sido incrementado por novas dimensões de garantias, em que pese não haver consenso doutrinário sobre o conteúdo dessas novas diretrizes de proteção jurídica.

Noberto Bobbio (2004) sustenta uma quarta dimensão relacionada aos direitos de engenharia genética. Por outro lado, Paulo Bonavides (2017) defende que tal dimensão relaciona-se ao futuro da cidadania e liberdade dos povos, implicando, por exemplo, em garantias de pluralismo, acesso à democracia direta e à informação. Esses aspectos, apesar de distintos, assemelham-se ao se relacionar diretamente com a expansão do fenômeno da globalização política neoliberal. Esta, segundo Bonavides (2017), ainda caminha sem referência de valores, sendo possível suscitar que carece da mesma ausência que implicou no declínio do constitucionalismo clássico, sob os auspícios da filosofia positivista.

A combinação do paradigma jusfilosófico pós-positivista e do modelo neoconstitucional de institucionalização de garantias por ele regido incita outra globalização política, sobre a qual não deve ter autoridade a ideologia neoliberal, radicando-se na proteção de garantias tidas por fundamentais de interesse universal de todos os povos. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2017, p. 571-572) destaca que:

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Trata-se de direitos inerentes ao processo de integração econômica, social, política e cultural que se intensifica entre os povos, pela redução das barreiras territoriais dos Estados, incentivada, inclusive, pela efetivação das garantias de primeira dimensão, ou seja, das liberdades<sup>10</sup>. A mitigação dos custos de transporte, bem como a facilidade de comunicação entre as

<sup>10</sup> Classicamente, os direitos de primeira dimensão receberam a classificação de "direitos negativos" por incitarem garantias relacionadas a um não fazer ou *non facere*, em uma orientação que veda não só à abstenção do autoritarismo estatal, mas também das arbitrariedades entre particulares no que diz respeito às garantias de liberdade individual - neste ponto último ponto, refere-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da aplicação dessas garantias também nas relações privadas. Em que pese tal afirmação, há doutrina que se consolida no sentido de negar que tais direitos não geram custos para o Estado ou não dependem de taxas para serem implementados. Stephen Holmes e Cass Sunstein (2019) defendem que os direitos,

peçoas, intensificada no final do século XX e que perdura nos dias atuais, garante liberdades que dependem, direta ou indiretamente, de políticas estatais e representam um custo ao erário (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Assim, vislumbra-se que a efetivação de garantias aos indivíduos, ao melhorar a qualidade de vida e convivência social, favorece o aparecimento de novos contornos no relacionamento humano. Este, ao ser facilitado, promove o processo de integração comunitária, que, por sua vez, enseja a construção de uma nova rede de garantias para tutelar a humanidade nesse novo cenário de convivência do sujeito de direitos.

Deste modo, surge a imprescindibilidade da tutela do futuro da cidadania, correspondendo a, segundo a visão de Marcelo Novelino (2021), última fase de institucionalização do Estado social e democrático de direitos, sendo necessária para a realização e legitimidade da globalização política.

Já se fala em quinta dimensão de direitos quando Paulo Bonavides (2017) sustenta-a como a garantia à paz universal. Por sua vez, Adércio Leite Sampaio (2002, p. 302) refere-se a ela como a interpretação que o sistema de direitos realiza em face dos novos anseios e necessidades humanas decorrentes das transformações sociais do tempo presente. Inclusive, este autor cita que tais novos direitos dizem respeito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida, segundo a tese de Majid Tehrarian. Assim, reconhece-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada sem um olhar para o indivíduo como parte do cosmo, clamando por sentimentos de amor e cuidado, definidos como condições prévias de segurança ontológica.

Nota-se que a progressividade da rede de proteção do sujeito de direitos é marca da evolução do constitucionalismo, considerando-se este como as prevaletentes conformações políticas da esfera ocidental. Ocorre que, a partir da nova conformação jusfilosófica desta evolução, ou seja, doravante as recomendações pós-positivistas, que reaproximam o Direito dos valores humanos, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, se inicia uma nova fase no processo de constitucionalização dos povos que demanda um projeto e a execução de uma rede de garantias indivisível e universal.

A dignidade humana é alçada a superprincípio, paradigma ético e referência central do constitucionalismo contemporâneo, que não se restringe mais à esfera local, ensejando um programa que alcance o âmbito regional e global para exprimir racionalidade, unidade e sentido àquele valor central. É o chamado para planejamento e execução do projeto de garan-

---

seja qual for a sua dimensão, incluindo a primeira, ou seja, as liberdades individuais, existem não meramente pela positividade legal, mas, principalmente, pela alocação orçamentária para garantir o seu usufruto. Para eles, as liberdades de nada valem se não houver recursos para torná-las efetivas.

tias mínimas do ser humano que não é redutível aos interesses do Estado.

Cançado Trindade e Robles (2004, p. 206) afirma que "[...] não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade". Para consolidação desta pretensão, é necessário repensar algumas óticas e diretrizes jurídicas que, até então, na regência de um constitucionalismo fundado em um Estado de Direito nacional, não demandava novas diretrizes. Portanto, Flávia Piovesan (2019, p. 48) destaca que:

A proteção de direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção de direitos humanos - isto é, transita-se de uma concepção "hobbesiana" de soberania, centrada no Estado, para uma concepção "kantiana" de soberania, centrada na cidadania universal; e 2a) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos.

A forma como o Estado garante a proteção e aloca recursos para efetivar o conteúdo ético de seu sistema de direitos deixa de ser um dilema doméstico, tornando-se uma pauta supranacional. Andrew Hurrell (1999) vai além, e afirma que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas. Este é o cenário que leva o Estado de Direito que urge a assumir uma perspectiva internacional de ineditismo na teoria do constitucionalismo até então, mas já visualizado na filosofia jurídica por reforçar alguns argumentos de direito natural e da sua filosofia<sup>11</sup>.

Ainda no século XVII, Abbe Saint-Pierre (2003), apesar de, ainda sob a influência do juspositivismo, considerar que a política e as normas jurídicas são mais importantes que a moral para a regulação social, já preconizava um projeto de integração para consolidar a paz na Europa. Influenciado por este, Immanuel Kant (1995), já no século XVIII, afirmava que a paz perpétua apenas adviria de um Estado universal. Tal pensamento hoje é revisitado com um olhar pragmático sobre a ordem dos fatos contemporâneos. Alguns teóricos inclinam-se a

<sup>11</sup> Há doutrina sustentando que o pós-positivismo ou não positivismo é, de fato, uma reformulação do jusnaturalismo. Destaca-se Manuel Atienza (2009), no artigo "*Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho?*", demonstrando uma conexão entre algumas teses jusnaturalistas e as teorias de Dworkin, Alexy, Carlos Nino e, em alguma medida, Ferrajoli. No mesmo sentido, Luis Prieto Sanchís (2009) qualifica expressamente Dworkin de jusnaturalista. Alfonso García Figuerola (2009) também sustenta a tese, demonstrando dois tipos de antipositivismo: o interno, denominado pós-positivismo ou jusnaturalismo; e o externo que critica a própria dialética que mantém positivistas e não positivistas. Há outra corrente no sentido de que o pós-positivismo é uma doutrina variada que pretende unir os pontos positivos de ambos os paradigmas jusfilóficos e afastar suas inconsistências, refutando o positivismo por não sustentar a "[...] separação do direito com a moral e a política" e afastando o jusnaturalismo por ser fundado "[...] em propostas de incremento da racionalidade, como a festejada ponderação" (MOREIRA, 2009, p. 216).

dizer que o mundo caminha para um Estado universal, reconhecendo no projeto da Constituição Europeia a confirmação desta hipótese.

Ives Gandra da Silva Martins (2006) reconhece a União Europeia como o "gérmen" do Estado universal, tendo em vista não só os órgãos de administração supranacional, mas também a prevalência do direito comunitário sobre o direito interno dos 25 países que a referendaram nos casos de interesses comuns. Ainda, o autor sustenta que a União Europeia deixa de ser uma confederação de países, assumindo um papel de federação entre nações soberanas, o que faz dela uma experiência inédita no constitucionalismo mundial.

Em que pesem as críticas tecidas ao que, mais a frente, denominar-se-á como eurocêntrica construção do Direito Internacional, a influência do Direito europeu é evidente na construção dos mais variados sistemas jurídicos ocidentais.

A partir da segunda metade do século XX, o Direito Constitucional europeu foi revisitado pela nova perspectiva ali vivenciada: criação dos blocos e comunidades transnacionais formados em busca de uma maior força política, econômica e até cultural (SILVA, 2005).

Neste cenário, caracterizado pela pluralidade de Estados independentes em busca de uma integração como ponto de partida para uma noção revisitada de Estado Constitucional, Peter Häberle (2007) propõe a concepção de um Estado Constitucional Cooperativo, a partir de um aspecto sociológico-econômico e de outro ideal-moral. Quanto ao primeiro aspecto, Häberle (2007) enfatiza a independência econômica dos Estados constitucionais europeus como pressuposto do Estado Cooperativo, que visa organizar as relações econômicas entre eles, necessitando de um método jurídico objetivo.

Para esta pesquisa, é ainda mais importante evidenciar o aspecto ideal-moral para tal noção de Estado Constitucional. Neste ponto, a função dos direitos humanos e das garantias fundamentais aparece como pressuposto conformador para a cooperação entre os Estados, pois, sem ela não seria possível garantir uma rede mínima de padrões para o indivíduo dentro da comunidade europeia.

Neste ponto reside a crítica de Häberle, no sentido de que apenas serão consolidados os ideais morais do Estado Cooperativo quando existir, de fato, o que ele denomina de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição<sup>12</sup> no plano universal. Para esta teoria, toda a ci-

<sup>12</sup> Uma das principais teses de Peter Häberle contribui de forma significativa com o desenvolvimento do direito constitucional brasileiro, tendo sido a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição recebida e adaptada à realidade nacional pela doutrina, jurisprudência e legislação pátria. A teoria é de que o rol de legitimados ao ato de interpretação constitucional não é taxativo, ou seja, são intérpretes da constituição todos os cidadãos e grupos sociais, para além dos órgãos estatais e das autoridades públicas. Em sede de jurisprudência constitucional, o Supremo Tribunal Federal admite a tese compatível com a orientação de Häberle sobre a abertura hermenêutica da interpretação constitucional, em questão de ordem na ADI n. 2.777/SP, lavrada no voto de autoria do Ministro Celso de Mello, em novembro de 2003, admitindo a sustentação oral de

dadania é chamada a concretizar a mensagem normativa do constituinte, pois todo cidadão que vive em um contexto regulado por uma norma é, direta ou indiretamente, um intérprete desta (HÄBERLE, 1997).

Para Peter Häberle (2007), o Estado Constitucional Cooperativo está inserido em uma comunidade universal de Estados Constitucionais, em um contexto onde estes não são um fim em si mesmos, mas referências para os demais Estados membros de uma comunidade, indicando diretrizes para um modelo de cooperação internacional. Tal modelo é regido por diretrizes centradas em um tripé: institucionalização democrática; independência da jurisdição, eminentemente, da jurisdição constitucional; e mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos.

Nota-se a preservação do modelo de Estado de Direito Constitucional, acrescido de uma vocação inerente ao diálogo e à contribuição na esfera internacional. É aqui que Häberle (2007) propõe a revisitação do elemento subjetivo do conceito clássico de Estado, consistente na soberania. Segundo ele, para a consecução do Estado Cooperativo, a ordem internacional deve ser apta a influenciar diretamente a soberania dos Estados nacionais, os quais, por esta influência, mitigam a força e a extensão desse elemento subjetivo, deixando de ser soberanos, tal como eram no Estado clássico de Direito, para ser cooperativo. Sobre o Estado ser cooperativo, Peter Häberle (2009, p. 118) considera que:

Junto com a perda da soberania nacional dos europeus se apresenta, na ordem do dia, a acelerada internacionalização (globalização). A fórmula de “cooperação de estados constitucionais” (1978) busca fazer justiça a essa questão. A solução dos problemas formulados pelas novas formas de informação tecnológica inquieta a Constituição federal alemã; sejam igualmente mencionados os sutis instrumentos das judicaturas constitucionais para o cuidado efetivo do meio ambiente”

A manifestação dessa cooperação ocorre por meio de princípios gerais, notadamente daqueles que consagram *standards* universais, tais como objetivos em prol da paz mundial, proteção ao meio ambiente, fins educacionais, colaboração e ajuda humanitária. Há uma relação direta entre a concepção do Estado Constitucional Cooperativo e a proteção contemporânea dos direitos humanos. Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 7) alça o protótipo do novo modelo constitucional haberliano à inspiração para a construção de um Direito Constitucional comum iberoramericano:

Diante dessa realidade, segundo Häberle, os modestos meios do constitucionalismo devem ser empregados a fim de levar a cabo o necessário para que a América Latina,

---

terceiros em processos de controle de constitucionalidade abstrato. Em 1999, o legislativo consagra a figura do *amicus curiae* no processo e julgamento brasileiro de ações do referido controle de constitucionalidade, por meio da aprovação da Lei n. 9.868 (vide artigo 7º, § 2º).



com sua riqueza multiétnica e multicultural, se reafirme na era da globalização. Cabe então questionar se existiriam contornos tangíveis para um direito constitucional comum iberoamericano. Quanto a isso, podemos supor, com Häberle, que existem materiais textuais que constituem etapas precursoras de uma integração mais ampla. Além de menções expressas a “América”, “América Latina” e “América Central” em diversas Constituições dos países que compõem o continente, seja no preâmbulo ou no texto normativo, no plano supranacional merecem destaque a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Nota-se a tendência contemporânea no constitucionalismo mundial em prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano, não só por meio de um constitucionalismo nacional que formule uma rede de proteção mais robusta e significativa para concretização normativa, mas também através de um estudo do Direito que aproxime o Direito Constitucional ao Direito Internacional.

#### *2.1.1.1 O método comparativo de interpretação constitucional*

A valorização do homem como centro das garantias jurídicas e a sua dignidade como norte axiológico dos sistemas normativos não só determinam novos caminhos para o já reputado como novo constitucionalismo, mas também ensejam que este delimite as fronteiras do pensamento econômico em prol do resgate das condições mínimas de proteção do ser humano como uma tarefa cultural.

Apoiado na doutrina de Pablo Lucas Verdú<sup>13</sup> (1998), segundo a qual a teoria da Constituição é vista como uma ciência da cultura dos povos, Peter Häberle executa o modelo de Estado Constitucional cooperativo, baseado na reconstrução cultural dos povos. Tal teoria não deve se restringir aos elementos clássicos da educação, ciência e arte, mas também abranger outras diversas formas de conhecimento, tais como crenças, artes, moral, leis, costumes e usos sociais, que os indivíduos adquirem ao longo da sua vida em comunidade (HÄBERLE, 2000).

Este modelo de Estado Constitucional também prescinde de um consenso universal sobre um núcleo duro ou mínimo de dignidade humana, independente do âmbito cultural (HÄBERLE, 2007), o que depende da compreensão sobre a “[...] formação da identidade hu-

<sup>13</sup> Dentre outras teorias, o autor destaca-se pela construção teórica do termo "sentimento constitucional" na obra VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. Neste feito, Verdú sustenta que a Constituição e os direitos fundamentais para serem efetivos não demandam apenas aspectos técnicos jurídicos, mas também uma consciência social inerente à consecução das garantias ali previstas. Nesse sentido, as disposições jurídicas necessitam de um mínimo de reconhecimento social como aspectos psicológicos que resvalam em uma construção cultural. Ainda segundo o autor, o Estado moderno enseja a consolidação de laços de harmonia e fraternidade entre o povo, que deve cumprir as normas e manter a integridade do Estado a partir da consolidação prática de valores, tais como patriotismo, cidadania e nacionalidade.

mana em uma sociedade e em que medida se pode partir de um conceito de identidade válido entre as culturas em um aspecto universal" (GONTIJO, 2009, p. 4698). Isto porque o conceito de dignidade da pessoa humana deve ser decorrente de componentes fundamentais em comum da personalidade humana, extraídos da sociedade de maneira plural, ou seja, a partir da observação do núcleo rígido em todas as culturas e o levantamento das condições semelhantes, não reduzindo-o a um território ou um povo específico.

Peter Häberle (2007) apresenta um conceito substancial de Constituição como modelo de reconstrução dos processos sociais evolutivos, utilizando uma comparação no tempo e no espaço das regras jurídicas que disciplinam a vida de determinado povo entre si, entre este e o Estado, bem como as relações com outras comunidades. Sobre o ponto de vista harbéliano, André Pires Gontijo (2009, p. 4699) destaca que no final do século XX a globalização atingiu os sistemas jurídicos por meio de uma produção comunitária e recepção mundial de textos constitucionais, paradigmas científicos e soluções judiciais. O autor completa que:

[...] há também a recepção de uma "realidade constitucional", em que os países comecem a estudar as experiências que outros países já tiveram. Tal constatação tem consequências, como o entrosamento da comparação jurídica como o quinto método de interpretação constitucional. Além disso, no âmbito dos direitos fundamentais, estabelece-se a integração destes com o Estado Constitucional, por meio do postulado de uma "interpretação conforme os direitos humanos" e sua condensação nos "princípios gerais do direito", como demonstrou o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ao anunciar o "direito constitucional comum europeu" em suas decisões. (GONTIJO, 2009, p. 4699).

Desta multiplicidade de orientações, internas e internacionais, provenientes do novo modelo de Estado constitucional de Direito, surge o problema das fontes que, para Häberle (2007) suscita uma falácia argumentativa. O autor sugere que, sob a égide de uma sociedade aberta dos intérpretes por ele defendida, não há como se fixar um rol taxativo de origens materiais do Direito, tendo em vista a abertura do sistema jurídico à pluralidade de intérpretes e de conceitos interpretados. Tal postulado também é válido para a distinção de fontes formais e materiais do Direito, pois, para o autor, no Estado Constitucional não há separação entre direito legislado e direito criado. Sobre a concepção de Häberle, Gontijo (2009, p. 4700) completa:

Ademais, as reflexões praticadas até agora sugerem a "despedida" do Estado nacional e das doutrinas tradicionais sobre as fontes do direito. A penetração da categoria dos "princípios gerais do direito" quebra o caráter estatal das fontes do Direito, e de maneira semelhante faz referência aos princípios "pré-estatais" ou "pré-positivos" - como "direitos humanos universais" - por via das "cláusulas de realização dos direitos fundamentais". Nesse aspecto, resultam relevantes os processos que permitem pensar o surgimento de um "direito comum", em especial na Europa, pois, na medida em que a teoria constitucional nacional e a jurisdição constitucional se "europeí-

zam", o corpo jurídico nacional se enriquecerá e se pluralizarão as fontes nacionais do Direito, abrindo-se a interpretação para "fora". Como consequência, todos os processos evolutivos que permitem qualificar a comparação jurídica como "quinto método" de interpretação constituem uma despedida da "estatização" na doutrina das fontes do Direito. Tal processo evolutivo caracteriza o Estado Constitucional em sua atual etapa textual, saindo do papel e impregnando a realidade constitucional.

Portanto, o Estado Constitucional Cooperativo torna-se global e um protótipo de desenvolvimento, devendo assegurar sua continuidade no tempo por meio de processos que determinam o equilíbrio entre a proteção constante do núcleo duro de dignidade da espécie humana, o qual não se submete aos aspectos culturais, e as alterações promovidas pelas constantes mudanças nas relações sociais decorrentes da globalização (HÄBERLE, 2007). Este cenário leva à conclusão que o Estado Cooperativo se concretiza na esfera de Direito Internacional e que a cooperação permite a exportação e até mesmo o compartilhamento de experiências entre Estados nacionais sobre valores considerados como parte desse mínimo existencial na sociedade contemporânea, tais como direitos fundamentais, democracia pluralista e jurisdição constitucional.

Evidencia-se que Peter Häberle (2007) é prudente e salienta a necessidade de uma "adaptação" desses *standards* de acordo com a realidade cultural de cada Estado. Para deixar claro, o elemento cultural deve ser afastado quando da apreciação das cláusulas que garantam núcleo mínimo de dignidade do ser humano, mas deve ser levado em consideração quando da aplicação dessas no sistema jurídico. Nas seções seguintes desta tese, esta reflexão incorporar-se-á aos fundamentos da doutrina da margem de apreciação nacional, instituto de relevância ínsita ao estudo dos direitos humanos e justiça internacional.

O projeto de Estado Constitucional Cooperativo delinea elementos norteadores que devem estar inseridos nas constituições nacionais: preâmbulo com finalidades educacionais comunitárias; reconhecimento da tarefa de cooperação regional; artigo sobre solidariedade; cláusula de recepção de tratados internacionais de direitos humanos; integração das normas de Direito Internacional; disposição sobre primazia do direito internacional, especialmente dos *standards* de direitos humanos, no caso de antinomia normativa; critérios hermenêuticos de acordo com o Direito Internacional, não limitado aos direitos humanos; disposição sobre abertura do sistema jurídico às cláusulas internacionais; cláusula de interpretação, aberta ao direito internacional (HÄBERLE, 2007).

A partir da construção constitucional nacional aberta a este cooperativismo comunitário, Häberle (2007) então sugere o método comparativo como mecanismo de estudo, aprimoramento e interpretação dos sistemas jurídicos constitucionais cooperativos. Este modelo estimula a análise crítica do ordenamento jurídico interno a partir da identificação do núcleo

comum universal, a ser minimamente protegido, e da compreensão das diferenças culturais no cotejo do caso concreto, observando que o conceito adotado sobre os direitos fundamentais deve ser aquele compreendido pelo próprio titular do direito em espécie, em consonância com o modelo de sociedade aberta dos intérpretes da constituição. André Pires Gontijo (2009, p. 4703) destaca que:

Por meio do método comparativo, compartilham-se experiências positivas nos diversos Estados Constitucionais, de modo que se pode alcançar com estas receitas de sucesso um "direito comum de cooperação", cujo enfoque se estabelece no desenvolvimento da proteção dos direitos humanos. O prestígio do Estado Constitucional Cooperativo cresce com sua força para a realização cooperativa dos direitos fundamentais. A estatalidade ganha, nesse aspecto, um novo patamar de legitimação. O "direito comum de cooperação" recebe dos direitos fundamentais os mais fortes impulsos, integra-os para "tarefas da comunidade" e tem neles um garante confiável.

No mesmo sentido, Christine Oliveira Peter da Silva (2005, p. 13) alerta para a inclusão das cláusulas de direitos humanos como norte interpretativo do Direito interno dos Estados:

No método comparativo que propõe, Häberle tem apresentado os standards como critério de identificação de modelos comuns entre os diversos Estados Nacionais, afirmando que cada vez mais tem surgido um conjunto maior de princípios constitucionais particulares que se apresentam comuns a diferentes Estados Constitucionais da Europa. [...] Häberle afirma que o reconhecimento das Cartas de Direitos Humanos das comunidades pelos ordenamentos internos apresenta-se como um sinal da integração entre o Estado Constitucional e os direitos humanos, devendo ser ressaltado que a interpretação constitucional foi a grande responsável por isso. A partir dessa constatação, o professor Häberle ressalta que o interprete dos direitos fundamentais tem que tomar em consideração sempre os textos universais e regionais sobre os direitos humanos, sendo a própria abertura dos conteúdos e dimensões dos direitos fundamentais uma consequência da própria evolução do Estado Constitucional cooperativo.

A atual sociedade aberta dos intérpretes é voltada à proteção de direitos fundamentais mínimos, inerentes à condição humana do ser, realizando-se internacionalmente pela via do método comparativo de Peter Häberle, por meio do qual as constituições nacionais podem se comunicar.

Esse processo de diálogo entre os Estados Constitucionais exige uma análise jurídica comparativa, em que os protagonistas buscam observar as qualidades típicas e as individuais na tutela de direitos fundamentais do Estado "vizinho", sem olvidar a realização também de um paralelo cultural. Neste método, o intérprete deve levar em conta tanto a política jurídica, ou seja, a norma legislada, quanto a atividade interpretativa dos intérpretes do Estado paradigma. Este modelo conquistou o posto de quinto método interpretativo, ao lado dos métodos

propostos por Friedrich Carl von Savigny<sup>14</sup> (HÄBERLE, 2007).

A comparação constitucional torna-se, assim, um marco metodológico, apresentando-se como ferramenta mediante a qual as mais diversas Constituições podem se comunicar entre si. Isto possibilita maior eficácia não só individualmente, mas também para todas como um compilado universal proveniente das virtudes dos sistemas jurídicos fundados no tipo de Estado Constitucional por ele defendido: o Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2003). O ponto ápice da contribuição de Peter Häberle para estudo e aperfeiçoamento do Direito por meio do método comparativo entre os Estados Constitucionais Cooperativos reside na releitura do elemento subjetivo do conceito de Estado de Direito: a soberania.

A autoridade nacional-estatal é relativizada em prol da pessoa - "*idem civis et homo mundi*" –, que assume o posto central e comum da atuação do Estado, alcançando uma proteção jurídica para além das fronteiras de sua nacionalidade, possibilitando alcançar o que Häberle (2007, p. 71) denomina de "[...] realização cooperativa dos direitos fundamentais".

A soberania deixa de ser um elemento subjetivo que autoriza o Estado agir de forma isolada dentro de seu território e passa a ser um elemento de integração entre o Direito Nacional e o Direito Internacional. Nesta releitura, a autodeterminação do indivíduo é elemento nevrálgico da dignidade humana, sobretudo no que diz respeito à atuação do cidadão como agente ativo do Estado Constitucional – o que o eleva a intérprete em uma sociedade aberta – e da política que sustenta essa forma de Estado, eminentemente quando se trata de direitos fundamentais.

#### 2.1.1.2 O Estado Constitucional Cooperativo brasileiro

A inserção do Direito Constitucional brasileiro no plano do Direito Constitucional latino-americano, interamericano ou iberoamericano é vista pela doutrina do constitucionalismo pátrio como exemplo de que o Estado de Direito ora vigente no Brasil pode moldar-se ao modelo de Estado Constitucional Cooperativo, tal como proposto por Peter Häberle (2007).

No Brasil, verifica-se este modelo de cooperação expressamente no texto constitucional de 1988, o qual projeta características peculiares do Estado brasileiro, mas demonstra vocação crescente para o diálogo com a esfera internacional. Há remissões claras à influência direta e indireta da ordem internacional, inclusive, na soberania do Estado, que deixa os traços

<sup>14</sup> A Escola de Savigny reputa quatro métodos clássicos de interpretação normativa: gramatical, sistemático, histórico e teleológico. Esses métodos já são lidos em conformidade com as novas diretrizes dos Estados Constitucionais, tal como em: CANTARELLI, Priscila Dalla Porta Niederauer. Uma análise dos métodos de interpretação constitucional em relação à nova hermenêutica: os princípios constitucionais como diretrizes. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 1, n. 2, p. 99-115, dez. 2008.

do conceito clássico de soberania para trás, passando a ser, nos moldes tratados no subitem anterior, soberano no modelo cooperativo.

Gilmar Ferreira Mendes (2010) tece uma reflexão significativa sobre a abertura do Estado brasileiro ao Direito Internacional. O autor considera que o parágrafo único<sup>15</sup> do artigo 4<sup>o</sup><sup>16</sup> da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) remete à clara opção do constituinte originário pela integração do Brasil aos organismos internacionais. Aponta que o parágrafo segundo<sup>17</sup> do artigo 5<sup>o</sup><sup>18</sup> determina que o rol de garantias fundamentais brasileiros não se esgota no texto constitucional, remetendo a uma verdadeira abertura do sistema aos *standards* internacionais.

Estas características, ínsitas ao texto constitucional originário, recebem adendos que destacam a vocação crescente do Estado brasileiro ao modelo cooperativo, quando em 2004, a Emenda Constitucional n.º. 45 (BRASIL, 2004), acrescentou mais dois parágrafos ao referido artigo 5<sup>o</sup><sup>19</sup>, destacando o prestígio dos tratados internacionais de direitos humanos – ou seja, daqueles que fixam os padrões internacionais mínimos de tutela do homem, independente dos aspectos culturais – e a submissão do país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional que declarar adesão. Neste derradeiro aspecto, fica nítida a revisitação do elemento subjetivo do Estado, a soberania, que deixa de isolar as nações em torno de si mesmas, tornando-as entes cooperativos entre seus territórios vizinhos, eminentemente na construção de uma comunidade que, dentre outros interesses concretos, tutela os direitos humanos e as garantias fundamentais (HÄBERLE, 2007).

No mais, o Estado de Direito brasileiro funda-se em alguns daqueles princípios norteadores que Härbele mencionou como elementos constitucionais expressos de um Estado Cooperativo (2007). O preâmbulo da Constituição Federal de 1988<sup>20</sup> (BRASIL, 1988), além

<sup>15</sup> *in verbis*: A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

<sup>16</sup> *in verbis*: Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

<sup>17</sup> *in verbis*: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>18</sup> *in verbis*: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>19</sup> *in verbis*: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

<sup>20</sup> *in verbis*: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte

da finalidade educacional, reconhece a inserção do Brasil na ordem internacional. O artigo 3<sup>o21</sup>, ao elencar os objetivos centrais do país, fixa, logo no inciso I<sup>22</sup>, a formação de uma sociedade solidária. O artigo 4<sup>o23</sup>, no seu inciso IX<sup>24</sup>, aduz expressamente que a República Federativa do Brasil rege suas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos.

A recepção de pactos de direitos humanos regionais ou universais, bem como a integração de normas de Direito Internacional universalmente reconhecidas são tratados pelos já mencionados parágrafos 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup> do artigo 5<sup>o</sup>, incluídos pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pela redação originária do artigo 84<sup>o25</sup>, que, no seu inciso VIII<sup>26</sup>, remete ao Presidente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional, nos termos fixados no artigo 49<sup>o27</sup>, inciso I<sup>28</sup>.

Quanto aos elementos hermenêuticos voltados à primazia em favor do Direito Internacional em caso de colisão normativa, às normas de interpretação de acordo com o Direito Internacional, às fontes do direito aberto ao Direito Internacional e às cláusulas de interpretação abertas ao Direito estrangeiro, estes podem não aparecer expressamente consignados no texto constitucional, porém vêm sendo reconhecidos juridicamente por meio da aplicação das normas jurídicas por autoridades estatais, eminentemente pelo Poder Judiciário.

Por meio da aplicação do método comparativo de Peter Häberle, no qual os *standards* aparecem como critério de identificação dos modelos constitucionais comuns dos diversos Estados nacionais, a Constituição brasileira vem sendo interpretada pelos órgãos judiciários a partir dos elementos citados no parágrafo anterior. É o que se observou no julgamento dos Recursos Extraordinários n.º 349.703 (BRASIL, 2009b) e 466.343 (BRASIL, 2009c), no ano de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) revisou a sua jurisprudência,<sup>29</sup> no

---

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>21</sup> *in verbis*: Art. 3<sup>o</sup> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

<sup>22</sup> *in verbis*: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>23</sup> *in verbis*: Art. 4<sup>o</sup> A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

<sup>24</sup> *in verbis*: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

<sup>25</sup> *in verbis*: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

<sup>26</sup> *in verbis*: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

<sup>27</sup> *in verbis*: Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

<sup>28</sup> *in verbis*: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

<sup>29</sup> Até então, a jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro residia no sentido de considerar os tratados internacionais de direitos humanos, tal como outros instrumentos convencionais de caráter internacional que não se reportassem a esta matéria, como equivalentes às leis ordinárias. Isto porque, no entendimento anterior, os tratados pactuados internacionalmente não possuíam a devida legitimidade para confrontar ou complementar os preceitos normativos nacionais, nem quando se tratavam de direitos fundamentais. A tese da legalidade ordinária surgiu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.0004, em 1977, ainda sob a égide da Constituição anterior. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema voltou a julgamento, em 1995, no *Habeas Corpus* n. 71.131/RJ, em que o Plenário do Pretório Excelso reafirmou a proposição de que os diplomas normativos internacionais incorporam-se ao ordenamento jurídico in-

sentido de observar a abertura do Estado Constitucional brasileiro às ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos, o que determinou a adoção da tese da supralegalidade dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (MENDES, 2010).

Neste novo cenário da Corte Suprema, guardiã máxima do Estado Constitucional de Direito brasileiro, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados sem a observação do quórum qualificado, previsto no atual parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal – incluído pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 (BRASIL, 2004), como exposto alhures –, apesar de infraconstitucionais, possuem caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais e, assim, são dotados de um atributo que os qualifica a ingressar na ordem jurídica com *status* superior às leis nacionais.

Assim, em que pese esses tratados não serem passíveis de contrastar com a supremacia da Constituição, Gilmar Ferreira Mendes afirma (2010, p. 7) que "[...] equipará-los à legislação ordinária significa subestimar o seu valor especial no contexto do sistema dos direitos da pessoa humana". Antônio Oliveira Maués (2013) esclarece os efeitos da adoção da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, dividindo-os em três: 1. interpretação constitucional conforme as diretrizes; 2. efeito paralisante das normas infraconstitucionais em descompasso com o tratado paradigma e 3. controle de convencionalidade por qualquer juiz ou tribunal.

O caso em concreto que resultou na reavaliação do entendimento tratava da prisão civil do depositário infiel, expressamente prevista, ainda hoje, como cláusula de exceção inserida no direito fundamental à vedação do encarceramento civil por dívida, prevista no inciso LXVII<sup>30</sup> do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988).

A casuística em análise, que levou novamente à discussão pela Corte, remetia à prisão de um empresário do estado de Tocantins, decorrente do inadimplemento de um acordo contratual no sentido de zelar por 2,7 milhões de sacas de arroz que garantiriam o pagamento de uma dívida. Foi impetrado *habeas corpus* no Pretório Excelso, sob a justificativa da vedação da prisão civil por dívidas em tratados internacionais assinados pelo Brasil, mais precisamente a CADH - mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica - e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, exceto nos casos de inadimplência voluntária de pensão

---

terno com natureza jurídica de lei ordinária, não importando o seu conteúdo normativo, e que eventuais conflitos normativos resolver-se-iam pelo critério cronológico, segundo o qual *lex posterior derogat legi priori*. Dois anos depois, em julgamento da medida cautelar na ADI n. 1.480-3/D, seguindo o voto do relator do processo, Ministro Celso de Mello, o Tribunal reitera que entre os tratados internacionais e as leis internas pátrias existe uma mera relação de paridade normativa, entendendo essas leis internas no sentido de leis ordinárias.

<sup>30</sup> *in verbis*: LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;



alimentícia. A defesa sustentou que a Emenda Constitucional n.º. 45/2004 (BRASIL, 2004) alçou a natureza jurídica desses tratados à hierarquia constitucional, superior, portanto, à legislação infraconstitucional que regulamentava a então possibilidade de prisão civil do depositário infiel à época do conflito.

Em que pese os votos com fundamentos diferentes, todos os ministros que compunham a Corte à época convergiram sobre a ilicitude da prisão do depositário infiel, o que demonstra que a opção da tese da constitucionalidade ou da supralegalidade não levaria a conclusões diferentes. No entanto, a não adoção da tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não ratificados com a formalidade do artigo 5º, parágrafo terceiro da Constituição nega a guarda e a vigilância desses instrumentos jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal, pois estes não ingressam no rol dos parâmetros de controle de constitucionalidade, "[...] ou seja, eles não integram o conjunto de disposições com base nas quais se analisa a constitucionalidade das leis e outros atos normativos" (MAUÉS, 2013, p. 219).

Vale ressaltar que, diante da sucumbência do entendimento pela natureza jurídica constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>31</sup>, a supremacia da Constituição impera, sendo, portanto, não revogada a cláusula de exceção constitucional. No entanto, um dos mencionados efeitos da tese da supralegalidade adotada é exatamente o que determina a paralisação das normas infraconstitucionais em descompasso com os tratados paradigmas de direitos humanos.

O Brasil aderiu ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e à CADH no ano de 1992. Pelo efeito citado anteriormente, adotado a partir da adesão à tese da supralegalidade, desde então reconhece-se a inaplicabilidade da legislação infraconstitucional que disciplina qualquer exceção à prisão civil por dívida, excetuado o caso do devedor inescusável de prestação alimentícia. Isso determina não só o efeito paralisante da legislação interna anterior à adesão do tratado, tal como ocorreu com o Decreto-Lei n.º. 911, de 1º de outubro de 1969, mas também da legislação aprovada posteriormente à adesão internacional, desde quando estas forem incompatíveis com os *standards* ratificados.

Este cenário se apresenta como reflexo da posição do Brasil como um Estado Constitucional Cooperativo. Para a construção de um Direito Constitucional comum é primordial garantir a eficácia interna dos pisos mínimos internacionalmente consolidados, bem como inspirar os países vizinhos a fazer o mesmo, sendo comumente também influenciado por eles.

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, foram vencidos os votos dos Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Menezes Direito.

### ***2.1.2 Globalização dos riscos e mundialização do Direito: os estudos jurídicos comparativos de Mireille Delmas-Marty***

Como visto, o desenvolvimento das relações sociais e a elevação da dignidade humana como elemento axiológico central norteador dos sistemas normativos são elementos centrais no caminho da construção e consolidação do Direito Internacional, bem como da relevância deste na efetivação dos postulados de um constitucionalismo contemporâneo. Os franceses associam esses desafios ao que denominam de globalização e de mundialização jurídica, política e econômica. Em geral, empregam o termo “globalização” quando associam esse processo à economia, utilizando a denominação “mundialização” quando remetem aos panoramas social ou político (BOLZAN DE MORAIS; SALDANHA; VIEIRA, 2011).

De forma mais estrita, o processo de mundialização do Direito decorre da construção de um rol de garantias do homem, iniciado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) de 1789, consolidando-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Observa-se que a história dos sistemas jurídicos europeus remete seus alicerces a um "direito de vocação universal", pelo qual "[...] o direito comum era aplicado como um método de racionalidade e guiava a interpretação de um direito local muito diversificado e complexo" (DELMAS-MARTY, 2003b, p. 1). Tal fato resultou na construção de ordenamentos nacionais a partir da "[...] aplicação de um direito comum, elaborado a partir do direito Romano e que foi se tornando nacional com a emergência dos Estados até o século XIX" (GONTIJO, 2009, p. 4690).

Ocorre que esses interesses sociais e políticos em comum, universalizados em diplomas que dão base à consolidação dos ordenamentos nacionais, não foram capazes de conter as práticas de degradação e destruição sistemática da pessoa na primeira metade do século XIX, resultando em duas grandes guerras mundiais que o Direito das "nações civilizadas" não foi capaz de impedir (DELMAS-MARTY, 2003b, p. 2).

Esses conflitos expuseram o homem a riscos incomensuráveis e inadmissíveis perante a posição assumida pelo ser humano como sujeito de direitos, destinatário final da norma jurídica, o que passa a ser postulado axiológico do novo paradigma jusfilosófico do Direito, tal como anteriormente exposto. É a globalização dos riscos, provocada pelos interesses econômicos, que suscita uma resposta do Direito em prol da efetiva realização do "sonho da universalidade" (DELMAS-MARTY, 2003b, p. 2).

As organizações internacionais apresentam-se como órgãos norteadores destes processos, promovendo diretrizes aptas a organizar os esforços em prol da conciliação entre o

desenvolvimento, a paz e a segurança mundial, assumindo o hercúleo desafio de realizar esse projeto regido pela multiplicidade cultural que não pode ser subestimada, nem desconsiderada. Ademais, para a consecução de postulados axiológicos, tais como os previstos para a consecução do Estado Constitucional Cooperativo, é primordial o diálogo, em sede das relações internas e internacionais, entre a economia e os direitos humanos.

Pensar os direitos humanos de forma indissociável da economia, reconhecendo a interdependência desta com as garantias individuais - tais como direitos civis e políticos - bem como os direitos sociais e econômicos, é o caminho para a sua universalização diante das particularidade nacionais e regionais, evitando-se o risco que os processos de globalização e mundialização ocorram sob a égide segregacionista das economias globais dominantes.

Neste intento, Mireille Delmas-Marty<sup>32</sup> constrói uma interessante doutrina a partir do conceito de um "Direito mundial" pluralista, tendo a razão como ferramenta de justificação e diálogo que "[...] aponta para a necessidade de refundar os poderes nas organizações internacionais, de modo que contem com a participação ou influência não apenas dos atores privados econômicos e estatais, mas também dos atores cívicos" (LEGALE FERREIRA, 2013, p. 110). Assim, os estudos de Delmas-Marty aproximam-se aos fundamentos de Härbele na busca de um método de estudo e aprofundamento do Direito, fundado na fixação de padrões mínimos universais, no diálogo e na cooperação entre os Estados na busca por um Estado de Direito que consiga reger os desafios e proteger os mínimos existenciais desejados pelos povos na contemporaneidade.

A fim de encontrar um método que fundamente as proposições desta tese rumo a um direito mínimo que conduza as relações de trabalho humano no mundo, apresenta-se neste tópico os dois pensamentos acima, contrastando-os e aproximando-os, dentro das possibilidades, no intuito de fundamentar juridicamente a legitimidade de uma esfera pública mundial,

---

<sup>32</sup> Nascida na França, na década de 1940, iniciou seus estudos pelo Direito Positivo francês, radicado suas pesquisas na área do Direito Penal Internacional. Foi professora do *Collège de France* e membro da *Académie de Sciences Morales et Politiques*, tendo participado de comissões legislativas de direito interno sobre Direito Penal e direitos do homem e do comitê de especialistas da União Europeia no projeto de Direito Penal Europeu. Na década de 1970, inicia a construção de uma doutrina fundada na observação dos fenômenos da constitucionalização e internacionalização a partir da adesão da França à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Neste sentido, seus trabalhos destacam-se pela demonstração do elo entre a internacionalização dos direitos humanos como abertura de um caminho para a internacionalização da economia, fatores estes que ainda são considerados como caminhos opostos ou, pelo menos, pouco explorados em conjunto, porém ínsitos a qualquer tese de universalização de garantias para a construção de um convívio social mais pacífico, igual e progressista. Nesta pesquisa, o pensamento da autora será exposto no intuito de traçar características rumo a um direito global, comparando-as aos elementos antepostos de um Estado Constitucional Cooperativo, para dar substrato e diretrizes rumo a um direito global do trabalho. Destaca-se o pensamento da autora a partir de quatro das suas obras: "Três desafios para um Direito Mundial", "Por um Direito Comum", "Internacionalização do Direito e método comparativo" e "As forças imaginárias do Direito: o pluralismo ordenado".

nas quais valores comuns possam ser construídos a partir da percepção de que o homem tem características únicas, apenas lapidadas pelos aspectos culturais. Então, faz-se urgente a busca pela harmonização das esferas normativas nacional e internacional.

Ocorre que dissociar as particularidades culturais de cada país dos caracteres mínimos existenciais dos homens que ali habitam, a fim de construir um padrão sério de direitos humanos universais, parece caminhar em um sentido oposto ao fenômeno da globalização que, cada vez mais, uniformiza as relações humanas no planeta. Vive-se cada vez mais sujeito às tecnologias, às leis do mercado capitalista, à redução das fronteiras territoriais pela construção de comunidades regionais e aos dilemas existenciais da convivência, mas permanece a dificuldade da solidariedade, da cooperação e das trocas entre os povos. Siddharta Legale Ferreira (2013, p. 112) sintetiza que "[,,] atualmente, cada sociedade vive alguma parcela das exigências do homem, mas cada uma de sua maneira".

Esse obstáculo social é agravado por uma construção jurídica ainda fundada na cultura do positivismo clássico, em que os Estados de Direito ainda objetivam impor sua força soberana na extensão territorial que detêm para reger o povo da forma que interessa em prol da manutenção de poder. Vale ressaltar que algumas potências econômicas vão além, ao pretender o incremento de suas influências globais, chegando a impor suas ordens jurídicas em caráter extraterritorial, em um nítido "exercício imperial" (LEGALE FERREIRA, 2013, p. 112), que exige da comunidade internacional um reforço imperativo.

Neste intento, Mireille Delmas-Marty (2003a) antevê duas proposições: a formação de blocos regionais e a fixação de *standards* universais. Observa-se que as duas frentes são diretrizes internacionais ou comunitárias complementares. A primeira, de caráter territorial internacional mais restrito, em que os países acordantes aderem a acordos plurais não só voltados às relações mercantis, mas também produção de um rol de direitos fundamentais em comum. Esta série de garantias são concretizadas a partir da consolidação dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos hoje vigentes na Europa, na América e na África, que, combinados ao sistema global abaixo delineado, complementam-se e, somando-se com os sistemas nacionais de proteção, proporcionam "[...] a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais" (PIOVESAN, 2019, p. 48), principiologia própria do Direito dos direitos humanos.

A segunda diretriz internacional proposta por Mireille Delmas-Marty (2003a) é de esfera global, associada ao instrumento jurídico universal que, segundo Delmas-Marty (2003a), preconiza direitos básicos do homem sem, contudo, orientar diretrizes etnocêntricas: a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, por exemplo. Sobre tal normativa, Flá-

via Piovesan (2019) considera que a referida Declaração inicia a consolidação de uma doutrina internacional dos direitos humanos, conferindo alicerce axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com domínio das características da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência dessas garantias, como na citação seguinte:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacional, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. [...] O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do "mínimo ético irredutível". (PIOVESAN, 2019, p. 47).

Ocorre que se visualiza potencial redução desse mínimo ético por meio da utilização abusiva das cláusulas de reservas na ratificação dos instrumentos jurídicos internacionais.

Segundo o artigo 2.1.d<sup>33</sup> da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (BRASIL, 2009a)<sup>34</sup>, reserva é a declaração unilateral de um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, no intuito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas proposições internacionais no cumprimento do acordo pelo Estado, podendo ser oposta no momento da assinatura, da ratificação ou da adesão pelo Poder Executivo, desde que formulada por escrito e comunicada à comunidade internacional. A doutrina internacional de direitos humanos preocupa-se com a possibilidade ao visualizar sua utilização como ferramenta de "nacionalização" dos textos considerados universais, representando um severo risco à proteção do mínimo ético irredutível.

Cançado Trindade (1999) alerta que, para a superação desse obstáculo, um núcleo duro ou inderrogável de determinados direitos deve ser alçado como insuscetível de reservas.

<sup>33</sup> *in verbis*: Artigo 2: Expressões empregadas: 1. Para os fins da presente Convenção: d) "reserva" significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.

<sup>34</sup> No Brasil, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reservas ao artigo 25 - sobre aplicação provisória antes da entrada em vigor do tratado - e ao artigo 66 - sobre o processo de solução judicial, de arbitragem de conciliação internacional - ganha vigência interna a partir da promulgação do Decreto n. 7.030, datado de 14 de dezembro de 2009. As reservas deixam clara a dificuldade do País na releitura do aspecto subjetivo da soberania do Estado, o qual se reserva ao estrito cumprimento das formalidades para vigência dos instrumentos internacionais em seu território nacional, bem como na participação nos procedimentos que visam solucionar as objeções para além dos meios previstos na Carta das Nações Unidas.

Tais garantias elegíveis não se circundam apenas às individuais, mas também alcançam direitos sociais e econômicos. Em que pese a observação da prática internacional apontar para uma maior preocupação às garantias de primeira dimensão, é urgente a necessidade de equilibrar a balança em prol dos direitos que garantam o bem-estar social e econômico, estabelecendo-se "[...] limitações recíprocas para que se assegure o respeito simultâneo às categorias" (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 48). Ainda, o autor sugere que se estabeleçam ferramentas de oponibilidade contra as economias que se excluam de consagrar o conjunto de tais garantias por meio, por exemplo, da exclusão do comércio internacional ou da fixação de onerosas sanções.

#### *2.1.2.1 Estudos jurídicos comparativos para a internacionalização do Direito*

O processo de mundialização do Direito, desencadeado pela necessidade de construção de um conteúdo mínimo de direitos humanos e pela estruturação de um modelo jurídico para efetivação dessas garantias, direciona os trabalhos de Mireille Delmas-Marty (2003b) ao intento de promover a resignificação da ciência jurídica e, conseqüentemente, dos estudos dela a partir da internacionalização do Direito, por meio do que a autora denominou de Estudos Jurídicos Comparativos. André Pires Gontijo (2009, p. 4690) sintetiza o método da seguinte forma:

[...] tal estudo aborda o processo de mundialização em escala europeia ou ocidental. Levando em conta as diversidades sociais, culturais, econômicas, busca compartilhar suas premissas com outros ordenamentos, cujo objetivo é estabelecer um método que permita abranger o maior número de sistemas jurídicos, ou seja, busca elaborar o que seria identificado como um direito comum, tendo em vista que o método comparativo é responsável pelos avanços do direito internacional.

O que destaca o método de Delmas-Marty (2003b) é a forma, ainda pouco explorada, de sustentar o processo de mundialização do Direito a partir da efetivação de um rol de garantias de direitos humanos, não as dissociando dos direitos econômicos, uma vez que o conteúdo daquelas deve nortear as relações econômicas e as características destas funcionam como elemento impulsor da efetivação dessas garantias.

Em primeira análise, embora aparentemente haja uma antinomia entre direitos humanos e economia, tendo em vista suas supostas diferenças em sede de finalidade – enquanto os direitos humanos objetivam mitigar arbitrariedades e precariedades no tratamento do ser humano, os postulados econômicos soam explorar as diferenças e impor flexibilidade -, Delmas-Marty (2003b, p. 72) sustenta que não prospera essa oposição. Para ela, o que ocorre, de

fato, é um inter-relacionamento entre esses dois campos da ciência, que acaba gerando uma "desordem normativa" e provocando uma desorganização do modelo tradicional de estudo do Direito.

O termo "desordem normativa" é utilizado no sentido de caracterizar a desorganização dos signos e dogmas jurídicos quando da projeção dos processos de internacionalização do Direito. Quando as fórmulas de produção normativa deixam de lado a legitimidade exclusiva do Estado - que antes era titular exclusivo do poder normativo e, assim, garantidor da segurança jurídica - e passam a receber juridicidade advinda de organismos e entidades internacionais, ainda que fixando postulados econômicos não adstringentes - aqueles que provém do termo *soft norms* - ou garantias vagas de um mínimo ético irredutível, verifica-se o que Delmas-Marty (2003b, p. 72) denomina de "desestatização do espaço" e de "desestabilização do tempo", provocando uma desestabilização do Direito, pois este surgiu como ciência que, dentre outras finalidades, funda-se no caractere da segurança jurídica.

Desta forma, tem-se o seguinte desafio: compatibilizar a ordem jurídica nacional - que visa a estabilidade e a precisão advindas da segurança jurídica - com o processo de mundialização do Direito, concretizado por meio de um Direito comum em escala mundial a partir da combinação dos paradoxos advindos da relação entre a economia e os direitos humanos (DELMAS-MARTY, 2003b).

O modelo clássico de organização piramidal, proveniente da teoria pura de Hans Kelsen (1994), fundado no princípio da hierarquia e de aplicação mecânica em virtude da rigidez da regulamentação tradicional - espaço jurídico fechado, homogêneo e hierarquizado - abre espaço para um processo orgânico consistente em uma rede de conexões. Tal metáfora pode ser ilustrada na imagem de um caule, onde as normas jurídicas plurais encontram um espaço aberto e heterogêneo de relacionamento, possibilitando múltiplas conexões entre as ordens jurídicas plúrimas.

Delmas-Marty (2003b, p. 79-80) ressalta que os modelos são via de mão dupla, podendo ser complementados ou substituídos um pelo outro, apontando a situação inusitada, observada atualmente, do modelo orgânico substituir o processo mecânico no âmbito das diretrizes econômicas. Ou seja, do modelo hierárquico clássico de Direito interno para uma transição moderna de conexão com as diretrizes internacionais e, em sentido inverso, do modelo mecânico substituir o modelo orgânico no âmbito dos direitos humanos, naquilo que se denomina como neoconstitucionalismo ou constitucionalismo cooperativo.

Essa aparente desintegração do sistema jurídico exige esforços de integração das normas de origem nacional, regional e mundial, a fim, não só de sincronizá-las em prol de

uma efetiva afirmação do atual estágio dos Estados de Direito, mas também no sentido de promover os anseios sociais esperados para convivência humana que se deseja no século XXI.

### 2.1.2.2 *Como organizar a aparente desordem normativa entre o Direito comum e o Direito nacional: desafios do pluralismo jurídico (pluralismo ordenado)*

A ótica moderna dos Estados de Direito, representada pela atribuição à legislação interna do Estado como um sistema de regras e instituições organizadas que promovem a segurança jurídica dos povos organizados em um território, vem sendo ressignificada a partir de uma visão pós-moderna ou "não-euclidiana", tal como denomina Mireille Delmas-Marty (2006, p. 255-256). Para a autora, a diversificação, proliferação e dispersão das fontes de produção normativa do Direito contesta o monopólio legislativo do Estado, ressignificando a noção de soberania neste cenário de internacionalização.

Até meados do século XX, os parâmetros clássicos dos sistemas jurídicos ignoravam movimentos de integração, os quais passam a ser exigidos sob as premissas filosóficas pós-positivistas, a partir da construção de um constitucionalismo global cooperativo, em que o direito não cessa nas disposições nacionais, mas recebe envergadura, também, em dispositivos regionais e até mesmo mundiais. Esse diálogo, que *a priori* parece provocar apenas movimentos de integração entre as ordens jurídicas, ocasiona também a "desintegração do sistema jurídico", tendo em vista que ordem, espaço e tempo das normas jurídicas provenientes de fonte plurais são diferentes, o que pode provocar uma aparente contradição ou desordem na aplicação do Direito.

Tal não-linearidade, surgida com a evolução do Direito como uma ciência clássica, imutável e assecuratória de estabilidade, para um ramo contemporâneo de conhecimento de lógica difusa que se inclina à indeterminação e à incerteza, tal como destaca François Ost (1999), é característica peculiar do pluralismo jurídico que provoca essa aparente desordem. Para Siddharta Legale Ferreira (2013, p. 113), em apresentação à tese de Delmas-Marty, ordenar essa multiplicidade normativa não quer dizer "[...] reduzi-la a uma simples unidade que acabaria por gerar mais tensões entre economia e direitos humanos", mas sim, construir uma metodologia própria para uma regulação em prol de um desenvolvimento sustentável, conforme completa:

Em um primeiro olhar, contudo, parece haver uma desordem normativa, anárquica, de modo que se espera estabelecer a conexão entre o *soft law* (direito "suave", típico da economia) e a metodologia *fuzzy* (direito "vago", típico dos direitos humanos).



No campo da regulação, poderíamos pensar, por exemplo, nas regulamentações sanitárias dos produtos e o direito à saúde (atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária), entre a regulamentação da infraestrutura e a liberdade de ir e vir (atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e da Agência Nacional de Aviação Civil). A convergência entre essas metodologias, portanto, é importante para construir uma regulação comprometida com o desenvolvimento econômico, que incremente os direitos humanos fundamentais. (LEGALE FERREIRA, 2013, p. 113).

Retomando o discurso sobre *soft law*, no Brasil tal conceito é visto como uma fonte de Direito Internacional com conteúdo flexível e variável, legitimado a instituir um compromisso programático por meio de documentos que não apresentam a mesma performance jurídica das fontes tradicionais pela baixa coercibilidade de suas sanções. Segundo Anne Peters (2004), tido como uma zona cinzenta entre o Direito e as relações políticas internacionais, o que facilita a adesão dos Estados aos seus instrumentos.

Por outro lado, a metodologia *fuzzy*<sup>35</sup>, menos comum e disseminada nos estudos brasileiros, mas de comum aplicação em sede de normas de Direito Internacional, conduz a uma interpretação não rigorosa, pouco rígida e muitas vezes imprecisa desses dispositivos, mesmo quando considerados imperativos por compor o *ius cogens*, por fixarem regramentos, não raro, vagos, abertos e indeterminados (CANOTILHO, 1998). Sob o fundamento do respeito ao pluralismo cultural, tal indeterminação normativa inicialmente possibilitou a fixação de padrões que poderiam se acomodar às distintas condições econômicas, políticas e culturais da sociedade mundial. Em sede de Direito Internacional, consolida-se na teoria da margem de apreciação nacional, a qual, mais adiante será apresentada.

Enquanto processo de renovação dos Estados de Direito, a internacionalização jurídica rompe com o modelo fechado, homogêneo e hierarquizado, tradicional do Direito, como ciência da coercibilidade por meio da aplicação de severas sanções. A ordem jurídica atual demanda o modelo orgânico, aberto, heterogêneo e organizado sob diversas óticas, contudo, enseja um esforço hercúleo para sua organização. Nas palavras de Legale Ferreira (2013, p.

<sup>35</sup> No direito, a metodologia foi associada, por Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y Libertades**: revista del instituto Bartolomé de las casas, Madrid, v. 1, n. 6, p. 35-50, fev. 1998), à efetivação imprecisa dos direitos sociais, econômicos e culturais. O jurista afirma que a ciência do direito ainda não alcançou soluções satisfatórias para fins de consecução dessas garantias, o que gerou a associação à metodologia em apreço, que provém da lógica difusa característica dos estudos dos direitos de segunda dimensão. Isso porque, segundo Canotilho (1998), os direitos sociais não são operados juridicamente de forma objetiva e clara, sendo objeto de interpretação cinzenta ou nebulosa, pois não há padrões reconhecidos sobre os limites da atuação do Poder Judiciário nas demandas sobre o tema em tela. No mesmo artigo, Canotilho (1998) denomina de camaleões normativos os resultados jurídicos diversos decorrentes dessa ausência de determinações objetivas na efetivação dos direitos sociais pelo intérprete. Ressalta-se que tal expressão foi utilizada em casos de relatoria do Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, relacionados ao fornecimento de medicamentos em casos de discussão do direito à saúde, em especial no Agravo Regimental em Suspensão de Liminar n. 47 – Pernambuco e no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 - Ceará.

114):

Um Direito mundial e plural, sintetizador de culturas jurídicas variadas, não é realidade plena. No entanto, assim como o universalismo tem as fragilidades que acabam por relativizá-lo – como a margem de apreciação nacional, valores contraditórios e normas ineficazes –, também o relativismo se depara com limites em razão do tráfico, da corrupção, do terrorismo e do fluxo material e imaterial que carrega os riscos compartilhados. Por tais razões, termina-se por converter o velho relativismo descritivo em prescrições de conduta que respeitem o pluralismo. Relativizando o universal e universalizando o relativo numa dialética sem síntese precisa, torna-se possível pensar um direito mundial.

Carece-se, ainda, de soluções definitivas. Entretanto, devem ser experimentados caminhos intermediários ou provisórios no sentido de favorecer o diálogo e a harmonização entre os sistemas jurídicos sem procurar suprir suas diferenças. O alvo procurado para alcançar um Direito mundial mínimo reside na harmonização dos sistemas jurídicos.

A partir do método comparativo de Peter Häberle, associado às premissas da internacionalização do Direito propostas por Mireille Delmas-Marty (2004), vislumbra-se um caminho a ser percorrido por esta tese, a fim de propor balizas para a construção de um diálogo edificador que contemple os valores nacionais do trabalho humano, mas que, concomitantemente, respeite os valores comuns do labor no sistema internacional.

Nesse cenário, a OIT recebe a incumbência de se tornar a esfera pública mundial sobre condições mínimas de trabalho no mundo, consolidando e zelando pelos valores comuns, os quais devem ser constituídos a partir do diálogo entre as nações.

### ***2.1.3 Proteção multinível de direitos de distintas dimensões: a internacionalização dos padrões de trabalho humano como instrumento de manutenção da ordem pacífica mundial***

É possível comparar direito e arte, tal como muitos juristas e porque não também dizer, artistas assim revelam. Enquanto a arte retrata a sociedade e suas conjunturas (consensos, dissensos, guerra, paz...), enfatizando um sentido cognitivo ou pelo menos aguçando os sentidos fisiológicos, o Direito “[...] propicia o conhecimento dos objetos que busca disciplinar, identificando-os e procurando as regras de justiça que devem nortear o comportamento humano em sociedade” (OLIVEIRA, 2017, p. 12).

Com a ascensão e a consolidação da filosofia pós-positiva, apresentadas nas subseções anteriores, esses liames de justiça ganharam contornos axiológicos compromissados com a dignidade do ser humano. Além dessa garantia, considerada como um verdadeiro dia-

mante (HERRERA FLORES, 2018), os novos contornos do Direito se revelaram, ainda: pela crítica ao formalismo jurídico; pela crença em uma força normativa da constituição (HESS, 1991); pela positivação jurídica de um conteúdo material ético – respeito à autonomia da vontade; respeito à integridade física e moral; respeito à não reificação do ser humano; e respeito à garantia de um mínimo existencial – (MARMELSTEIN, 2019); e pelo aspecto formal normativo-axiológico de incorporação ao ordenamento jurídico de valores até então não objeto central de juridicidade.

Esses novos contornos jurídicos ganharam expansão e assento constitucional pela doutrina denominada de novo constitucionalismo ou de neoconstitucionalismo, cujas premissas foram incorporadas historicamente por duas cartas constitucionais amplamente citadas como inaugurais do movimento: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919.

No entanto, essa preocupação jurídica com a positivação de conteúdo valorativo ético, ligado à limitação do poder estatal e à proteção da dignidade humana, bem como ao conteúdo normativo formal, não só está associada ao processo de institucionalização democrática e ao movimento de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos (MARMELSTEIN, 2019), como também à consolidação de um sistema internacional, cuja preocupação centra-se na elevação do indivíduo à condição de sujeito de direitos, sobretudo, de direitos relacionados à sua condição humana (ARENDDT, 2007).

Fábio Konder Comparato (2015) sustenta que o principal elemento de integração entre o Direito interno e o Direito Internacional é representado pelo sistema de direitos humanos, núcleo pré-constituído de uma “[...] sociedade universal de direitos humanos”, cujo valor central repousa no elemento da dignidade da pessoa humana, verdadeira cláusula geral do pós-positivismo jurídico. Ou seja, trata-se de um *cluster right*<sup>36</sup> (THOMSON, 1990) a orientar a construção dos ordenamentos contemporâneos. Estes já não mais se submetem apenas a uma produção jurídica normativa geolocalizada, proveniente dos poderes inerentes à soberania e aos processos democráticos internos dos Estados, mas também abraçam normatividade local, regional e, até mesmo global, proveniente de uma civilização comunitária que ganha cada vez mais espaço, mas que ainda suscita reflexões para um amadurecimento na resolução dos dissensos comuns à convivência global.

Aclara-se um cenário caracterizado pela ausência de domínio exclusivo do Estado na proteção do ser humano, pois se legitima um autêntico interesse internacional na matéria,

<sup>36</sup> A expressão foi utilizada pela filósofa Judith Jarvis Thomson, em seu livro intitulado de *The Realm of Rights* (1990), para conceituar direitos que contêm outros direitos, a exemplo do que ocorre com os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade.

fundado na revisão da noção tradicional de soberania hobbesiana – Estado como legítimo detentor de um poder soberano. Tal condição abre espaço para uma concepção kantiana que resguarda a soberania sob um critério de cidadania universal, bem como na consolidação do postulado de que o homem é sujeito de direitos e que sua condição humana enseja garantias de caráter universal (PIOVESAN, 2019).

A expansão axiológica nas normas jurídicas e o fim de um período de exclusivismo estatal no tratamento de seus nacionais repercutem com uma invasão do Direito Internacional nos ordenamentos nacionais, incitando o fenômeno denominado como pluralidade das ordens jurídicas. Não é novo, mas há muito tempo é discutindo, tanto pela doutrina constitucionalista, sob denominações variadas, tais como constitucionalismo multinível, transconstitucionalismo, interconstitucionalidade e cross-constitucionalismo, quanto por construções jurídicas internacionalistas, sob a denominação de internacionalização do Direito, por exemplo (RAMOS, 2012).

Para André de Carvalho Ramos (2012, p. 500), o fenômeno da pluralidade de ordens jurídicas “[...] consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas”. Assim, se por um lado o sistema jurídico de garantias ganha robustez, por outro traz novas complexidades normativas que incitam variados debates. Já que se iniciou o tópico falando de arte, aqui se retrata uma verdadeira paisagem jurídica composta de elementos normativos variados, provenientes de uma legitimidade interna e uma legitimidade internacional que não se contesta, mas que se pretende averiguar para fins de compreensão do fenômeno da pluralidade de ordens normativas e aplicação efetiva dessas garantias.

É neste cenário plural e de difícil aproximação, em virtude das identidades peculiares a cada povo e seu Estado, que se desenvolve esta pesquisa, a qual se incrementa com um recorte relacionado aos direitos socio-laborais, Esses, além da constitucionalização advinda da perspectiva neoconstitucional, recebem guarida pela internacionalização de seus padrões por uma ordem dita internacional.

### *2.1.3.1 A constitucionalização e a internacionalização de direitos prestacionais: os direitos trabalhistas são essenciais à preservação da condição humana?*

O processo de constitucionalização de garantias relacionadas à proteção do ser humano, inerente ao modelo pós-positivista, albergou não só direitos individuais conquistados

pelas revoluções liberais ou burguesas dos séculos XVII e XVIII – direitos civis e políticos, inerentes ao *non facere* estatal –, mas também direitos mais recentemente conquistados, pós-revolução industrial – direitos sociais, econômicos e culturais, por alguns tidos como direitos à prestação positiva. Para as doutrinas das dimensões (VASAK, 1983) ou das gerações de direitos humanos fundamentais (BONAVIDES, 2017), a incorporação constitucional de valores não se restringiu a direitos de primeira variação, seja dimensão ou geração.

Inclusive, o movimento de constitucionalização de garantias para além das individuais, dirigidas também à coletividade, caracteriza outro movimento de nascente pós-positivista, denominado constitucionalismo social. Classicamente, a Constituição Mexicana de 1917, ao lado da Constituição da República de Weimar (1919), é considerada o documento que inaugura o reconhecimento dos direitos sociais como garantias fundamentais a serem protegidas para que as pessoas possam viver com dignidade (FERREIRA, 2007). Tais foram as primeiras cartas regentes de um Estado nação “[...] a positivar direitos sociais dos trabalhadores como direitos fundamentais” (ALVARENGA, 2018, p. 14).

Essa afirmação é de relevância magnífica, tendo em vista o pioneirismo de um Estado do continente latino-americano na valoração de uma dimensão social de direitos humanos, a qual apenas é reconhecida na Europa após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Assim, abre-se um precedente para o futuro bloco interamericano em sede de afirmação histórica de direitos humanos laborais. Tal como assevera Fábio Konder Comparato (2015), a Constituição do México de 1917, no seu artigo 123<sup>37</sup>, projeta um verdadeiro microsistema de

---

<sup>37</sup> ARTÍCULO 123 - El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región; sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo: I.— La duración de la jornada máxima será de ocho horas. II.— La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de las diez de la noche. III.— Los jóvenes mayores de doce años y menores de diez y seis, tendrán como jornada máxima la de seis horas. El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato. IV.— Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos. V.— Las mujeres durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato. En el periodo de la lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos. VI.— El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia. En toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades, que será regulada como indica la fracción IX. VII.— Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad. VIII.— El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento. IX.— La fijación del tipo de salario mínimo y de la participación en las utilidades a que se refiere la fracción VI, se hará por comisiones especiales que se formarán en cada Municipio subordinadas a la Junta Central de Conciliación que se establecerá en cada Estado. X.— El salario deberá pagarse precisamente en moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo con mercancías, ni con vales, fichas o cualquier otro signo

proteção do trabalho humano. “Em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura” (COMPARATO, 2015, p. 193). Na medida em que firmou o postulado da igualdade substancial na posição jurídica entre trabalhadores e empregadores, tal Constituição lançou a responsabilidade patronal por acidentes ocorridos na relação de trabalho, bem como, inaugurou “[...] as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito”.

---

representativo con que se pretenda sustituir la moneda. XI.— Cuando por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo excedente, un ciento por ciento más de lo fijado para las horas normales. en ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas. Los hombres menores de diez y seis años y las mujeres de cualquiera edad, no serán admitidos en esta clase de trabajos. XII.— En toda negociación agrícola, industrial minera o cualquiera otra clase de trabajo, los patronos estarán obligados a proporcionar a los trabajadores, habitaciones cómodas e higiénicas, por las que podrán cobrar rentas que no excederán del medio por ciento mensual del valor catastral de las fincas. Igualmente deberán establecer escuelas, enfermerías y demás servicios necesarios a la comunidad. Si las negociaciones estuvieren situadas dentro de las poblaciones, y ocuparen un número de trabajadores mayor de cien tendrán la primera de las obligaciones mencionadas. XIII.— Además, en estos mismos centros de trabajo, cuando su población exceda de doscientos habitantes deberá reservarse un espacio de terreno que no será menor de cinco mil metros cuadrados, para el establecimiento de mercados públicos, instalación de edificios destinados a los servicios municipales y centros recreativos. Queda prohibido en todo centro de trabajo el establecimiento de expendios de bebidas embriagantes y de casas de juego de azar. XIV.— Los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario. XV.— El patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos, los preceptos legales sobre higiene y salubridad, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera este, que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía compatible con la naturaleza de la negociación, bajo las penas que al efecto establezcan las leyes. XVI.— Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc. XVII.— Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros. XVIII.— Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciere actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del Gobierno. Los obreros de los establecimientos fabriles militares del Gobierno de la República, no estarán comprendidos en las disposiciones de esta fracción, por ser asimilados al Ejército Nacional. XIX.— Los paros serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje. XX.— Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno. XXI.— Si el patrono se negare a someter sus diferencias al Arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo. XXII.— El patrono que despida a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. Igualmente tendrá esta obligación cuando el obrero se retire del servicio por falta de probidad de parte del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su

Curiosamente, na mesma esteira, a Constituição Alemã de 1919 abraçou a proteção de direitos sociais. No entanto, “[...] não houve tempo suficiente para que as ideias amadurecessem nos espíritos e as instituições democráticas começassem a funcionar a contento” (COMPARATO, 2015). Tal ordem constitucional foi votada ainda no calor do fim da Primeira Guerra mundial, apenas sete meses após o armistício, sem a consolidação de um sentimento constitucional preocupado com os novos valores sociais.

Vale ressaltar que esse Estado Social, inaugurado pelas Constituição do México de 1917 e Constituição da República de Weimar, em 1919, assume a condição de um alicerce a inspirar outros Estados e a releitura de seu ordenamento jurídico sob a ótica pós-positivista. Retrata-se em estudos bibliográficos, que o presente panorama foi objeto de reflexão do constituinte originário brasileiro. “Intenso foi o debate sobre as conquistas sociais e constitucionais de Weimar, tendo a Carta Magna de 1934 sofrido forte influência do recém-criado modelo social alemão” (GUEDES, 1998, p. 2).

Tal cenário, o florescimento de uma preocupação com a constitucionalização de valores ditos prestacionais - caracterização esta que aqui se refuta, levando em consideração a doutrina que sustenta que as liberdades civis e políticas também demandam custos de imple-

cónyuge, padres, hijos o hermanos. El patrono no podrá eximirse de estaresponsabilidad, cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él. XXIII.— Los créditos en favor de los trabajadores por salario o sueldos devengados en el último año, por indemnizaciones, tendrán preferencia sobre cualquiera otros en los casos de concurso o de quiebra. XXIV.— De las deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patronos, de sus asociados, familiares o dependientes, sólo será responsable el mismo trabajador, y en ningún caso y por ningún motivo se podrá exigir a los miembros de su familia, ni serán exigibles dichas deudas por la cantidad excedente del sueldo del trabajador en un mes. XXV.— El servicio para la colocación de los trabajadores, será gratuito para estos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas del trabajo o por cualquiera otra institución oficial o particular. XXVI.— Todo contrato de trabajo celebrado entre un mexicano y un empresario extranjero, deberá ser legalizado por la autoridad municipal competente y visado por el Cónsul de la Nación a donde el trabajador tenga que ir, en el concepto de que además de las cláusulas ordinarias, se especificará claramente que los gastos de repatriación quedan a cargo del empresario contratante. XXVII.— Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: a) Las que estipulen una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo. b) Las que fijen un salario que no sea remunerador a juicio de las Juntas de Conciliación y Arbitraje. c) Las que estipulen un plazo mayor de una semana para la percepción del jornal. d) Las que señalen un lugar de recreo, fonda, café, taberna, cantina o tienda para efectuar el pago del salario, cuando no se trate de empleados en esos establecimientos. e) Las que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados. f) Las que permitan retener el salario en concepto de multa. g) Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente del trabajo, y enfermedades profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato o despedirse de la obra. h) Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores. XXVIII.— Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios. XXIX.— Se consideran de utilidad social: el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular. XXX.— Asimismo serán consideradas de utilidad social, las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a serem adquiridas en propiedad, por los trabajadores en plazos determinados.

mentação<sup>38</sup>, tal como os direitos ditos por alguns prestacionais - também foi palco da internacionalização de direitos sociais, eminentemente os laborais. Direitos que, no mesmo ano da referida Constituição, passaram a ser objeto de deliberação, observação e garantismo internacional.

Tal marco justifica-se no o anexo XIII do Tratado de Versalhes, assinado em 28 de junho de 1919, que previu a constituição e declaração de um órgão internacional especial para regular o trabalho humano, cujas premissas consolidavam os interesses expressos de instituição e manutenção da paz universal do referido pacto. Eis a semente para uma internacionalização das garantias do trabalho humano.

No primeiro encontro internacional do trabalho, realizado ainda no frutífero ano de produções normativas de 1919, a Conferência de Washington adotou os seis primeiros tratados internacionais para a tutela do labor humano, reprisando alguns dos valores recentemente positivados nas sobreditas cartas constitucionais: a limitação de jornada de trabalho, a proteção à maternidade, a contenção ao desemprego, a idade mínima para o trabalho na indústria e a proibição do trabalho noturno para mulheres e menores de 18 anos.

Vale ressaltar que o movimento de proteção multinível das garantias de trabalho antecede até mesmo o início de uma proteção internacional enfática de outras garantias individuais e coletivas do ser humano. Isso porque, o trabalho humano foi valorado como instrumento de manutenção da paz social desde o final do primeiro armistício, enquanto a consolidação das liberdades e outros direitos com padrões internacionais consolidou-se apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial, tendo como marco principal a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945.

### ***2.1.3 Uma Organização Internacional especial para gerir padrões internacionais do trabalho: qual a personificação da OIT?***

A OIT é a principal fonte produtora da normatização internacional do labor que, junto às normas internas de cada Estado membro do organismo, regerá os padrões trabalhistas que a sociedade capitalista deseja ter. Antes de ingressar na possibilidade de edição, por este sistema dito plural e universal, de uma consciência global, é necessário entender a personificação da OIT. O Tratado de Versalhes, bem como seus protocolos anexos, institucionalizaram a proteção internacional do labor humano por meio da criação expressa da OIT para

---

<sup>38</sup> Nesse sentido, ver obra: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: Norton, 2000.



tratar das temáticas de trabalho.

Celebraram tal documento, dentre outros países, Estados Unidos da América, Reino Unido, França, Espanha, Itália, Japão, Bélgica, Bolívia, Brasil, China, Cuba, Peru, Portugal, bem como a Alemanha derrotada no pós-guerra. A Conferência pela paz após a 1ª Guerra Mundial deliberou acerca de padrões mínimos internacionais a serem adotados pelos países signatários.

Ressalta-se que a intenção primordial do Tratado de Versalhes na instituição e manutenção da paz entre as nações envolvidas no conflito mundial repercute e conversa diretamente com o objetivo delineado pela OIT, em sua Constituição, aprovada em 1919, e respectivo Anexo (Declaração de Filadélfia), como o de manutenção da paz universal e duradoura por meio da consolidação da justiça social.

A manutenção da paz universal e a minimização dos riscos sociais provocados pelos conflitos armados são considerados formadores do arcabouço político que deu origem à OIT. Somam-se a esses os argumentos humanitários e econômicos. O primeiro reside na projeção intencional de eliminação das condições degradantes de labor, eminentemente provocadas pela voracidade do capitalismo industrial.

Em relação aos fundamentos econômicos, esses consistiam na tentativa de estabelecer condições laborais internacionais mínimas para evitar que condições degradantes de labor utilizadas por alguns países não fossem passíveis de prática, evitando que políticas estatais geradoras de *dumping* social. Estabelecer condições internacionais trabalhistas fixas, ainda que mínimas, obstaría o alcance de vantagens econômicas e comerciais por Estados nos quais a legislação juslaboral não se desenvolveu satisfatoriamente, o que resulta em alta competitividade comercial, baseada no baixo custo trabalhista e exploração de condições degradantes de trabalho.

Após a 2ª Guerra Mundial, a Constituição da OIT foi emendada, inclusive com o anexo acima mencionado (Declaração de Filadélfia), o qual inspirou posteriormente a Carta das Nações Unidas e a DUDH (DELGADO; RIBEIRO, 2014). Partindo da premissa multiculturalista acima descrita, ou seja, considerando-se as diferenças culturais, os níveis de desenvolvimento e os recursos passíveis de alocação por cada Estado, a OIT tornou-se espaço internacional de diálogo democrático entre os Estados-membros, trabalhadores e empregadores acerca das diretrizes mundiais das relações de labor humano, designadas por alguns, como direitos humanos dos trabalhadores (DELGADO; RIBEIRO, 2014).

Tal composição justifica-se pela estrutura tripartite, prevista na inteligência do art. 3º de sua Constituição, a qual prevê que a Conferência Geral dos representantes dos Estados-

membros deveria ser composta por quatro representantes de cada parte, sendo dois deles considerados como delegados do governo em questão, e os dois demais representando empregados e empregadores. O tripartidarismo, característica peculiar dos órgãos da OIT, destaca um dos seus elementos centrais, a participação democrática.

Ademais, na Constituição da OIT observa-se acertada diretriz de preocupação com a dignidade humana, radicada por meio de diversos documentos, dentre os quais se destacam sua própria Constituição (1919), a Declaração de Filadélfia (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946) e a Declaração sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998). Partindo dessas premissas voltadas à proteção do ser humano, eminentemente nas relações de labor e seus consectários, inclusive como mecanismo de perpetuação da paz social e duradoura, destaca-se também a Declaração de Filadélfia, que, em 1944 foi anexada à Constituição da OIT. Nesse contexto, enumerou seus fins e objetivos, proclamando quatro princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho.

O primeiro objetivo consiste na vedação à mercantilização do trabalho humano, de forma a proibir que o labor advindo dos trabalhadores seja objeto de relações mercantis que desconsiderem a pessoa produtora daquele trabalho. Nesse sentido, a OIT veda expressamente a prevalência do produto final do trabalho em detrimento da pessoa do trabalhador. Tal principiologia é fortemente utilizada como fundamento para evitar a precarização ou a desregulamentação das relações de trabalho. Ou seja, visa prevenir que as contratações trabalhistas sejam desvirtuadas em benefício dos lucros de mercado, tal como se dá comumente na terceirização de serviços ou de mão de obra.

Outro princípio fundamental enumerado na Declaração de Filadélfia consiste na proteção à liberdade de expressão e de associação como condições indispensáveis ao progresso ininterrupto. Nesse ponto, a OIT objetiva garantir a livre manifestação de pensamento e agremiação, possibilitando a livre associação sindical patronal ou profissional. Assim, não se restringe aos trabalhadores propriamente ditos, mas também alberga a liberdade sindical patronal, demonstrando que os fins da OIT não se circunscrevem apenas aos obreiros, mas tutelando todos os atores que compõem as relações laborais – empregados e empregadores.

O terceiro princípio consiste na circunstância da penúria como um perigo à prosperidade geral, o que demonstra a preocupação da OIT em estabelecer padrões mínimos mundiais que regulem o labor humano, de maneira a evitar condições miseráveis de trabalho humano. Inclusive, é possível relacioná-lo ao princípio da vedação à mercantilização do labor, de forma que, por meio de uma leitura conjunta, verbalize-se um impedimento claro à manu-

tenção de relações trabalhistas que não garantam a realização das condições de trabalho decente.

Por fim, o quarto princípio agrega o caráter democrático da OIT ao seu tripartidarismo, quando enuncia que “[...] a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os do Governo, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946, p. 19).

Finaliza-se a estruturação da OIT, voltada à dignificação da pessoa, com a Declaração sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho, aprovada em 1998. Segundo Delgado e Ribeiro (2014, p. 71), tal instrumento “[...] eleva os direitos humanos dos trabalhadores à posição de centralidade no cenário normativo internacional”. Para tanto, reafirma a obrigatoriedade de suas convenções realizarem os valores éticos do trabalho e da dignidade do ser humano.

Nessa senda, a Declaração de 1998 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998) destaca, entre os direitos previstos no conjunto normativo trabalhista internacional patrocinado pela OIT, a liberdade de associação e negociação coletiva, designadas nas Convenções 87 e 98 da OIT. Ainda, são previstos a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório, conforme as Convenções 29 e 105 da OIT; a exterminação do trabalho infantil, nos moldes das Convenções 138 e 182 da OIT; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, prevista nas Convenções 100 e 111 da OIT.

Tais convenções mencionadas são consideradas as fundantes ou fundamentais da OIT, as quais são objeto de campanhas do ente internacional em prol de sua ratificação universal por considerá-las *standards* mínimos em matéria laboral. Vale ressaltar que, dentre essas, apenas a Convenção 87, que dispõe sobre a liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização, não foi ratificada pelo Brasil.

Ainda, vale ressaltar o caráter promocional da Declaração de 1998, que contrapõem-se ao mecanismo geral obrigacional utilizado pela OIT, por exemplo, na ratificação de convenções pelos Estados membros. A utilização da declaração e não de uma convenção de princípios e direitos fundamentais do trabalho desvincula os Estados membros do processo de ratificação do tratado e obriga-os, indistintamente, independentemente de aceitação, a observar os princípios e direitos fundamentais promovidos pela Declaração de 1998. A adoção deste modelo promocional de declaração aumenta as possibilidades de ação da OIT, principal-

mente em face dos Estados que não ratificaram as convenções que incluem os princípios e direitos fundamentais elencados na Declaração, em semelhança à interpretação aplicada ao Comitê de Liberdade Sindical (CFA) (GOMES, 2014).

Ademais, a Declaração reporta-se expressamente ao núcleo mínimo de direitos trabalhistas que devem ser garantidos à pessoa humana que labora, ou seja, tem nítido caráter de pontuar direitos humanos dos trabalhadores. Assim o faz, embora denominando essas garantias de princípios e direitos fundamentais do trabalho. Nesse contexto, apesar de se tratar de diploma internacional que positiva direitos mínimos à condição do ser humano trabalhador, não se associa à doutrina que sustenta a diferença de denominação por localização da positividade da norma, seja interna ou internacional.

Denomina-se direitos fundamentais “[...] buscando fortalecer sua regulação no contexto da globalização econômica sem utilizar de fato nenhum mecanismo de imposição de suas normas” (GOMES, 2014, p. 29). Assim, a OIT eleva as seguintes recomendações: a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório; a eliminação da discriminação no trabalho; a liberdade sindical; e o reconhecimento das negociações coletivas como *standards* mínimos garantidos ao indivíduo que labora. Assim, claramente compreende-se tratar de direitos humanos dos trabalhadores, independentemente da positividade ou compromisso estatal.

A criação e o desenvolvimento da OIT, associados aos seus fins esboçados e reconhecidos pelas normas internacionais aqui analisadas, são considerados pela comunidade jurídica internacional como instrumento direto de formação e consolidação do direito internacional dos direitos humanos (HENKIN, 1990). Nesse contexto, nota-se seu protagonismo e de sua produção normativa na promoção de padrões internacionais mínimos, ainda que restritos à matéria do labor humano.

## **2.2 Pluralismo e universalização de direitos trabalhistas: é possível assegurar direitos trabalhistas globais conciliando pluralismo cultural e universalismo jurídico?**

Pelo exposto até então, percebe-se que há uma pluralidade de ordens jurídicas em matéria trabalhista. Inclusive, constata-se que tal paisagem jurídica, variada por normas internas e internacionais, iniciou suas manifestações incipientes ou esparsas até mesmo antecedendo o período de constitucionalização e internacionalização de outros direitos humanos fundamentais. Ocorre que, na perspectiva de produção normativa internacional, há dois caracteres peculiares que devem ser objeto de reflexão quando se fala na possibilidade de instituição de uma ordem jurídica global em seara laboral, o pluralismo cultural e o universalismo dos pa-

drões internacionais.

Constitui-se a abertura de um espaço para uma rede de proteção trançada, na perspectiva da multiplicidade de ordens jurídicas, provenientes de normas nacionais e internacionais, bem como dos efeitos das decisões internas e internacionais. Todo esse emaranhado garante uma majoração da vigilância por condições decentes ao ser humano, porém enseja inúmeros debates. A partir desse cenário, esta seção reitera questionamentos essenciais para um direito global do trabalho: é possível assegurar padrões trabalhistas globais? Há possibilidade de conciliar particularidades culturais plurais dos Estados e a característica universal das normas de direitos humanos? Qual o papel da OIT nesta perspectiva?

Se possível fosse reduzir a missão global da OIT a uma curta assertiva, destacarse-ia: proteção e promoção do trabalho decente. Ocorre que, em um mundo com ampla diversidade socioeconômica e cultural, como uma organização internacional que trata de um tema com múltiplos reflexos em áreas que particularizam uma cultura estatal própria e que torna o processo de padronização imensamente desafiador, é possível conciliar esses contrastes, privilegiar o universalismo e sedimentar o pluralismo de ordens?

A diversidade cultural foi erigida como herança comum da humanidade na Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), segundo a qual a diversidade cultural é, para a humanidade, "[...] tão necessária quanto a biodiversidade na ordem de vida". Ainda, tal Declaração é um marco significativo para o Direito Internacional dos direitos humanos, pois é proveniente da Conferência Geral da UNESCO, realizada em 2 de novembro de 2011, a primeira após os atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, e proclama a rejeição da tese do choque de civilizações e a recusa em santificar as diferenças.

Assim, há dois postulados aparentemente antagônicos, o pluralismo cultural e a universalidade em matéria de direitos humanos. Primeiramente, porque o pluralismo cultural, se estiver limitado a justapor diferenças, poderia levar a um certo relativismo de valores e, conseqüentemente, a uma espécie de negação do universalismo. Em outra via, o universalismo dos direitos humanos arriscaria levar à negação do pluralismo, se impor uma fusão de todas as culturas e o desaparecimento de todas as diferenças.

Considerando os direitos humanos como parte do projeto de reorganização do Direito Internacional público, aquele é um dos seus conflitos clássicos, o universalismo *versus* relativismo culturais. Universalismo consiste na crença de que os valores morais são fundamentalmente os mesmos em todos o mundo, não variando o conteúdo de direito humano em razão da diversidade de culturas ao redor do globo terrestre. Por outro lado, o relativismo cul-

tural estabelece que os valores morais são determinados pelo contexto social em que está submetido um certo povo. Religião, política, cultura, história determinam o que é e o que não é padrão mínimo ou *standard*, o que significa que os direitos humanos são cultural e historicamente específicos e não universal.

Os estudos bibliográficos apontam que a doutrina se divide em dois espectros. Um primeiro grupo é considerado tradicional, fundamentado na Carta da ONU e na DUDH, indicando que há passos para a universalização dos direitos da pessoa humana. Celso Lafer (2008, p. 298) aponta este último documento como “marco na afirmação histórica da plataforma emancipatória do ser humano” e como baliza temporal moderna do reconhecimento de valores universais, supremos e que vão além das garantias individuais domésticas, tratando, assim, “de maneira abrangente da importância dos direitos humanos”.

Por outro lado, há uma corrente crítica que sustenta a iniciação e a consolidação da doutrina internacional de direitos humanos sob a égide do pensamento ocidental. Makau wa Mutua (1996, p. 610) bem a representa ao sustentar que as culturas não ocidentais veem os ativistas de direitos humanos como “*civilizers*”, muito mais que defensores desses *standards* que, nem de longe, são universais. Tal ideia é nevrálgica para se construir uma doutrina efetivamente universal de direitos humanos em seu conceito contemporâneo, a qual não pode ser resumida aos valores ocidentais.

No processo de internacionalização de direitos humanos tem se destacado o protagonismo das organizações não-governamentais sediadas em países ocidentais desenvolvidos e seus esforços de atuação em países em desenvolvimento. Bom exemplo é a percepção popular norte-americana que tem por violadores de direitos humanos apenas Estados não desenvolvidos, motivo pelo qual estes não recebem a necessária atenção em sede de políticas nacionais ou domésticas, mas tão somente são pauta de ações voltadas à política externa (MUTUA, 1996). Tal noção assevera a percepção civilizatória e, porque não dizer, também preconceituosa de que os países ocidentais desenvolvidos não precisam se preocupar com temáticas de direitos humanos.

Este olhar crítico também traz atenção à composição, à organização e às finalidades das organizações não-governamentais de direitos humanos nos países desenvolvidos ocidentais. Reputa-as um perfil estigmatizado coordenado por indivíduos do sexo masculino e de cor branca que representam agências públicas de fomento, corporações privadas, fundos de investimento e grandes milionários que se preocupam basicamente com garantias de primeira dimensão, relacionadas às liberdades públicas e democracia.

Não se pode estigmatizar, ou melhor, reduzir as tarefas destas organizações aos

seus gestores ou mantenedores, sob pena de um olhar crítico e não garantista de melhorias. Há relevância nessas organizações ao afirmar tais liberdades, dentre outros padrões, ainda que considerados seletivos e geolocalizados, em que pese tais características irem de encontro ao princípio da indivisibilidade, consagrado na Conferência de Viena de 1993.

A fim de evitar que essa produção ocidental de garantias se caracterize como proveniente de “*conceptualizers*” (MUTUA, 1996, p. 626), sugere-se um conceito constitucional de direitos humanos como um conjunto de normas, ideias e princípios de caráter moral, filosófico, legal e até cultural que convergem para determinar o caráter fundamental de um estado ou de sua sociedade. No entanto, tais diretrizes são pautadas em ideais, direitos, deveres, práticas e estruturas políticas ocidentais, não se preocupando em um movimento plural e verdadeiramente universal, como se propõe na classificação desses *standards*.

Nesse sentido, Mireille Delmas-Marty (2020) também sustenta o risco de que, em nome do universalismo dos direitos humanos, consolide-se um novo hábito de imperialismo, fundado no padrão cultural do direito que se pretende implementar. A autora propõe ferramentas para reconciliar o pluralismo e o universalismo, algumas maneiras de tentar disciplinar condutas de diferentes culturas. Para ela, “[...] é necessário pluralizar o universal” (DELMAS-MARTY, 2020, *online*) sob a seguinte ótica:

Pour éviter à la fois le relativisme et l’impérialisme des valeurs, une dynamique interactive et évolutive est nécessaire. Le rapprochement des cultures doit être compris comme un processus, un mouvement qui incite à dépasser les métaphores fixistes (les droits de l’homme vus comme fondations, socles, piliers ou encore racines des diverses cultures) et privilégier la métaphore qui présente les droits de l’homme comme langage commun de l’humanité. Elle suggère trois processus dont l’effet dynamique est croissant : de l’échange interculturel (dialogue) à la recherche d’équivalences (traduction) et même à la transformation réciproque (créolisation). (DELMAS-MARTY, 2020, *online*)<sup>39</sup>

Nesse espectro, a OIT recebe a notória incumbência de unir culturas – não exclusivamente ocidentais e provenientes dos países que ditam as leis o mercado capitalista do século XXI – pelas relações laborais, a partir do intercâmbio e diálogo culturais, da busca de equivalência entre as culturais e, principalmente, de uma transformação social recíproca entre Estados e órgãos nacionais e internacionais de proteção de direitos, ponto este que encerrará a presente seção.

Contudo, antes é preciso refletir sobre os impactos ocasionados pela pluralidade

<sup>39</sup> Tradução livre: Para evitar o relativismo e o imperialismo de valores, é necessária uma dinâmica interativa e em evolução. A aproximação das culturas deve ser entendida como um processo, um movimento que nos encoraja a ir além das metáforas fixistas (direitos humanos vistos como fundações, bases, pilares ou mesmo raízes de várias culturas) e privilegiar a metáfora que apresenta os direitos de o homem como a linguagem comum da humanidade. Ela sugere três processos cujo efeito dinâmico está aumentando: do intercâmbio intercultural (diálogo) à busca de equivalências (tradução) e até a transformação recíproca (creolização).

de ordens jurídicas em matéria de labor humano, eminentemente em face da possibilidade de colisão entre normas de diferentes origens sobre o mesmo tema. Instaura-se o fenômeno da hierarquia das normas justralhistas, já amplamente debatido na doutrina quanto à dogmática de Direito interno, porém ainda carecedora de pormenorização científica quando envolve antinomias decorrentes de um ordenamento que supera as fronteiras nacionais.

### **2.3 Como equacionar as ordens jurídicas trabalhistas para solucionar desafios comuns em sistemas jurídicos distintos?**

Como dito, consolidar padrões em comum, acessíveis a todos os seres humanos do mundo que trabalham, inclusive para além dos reflexos próprios do Direito do Trabalho, mas com influência em outras áreas que direta ou indiretamente com aquele se relacionam, é a função por trás da missão de promoção do trabalho decente amparada pela OIT. Nessa toada, contemporaneamente não se defende a unificação em prol de um sistema global de proteção ao trabalho humano, mas sim a aproximação dos sistemas locais e regionais a partir do estabelecimento de normas gerais. Um verdadeiro “Direito dos direitos” (DELMAS-MARTY, 2004) para a concretização de premissas não só universais do labor humano, mas também que respeitem as singularidades de uma sociedade plural globalizada e que direcione as leis do capitalismo que se deseja implementar no século XXI<sup>40</sup>. Eis o desafio lançado.

A partir de uma visão nacionalista, ainda dominante na interpretação dos padrões internacionais de trabalho, propor-se-á mecanismos para uma aproximação e efetiva fiscalização de um padrão mínimo garantido a todo ser humano que labora.

#### ***2.3.1 O estágio atual do Direito Internacional do Trabalho: o protagonismo da hermenêutica nacional na interpretação dos standards internacionais***

A produção normativa da OIT é discutida e votada anualmente, em uma Conferência Internacional do Trabalho na sede oficial, em Genebra, Suíça. Em 2020, o Conselho de

<sup>40</sup> Aqui se defende o rompimento com o denominado capitalismo 2.0 que perdura desde o fim da II Guerra Mundial até os dias atuais, baseado em uma produção mercantil de larga escala, em patologias socioculturais de consumo, na desigualdade econômica permanente e, eminentemente, na sensação humana corriqueira de diminuição da felicidade, bem como confusão sobre os propósitos de vida. Estas premissas são o chamado para o capitalismo 3.0, sistema não pré-determinado, pois exige mudanças constantes, fruto da acelerada transformação social, mas que visa, sobretudo, estimular alterações no sistema capitalista de excessos, mediante reinvenção dos bens coletivos, criação de uma confiança social e, na parte que mais interessa aos objetivos desta pesquisa, institucionalização de direitos. Ver: BARNES, Peter. **Capitalism 3.0: a guide to reclaiming the commons**. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2006.



Administração da OIT optou por adiar a 109ª edição do encontro, programado para 25 de maio e 05 de junho, para o mês de junho de 2021, em decorrência das políticas públicas de distanciamento social adotadas para combate e enfrentamento da pandemia de COVID-19.

Este encontro é primordial para discutir as questões globais em matéria de trabalho, desenvolver e aprovar normas internacionais do trabalho, bem como monitorar a aplicação destas pelos 187 Estados-membros da OIT.

Em um momento de crise e alterações significativas das condições em que o trabalho é realizado em todo o mundo, o adiamento deste encontro representou um grave risco às condições de trabalho decente promovidas pela OIT. Implica também a abertura internacional para uma prevalência nacionalista na tomada de decisão sobre os padrões internacionais do trabalho.

A produção normativa da OIT, fruto de debates entre os delegados dos Estados-membros, é composta pela edição de convenções e recomendações internacionais. Classicamente, doutrina-se que as convenções são tratados internacionais formais, regidas pelo direito dos tratados e consideradas fontes formais de direito, cuja ratificação vincula os Estados-membros ao seu efetivo cumprimento e as recomendações apenas sugerem ou direcionam ao legislador estatal mudanças no Direito interno relativamente às questões que disciplina, não exigindo ratificação (MAZZUOLI, 2021). Ou seja, para esta corrente, as convenções exigem uma formalidade técnica para fins de obrigação de Estado, enquanto as ratificações prescindem desta etapa.

Ocorre que não se pode confundir vigência internacional com vigência interna. Na etapa internacional, quando um tratado atinge as formalidades nele exigidas, começa imediatamente a vigorar para todos os Estados-parte. Vale lembrar que alguns pactos exigem um número mínimo de adesão internacional para entrada em vigor.

Na OIT, particularmente, as convenções internacionais do trabalho entram em vigor após doze meses do depósito na Repartição (*Bureau*) Internacional do Trabalho do segundo instrumento de ratificação de Estado-parte. Comunicar tal data para início de vigência da convenção é de competência do Diretor-Geral da Repartição, que deve notificar não só os Estado-parte, mas também todos os Estados-membros da organização, inclusive os não signatários da convenção em vigência.

Por outro lado, a vigência interna é peculiar ao sistema jurídico pátrio de cada Estado-parte dessas convenções. No Brasil, por exemplo, a vigência nacional requer um procedimento que envolve os Poderes Executivo e Legislativo, em conformidade com as disposições constitucionais dos arts. 49, I e 84, VIII. A Constituição Federal de 1988 não faz qualquer dis-

tinção entre vigência interna e internacional desses tratados de direitos humanos, apesar de reputá-los imprescindíveis ao Estado de Direito, admitindo-os como fonte de direitos, independentemente de incorporação ou não ao texto da Constituição (art. 5º, §§ 2º e 3º da CF) (BRASIL, 1988).

Os ditames constitucionais limitam-se a fixar a competência privativa do Presidente da República para celebração dos tratados, sob o referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII da CF), e a competência exclusiva deste para resolução definitiva sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I da CF) (BRASIL, 1988).

A partir desse processo de incorporação jurídica ao ordenamento interno é que as disposições internacionais, de fato, vinculam o país. Em que pese toda a construção até aqui exposta, de um pluralismo de ordens jurídicas para a normatização trabalhista, o Direito interno não reconhece força normativa a esses instrumentos jurídicos internacionais sem o procedimento formal de ratificação. Como os padrões internacionais, para fins de vinculação normativa, conclamam esta espécie de nacionalização por processo legislativo e executivo das disposições. O intérprete desperta para uma hermenêutica de “[...] tratados internacionais nacionais” (RAMOS, 2012, p. 511).

Apenas após aprovadas pelo Congresso Nacional e autorizadas pelo Chefe do Executivo, por meio da edição de um decreto presidencial de promulgação, as convenções da OIT “[...] passam a compor o acervo normativo nacional, tal qual a coleção de leis em vigor no País” (FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016, p. 5). A partir de então, esses padrões vinculam o Brasil, e o Poder Judiciário nacional exerce a função de intérprete na aplicação das disposições internacionais nos conflitos jurídicos. Como ingressaram formal e materialmente no ordenamento jurídico do País, essas convenções são, quando lembradas nas razões de decidir, interpretadas nacionalmente, em confronto ou em conformidade com as direções internacionais, sem qualquer remissão aos órgãos internacionais que as interpretam.

Este comportamento ocasiona imenso prejuízo à missão da OIT na promoção, consolidação e fiscalização do trabalho decente como condição universal do labor humano. “É cristalina a necessidade de articulação da cooperação internacional com o engajamento dos estados, dos movimentos sociais e dos demais atores do direito internacional para a proteção regulada do trabalho e consecução da justiça social” (DELGADO; RIBEIRO, 2014, p.71). Tais diretrizes devem ser respeitadas em conformidade com os ditames do Direito Internacional do Trabalho, não podendo o Brasil, diante dos comandos constitucionais sobre os efeitos jurídicos dos tratados internacionais de direitos humanos, continuar a interpretar tais tratados sob

uma perspectiva nacional (RAMOS, 2012).

Essa interpretação nacionalista, em sede do sistema global de direitos humanos, recebe um indício de autorização de uso pela adoção da doutrina da margem de apreciação nacional. Esta teoria é considerada como um mecanismo que concilia a tensão entre a concepção universalista dos direitos humanos com as peculiaridades culturais de cada Estado. A técnica possibilita que, em lugar dos tribunais internacionais, sejam os tribunais internos os que decidam as questões relativas à identidade cultural dos seus Estados, questão que afeta sensivelmente a aplicação e a interpretação dos padrões internacionais de direitos humanos (LOPES; SANTOS JÚNIOR, 2018).

Ainda, torna-se um tanto mais preocupante constatar que, parte da doutrina nacionalista defende a margem de apreciação como instrumento de relevante utilidade, na esfera do Direito Internacional dos direitos humanos, para resolver conflitos de harmonização de normas nacionais e internacionais. A teoria da margem de interpretação nacionalista das normas internacionais de direitos humanos apresenta-se como uma tentativa de solucionar a dificuldade de estabelecer padrões universais uniformes de promoção e proteção dos direitos humanos, mas que acaba por tolerar um certo descompromisso na proteção dos padrões internacionais e grandes tensões para a autoridade dos órgãos internacionais de direitos humanos (BENVENISTI, 1999).

Vale ressaltar que tal teoria, criada e consolidada em sede do sistema de proteção regional europeu, pelo qual o Tribunal Europeu limita o controle internacional quando se fala de elementos de fato e normativos que influenciam nos compromissos estatais, não é admitida pelo sistema regional interamericano (NASH ROJAS, 2008). Admitir o aporte da teoria pela OIT enseja uma pesquisa quantitativa em suas deliberações por órgãos de tratados, o que certamente será objeto de trabalhos posteriores.

Nesta pesquisa, cumpre-se destacar o papel dos comitês de peritos da OIT, como órgãos de tratado, em estabelecer o conteúdo normativo dos enunciados de direitos humanos por meio de suas inúmeras funções, destacando-se, entre elas, a supervisão da observância dos tratados e a interpretação desses instrumentos. Uma interpretação evolutiva das cláusulas de direitos humanos, para além da utilização genérica do princípio “pro homine”, não só pode, como deve conhecer e aplicar a hermenêutica desses tratados consolidada por estes intérpretes autorizados.

Em termos de Direito Internacional, a interpretação usual dos tratados é realizada pelos próprios Estados signatários, regra geral que é ineficiente quando se refere a tratados de direitos humanos, conforme explicita (MECHELEM, 2008, p. 919):

Because these instruments impose obligations on states that have to be fulfilled vis-A-vis individuals as third-party beneficiaries, states would have an obvious interest in interpreting them restrictively in order to retain more liberty in domestic policy making and ease the burden imposed upon them. In addition, the lack of inter-state complaints shows that states are reluctant to meddle in the human rights affairs of other parties or to accuse them of human rights violations.<sup>41</sup>

Sob tal perspectiva, um mero sistema de monitoramento da atuação dos Estados em conformidade com os tratados de direitos humanos que são signatários não é suficiente, o que justifica a criação dos *treaty bodies* ou comitê de especialistas para: 1) garantir um processo de supervisão independente; e 2) construir conhecimento especializado a determinar como os direitos previstos em um instrumento sejam realizados.

Então, infere-se que, em se tratando de organismos aptos a realizar a interpretação e efetivação dos tratados de direitos humanos, além de contribuir com a construção legítima desses direitos, assumem o papel valorativo que normalmente seria cumprido pelos Estados e cuja observância obedece às normas do arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Tratados. Ressalta-se que a previsão do art. 31, 3, “b” desta Convenção reforça o papel interpretativo dos órgãos de tratado na construção das normas de direitos humanos, uma vez que as práticas adotadas por estes na supervisão dos tratados, quando objeto de acordo com um ou alguns Estados, serão levadas em consideração sempre que o instrumento for objeto de interpretação.

Vale ressaltar que os comitês de especialistas editam regularmente recomendações gerais, nas quais compilam visões sobre as questões que circundam a aplicação das normas de direitos humanos. Nesse cenário, podem estas recomendações gerais serem considerados meros instrumentos de “*soft law*”? As recomendações gerais são declarações formais, genéricas e abstratas, não direcionadas a um Estado-parte específico, que visam orientar a interpretação e a efetivação dos direitos humanos dos países signatários do tratado que, em inúmeros casos, apresentam cenários fáticos distintos para aplicação uniforme desses estandartes. Eis o desafio dos corpos de tratados: dar forma aos direitos humanos e indicar como estes devem ser aplicados.

Em relação aos comitês de especialistas da OIT, fica uma impressão de usurpação da função judicante por estes órgãos ao indicar uma interpretação do tratado que deve ser seguida pelos Estados. Isto é reforçado pela condição de inexistência de uma corte internacional global para decidir sobre demandas trabalhistas. A situação é delicada, pois com o cenário in-

<sup>41</sup> Tradução livre: Como esses instrumentos impõem obrigações aos estados que devem ser cumpridos em relação aos indivíduos como beneficiários de terceiros, os Estados teriam um interesse óbvio em interpretá-los restritivamente, a fim de reter mais liberdade na formulação de políticas domésticas e aliviar o ônus imposto aos eles. Além disso, a falta de queixas interestaduais mostra que os estados relutam em se intrometer nos assuntos de direitos humanos de outras partes ou em acusá-los de violações de direitos humanos.

ternacional de crise que demanda a postergação do principal encontro de edição, controle e admoestação internacional em matérias de labor, em que pese a OIT está frequentemente se posicionando em relação aos efeitos da pandemia nos mínimos garantidos ao trabalho humana, autoriza-se tacitamente o protagonismo estatal na interpretação e aplicação dessas garantias que hoje podem auxiliar a manutenção das condições decentes.

### ***2.3.2 O diálogo internacional como instrumento de emancipação de um Direito do Trabalho global: o chamado à “creolização” dos padrões trabalhistas***

Diante do exposto, considera-se que o dilema da universalização de padrões globais de trabalho decente, bem como da interpretação dessas condições e, no caso de ausência de implementação, pode ser facilitado pela via do diálogo e da cooperação internacional. Isto porque é possível separar as esferas de responsabilidade individual e estatal. Quando a inobservância do padrão de garantia for imputada a um Estado-parte signatário da disposição internacional, compete à OIT, em diálogo com seus agentes nacionais e comitê de especialistas, admoestar e inclinar orientações a serem atendidas. Quando a inobservância é de sujeito nacional, seja pessoa física ou jurídica, a responsabilidade é apreciada pelo Judiciário pátrio, porém é imprescindível que este conheça e delimite a aplicabilidade da ordem jurídica em apreço em conformidade com a interpretação internacional particular dada pelos legitimados a apreciar essas garantias.

Busca-se aqui um caminho para a consolidação de verdadeiras diretrizes universais de proteção do labor humanos, não sendo aquelas que constituam pautas em favor dos interesses dos países que ditam os postulados capitalistas, protegendo, assim, os Estados em desenvolvimento do fator imperialista, objeto da teoria crítica de direitos humanos. Para tanto, é necessária uma dinâmica interativa, e em evolução, da interpretação dos padrões internacionais, rompendo com o padrão exclusivamente fixista de uma visão de direitos humanos vista como fundações, bases, pilares ou mesmo raízes de múltiplas culturas. Portanto, é necessário buscar uma aproximação de culturas como um processo, um movimento dinâmico que envolva intercâmbio de culturas, busca de equivalência entre elas e até uma transformação recíproca (DELMAS-MARTY, 2020).

Neste ponto, o intercâmbio cultural é fomentado pela prática de diálogos internacionais que fomentem a compreensão e o conhecimento das peculiaridades da diversidade de cada povo. Esse diálogo é objeto de estudo da doutrina internacionalista e representa um fértil terreno para a consolidação do universalismo plural, sem que se delegue a interpretação dos

direitos humanos aos ditames da teoria da margem de apreciação nacional.

Os diálogos ainda prevalecem na esfera judicial, consistindo em uma prática das cortes domésticas e internacionais em usar o raciocínio de outros tribunais na construção de uma melhor interpretação em relação a uma norma legal de uma Constituição ou tratado internacional. Na visão do juiz, tal prática promove o que ele chama de fertilização cruzada (MAC-GREGOR, 2017) de padrões constitucionais e internacionais de proteção de direitos humanos – entre cortes de diferentes jurisdições –, viabilizando, de forma coerente, o compromisso transformador e a integração de um verdadeiro pluralismo jurídico.

Em sede de sistema regional interamericano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), tribunal com jurisdição sobre o tema no território latino-americano, desenvolveu a prática do controle de convencionalidade como parte da obrigação prevista no art. 2 da CADH, na qual todos os Estados-membros devem adequar seu Direito interno a fim de tornar efetivos os direitos humanos protegidos pelas normas convencionais. Vale ressaltar que os Estados podem estender a proteção dos direitos humanos na esfera do ordenamento nacional, porém estão vedados de invocar a CADH em eventual restrição a esses direitos assegurados.

O juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2017) destaca a supremacia e o protagonismo da CIDH enquanto intérprete última da CADH nos diálogos judiciais multidimensionais que envolvem cortes domésticas, pois se trata da guardiã originária, devendo ter sempre respeitadas suas interpretações pelos tribunais nacionais nos processos decisórios que envolvam garantias interamericanas de direitos. Este diálogo judicial é capaz de promover a integração entre as nações e estimular coerência normativa em escala global.

Ainda na dimensão judicial do diálogo entre órgãos intérpretes de padrões internacionais no sistema interamericano, Paola Acosta Alvarado (2015) sustenta que não só os juízes nacionais podem e devem se utilizar das interpretações dadas nas decisões dos juízes da Corte Interamericana, mas também podem e devem se reportar às decisões domésticas como ponto de referência para suas indagações em casos submetidos à CIDH. Essas interações ocorrem de forma vertical – quando se dá entre o juiz internacional interamericano e os juízes nacionais – e de forma horizontal – quando as relações ocorrem entre juízes domésticos de diversos países pertencentes ao mesmo sistema regional de proteção de direitos. Por que não defender, também, um diálogo entre juízes de sistemas de proteção regionais distintos quando se tratar da proteção de um mesmo *standard*?

Ressalta-se a inevitabilidade do diálogo judicial na interação vertical entre a corte

regional internacional e as cortes nacionais, fato que enseja uma leitura e interpretação dessas garantias de forma similar para garantir a tão desejada integridade do sistema que deve se dar em uma imagem de teia normativa. Nessa rede de proteção “[...] *el primero de los niveles de protección está en los jueces nacionales. No obstante, la piedra angular de la telaraña es la Corte IDH, la cual funge como faro de la función judicial de protección en Latinoamérica*”<sup>42</sup> (ACOSTA ALVARADO, 2015, p. 269, grifo nosso).

São preciosas reflexões acerca da interação entre ordens jurídicas plurais, permitindo lançar ferramenta efetiva, consistente no diálogo de ordens jurídicas por meio dos órgãos de monitoramento dos direitos humanos. Isto evita que cada Estado estabeleça parâmetros regionais de significado e conteúdo dos estandartes, sob pena de abuso e relativismo, os quais negam o caráter universal dessas garantias e reduzem a norma jurídica internacional a textos retóricos.

Tal metodologia de fomento à interação dos órgãos internacionais e nacionais na proteção de direitos pode e deve ser aplicada na observação e consolidação dos mínimos internacionais do trabalho, não devendo ser encarado como uma prática de boa vontade, mas como um instrumento de aproximação de culturas e coordenação das diferenças. Ainda nesse aspecto, Mireille Delmas-Marty (2020) discorre sobre a necessidade de um hibridismo ou uma “creolização” dos direitos humanos para que estes assumam um verdadeiro caráter universal, tornando possível “[...] *d’unifier les différences en les intégrant dans une définition commune*”<sup>43</sup>.

A “creolização” aproxima-se da visão de fertilização cruzada apresentada por Ferrer Mac-Gregor (2017), promovendo um significado original, passível de atribuir caracteres inesperados a determinada garantia, de fomentar o diálogo entre órgãos de interpretação, alcançando um significado minimamente comum, como maneira de superação das diferenças rumo a uma transformação recíproca.

Para promover uma verdadeira “creolização” ou fertilização cruzada em fomento a um direito global mínimo para as relações de trabalho é necessário aproximar as culturas que envolvem relações laborais, o que, inclusive, é tema da Década Internacional, no interstício 2013-2022. Há um longo caminho a ser percorrido para avançar de uma perspectiva eminentemente nacionalista de interpretação dos padrões mínimos nas relações de trabalho para um direito comum e global em proteção ao ser humano que labora.

<sup>42</sup> Tradução livre: "O primeiro nível de proteção reside na atuação dos juízes nacionais. Não obstante, a pedra angular da rede de proteção reside na Corte Interamericana, que funciona como um farol na proteção judicial na América Latina.

<sup>43</sup> Tradução livre: “unificar as diferenças integrando-as a uma definição comum”.

Esta seção reconhece o cenário jurídico que estabelece o pluralismo de ordens jurídicas em matéria de direitos sociais do trabalho. Esta realidade é incipiente desde as manifestações esparsas de um constitucionalismo social, precursor de premissas pré-positivistas, consolidando-se quando da criação do OIT (1919) no período entre guerras. No entanto, a comunicação entre ordem interna e ordem internacional em matéria de labor humano ainda carece de ferramentas que proporcionem um verdadeiro robustecimento da rede de proteção de direitos, não sendo suficiente um mecanismo de incorporação nacional de tratados internacionais que terão sua vigência e aplicabilidade verificadas sob uma ótica local, sem respeitar a competência e a missão da entidade internacional, mas sim preocupada em atender o interesse do Estado-parte.

Isso porque, em se tratando de direitos cuja efetivação depende de custos que não exclusivamente são suportados pelo Estado, mas muitas vezes demandam setores que exercem muita influência sobre a tomada de decisão pública, é natural que a interpretação do estandarte consolidado ocorra de forma a atender esses interesses. Nesta toada, o diálogo entre órgãos nacionais e internacionais deve ser tido como etapa sem a qual não se pode falar em um caminho para um direito mínimo e global do trabalho humano. Essa relação não ocorre apenas por meio de práticas judiciais, mas pode e deve perfeitamente ser promovida entre entidades que se proponham à proteção dos direitos mínimos a toda pessoa que labora.

Nesse caminho de padronização, há outro chamado para uma universalização plural dessas garantias, o qual pode ser conferido a partir da aproximação de culturas, levantamentos de pontos de conversão e divergência, por meio do que se denominou de “creolização” dos direitos trabalhistas. Com uma sociedade cada vez mais conectada e sem fronteiras, os padrões de trabalho no mundo serão, progressivamente, cada vez mais uniformizados, podendo o trabalho desses órgãos ser direcionado no intuito de resistir ao relativismo e imperialismo culturais, conciliar o universalismo dos direitos mínimos do trabalho à pluralidade de culturas e fomentar uma humanização progressiva do meio que dignifica o homem, o trabalho.



### 3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE MATRIZ INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS PADRÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO HUMANO

O termo controle de convencionalidade não é novo no Brasil. André de Carvalho Ramos (1999), em sua tese de doutorado depositada em 1999 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi o doutrinador pioneiro na defesa do exercício de um controle de convencionalidade, no sentido de incitar a análise cogente da compatibilidade da norma jurídica nacional em face das normas jurídicas internacionais. Em 2001, o autor sustentou a possibilidade de defesa do controle de convencionalidade em abstrato, no sentido de apreciar a validade das normas nacionais mesmo sem a existência de um caso concreto, através da CADH, ocorrida em 2001. Eis o surgimento da primeira corrente do controle de convencionalidade no Brasil.

No entanto, é comum encontrar que a reflexão inaugural sobre o sobredito controle ocorreu na tese de doutorado de Valério de Oliveira Mazzuoli (2008), orientado por Cláudia Lima Marques, sob a linha de pesquisa vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). O ano era 2008 e, até então, alguns apontam não haver publicação científica brasileira versando sobre o tema, fato descaracterizado acima. Neste trabalho, o sobredito controle foi apresentado no capítulo II, seção II, intitulado "Rumo às novas relações entre o Direito Internacional dos direitos humanos e o Direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes."

O ineditismo do estudo versava sobre a "[...] possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público)" (MAZZUOLI, 2008) não só tendo como parâmetro as normas constitucionais pátrias - pelo clássico instituto do controle de constitucionalidade -, mas também considerando os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor no Brasil. A este último padrão, atribuiu-se a mesma nomenclatura anterior: controle de convencionalidade. Sobretudo, tal possibilidade se evidenciou, dogmaticamente, a partir da inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998), realizada via Emenda Constitucional nº. 45, em 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004).

A inserção do referido parágrafo consolidou a força normativa das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, já considerados materialmente constitucionais pelo texto originário da Constituição, em virtude da previsão do § 2º do art. 5º. Tal é a denominada como cláusula de abertura constitucional que fortalece a noção do

constitucionalismo cooperativo vigente, delineado na seção anterior.

Não se fala em Estado constitucional contemporâneo sem contemplar a ideia de uma cooperação internacional fundada na flexibilização da característica da soberania, como elemento estrutural do conceito de Estado, e a fim de garantir mínimos essenciais a todo ser humano. Inclusive, tal postulado está consagrado expressamente no art. 4º, IX da Constituição Federal, reputando o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade em relação à regência das relações internacionais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

A este compromisso de “cooperação mútua” (NOSCHANG; PIUCCO, 2019, p. 368) entre povos que o Brasil assumiu enquanto como instrumento de “transparência constitucional” (HÄBERLE, 2007, p. 03), agrega-se, com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, a possibilidade de adesão também formal ao texto constitucional das garantias internacionais à proteção humana (BRASIL, 2004). No entanto, tal integração fica condicionada à ao quórum de maioria qualificada, previsto com a inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal.

Até o ano vigente quando da escrita desta tese, quatro tratados internacionais foram aprovados, com natureza formal e materialmente constitucionais. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (2007)<sup>44</sup>; o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, (2013)<sup>45</sup>; e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas correlatas de intolerância, firmada pelo Brasil na 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (2013)<sup>46</sup>.

As ratificações acima implicam a elevação dos postulados e dos padrões fixados nos mencionados tratados para serem alçados a “[...] paradigma de controle das normas infra-constitucionais” (MENDES, 2005, p. 239), exercitáveis juridicamente pelo clássico controle de constitucionalidade, objeto central da jurisdição constitucional, uma vez que diante do atu-

<sup>44</sup> Texto aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, promulgando-se a Convenção pelo Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, em respeito ao ato complexo de aprovação de tratado internacional, respectivamente, pelo Poder Legislativo Federal e pelo Chefe do Poder Executivo em estrita obediência ao postulado da harmonia entre os Poderes e aos artigos 84, VIII e 49, I da Constituição Federal.

<sup>45</sup> Nos mesmos moldes da Convenção de Nova Iorque, o texto deste tratado foi aprovado pelo Poder Legislativo por meio do Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015, e referendado pelo Presidente da República pelo Decreto n. 9.522, de 08 de outubro de 2018.

<sup>46</sup> Texto aprovado pelo Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021, conforme o procedimento de que trata o § 3º do art. 5º da Constituição. Em seguida, o Governo brasileiro depositou, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 28 de maio de 2021, o instrumento de ratificação à Convenção e que esta entrou em vigor para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, em 27 de junho de 2021, sendo referendado pelo Presidente da República pelo Decreto n. 10.932, de 10 de janeiro de 2022.

al contexto serão consideradas material e formalmente constitucionais.

Neste cenário, as manifestações incipientes do instituto do controle de convencionalidade no Brasil fomentaram não só a pesquisa jurídica, mas também a aplicação do instrumento como meio de aguçar a proposição de novas soluções jurídicas nos conflitos concretos. Tal desenvolvimento foi tão significativo que chegou a incitar o que denomina-se, nesta seção, como “doutrina brasileira do controle de convencionalidade”. Este é o objeto do primeiro tópico do presente capítulo.

Nele, conceito, origens e pressupostos do controle de convencionalidade são apresentados tal como trazidos pela denominada doutrina brasileira neste primeiro momento de estudo sobre convencionalidade. Para tanto, apresenta-se a adoção da tese da supralegalidade dos tratados internacionais e a teoria da dupla compatibilidade vertical material como fundamento para o exercício do referido controle em estudo. Logo em seguida, a reflexão vai além da leitura nacional dos tratados internacionais ratificados pelo Estado e objetiva apresentar o chamado verdadeiro controle ou controle de convencionalidade originário, pautado na interpretação internacionalista dos tratados internacionais. É neste tópico que esta tese amadurece o trabalho realizado em dissertação de mestrado (BOMFIM, 2017).

Por fim, é prudente apresentar uma reflexão sobre o exercício hermenêutico nos sistemas regionais e globais de proteção do ser humano, intérpretes originários dos tratados internacionais, função de suma importância para conferir densidade normativa aos padrões globais de tratamento que visam ser consolidado a partir da fixação dos *standards* internacionais.

O ponto singular desta tese é adequar o verdadeiro controle de convencionalidade das convenções internacionais do trabalho no Direito pátrio. Para isso, o segundo tópico da presente seção ocupa-se da caracterização sobre o que se entende por controle de convencionalidade legítimo, que é aquele de matriz internacional, desenvolvido pelas Cortes Internacionais. Inicialmente, são apresentadas as origens da responsabilidade internacional dos Estados, sua classificação e limites. Em seguida, são analisadas as matrizes internacionalista e nacionalista do controle de convencionalidade.

A hipótese a ser aqui averiguada consiste no exame de otimizar a eficiência da interpretação e da aplicação dos tratados internacionais que fixam pisos mínimos para o tratamento do trabalho prestado pelo ser humano, em relação à solução dos conflitos nacionais, a partir de uma postura menos romântica – assim considerada aquela eminentemente fundamentada na adoção do princípio *pro homine* e seus consectários –, bem como mais apoiada na concretização do universalismo concreto. Tal pretensão encontra guarida na sugestão de que o

intérprete se proponha a analisar os processos internacionais de consolidação dessas garantias, efetivados pelos órgãos os mecanismos de fiscalização dos padrões globais, antes de realizar uma mera interpretação nacional dos tratados ratificados.

Nesta seção, a análise do controle de convencionalidade de matriz internacional recai, em sentido *lato*, em sede de cada um dos três sistemas regionais de direitos humanos: europeu, africano e interamericano. Tal pressuposto justifica-se porque a teoria surge no exercício hermenêutico das cortes regionais, desenvolvendo uma doutrina que pode ser de útil aplicação na atividade interpretativa do sistema global.

Portanto, encerra-se a seção com uma larga análise do sistema global ou onusiano, bem como das ferramentas, institutos e instituições deste, cujas funções são voltadas à fiscalização e à consolidação dos *standards* internacionais garantidos à pessoa. Por fim, a última seção do capítulo debruça-se sobre a missão de aprofundamento do debate em torno da estrutura e do funcionamento da agência especializada no labor, aOIT.

### **3.1 A doutrina brasileira do controle jurisdicional de convencionalidade das leis**

Adentrar no tema do controle jurisdicional de convencionalidade exige, em sede de pesquisa jurídica pátria, o estudo e o aprofundamento teórico da doutrina brasileira que desenvolveu este instituto. Uma vez que o tema já encontra aparato técnico e científico neste país, é preciso apresentar o cenário consolidado a fim de propor um delineamento diversificado, voltado à máxima proteção e efetividade dos padrões de direitos humanos.

Tem-se como objetivo não somente construir uma abordagem inédita sobre o tema do controle jurisdicional de convencionalidade das leis trabalhistas, como também, e principalmente, dirigir o instituto a um caminho de autonomia, diga-se, de capacidade de produzir um efeito real nas relações internas de labor humano.

Tal inquietação decorre, sobretudo, após a defesa de dissertação de mestrado desta então candidata ao título de doutorado, construída no sentido de aplicar a denominada doutrina brasileira do controle jurisdicional de convencionalidade na área trabalhista (BOMFIM, 2017). Em que pese encontrar coerência no sistema jurídico pátrio, sentiu-se que o atual estado da arte do objeto de pesquisa em discussão não é aplicado em conformidade com as diretrizes contemporâneas que balizam a relação entre Direito Internacional público e Direito interno.

Ademais, interpretar nacionalmente tratados internacionais sem fixar um compromisso com a hermenêutica consolidada pelos órgãos de tratado internacionais distancia a

construção normativa do Direito brasileiro dos caracteres pós-positivistas prescritos pelo atual modelo de constitucionalismo global. Tal tema foi desenvolvido na seção anterior, configurando-se como postulado central do modelo jurídico-social adotado na contemporaneidade, este concentrado em fixar padrões mínimos de direitos na vida das pessoas, onde quer que elas estejam.

### ***3.1.1 Controle de convencionalidade: precursores, origem, conceito e pressupostos***

Internacionalmente, o termo “controle de convencionalidade” foi utilizado de forma inaugural pelo Conselho Constitucional Francês, em 15 de janeiro de 1975, como fundamento da Decisão 74-54 DC (CHAVES; SOUSA, 2016). O caso em apreço analisava a constitucionalidade de uma lei francesa que dispunha sobre a interrupção voluntária de gestação em face da possível violação do direito à vida, assegurado pelo art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ratificada pelo Estado Francês.

Em semelhança ao Brasil, na França as leis ordinárias devem ter sua validade verificada antes da efetiva aplicação por força do art. 61 da Constituição francesa (FRANÇA, 1958). Tal função é realizada pelo Conselho Constitucional deste país, órgão análogo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, que é o intérprete guardião da integridade, não só da interpretação, mas também da efetivação do texto constitucional, por meio do clássico instituto do controle de constitucionalidade. Ocorre que, diferentemente da Egrégia Corte brasileira e da americana, o Conselho Constitucional francês foi criado apenas em 1958, com o fito de zelar pelo funcionamento regular das instituições francesas. Sua natureza é eminentemente política, não podendo ser manifestado por pessoas físicas, apenas por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro Ministro, do Presidente da Assembléia, do Senado ou de sessenta deputados e senadores.

Por sua vez, a Constituição francesa vai além e assevera que tratados e acordos internacionais ratificados possuem, a partir de sua publicação, autoridade, ou seja, hierarquia superior às leis ordinárias (art. 55). Chaves e Sousa (2016) interpretam tal afirmação como a criação de uma atribuição ao Conselho Constitucional Francês, a de verificar a validade dos textos normativos infraconstitucionais nacionais em face, também, dos tratados e acordos internacionais ratificados por este Estado, diante desta autoridade superior, expressamente prevista no texto constitucional.

A existência de dois instrumentos distintos de averiguação da adequação ou da validade normativa das leis infraconstitucionais é reconhecida pela Corte Constitucional france-

sa na decisão supramencionada. Neste sentido:

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.” ; [...] Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ; [...] Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles [...]<sup>47</sup>. (FRANÇA, 1975, p. 671).

Ao reconhecer a subsistência de dois controles ínsitos à sua atuação, a Corte Constitucional francesa deflagrou um fenômeno não antes discutido, abrindo espaço para o amadurecimento científico do tema. O Conselho inova ao esclarecer que não se tratava de caso passível de solução exclusiva por meio da aplicação do instituto do controle de constitucionalidade, deixando clara a identificação da necessidade de um “[...] controle normativo com objetivo, hierarquia e modo de aplicação distinto” (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 91), ainda que sem o denominar de forma expressam.

Esta conclusão, que implica no reconhecimento de um novo fenômeno jurídico, decorre de postulados característicos dos sistemas normativos contemporâneos, dentre eles a superação do positivismo clássico, a força normativa das constituições e o diálogo entre as nações para a fixação de padrões mínimos comuns de dignidade, de ética e de cidadania para os seres humanos. Vale ressaltar que tal precedente francês se destaca pelo fato de o constitucionalismo ali vigente já privilegiar a supremacia normativa no reconhecimento dos instrumentos internacionais ratificados. Assim, cumprir tal prerrogativa é ato de obediência à Constituição francesa, que expressamente assegurou destaque aos tratados e acordos internacionais

<sup>47</sup> Tradução livre: “Considerando, em primeiro lugar, que nos termos do artigo 55 da Constituição: ‘Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade superior àquela das leis, sob condição, para cada acordo ou tratado, de serem aplicados pela outra parte [...] Considerando, com efeito, que as decisões tomadas em aplicação do artigo 61 da Constituição revestem um caráter absoluto e definitivo, tal como resulta do artigo 62, que obsta a promulgação e a vigência de toda disposição declarada inconstitucional; que, ao contrário, a superioridade dos tratados sobre as leis, cujo princípio está estatuído no artigo 55 já citado, apresenta um caráter ao mesmo tempo relativo e contingente, tendo em vista, por um lado, que ela é limitada ao campo de aplicação do tratado e, por outro lado, que ela é subordinada a uma condição de reciprocidade cuja realização pode variar conforme o comportamento do ou dos Estados signatários do tratado e o momento em que deve ser apreciado o respeito dessa condição; [...] Considerando que assim o controle do respeito ao princípio enunciado no artigo 55 da Constituição não poderia ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, em razão da diferença de natureza desses dois controles”.

na pirâmide normativa.

Nota-se que a doutrina precursora do controle de convencionalidade pauta-se no *status* de supralegalidade que a Constituição francesa atribui aos instrumentos internacionais ratificados, e que passa a ser postulado de existência de um novo controle normativo, diferenciado do controle de constitucionalidade. A adoção de outra natureza jurídica é possível, bem como é objeto de discussões nas mais diversas Cortes Constitucionais no mundo ocidental, inclusive já foi protagonista de intensos debates no Brasil em sede do Pretório Excelso, o que será esmiuçado em subitem posterior ainda nesta seção.

Neste ponto, é mister evidenciar um questionamento que a referida decisão do Conselho Constitucional Francês pôs em xeque: que órgão é legitimado para exercer o verdadeiro controle de convencionalidade? E de onde decorre a legitimidade democrática que traduz a resposta da pergunta anterior? Esses são questionamentos enfrentados desde o início do estudo do tema em análise, que merecem reprise nesta tese. Inclusive, a Corte Constitucional francesa foi deveras criticada pela postura omissiva frente às perguntas anteriores, quando, na decisão precursora do controle de convencionalidade, mencionou:

Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international.<sup>48</sup>  
(FRANÇA, 1975, p. 671).

Para Denisson Chaves e Mônica Sousa (2016, p. 93), a indiferença do Conselho francês em "[...] assumir o compromisso com a defesa da Convenção Europeia de Direitos do Homem chama atenção para a discussão acerca da definição de qual organismo tem a competência para defesa e execução das cartas internacionais de direitos humanos". Analogicamente à discussão entre Carl Schmitt (2007a) e Hans Kelsen (2003) sobre quem seria o órgão legitimado à defesa da Constituição, o questionamento ainda passível de reflexão é sobre a quem cabe a legítima interpretação e aplicação dos tratados e convenções de direitos humanos diante dos conflitos contemporâneos.

Apesar de negar sua atribuição de guardião dos instrumentos internacionais e silenciar sobre a quem compete tal função, a Corte Constitucional francesa avança na reflexão sobre a atribuição da jurisdição estatal ou nacional e internacional no controle de convencionalidade das leis. Analisando a jurisprudência e a decisão 74-54 DC/1975 (FRANÇA, 1975), ambas do Conselho Constitucional francês, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem seria o

<sup>48</sup> Tradução livre: "Considerando que, nessas condições, não compete ao Conselho constitucional, quando este é acionado em aplicação do art. 61 da Constituição, examinar a conformidade de uma lei às estipulações de um tratado ou de um acordo internacional".

órgão competente para o exercício da função de assegurar a efetivação dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nos tratados por eles ratificados. O que a corte francesa omitiu e que a tornou alvo das críticas jurídicas foi a reflexão sobre a possibilidade de a jurisdição nacional também realizar o controle de convencionalidade.

Este questionamento vai além e abrange, também, a possibilidade dos demais poderes estatais, no caso, o Executivo e o Legislativo, de realizarem este controle de validade do conteúdo jurídico das normas estatais. Nota-se que o Direito Internacional dos direitos humanos fomenta uma ação conjunta entre os poderes e as instituições, fato que autoriza o exercício da apreciação da convencionalidade pelos três poderes estatais classicamente constituídos. Neste cenário, em decorrência da sua função típica de aplicar o direito vigente ao caso concreto submetido à jurisdição – e assim, tal como delineado anteriormente, com a obrigação de apreciar a validade da norma jurídica –, o Poder Judiciário assume um certo protagonismo e prevalência na apreciação da convencionalidade frente aos demais poderes (CHAVES; SOUSA, 2016).

Ainda, vale pontuar que o Poder Executivo e o Poder Legislativo assumem, em grande parte dos países componentes dos organismos internacionais, a função e a atuação conjunta no processo de ratificação dos instrumentos normativos internacionais, tal como acontece no Brasil (1988), sob o fundamento dos arts. 49, I e 84, VIII da Constituição Federal. Porém, o exercício desta competência não deve ser interpretado como uma espécie de controle de validade normativa, ainda que indireta ou restrita, uma vez que negociar com os organismos internacionais e zelar pela coerência do ordenamento jurídico interno são atribuições originárias e respectivas do governo e do parlamento (MAZZUOLI, 2018).

Ainda, aduz-se que os poderes Legislativo e Executivo também têm a obrigação institucional na defesa dos direitos humanos e, assim sendo, na verificação da validade das leis e atos normativos apreciados nas suas respectivas funções, o que de fato, implica em controlar a convencionalidade das normas jurídicas. No entanto, tais poderes são legitimados eminentemente por processos políticos, o que não ocorre, contudo, com o Poder Judiciário.

A jurisdição constitucional contemporânea apresenta vinculação a obrigações institucionais que a distanciam de processos de natureza política. Eis o principal caractere da denominada função contramajoritária do Poder Judiciário, que atua como ferramenta apta a garantir os direitos, as liberdades e as prerrogativas de todos os cidadãos, salvaguardando, inclusive, a proteção das minorias contra a vontade política instituída pela maioria nos regimes democráticos. Tal função advém da evolução do constitucionalismo, tendo como marco temporal a clássica decisão do caso *Marbury x Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte



dos Estados Unidos, no qual este órgão reconheceu a competência do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis em face da constituição estatal (BARROSO, 2016).

Para Luís Roberto Barroso (2016), o protagonismo do Poder Judiciário advém da adoção da visão jusfilosófica pós-positivista, a qual atenua o formalismo jurídico e eleva as Constituições ao centro dos sistemas jurídicos. Ademais, o desencanto com a política majoritária e com a incapacidade dos parlamentos de determinar um consenso sobre temas controvertidos é ponto em comum na crítica de Barroso (2016), em prol do destaque do Poder Judiciário na contemporaneidade, e na ideia de Carl Schmitt (2007b) no curso da vigência da Constituição de Weimar, para dar ênfase à atuação do Poder Executivo.

No entanto, há que ser ressaltada a reflexão sobre o princípio da maioria, que torna as ações do Executivo e do Legislativo parcializadas, distanciando-as dos processos do Judiciário. Tal postulado sustenta que "[...] a validade da atuação estatal em um regime democrático está pautada nas decisões que encontrem guarida na legitimidade popular" (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 95), esta aferida quantitativamente por meio do número de pessoas que aprovam, ou não, determinados posicionamentos políticos. Decisões tomadas por uma só pessoa ou por poucas pessoas são deficitárias de participação popular.

O constitucionalismo desenvolve-se, sobretudo, como instrumento de limitação do "[...] império do poder da maioria, expresso ou na soberania do parlamento ou no domínio absoluto do governo" (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 95) às diretrizes normativas dos sistemas jurídicos. Neste cenário, destacam-se as jurisdições internacional e constitucional como mecanismos de proteção dos direitos humanos e de garantias fundamentais, respectivamente. Neste sentido, é a doutrina de Mauro Cappelletti (1999, p. 66) sobre o protagonismo do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais que prevê o seguinte:

As proclamações (nacionais e supranacionais) de direitos fundamentais cessam de ser meras declamações filosóficas no momento em que sua atuação é confiada, em concreto, aos tribunais, ou a alguns tribunais, quer se trate de tribunais constitucionais nacionais, ou de organismos judiciários ou quase-judiciários transnacionais, assim como a Comissão e a Corte dos Direitos do Homem, instituída pelo Conselho da Europa, com sede em Estrasburgo.

No trecho em questão, observa-se a jurisdição rompendo os limites estatais e os órgãos judiciais nacionais, passando a ser exercida, também, por esferas internacionais independentes e cooperativas com a jurisdição interna. É neste cenário multifacetado de jurisdição que será executável o controle de convencionalidade, "[...] tanto pela jurisdição nacional quanto pela jurisdição transnacional" (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 96).

O entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de maneira que ambas se apresentam capazes de reconstruírem-se permanentemente, é caracterizado como um modelo de articulação. Mediante o aprendizado com as experiências de outras ordens jurídicas na solução dos mesmos problemas constitucionais de direitos humanos ou direitos fundamentais, possibilita-se uma maior efetividade de proteção das garantias. É o diálogo constitucional abrindo caminhos para a maior solução de conflitos que envolvem a pessoa humana.

Ingolf Pernice (2009) denominou tal construção como proteção multinível de direitos ou constitucionalismo multinível. Tal denominação possibilita a apreciação de um mesmo caso de violação de direitos por cortes nacionais e cortes internacionais. Joaquim José Gomes Canotilho (2008) destaca a necessidade da troca de informações e das decisões pelos diversos níveis de jurisdição como interconstitucionalidade. No item posterior, ainda na presente seção, constata-se que a proteção multinível é possível, no entanto, percebe-se que cada tipo de jurisdição é responsável por analisar uma violação distinta. Enquanto as Cortes nacionais julgam o caso e a responsabilidade do ofensor, as Cortes internacionais apreciam a responsabilidade do Estado em face de uma violação de direito humano.

Em que pese o surgimento da expressão “controle de convencionalidade” ter ocorrido no continente europeu, foi em solo latino-americano que tal fenômeno foi efetivamente reconhecido e teve sua aplicabilidade ampliada, mais precisamente no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2018).

O continente americano é considerado fértil para o desenvolvimento desta doutrina, pois se destaca pelos “[...] regimes democráticos, neófitos e ambivalentes” dos países latino-americanos, assim como pelos textos constitucionais destes países, promulgados recentemente e “sem um nível amadurecido de prática de efetivação de direitos” (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 97-98). Ainda, é relevante a marca que os regimes ditatoriais deixaram nestas nações americanas, para as quais um sistema eficiente de direitos humanos constitui uma necessidade vital.

Neste cenário, a construção de um sistema regional próprio de proteção aos direitos humanos dos povos que aqui vivem foi fulcral para a consolidação, bem como necessário à manutenção do Estado Democrático de Direito destes países.

Considerando sua complexidade e importância para a construção desta tese, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é abordado em tópico distinto. Neste ponto, apresenta-se a aparição inaugural do termo “[...] controle de convencionalidade” no referido sistema, do qual faz parte a Corte Interamericana de Direitos Humanos enquanto órgão judicial autônomo com sede na cidade de São José na Costa Rica.

A primeira menção direta ao citado termo na Corte IDH data-se do ano de 2003, e foi proferida em um voto do juiz Sérgio Garcia Ramirez. Tratava-se da apreciação do caso *Myrna Mack Chang vs. Estado da Guatemala*, em que apurava-se a responsabilidade internacional deste Estado pelo assassinato da ativista por agentes militares, bem como se analisava a falta de investigação e punição dos agentes responsáveis em âmbito jurisdicional nacional.

Sérgio Garcia Ramirez (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003) mencionou no item 27 do seu voto no caso:

Para os efeitos da Convenção Americana e o exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado vem em forma integral, como um todo. Nesta ordem, a responsabilidade é global, tem o Estado em seu conjunto e não sujeita divisões de atribuições que remetem ao Direito Interno. Não é possível dividir internacionalmente o Estado, obrigar frente a Corte só um ou alguns de seus órgãos, entregando a estes a representação do Estado em juízo – sem que essa representação repercuta sobre o Estado em seu conjunto – e subtrair os outros do regime convencional de responsabilidade, deixando suas atuações fora do “controle de convencionalidade” que traz consigo a jurisdição da Corte Internacional.

Em que pese esta ter sido a primeira aparição do termo na CIDH, no âmbito contencioso, outrora, a Corte já declarara como inválidas as leis nacionais, reconhecendo a responsabilidade internacional de Estados, como é abordado adiante. O voto transcrito é importante e conhecido por ser a primeira menção do termo na Corte, apesar dos efeitos do controle já serem reconhecidos e aplicados em casos anteriores, como ilustrado em tópico posterior, ao apreciar a responsabilidade civil dos Estados.

No entanto, o termo só apareceu em sentença na CIDH no ano de 2006. Tratava-se do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, no qual a Corte reconhecia sua competência pelo controle concentrado de convencionalidade, destinando aos juízes nacionais a realização do controle de forma difusa, ou seja, sob a análise da violação quando submetida a caso concreto. A evolução da jurisprudência da Corte é recorrente e já reconhece o dever da realização do controle de convencionalidade de ofício pelos juízes nacionais, precedentes estes verificados nos casos *Trabalhadores Desligados do Congresso vs. Peru* e *Gelman vs. Uruguai*.

Este estudo da evolução da teoria do controle de convencionalidade na CIDH será apresentado logo a seguir, importando, neste momento, após apresentar as origens do termo, conceituá-lo. O primeiro jurista brasileiro a propor uma reflexão sobre o controle de convencionalidade, André de Carvalho Ramos (2019, p. 333), afirma que o instituto consiste na “[...] análise de compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resolução vinculantes de organizações internacionais)”. Para ele, referido controle pode ter

efeitos negativo ou positivo. Aquele consiste na invalidação das normas ou decisões nacionais que vão de encontro às normas ou diretrizes internacionais, denominando-o de “[...] controle destrutivo ou saneador” (RAMOS, 2019, p. 333). Este consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam concretizadas em conformidade com as orientações internacionais, o que o doutrinador denomina de “[...] controle construtivo de convencionalidade” (RAMOS, 2019, p. 333).

Na doutrina de Valério Mazzuoli (2018, p. 30), o controle de convencionalidade é “[...] a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”. Em relação ao Brasil, é uma obrigação convencional proveniente do sistema interamericano de direitos humanos e de seus mecanismos de proteção, em especial, a CADH de 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Isto porque, ao ratificar a referida convenção, o Brasil tem o dever de observá-la, imputando ao Estado as obrigações dos arts. 1º e 2º (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, *online*, grifo do autor):

(a) de *respeitar* os direitos e liberdades nela reconhecidos e de *garantir* o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, pelo que hão de (b) *tomar as medidas* legislativas ou de outra natureza *que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades* ali estabelecidos.

Além disso, o art. 43 obriga-o “[...] a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção” (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, *online*). Para além da norma legal, Mazzuoli (2018) evidencia que tais obrigações decorrem, também, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última do Pacto São José da Costa Rica, também considerado como a constituição do sistema regional americano de proteção de garantias aos seres humanos. Em relação à doutrina de Valério Mazzuoli, percebe-se uma aproximação à corrente que sustenta como filtro de compatibilidade do controle de convencionalidade exclusivamente a CADH, doutrina da qual se distanciará esta tese.

A evolução científica das reflexões nacionais sobre o tema o enriquece com novos conceitos. Para Denilson Gonçalves Chaves e Mônica Teresa Costa Sousa (2016, p. 90),

[...] o controle de convencionalidade é um conjunto de mecanismos que tem como objetivo a compatibilização das leis internas de um país com o conteúdo disposto nos tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificados e em vigor no seu território.

Já para Patrícia Noschang e Micheli Piucco (2020, p. 222), controle de convencio-

nalidade é o "[...] instrumento que visa compatibilizar as leis internas dos Estados com os tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados, onde os Estados comprometeram-se em observá-los".

Deste conceito mais aberto de controle de convencionalidade como instrumento de compatibilização do Direito Interno com a legislação internacional, decorrente da pluralidade de ordens jurídicas consolidada pela filosofia pós-positivista, surgem ramificações que se inclinam ao aparecimento de “subespécies” da categoria. Marcelo Figueiredo (2016, p. 87) ao conceituar o fenômeno como exercício de verificação de “[...] compatibilidade das regras locais (direito interno) às convenções internacionais”, afirma que tal atividade é exercida, primordialmente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Compete a este tribunal regional de proteção dos direitos humanos, do qual o Brasil se submete à jurisdição contenciosa desde 10 de dezembro de 1998, a verificação do cumprimento das regras e princípios compreendidos nos *standards* regionais americanos, eminentemente advindos da CADH, carta que instaura o *ius constitutionale commune* interamericano (VON BOGDANDY, 2015). Desta competência internacional surge a doutrina nacional que apenas admite o exercício do controle de convencionalidade tendo como parâmetro de validade a CADH (LOPES; SANTOS JÚNIOR, 2018).

Ocorre que “[...] o controle de convencionalidade não é exercido apenas no âmbito do sistema regional latino-americano na área dos direitos humanos” (FIGUEIREDO, 2016, p. 87). Isto porque a aplicação do instituto é usualmente exercitada pelo judiciário nacional não apenas nos países que compõem o Sistema Interamericano, mas também por nações que se submetem a outros sistemas de proteção de direitos humanos. No espaço europeu, por exemplo, o controle foi expressamente exercido – e não só reconhecido e nomeado como na decisão do Conselho Constitucional Francês supramencionada – pelo Tribunal de Justiça da União Européia, em 1964, no caso Costa vs. ENEL.

Neste julgado, decidiu-se que leis e normas comunitárias são proeminentes tanto em face da legislação interna anterior quanto da posterior, incluindo-se inclusive, as Constituições nacionais, o que *a posteriori* foi incorporado por Tratados da União Europeia e seus protocolos de adesão. Vislumbra-se que o exercício do controle de convencionalidade pelas Cortes internas e internacionais constitui verdadeiro exercício de implementação de uma cultura em prol dos direitos humanos e de seus padrões regionais, assegurando o “[...] aperfeiçoamento das instituições democráticas” (FIGUEIREDO, 2016. p. 86) bem como o efetivo gozo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais a todo ser humano no mundo civilizado. É esta cultura que deve ser disseminada, como um dos efeitos de um verdadeiro controle

de convencionalidade, que se pretende, por meio desta tese, apregoar nas relações de trabalho.

Ocorre que é indispensável ir além da realização de um controle de convencionalidade que se restrinja a interpretar nacionalmente apenas os tratados internacionais ratificados a fim de obter um *obiter dictum* mais rebuscado e, teoricamente, de acordo com o novo constitucionalismo delineado a partir das contribuições do Direito Internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno. Indicar a existência de um controle de convencionalidade obrigatório, a ser realizado pelo Poder Judiciário nacional, porém limitado aos tratados incorporados ao Direito interno e submetendo-o a uma interpretação nacional dos compromissos internacionalmente assumidos, é desviar a construção de um novo constitucionalismo que, de fato, promova melhorias na vida das pessoas. E este não é o dever ser do Direito contemporâneo.

Neste sentido, nos próximos subitens são pontuados os efeitos do reconhecimento de um novo constitucionalismo no Brasil e como este proporcionou a consolidação de uma doutrina nacional de controle jurisdicional de convencionalidade das leis. Contudo, eminentemente questionamentos se apresentam em face da interpretação nacional desses acordos internacionais, o que leva este trabalho a, no item seguinte, apresentar o considerado “verdadeiro” controle de convencionalidade realizado pelas Cortes internacionais e o que o mesmo apresenta como diretrizes para o judiciário nacional colaborar com tal contrato de cultura a favor da proteção da pessoa humana. Consequentemente, prossegue-se à análise do sistema de proteção internacional das relações de trabalho e propor, com efeito, o exercício real do controle de convencionalidade em face das garantias mínimas de labor humano.

### ***3.1.2 Teoria da dupla compatibilidade vertical material***

O processo de consolidação da filosofia pós-positivista traduz-se em um modelo de organização normativa constitucionalizado das nações. Tal processo é caracterizado, com distinção da época histórica anterior, pela crítica ao formalismo jurídico, positivamente de valores éticos e compromisso com a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorrida após um período antidemocrático de mais de duas décadas, pode ser considerada como um marco histórico para o início de uma era que Karl Klare (1998) denomina de constitucionalismo transformador.

Armin von Bogdandy (2019, p. 232) afirma que o termo significa “[...] interpretar e aplicar as normas constitucionais de modo a promover uma mudança social profunda para alcançar determinados objetivos constitucionais”. Esta definição aproxima-se do que Paulo

Bonavides (2017) designa como concretização de direitos fundamentais, a qual determina que a interpretação constitucional deve sempre ser pautada para a busca da efetividade de suas garantias. O juiz constitucional é responsável por esta proteção e, assim sendo, tem esta concretização como atividade essencial ao aplicar a norma ao caso concreto. Sem esta atividade, a nova ordem constitucional é objeto de descrença social, sentimento que enfraquece a ligação do povo em favor das garantias constitucionais (BARROSO, 1996). Isto porque a Constituição Federal de 1988 não vem sendo concretizada por políticas preocupadas em efetivar essas garantias.

É nítido que esta atividade de concretização dos pisos éticos mínimos nacionais e internacionais não é tarefa apenas a cargo dos órgãos e das atividades jurisdicionais, requerendo grandes esforços e vontade política de múltiplos atores que compõem a sociedade (VON BOGDANDY, 2015). Além disso, diante da pluralidade de ordens jurídicas já explicitada no capítulo anterior, observa-se que a construção desses patamares éticos advém de uma construção formada por "[...] normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentido" (RAMOS, 2012, p. 499).

Neste cenário, para possibilitar uma atuação jurídica em consonância com o panorama constitucional contemporâneo, como visto, é mister apreciar a validade do texto jurídico frente aos compromissos éticos assumidos com a pessoa humana ante o advento do pós-positivismo jurídico. Isso determina que o critério de apreciação de validade normativa ultrapasse as fronteiras da norma nacional constitucional, respeitando não só o texto da Constituição em vigor, mas também o teor dos tratados internacionais de direitos humanos de que sejam parte o Estado em questão. É o que Valério de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 121-122) denomina como teoria da dupla compatibilidade vertical material:

[...] é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites *formais* (ou *procedimentais*), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e *b*) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal). Para que exista a *vigência* e a concomitante *validade* das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Vale ressaltar que este duplo filtro é realizado em relação ao texto legal, que no positivismo clássico, era confundido com uma norma jurídica. Portanto, lembra-se a teoria es-

truturante do Direito apresentada por Friedrich Müller (2013). O texto legal é apenas um instrumento de entrada para o processo de concretização normativa. Tal processo leva em consideração, ainda, outras múltiplas variáveis, inclusive factuais, para fins de atingir a efetiva norma jurídica. Nesta teoria, outros critérios demandam análise na aplicação do Direito, do qual a aplicabilidade está intimamente ligada com a aceitação de fatores metajurídicos.

Neste sentido, é necessário destacar que não se deve confundir vigência, validade e eficácia do texto legal e que a dupla compatibilidade vertical material é critério de apreciação de validade deste texto (MAZZUOLI, 2009). Vigência ou existência é atributo vinculado ao cumprimento dos critérios formais de produção normativa, ou seja, se o texto jurídico respeitou precisamente o processo legislativo, este é considerado vigente (KELSEN, 2006). Os positivistas clássicos atribuem validade a toda norma vigente, exatamente por postular a primazia do texto normativo, desvinculando-o de qualquer juízo valorativo ou da consideração de fatores metajurídicos. Neste sentido, Maria Helena Diniz (2007, p. 51) doutrina em prol de afastar os conceitos de “[...] vigência, validade e eficácia do positivismo civilista, que confunde validade com vigência”.

Valério Mazzuoli (2009, p. 118), ao apresentar o filtro de dupla compatibilidade vertical material, defende que “[...] a vigência não depende de validade, mas esta depende daquela”. Para ele, “[...] a validade de certa fonte do direito é auferida pela a sua compatibilidade com o texto constitucional e com as normas internacionais” (2009, p. 119). Porém, este não é um posicionamento exclusivo do autor, visto que a doutrina brasileira clássica da propedêutica jurídica já reivindica a consideração da pluralidade de ordens na apreciação da validade do texto legal. Neste sentido, Miguel Reale (1999, p. 13) doutrina que:

[...] todas as fontes operam no quadro de validade traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como invariantes jurídico-axiológicas, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim, para ser considerado válido, o texto jurídico deve estar não só de acordo com o texto constitucional, mas também em consonância com as disposições internacionais ratificadas pelo Estado. Mazzuoli (2009, p. 119) afirma que válida “[...] é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no país)”. É na apreciação da validade da lei que incide o duplo filtro de compatibilidade vertical material, sendo verossímil afirmar que validade legal pressupõe o respeito ao princípio da hierarquia normativa (SCHNAID, 2004).

Já David Schnaid (2004, p. 62-63) define eficácia como um instrumento que con-



siste em entregar “[...] aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para isso de mecanismos e força e os tribunais vão aplicá-la”. No mesmo sentido, Mazzuoli afirma que o “[...] distanciamento da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de efetividade da norma e ao seu consequente desuso social” (2009, p. 117). Desta forma, vislumbra-se a ausência de eficácia como verdadeira lacuna ontológica, em que, apesar da vigência normativa, não há ressonância na realidade social.

Com efeito, observa-se que, no atual estágio do constitucionalismo ocidental, a validade da produção normativa interna está condicionada a um crivo duplo de compatibilidade vertical material. Não só os padrões constitucionalmente assegurados na ordem interna, mas também os padrões internacionais vigentes e ratificados pelo Estado nacional tornam-se filtro de validade do ordenamento jurídico infraconstitucional.

No Brasil, predomina, em sede de doutrina dos direitos humanos, a tese de que tal dupla compatibilidade deve ser inicialmente apreciada em relação à Constituição Federal em conjunto com os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no país, independentemente da adoção do quórum qualificado, diante da expressa cláusula de abertura, prevista no art. 5º, § 2º da CF/88 (BRASIL, 1988). O segundo filtro de compatibilidade consiste na totalidade dos demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, ainda que não disponham em seu conteúdo sobre matéria relacionada a direitos humanos. Na perspectiva jurisdicional, o controle dessa validade é realizado por meio do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, respectivamente.

Vale ressaltar que no Brasil é possível a vigência regular de lei considerada inválida frente a este duro filtro de compatibilidade vertical. Isto porque, em que pese a possibilidade de o Poder Judiciário declarar a invalidade e a consequente paralisação dos efeitos da lei, como se verá a seguir, diante de uma inconstitucionalidade ou de uma inconventionalidade, a suspensão da vigência normativa é ato de competência privativa, por exemplo, na esfera federal, do Senado Federal, nos moldes do art. 52, X da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ainda segundo a presente teoria, como expõe Mazzuoli (2009), se a lei é conflitante com a Constituição, será ela não recepcionada no caso de vigência legal de data anterior à ordem constitucional, ou será inconstitucional no caso de vigência posterior à Constituição. Por outro lado, na hipótese de o conflito da lei ser com um tratado internacional, independentemente da sua natureza jurídica, sendo ela anterior, será revogada – total (derrogada) ou parcialmente (ab-rogada) - de forma imediata. Enfim, em caso de lei posterior à vigência do tratado, é aí que se tem uma invalidade normativa objeto do que esta tese denomina de inconveni-

onalidade.

Neste sentido, defende-se a total ineficácia, ou seja, a inaplicabilidade de norma jurídica interna em matéria de labor humano que afronte qualquer instrumento internacional vigente no ordenamento interno brasileiro, mesmo antes de abordar a natureza jurídica normativa desses *standards* após a ratificação. Isto porque, em sede de um mundo cada vez mais globalizado, solidariedade, cooperação e colaboração são exigidas diuturnamente na consecução das relações humanas, o que provoca uma aproximação das necessidades sociais de padrões mínimos e de normatização em comum. Deste encargo, sobreleva-se um ônus peculiar ao Direito interno que é o de adaptar-se às disposições globais comuns como dever fundamental rumo às condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, independentemente de interesses políticos, econômicos ou sociais.

### ***3.1.3 Os efeitos da adoção da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal e seus efeitos na consolidação da doutrina de direitos humanos***

A matéria em estudo ganhou notoriedade no ano de 2008 a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n°. 87.585/TO (BRASIL, 2009c) e n°. 92.566/SP (BRASIL, 2009d) e do Recurso Extraordinário n°. 466.343/SP (BRASIL, 2009f), nos quais o Supremo Tribunal Federal reconhece um Estado de Direito global, advindo do novo constitucionalismo. O Direito se aproxima dos valores éticos e da justiça, deixando de lado o viés legalista que caracterizou o processo da construção do Estado clássico.

Em 03 de dezembro de 2008, a então composição plenária do Pretório Excelso, por nove votos a zero e com duas abstenções, avançou na construção do entendimento deste Tribunal no sentido de reconhecer a natureza jurídica acima das leis ordinárias dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Duas correntes neste sentido se formaram, sendo a primeira liderada pelo ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, que sustentava a natureza jurídica supralegal destes dispositivos. A segunda corrente, capitaneada pela divergência formada pelo ministro Celso de Mello, defendia a natureza constitucional destas garantias.

Na época, a segunda corrente prevalecia em sede da doutrina nacional sobre direitos humanos, representada pelos estudos de Antônio Augusto Cançado Trindade (1996) e de Flávia Piovesan (1997; 2021) desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O fundamento central residia na cláusula de abertura constitucional à ordem internacional, prevista no

art. 5º, § 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Hodiernamente, o entendimento ainda se sobressai, eminentemente em sede dos estudos de Direito Internacional dos direitos humanos, representado pela doutrina de Valério Oliveira Mazzuoli (2018) e de André de Carvalho Ramos (2019, p. 324, grifo do autor), segundo o qual:

[...] a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos atende melhor a interpretação em conjunto dos dispositivos constitucionais, em especial o artigo 1º, inciso III, e o artigo 5º, § 2º, além de ser mais um passo na consolidação do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*) e da afirmação dos direitos de todos, superadas as desigualdades sociais e regionais que ainda assolam o país.

Vale ressaltar que apesar de não aparecer nos debates instaurados em 2008 no Supremo, já havia doutrina que sustentava o caráter supraconstitucional dos instrumentos internacionais de direitos humanos, a qual ainda hoje recebe acatamento acadêmico. Celso Duvivier de Albuquerque Mello (2001) representa esta corrente ao afirmar que tal visão decorre da primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno, nos moldes do art. 27<sup>49</sup> da Convenção de Viena sobre Tratados. Felipe Klein Gussoli (2018) segue o entendimento na defesa da superioridade das disposições internacionais com relação à Constituição.

Doutrinar em tal sentido alerta para o importante debate em torno da “[...] ambiguidade brasileira sobre o Direito Internacional” (RAMOS, 2019, p. 314), segundo a qual os compromissos assumidos no plano internacional não encontram guarida no processo de tomada de decisões políticas no plano jurídico interno. Este é um dos fundamentos que justificam a importância deste estudo e da busca de caminhos para uma verdadeira efetivação dos padrões internamente assumidos.

Até a decisão de dezembro de 2008, prevaleceu no STF o entendimento, firmado ainda sob a égide da Constituição de 1969, segundo o qual os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro possuiriam a mesma hierarquia das leis ordinárias, o que alguns denominavam de tese da legalidade. Tal orientação foi consagrada no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 80.004, em 1977, mantendo-se até 2008, “[...] apesar dos ventos da redemocratização e do apelo da Constituição de 1988 à promoção da dignidade humana” (RAMOS, 2019, p. 313).

Lembra-se que em 1995, já após a ratificação e vigência interna da CADH, o STF decidiu que a supramencionada convenção teria natureza jurídica de mera lei ordinária e que deveria ter sua aplicação subordinada ao texto constitucional brasileiro. Em análise fática, o caso em análise era o *Habeas Corpus* de nº. 72.131/RJ (BRASIL, 2003), em que se pleiteava a

<sup>49</sup> *In verbis*: "Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46".

impossibilidade da prisão civil do paciente em virtude da disposição do art. 7º da CADH<sup>50</sup>. Por seis votos contrários à concessão da ordem a quatro a favor, prevaleceu, à época, a legalidade do Pacto São José da Costa Rica, autorizando a prisão civil do depositário por prevalência hierárquica do teor da Constituição Federal.

Essa resistência da Suprema Corte brasileira levou o movimento de direitos humanos a convencer a classe política a aprovar Emenda Constitucional para fins de consignar expressamente na Constituição Federal de 1988 a consagração constitucional dos tratados de direitos humanos, tendo em vista que a cúpula do Poder Judiciário pátrio considerava insuficiente a cláusula de abertura prevista no texto constitucional originário (art. 5, § 2º, CF/88). A edição da Emenda Constitucional nº. 45/2004 (BRASIL, 2004, não paginada) inseriu mais dois parágrafos ao mencionado artigo, dentre eles, o terceiro que menciona: "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".

Ocorre que três dificuldades aparecem para fins de caracterização da natureza constitucional aos dispositivos internacionais: 1. a condicionante ao quórum especial das emendas constitucionais; 2. a conclusão de que a expressão "que forem" expõe a existência de dois tipos de natureza aos tratados ratificados pós-emenda; e 3. a ausência de menção aos tratados anteriormente ratificados (RAMOS, 2019). Em 2006, Antônio Augusto Cançado Trindade, então juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em voto proferido no caso *Damião Ximenes vs. Brasil*, fez severas críticas ao dispositivo enxertado no texto constitucional, afirmando que este arquitetou um "[...] imbróglio tão ao gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano", denominando-o de "aberração jurídica"<sup>51</sup>.

Como dito, diante deste cenário a discussão teve sua pauta retomada em dezembro de 2008, mediante o julgamento do *Habeas Corpus* nº. 87.585/TO (BRASIL, 2009c) e nº. 92.566/SP (BRASIL, 2009d) e do Recurso Extraordinário nº. 466.34/SP (BRASIL, 2009f). Novamente em pauta a hierarquia normativa da CADH para fins de apreciação da validade da prisão civil por dívidas do depositário infiel. Todos os nove ministros, então, afirmaram a superação da tese da legalidade. No entanto, das duas teses sobreditas prevaleceu a da natureza jurídica supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da vigên-

<sup>50</sup> Artigo 7º, item 7 da CADH: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

<sup>51</sup> Voto proferido no caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, em sentença publicada em 4 de julho de 2006, citação proferida nos parágrafos 30 e 31 do voto em separado.

cia da Emenda Constitucional nº. 45/2004.

Segundo lembra Antônio Moreira Maués (2013), o julgado tornou-se verdadeiro *leading case* apto a reger decisões futuras sobre a aplicação de *standards* internacionais, revelando uma necessária atenção em prol do desenvolvimento de um diálogo pleno e intenso com organismos internacionais, eminentemente, nas visões de André de Carvalho Ramos (2009) e de Virgílio Afonso da Silva (2010) com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Outros afirmam o nascedouro de um exercício jurisdicional vital consistente no controle de convencionalidade, tais como Thiago Yukio Guenka Campos e Luiz Magno Pinto Basto Júnior (2011) e Valério de Oliveira Mazzuoli (2018).

Nesta pesquisa, sustenta-se a necessidade de observação a ambos os exercícios anteriores, resultando em um efetivo controle de convencionalidade dos padrões internacionais pelo Poder Judiciário interno, fundado no diálogo das Cortes e, eminentemente, na guarda da interpretação internacionalista dos instrumentos ratificados, sob pena de infração ao mister essencial da internacionalização das garantias de direitos humanos do trabalho.

Nesta via, utiliza-se como referencial teórico a doutrina de Antônio Moreira Maués (2013) sobre os efeitos da adoção da teoria da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, apesar da garantia de independência funcional dos órgãos do Poder Judiciário interno, o que para alguns representaria a impossibilidade de obrigá-los a seguir o posicionamento dos órgãos de cúpula da jurisdição interna e internacional (RAMOS, 2012), defende-se que estes, por razões de disciplina e em prol da adesão dos postulados do Estado Democrático (art. 1º da CF/88) bem como da regência das relações internacionais (art. 4º da CF/88), têm como missão garantir a aplicação da interpretação daqueles que detém a guarda desses valores fundamentais.

Em síntese, a adoção da tese da supralegalidade pelo Pretório Excelso fundou-se em três fundamentos principais. O primeiro é a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, “[...] consubstanciada na possibilidade de controle de constitucionalidade, inclusive dos diplomas internacionais” (MAUÉS, 2013, p. 219). Isto possibilitaria, inclusive, o reconhecimento de uma hierarquia interna no bloco de constitucionalidade, na qual, em nome dos princípios internacionais de interpretação dos direitos humanos, preservaria direitos consagrados na Constituição em face de eventual restrição prevista em tratados internacionais.

Em segundo lugar, o atual posicionamento do STF é explícito no sentido de interpretar a inclusão do § 3º ao art. 5º da CF/88 como reconhecimento à impossibilidade de considerar os tratados ratificados pelo Brasil antes da edição da EC n. 45/2004 como normas cons-

titucionais formais. Ou seja, a corte considera inviável a adesão dessas cláusulas ao denominado bloco de constitucionalidade<sup>52</sup>.

Por fim, o fundamento mais relevante para esta reflexão é a adoção da posição da Corte em virtude do “[...] risco de uma ampliação inadequada da expressão ‘direitos humanos’” (MAUÉS, 2013, p. 2019). Para a maioria da composição do Tribunal, que naquela época adotou a tese da suprallegalidade, entender a natureza jurídica desses tratados em sentido formal e materialmente constitucional, “[...] permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna” (MAUÉS, 2013, p. 2019). Ocorre que, qual será a função da consolidação de padrões mínimos globais de direitos se não for a de implementar garantias mínimas e independentes dos regimes políticos constitucionais no globo terrestre?

Em que pese a adoção da via da suprallegalidade pelo STF representar efeitos, de fato, semelhantes a eventual opção pela tese da constitucionalidade no sentido de paralisar a eficácia jurídica das normas infraconstitucionais conflitantes com os tratados internacionais de direitos humanos, o afastamento da natureza constitucional nega a condição de parâmetro de controle de constitucionalidade a essas garantias internacionais, deixando-as órfãs de tutela pela jurisdição constitucional na ordem interna (CRUZ VILLALÓN, 1987). Nesse sentido, a doutrina aponta como um dos efeitos da adoção da tese da suprallegalidade a interpretação, não só das normas infraconstitucionais, mas também das disposições constitucionais em conformidade com os tratados assim entendidos, o que pode esvaziar a força normativa, inclusive de texto constitucional que não esteja em consonância com a garantia internacional ratificada.

Maués (2013, p.219) exemplifica com o próprio exemplo da prisão civil do depositário infiel, afirmando que “[...] tendo em vista que o legislador não pode regulamentar o instituto da prisão civil sem desrespeitar a CADH, que é hierarquicamente superior às leis, essa regulamentação tornou-se juridicamente impossível”. Isto implica não na retirada da vigência do dispositivo constitucional que possibilita a prisão civil do depositário infiel. É tanto que ela continua lá, expressamente, prevista no art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

O que determina a posição da Suprema Corte é a “[...] retirada de competência do legislador ordinário” (MAUÉS, 2013, p. 220) pela restrição do alcance da exceção constitui-

<sup>52</sup> Ana Maria D'Ávila Lopes e Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab (2016, p. 83) definem bloco de constitucionalidade como "o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional". Destacam que a expressão surgiu no direito francês, em decisão proferida pelo Conselho Constitucional, em 16 de julho de 1971, por meio da qual se consignou a existência de um conjunto de princípios e regras dotadas de nível constitucional, não só composto pelo texto constitucional de 1958, mas também pelo preâmbulo da Constituição de 1946, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais previstos nas leis da República. *in*: LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 12-94, 2016.

onal prevista a partir da vigência da CADH no Brasil, retirando do legislador infraconstitucional o poder de regulamentação do instituto da prisão civil do depositário infiel.

No entanto, à luz do entendimento do STF, este não detém a guarda da CADH. A supralegalidade deste instrumento apenas consagra um padrão que limita a atuação do legislador ordinário, ou seja, de uma só esfera de poder estatal, o que leva à reiteração do questionamento anterior. Então, qual seria a função da evolução dos estados constitucionais em prol de um constitucionalismo global ou regional cooperativo se não a de fixar, fiscalizar e efetivar padrões mínimos de respeito e de ação do ser humano? Eivá-los, na ordem estatal interna, de um guardião dessas garantias não seria relegá-los ao sentimento de frustração que já assola as ordens constitucionais despreocupadas com a construção de políticas em prol da sua efetivação, tal como exposto acima, entende Luís Roberto Barroso (1996) sobre a nossa Constituição doméstica?

Eis a janela de abertura para o desenho de um exercício de controle jurisdicional de convencionalidade como missão de garantia da essência contramajoritária dos direitos humanos. Afinal, em regra, “[...] as maiorias em geral são bem-sucedidas no processo político e auferem a proteção pretendida” (RAMOS, 2019, p. 182). No entanto, as minorias, que não são necessariamente numericamente inferiores, como grupos não hegemônicos que suportam severos desafios para fazer valer seus direitos mínimos, urgem em prol desta atuação efetiva em prol da promoção de equidade, tolerância e emancipação social, o que é imprescindível na consolidação de condições mínimas de trabalho.

### **3.2 O “verdadeiro” controle de convencionalidade desenvolvido perante a jurisprudência das Cortes Internacionais**

Conforme a narrativa anteriormente apresentada, constata-se que a adoção da tese da supralegalidade pela Corte Constitucional brasileira não reflete apenas a necessidade de examinar a compatibilidade das leis infraconstitucionais com os tratados internacionais de direitos humanos, dos quais deriva o fundamento para um imperioso controle jurisdicional de convencionalidade das leis, mas também determina uma hermenêutica constitucional em conformidade com esses padrões ratificados.

Ocorre que o nível hierárquico desses tratados não é o único fator determinante para demonstrar os efeitos dos tratados internacionais que fixam mínimos existenciais do ser humano no Direito interno. Isto porque, ainda que não se reconheça a natureza constitucional de tais garantias, tal como no caso brasileiro, é peculiar observar um padrão hermenêutico que

inclina a interpretação constitucional em harmonia com esses tratados internacionais (MAUÉS, 2013).

Ao estudarem o impacto da recepção da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) por 18 (dezoito) países europeus, Helen Keller e Alec Stone Sweet (2008) concluíram que em todos os estados analisados, a adoção do tratado impactou na construção sistema constitucional nacional. Em suma, destacam reflexos comuns, tais como o desenvolvimento de um sistema monista em relação à CEDH em países de tradição dualista, a alteração do papel do Poder Judiciário na clássica visão de separação de poderes, e o exercício do controle de constitucionalidade das leis pelos magistrados com base nos *standards* da CEDH.

Nota-se que a incorporação da CEDH ao Direito interno, pelos estados europeus, vincula não só o Judiciário, mas também todos os órgãos pertencentes às estruturas públicas de poder, as quais passaram a aplicar diretamente a Convenção, tal como o fazem com as normas provenientes do Direito interno. Destaca-se, ainda no estudo, a primordialidade de reconhecer uma natureza jurídica ao referido tratado ao menos supralegal, a fim de proteger os padrões ali fixados das leis infraconstitucionais posteriores (KELLER; STONE SWEET, 2008).

Evidencia-se a notoriedade da efetivação de uma interpretação constitucional em conformidade com a CEDH, eminentemente nos países que não reconhecem o nível constitucional imediato aos tratados de direitos humanos. O estudo apresenta as experiências neste sentido, tais como a da Espanha e a da Alemanha, a seguir apresentadas.

Na Espanha, a Constituição de 1978 (ESPANHA, 1978), no art. 63.2<sup>53</sup>, é expressa no sentido de que os tratados internacionais são a ela subordinados, competindo ao Tribunal Constitucional Espanhol o exercício do controle prévio e sucessivo de constitucionalidade (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2004). Ao mesmo tempo que, no Título III - Das Cortes Gerais, em seu Capítulo Terceiro – Dos Tratados Internacionais, o art. 96.1<sup>54</sup> fixa que os tratados incorporados ao Direito interno somente poderão ser modificados de acordo com suas próprias normas ou com as normas gerais de direito internacional, protegendo-os de modificação ou revogação pela legislação ordinária.

Outra disposição constitucional espanhola de suma relevância para o Direito Internacional dos direitos humanos é a expressa no art. 10.2<sup>55</sup>, sobre a qual a jurisprudência consti-

<sup>53</sup> Artigo 63 2. Ao rei corresponde manifestar o consentimento do Estado para obrigar-se internacionalmente por meio de tratados, de acordo com a Constituição e as leis. (tradução livre).

<sup>54</sup> Artigo 96.1 Os tratados internacionais validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente na Espanha, farão parte da ordem jurídica interna. As suas disposições só poderão ser derrogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais do Direito Internacional. (tradução livre).

<sup>55</sup> Artigo 10.2 As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece interpretar-se-ão de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos interna-



tucional fixou entendimento vinculando os poderes públicos a interpretar os direitos constitucionais de acordo com os direitos humanos. Desta forma, em que pese os tratados de direitos humanos não possuírem natureza constitucional e, por isso, não servirem de “[...] cânone autônomo da validade daquelas normas” (MAUÉS, 2013, p. 223), estes instrumentos se tornam parâmetro interpretativo da própria Constituição. Neste sentido, é a doutrina local de Argelia Queralt Jiménez (2008) e de Alejandro Saiz Arnaiz (2011).

Na Alemanha, país de tradição dualista, é exigido um ato especial do Parlamento para que os tratados de direitos humanos sejam incorporados como lei federal ordinária, o que significa que tais instrumentos não são protegidos de lei posterior, a qual, situada na mesma hierarquia dos tratados, pode implicar na revogação dos seus dispositivos pela aplicação da regra *lex posterior derogat priori*<sup>56</sup>(ABDELGAWAD; WEBER, 2008; MÜLLER; RICHTER, 2008).

Ocorre que o Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão vislumbrou o imbróglio decorrente da possibilidade da ocorrência acima prescrita, ou seja, da revogação de tratados internacionais por leis ordinárias federais posteriores. A partir de 1987, tal tribunal fixou sua jurisprudência no sentido de interpretar a Constituição com base no conteúdo e no desenvolvimento da ordem internacional ratificada pelo Estado Alemão. Este entendimento não se esgota na interpretação constitucional nacional em respeito aos tratados internacionais, mas abrange também a diretriz de ser respeitada a jurisprudência advinda do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) como norte interpretativo na fixação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais e do princípio do Estado de Direito (ABDELGAWAD; WEBER, 2008).

O Tribunal Constitucional Federal alemão foi mais incisivo neste último entendimento a partir de 2004, com a decisão do caso Görgülü<sup>57</sup> pela Corte Europeia de Direitos Hu-

---

cionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha (tradução livre).

<sup>56</sup> A lei posterior derroga a anterior.

<sup>57</sup> Trata-se de um *leading cases* primordial para compreender a relação entre as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e as Cortes nacionais, inclusive as Constitucionais, e entre a CEDH e o direito interno. Kazim Görgülü ingressou com uma ação judicial na Alemanha, perante a corte local de Wittenberg, solicitando o reconhecimento da paternidade e a guarda de uma criança que foi levada à adoção por opção da mãe, enquanto era registrada apenas por ela. A paternidade foi reconhecida por exame de DNA e permitidos encontros entre o pai biológico, os pais adotivos, o curador judicial e a criança. Mais adiante, a Corte de Wittenberg concedeu a guarda do menor para o seu genitor biológico alegando conformidade com o art. 1672 do Código Civil Alemão. Os pais adotivos recorreram para o Tribunal de Naumburg, espécie de segundo grau de jurisdição alemão, o qual suspendeu os efeitos da sentença de primeiro grau até o julgamento do apelo. Em decisão de cognição exauriente o Tribunal de Naumburg revogou o direito de visitas e denegou o pedido de guarda do pai biológico por, supostamente, não atender o melhor interesse da criança; pelas melhores condições financeiras do casal adotante; e pelo longo período de duração da adoção indicar um perigo de causar prejuízos à criança. Kazim Görgülü recorreu para a Corte Constitucional Alemã, mas não teve seu recurso conhecido. Após o esgotamento dos recursos internos, Görgülü apresentou petição ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A Corte de Estrasburgo reconheceu violação parcial ao art. 8o da Convenção Europeia de Direitos Humanos (violação do direito de guarda pelo genitor biológico e ao direito de visita) e condenou a Alemanha a pagar uma indenização no valor de 15 (quinze) mil euros à época, além das custas e das despesas processuais. in: VASCONCELOS, Eneas Romero de. A preponderância dos direitos humanos, da família e do melhor interesse da criança e do adolescente nos direitos humanos internacionais: o caso Görgülü e sua importância para o sistema europeu de direitos humanos e reflexos para o sistema interamericano. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 27-48, ago. 2020.

manos, também conhecida como Tribunal de Estrasburgo. Desde então, a Corte Constitucional passou a exigir dos tribunais nacionais o dever de cumprir os julgamentos do TEDH e levar em consideração a CEDH ao interpretarem a Constituição. Para Frank Hoffmeister (2006), Félix Muller e Tobias Richter (2008), a inobservância deste dever autoriza uma reclamação constitucional ao próprio Tribunal Constitucional Federal alemão por violação de direitos fundamentais. Porém, tal entendimento não implica em alteração da supremacia da constituição em face dos tratados internacionais, os quais não podem contrariar os princípios constitucionais fundamentais.

Já na América latina, os arranjos constitucionais também são variados em relação à natureza jurídica dos tratados internacionais incorporados ao Direito interno, sendo encontradas todas as hipóteses de nível hierárquico: supraconstitucional, constitucional, supralegal e legal. Allan R. Brewer-Carías (2006) destaca que as constituições latino-americanas consignam cláusulas sobre a incorporação de padrões internacionais de direitos da pessoa humana, deferindo a eles aplicabilidade direta e fixando critérios de interpretação constitucional em consonância com tais garantias.

Antônio Moreira Maués (2013, p. 225-226) exemplifica este cenário citando o art. 93<sup>58</sup> da Constituição da Colômbia de 1991, que constrói uma noção própria de bloco de constitucionalidade com dois sentidos:

[...] no primeiro (*stricto sensu*), o bloco é formado pelos princípios e normas de valor constitucional, isto é, o texto da Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos cuja limitação esteja proibida mesmo durante estados de exceção; no segundo (*lato sensu*), o bloco é formado por todas aquelas normas, de diferente hierarquia, que servem como parâmetro para controlar a constitucionalidade das leis, isto é, os demais tratados de direitos humanos, as leis orgânicas e algumas leis estatutárias. Apesar dessa distinção, o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal considera que todos os tratados internacionais de direitos humanos servem para interpretar os direitos constitucionais, o que inclui a incorporação da jurisprudência de tribunais internacionais, cabendo-lhe harmonizar os direitos reconhecidos na Constituição e nos tratados.

Nota-se que o status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem constitucional não é elemento imprescindível para determinar a interpretação da Constituição em conformidade com as garantias previstas nesses instrumentos. O que impacta significativamente na construção e efetivação dos pisos internacionais mínimos é a reflexão sobre a função hermenêutica desses *standards* no ordenamento jurídico interno e o respeito à interpretação internacional desses postulados em conformidade com as Cortes internacionais,

<sup>58</sup> Artigo 93: Os tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e que proíbem a sua limitação nos estados de exceção, prevalecem na ordem interna. Os direitos e deveres consagrados nesta Carta, serão interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia (COLÔMBIA, 1991, tradução livre).

as quais exercem o real, o efetivo ou também denominado controle de convencionalidade originário ou de matriz internacional dos TIDH.

Para André de Carvalho Ramos (2019, p. 333) há duas subcategorias do controle de convencionalidade. A primeira é o controle de matriz internacional, também chamado de controle de convencionalidade autêntico ou definitivo, segundo tal controle "[...] é atribuído a órgãos internacionais, compostos por julgadores independentes, criados por normas internacionais para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados" (RAMOS, 2019, p. 333). No Direito Internacional dos direitos humanos, tal controle é exercido pelos tribunais internacionais de direitos humanos no sistema regional (Corte Europeia, Interamericana e Africana) e pelos comitês onusianos no sistema global.

A segunda subcategoria do controle de convencionalidade é o de matriz nacional, também nomeado como provisório ou preliminar, consistindo no "[...] exame de compatibilidade do ordenamento interno às normas internacionais feito pelos Tribunais internos" (RAMOS, 2019, p. 333). Este controle foi reconhecido a partir da supramencionada decisão do Conselho Constitucional Francês sobre a interrupção voluntária da gestação, em interpretação ao art. 55 da Constituição Francesa (FRANÇA, 1958), quando este órgão decidiu que não lhe cabia a análise da compatibilidade do dispositivo frente ao tratado internacional, missão que deveria ser efetivada "[...] pelos juízos ordinários, sob o controle da Corte de Cessação e do Conselho de Estado" (RAMOS, 2019, p. 334).

André de Carvalho Ramos (2019, p. 334), em síntese, apresenta os fundamentos pelos quais não se deve reduzir o instituto do controle de convencionalidade a sua matriz nacional:

[...] o chamado controle de convencionalidade de matriz nacional é, na realidade, um controle nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade, a depender do estatuto dado aos tratados incorporados. O autêntico controle de convencionalidade de tratado internacional é aquele realizado no plano internacional. O controle dito nacional nem sempre resulta em preservação dos comandos interpretados das normas paramétricas contidas nos tratados. Isso desvaloriza a própria ideia de primazia dos tratados, implícita na afirmação da existência de um controle de convencionalidade. O uso da expressão "controle de convencionalidade", aliás, na França, em 1975, para se referir ao controle doméstico de supralegalidade dos tratados, explica-se pela fraqueza do controle de convencionalidade internacional na época. Por exemplo, o sistema europeu de direitos humanos não havia atingido a grandeza de hoje: era a época da Comissão Europeia de Direitos Humanos sem acesso direto das vítimas à Corte Europeia de Direitos Humanos. Os casos julgados até 1998 na Corte Europeia de Direitos Humanos atingiam poucas centenas, desde o primeiro em 1960 (Caso *Lawless*). Após as sucessivas alterações da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e, em especial, com a extinção da Comissão Europeia e com o acesso direto da vítima à Corte Europeia (Protocolo n. 11), essa realidade foi alterada substancialmente. Somente em 2009, existiam cerca de cem mil casos aguardando julgamento, números que rivalizam com os dos tribunais nacionais. Cabe o lembrete que,

mesmo se o juiz nacional realizar o controle de convencionalidade dito nacional, este não vincula o juiz internacional. Assim, é óbvio que nem sempre os resultados do controle de convencionalidade internacional coincidirão com os do controle nacional. Por exemplo, um Tribunal interno pode afirmar que determinada norma legal brasileira é compatível com um tratado de direitos humanos; em seguida, um órgão internacional de direitos humanos, ao analisar a mesma situação, pode chegar à conclusão que a referida lei viola o tratado.

Não só os tribunais internacionais, mas também os denominados *treaty bodies*<sup>59</sup> e os outros mecanismos de monitoramento de garantias internacionais de direitos humanos são considerados os intérpretes autênticos ou autores do controle de convencionalidade de matriz internacional. Exemplo brasileiro de divergência interpretativa entre as matrizes do controle de convencionalidade recai sobre a Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79) (BRASIL, 1979) e a CADH (Pacto de São José da Costa Rica). Em decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153, acórdão de relatoria do Ministro Eros Grau, datada de 29 de abril de 2010, o STF decidiu, por maioria, pela recepção da Lei de Anistia através da atual Constituição Federal, tendo em vista o caráter amplo e geral desse instituto. Entendeu a Corte Suprema que a Lei nº. 6.683/1979 é considerada um pacto que possibilitou a restauração da democracia brasileira (BRASIL, 1979).

Em processo internacional de apreciação da conduta do Estado brasileiro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, atuando como intérprete originário do Pacto de São José da Costa Rica, reconheceu, meses depois da decisão do STF acima mencionada, a responsabilidade internacional do Brasil por violação de garantias da CADH, tais como os direitos à vida, à integridade e liberdade pessoais, às garantias e proteções judiciais e à liberdade de pensamento e de expressão. Em que pese esta decisão não convergir com o posicionamento do Pretório Excelso brasileiro, tal ação é possível frente ao fato de que é do órgão internacional função de realizar o controle de convencionalidade autêntico, o qual pode ou não coincidir com a posição nacional.

O STF defende que, nesses casos de incongruência entre as subcategorias de controle de convencionalidade, é imprescindível a declaração de nulidade da decisão nacional, tendo em vista que, como decorrência implícita do próprio ato brasileiro de adesão à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana, ato esse respaldado explicitamente no artigo 7º

<sup>59</sup> Em tradução livre: "órgãos de tratado". Também conhecidos como órgãos ou mecanismos de supervisão internacional, os órgãos de tratado são grupos internacionais de especialistas independentes que atuam com a função de monitorar a implementação de tratados internacionais de direitos humanos. Ao ratificar um tratado, o Estado parte obriga-se a assegurar as medidas para efetivação das garantias previstas pelo pacto, as quais serão monitoradas pelos comitês de especialistas independentes. Em sede de sistema global ou onusiano, atualmente, os denominados "*the big ones*" ou "*the big nines*", corpo normativo internacional composto de nove tratados internacionais de direitos humanos e um protocolo opcional, estabelece dez órgãos de tratado, compostos por especialistas de direitos humanos, nomeados e eleitos pelos Estados partes para mandatos renováveis de quatro anos. *in*: United Nations Human Rights. **Human rights treaty bodies**: what are the human rights treaty bodies?. What are the human rights treaty bodies?. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>. Acesso em: 30 out. 2021.

do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADTC) da Constituição brasileira (BRASIL, 1988), ao ser implementada internamente, a sentença internacional deve suspender a eficácia do comando judicial interno por se tratar de controle de convencionalidade verdadeiro, autêntico ou definitivo, oriundo do comando internacional (RAMOS, 2019).

Em voto concordante, Roberto Caldas, juiz *ad hoc* indicado pelo Estado brasileiro para apreciação do caso na Corte IDH, advertiu que enquanto incumbe aos tribunais superiores constitucionais nacionais o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito doméstico, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando se trate de debate sobre direitos humanos. Em suas palavras, isto "[...] é o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como fez o Brasil"<sup>60</sup> (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 3).

O controle de convencionalidade de matriz nacional é importante, porém deve sempre obedecer à interpretação internacionalista do estandarte em sua apreciação pelo controle de matriz internacional. Um tratado apenas é efetivamente cumprido, tal como somente é realizado o propósito da busca de um constitucionalismo cooperativo, quando garantida pelos tribunais nacionais a interpretação dada aos seus dispositivos pelos tribunais internacionais, pelos órgãos de tratados ou por qualquer outro mecanismo de interpretação originária dessas garantias supranacionais.

Tal afirmação leva à fixação da hipótese deste trabalho de que somente uma interação ativa entre os órgãos internacionais, que realizam a interpretação originária dos padrões mínimos de proteção humana e os órgãos domésticos, que funcionam como reforço no monitoramento de pisos mínimos, propiciará o efetivo gozo dessas garantias pelos seus titulares.

Estudar o desenvolvimento deste controle originário é primordial para identificar suas características e traçar os caminhos em prol de um efetivo controle de convencionalidade das leis trabalhistas brasileiras. Afinal, é a partir da identificação dos postulados do sobredito controle que se proporá a orientação hermenêutica capaz de efetivar os pisos mínimos do labor humano. É sobre este recorte que se circunscreve o presente item desta seção.

---

<sup>60</sup> Voto concordante do juiz *ad hoc* Roberto Caldas no Caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil, julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 24 de novembro de 2010. Lembra-se que a nomeação de juiz *ad hoc*, nos processos internacionais de apreciação da responsabilidade internacional dos Estados, no sistema interamericano de direitos humanos, decorre da previsão do artigo 10 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos que permite, sempre que a composição da Corte na apreciação de um caso não contar com juiz de nacionalidade do Estado réu, a nomeação de um juiz *ad hoc* de nacionalidade do Estado processado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

### 3.2.1 Pressuposto do controle de convencionalidade: responsabilidade internacional dos Estados por violação de direito humano

A obrigação de responder por suas ações próprias ou de outrem em conformidade com as diretrizes legais é característica peculiar aos sistemas jurídicos no Estado de Direito. Com a revisitação do conceito de Estado e o desenvolvimento de um sistema internacional de regras de conduta, surge a responsabilidade internacional.

Jean Combacau e Serge Sur (1995, p. 673, grifo nosso) afirmam que a responsabilidade em Direito Internacional "[...] *consiste dans la mise à la charge d'un sujet d'une obligation de réparer les conséquences d'un dommage*"<sup>61</sup>. André de Carvalho Ramos (2005, p. 54) sustenta que o fundamento desta responsabilidade se centra no princípio da igualdade entre os Estados, como a seguir:

A responsabilidade é característica essencial de um sistema jurídico, como pretende ser o sistema internacional de regras de conduta, tendo seu fundamento de Direito Internacional no princípio da igualdade soberana entre os Estados. Com efeito, todos os Estados reivindicam o cumprimento dos acordos e tratados que os beneficiam e, por consequência, não podem recusar-se a cumprir os acordos e tratados, uma vez que todos eles são iguais. Sendo assim, um Estado não pode reivindicar para si uma condição jurídica que não reconhece a outro.

No entanto, este entendimento não é novo. No início do Século XX, M. G. Cohn (1939, p. 270, grifo nosso) já sustentava a teoria da responsabilidade internacional dos Estados ao afirmar que "[...] *un Etat ne peut pas avoir le droit d'accomplir envers d'autres un acte qu'il ne veut pas tolérer de leur part. Ce fait implique un élément purement logique, qui peut être très utile pour la constatation de la responsabilité internationale*"<sup>62</sup>.

Em sede de jurisprudência internacional, a responsabilidade dos Estados como princípio geral de Direito Internacional passou a ser reconhecida a partir de dois consagrados precedentes. Na decisão do caso *S.S. Wimbledon*<sup>63</sup>, datada do ano de 1923, a então existente

<sup>61</sup> Em tradução livre: "[...] consiste em responsabilizar o sujeito pela obrigação de reparar as consequências do dano". In: COMBACAU, Jean; SUR, Serge. **Droit international public**. 2.ed. Paris: Montchrestein, 1995.

<sup>62</sup> Em tradução livre: "um Estado não pode ter o direito de praticar, em relação a outros, atos que não deseja tolerar de sua parte. Este fato implica um elemento puramente lógico, que pode ser muito útil para o reconhecimento da responsabilidade internacional.". Citação retirada de: COHN, M. G. **La théorie de la responsabilité internationale (Volume 68)**. [S.l.]: Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internationale de la Haye, 1939. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrdc\\_A9789028610521\\_03](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028610521_03). Acesso em: 1 out. 2021.

<sup>63</sup> O navio inglês de nome *Wimbledon* foi fretado por uma companhia francesa e, em 21 de março de 1921, carregado de armas e munição, para levá-los a uma base militar na Polônia, foi recusada sua permissão de passagem pelo Canal de Kiel, na Alemanha. A alegação do Estado era a de que este se encontrava em posição de neutralidade em relação à guerra russo-polonesa. Neste impasse, o embaixador da França, em Berlim, requereu à Alemanha a permissão de passagem de *Wimbledon* pelo Canal de Kiel, sob fundamento da autorização prevista no art. 380 do Tratado de Versalhes que dizia: "O canal de Kiel e seus acessos se manterão sempre livres e abertos em condições de perfeita igualdade, para as embarcações de guerra e comércio de todas

Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)<sup>64</sup> afirmou que do descumprimento de uma obrigação internacional nasce o dever de reparação do Estado. A Corte determinou, ainda, após a análise dos fatos que deram origem ao caso, que o Estado deve proceder à reparação integral dos prejuízos causados pelo ato ilegal, eliminando todas as consequências deste e, sempre que possível, restabelecer a situação anterior caso o ato lícito não tivesse ocorrido.

Outro ponto de destaque da decisão é o endosso do caráter voluntário em detrimento de uma concepção soberanista da assunção de compromissos internacionais pelos Estados. Em dissertação sobre a Corte Permanente de Justiça Internacional, Guilherme del Negro Freitas (2015, p. 47-48) explicita uma releitura da soberania estatal a partir da adesão às obrigações internacionais:

[...] quando um Estado se compromete em fazer algo, ainda que se trate de atividade que se insere em suas prerrogativas soberanas, ele não está abrindo mão de sua soberania, mas somente exercendo sua soberania de entrar em acordos internacionais. Assim, nada obsta que os próprios Estados possam, por vontade própria, limitar suas prerrogativas soberanas. Poucos podem criticar a opção da Corte em dar prevalência ao conceito de vontade em detrimento de uma leitura constritora da soberania – uma leitura estritamente soberanista poderia parecer contrária ao contexto de então, em que se tentava consolidar a cooperação internacional por meio de um sistema de tratados. Afirmar que acordos poderiam deixar de ser cumpridos diante de prerrogativas dos próprios Estados poderia implodir a importância do direito internacional e a relevância do tribunal recém-constituído. Assim, a solução da Corte é construir a soberania como um feixe de direitos, os quais são titularizados pelos Estados na esfera internacional, e que deles não se desligam, mas que podem deixar de ser aplicados pela própria vontade de seus detentores.

Lembra-se que se trata de uma decisão proferida no início do século XX, na qual um organismo internacional protagoniza a defesa da consolidação de um sistema jurídico coe-

---

as nações que se encontrem em paz com a Alemanha". Em resposta, o governo alemão alegou proibição nacional interna para vetar a passagem de carga de munição e artilharia, afirmando que o Tratado não poderia prevalecer diante da legislação interna. O caso foi o primeiro dos 38 processos julgados pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) em sua competência contenciosa. Segundo a decisão da Corte, em que pese o reconhecimento da soberania da Alemanha para fins de decidir pela neutralidade na guerra russo-polonesa, este Estado deveria cumprir fielmente o Tratado de Versalhes e, assim, autorizar a passagem do navio pelo Canal de Kiel. Este é um clássico precedente não só no sentido de que as leis internas não podem prevalecer frente aos tratados internacionais, mas também na circunstância de que as normas nacionais tratam-se de mera circunstância fática nos casos em que se apreciam a responsabilidade internacional dos Estados. in: FREITAS, Guilherme del Negro Barroso. **Construindo mundos paralelos: a Corte Permanente de Justiça Internacional e a subjetividade internacional**. 2015. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

<sup>64</sup> Também conhecida como Tribunal Permanente de Justiça Internacional ou Tribunal Mundial, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) foi criada em 1921, após a Primeira Guerra Mundial, e extinta, em 1946, após a Segunda Guerra. Fruto da Liga das Nações, organização internacional criada pelo Tratado de Versalhes, a CPJI tinha por objetivo, tal como outras organizações advindas do respectivo tratado - a exemplo da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - restabelecer a paz mundial. No final do ano de 1943, ainda no curso da Segunda Guerra Mundial, União Soviética, Reino Unido e Estados Unidos, superpotências envolvidas no conflito, iniciaram as deliberações de um acordo de paz na Conferência de Teerã, na qual há indícios de desejo dessas superpotências em extinguir o referido organismo internacional, o que, de fato ocorreu na Conferência de Yalta, em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas.

rente e com autoridade para regular as relações entre os Estados ao redor do mundo, destacando, assim, o que Jan Kabbers (2010) denomina como dimensão política do debate sobre personalidade internacional. Voltando ao objeto em estudo, a responsabilidade internacional do Estado pode ser definida a partir desta análise evolutiva da doutrina e jurisprudência internacionais. Analisando tal instituto a partir desta perspectiva, André de Carvalho Ramos (2005, p. 54) define-a como:

[...] uma reação jurídica, qualificada como sendo instituição, princípio geral de direito, obrigação jurídica ou mesmo situação jurídica pela doutrina e jurisprudência, pela qual o Direito Internacional justamente reage às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente por meio da reparação de danos causados.

A evolução dos Estados de Direito e da afirmação histórica dos direitos humanos no processo de constitucionalização dos povos consolida, gradualmente, um processo de desenvolvimento da proteção internacional destas garantias, superando as limitações do início do século passado. Nesse sentido, Cançado Trindade (1991, p.3) afirma que "[...] a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota [...] na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável competência nacional exclusiva".

Em meados do século XX, a partir da Carta de São Francisco (1945) e da DUDH (1948), a celebração de inúmeros instrumentos normativos internacionais supera a fase das manifestações incipientes ou esparsas, iniciando o processo denominado como consolidação internacional da proteção dos direitos de todos os indivíduos, sem distinção. Tal etapa se caracteriza pela consubstanciação, no Direito Internacional contemporâneo, de um catálogo de direitos fundamentais do ser humano, de mecanismos de supervisão e de monitoramento deste rol de garantias, além de uma atividade hermenêutica internacional centrada na máxima efetividade na proteção humana, a qual deve ser baliza para os processos de efetivação interna dos direitos humanos.

Nesse cenário, então, incumbe ao Estado respeitar e garantir a efetivação deste rol de *standards* elencados nas normas internacionais (RAMOS, 2005). Na visão de Norberto Bobbio (2004, p. 17), tal fato afasta o debate, no presente momento, da discussão sobre a natureza ou sobre o fundamento desses direitos, "[...] se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos". O problema afasta-se dos argumentos filosóficos, aproximando-se da natureza jurídica e, em um sentido mais amplo, também da pauta política. A pergunta de Bobbio (2004, p. 17) sobre esse catálogo de direitos diz respeito a "[...] qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados"?



Mais à frente, na próxima seção, discute-se objetivamente o problema de como dar densidade e efetividade normativas aos padrões internacionais do trabalho, ainda que estes não sejam pauta política do governo em andamento ou até mesmo sejam alvo de desregulamentação em prol de cânones liberais. Eis a importância da reflexão sobre o tema e da formação dos presentes e futuros intérpretes da norma jurídica nacional, a qual progressivamente enseja uma hermenêutica adaptável à realidade da pluralidade de ordens jurídicas.

Em 1993, na Conferência de Viena de Direitos Humanos, foi assinada uma Declaração e um Programa de Ação no intuito de implementar as garantias previstas em tratados e convenções internacionais como um dever do Estado. No § 13<sup>65</sup> da Declaração de Viena e em capítulo especial<sup>66</sup> do Programa de Ação, vislumbra-se a urgência de uma necessária ação em prol da realização efetiva das normas internacionais de proteção à pessoa, missão sempre lembrada quando visualizada uma violação, mas recorrentemente esquecida devido à extensão do processo de implementação prática.

Vale ressaltar que tal incumbência não se esgota na verificação e caracterização da responsabilidade internacional dos Estados. Este instituto é apenas uma ação de Direito Internacional para combater as violações das nações em detrimento daquele catálogo de garantias que as unem por serem formadas de seres da mesma espécie. Neste momento, entender esta responsabilidade estatal é apenas um primeiro passo no processo de efetivação cultural de proteção da pessoa.

Para fins de uma implementação prática, a responsabilização estatal não se esgota na declaração do ilícito, mas clama pela reparação do dano, não só da vítima, mas principalmente da conduta social vigente nacionalmente que, no cotidiano, possibilita a ocorrência da infração ao mínimo protetivo. Ademais, cabe aqui analisar como se dá este processo de responsabilização estatal pela infração das normas internacionais do trabalho para fins de sugerir um processo de efetivação real dessas garantias.

### *3.2.1.1 Classificação e limites da responsabilidade internacional*

Antes de adentrar na apuração e nos efeitos da responsabilidade internacional dos Estados pelo descumprimento de padrões normativos globais de labor humanos, é imprescindível abordar os elementos que configuram a existência desta obrigação de reparo da lesão por

<sup>65</sup> Dispõe que: "Estados e organizações internacionais, em regime de cooperação com as organizações não-governamentais, devem criar condições favoráveis nos níveis nacional, regional e internacional para garantir o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos. Os Estados devem eliminar todas as violações de direitos humanos e suas causas, bem como os obstáculos à realização desses direitos".

<sup>66</sup> Ver Capítulo "Métodos de implementação e de controle" do Programa de Ação de Viena.

parte dos países que assumem o compromisso de caminhar em busca de um modelo humanista<sup>67</sup> nas relações entre nações e entre estas e o seu povo.

Vale ressaltar que só há que se falar em efetivação da proteção internacional de direitos humanos a partir da caracterização da responsabilidade internacional estatal, visto que tal responsabilização é elemento primordial para consolidar a afirmação da juridicidade das normas internacionais de proteção humana. Segundo André de Carvalho Ramos (2005, p. 55), "[...] a negação dessa responsabilidade implica na negação do caráter jurídico da norma internacional".

Para caracterizar a responsabilidade internacional, três elementos são essenciais: a existência de um fato internacionalmente ilícito, o resultado lesivo e o nexos causal entre o fato e a lesão. Em se tratando de *standards* internacionais em prol da pessoa humana, o primeiro elemento acima caracteriza-se pelo "[...] descumprimento de deveres básicos de garantia e de respeito aos direitos fundamentais inseridos nas dezenas de convenções internacionais ratificadas pelos Estados" (RAMOS, 2005, p. 55). Por sua vez, o resultado lesivo "[...] é toda gama de prejuízos materiais e morais causados à vítima e familiares" e o nexos causal consiste no "[...] vínculo entre a conduta do agente e o Estado responsável" (RAMOS, 2005, p. 55).

Malcolm Shaw (1995) argumenta que a responsabilidade internacional estatal decorre de atos de pessoas, portanto, sendo sempre necessário analisar quais ações ou omissões cometidas ou não realizadas são capazes de caracterizar a responsabilização estatal. Trata-se de verificar a possibilidade de imputação de um dever ao Estado em virtude da ação ou omissão de uma pessoa regida pelo ordenamento jurídico estatal, do qual, em virtude da já conceituada pluralidade de ordens, faz parte a norma internacional. Apesar de, em regra o nexos cau-

---

<sup>67</sup> Movimento Humanista, Movimento Siloísta, Humanismo Universalista ou Novo Humanismo caracteriza-se como uma corrente filosófica, surgida no final da década de 1960, fundamentado em um tripé característico da consolidação de uma teoria do estado contemporânea: o ser humano como valor central das comunidades, a não violência e a não discriminação. Os efeitos deste novo direcionamento de postura do Estado recaem diretamente sobre as práticas políticas e jurídicas, indicando a adoção de um processo decisório fundamentado na natureza deontológica estatal. A partir da consolidação e acumulação das múltiplas dimensões de garantias ao ser humano (direitos civis, políticos, econômicos, culturais, ambientais, da paz e da democracia), revisita-se o conceito, a função, a estrutura e o papel do Estado na sociedade contemporânea. Neste sentido, Gisela Maria Bester e Eliseu Raphael Venturi (2013, p. 121-122) condensam que a "cosmovisão humanista torna o Estado um aparato destinado à efetividade e a concreção dos direitos de idêntico perfil, sendo pensada a sua estrutura vetorizada ante tal finalidade. Com isso, as ações no corpo institucional se direcionam e classificam-se pela medida do compromisso com estes direitos, definindo as orientações dos seus agentes. Assim, a apontada ressignificação dos conteúdos da Teoria Geral do Estado contribui para que a racionalidade hermenêutica direcionada ao implemento prático do normativismo humanístico revista-se de significados jurídicos mais densos, que demandam o labor interpretativo casuístico e comprometido com as posturas éticas e protetivas de todas as pessoas em sociedade". Informações disponíveis em: BESTER, Gisela Maria; VENTURI, E. R.. Breves notas por uma ressignificação da Teoria Geral do Direito a partir dos direitos humanos e do humanismo jurídico: hermenêutica e racionalidade no Estado Humanista. In: MEZZAROBBA, Orides; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SÉLLOS-KNOERR Viviane Coêlho de. (org.). Teoria do Estado e da Constituição. 1.ed. Curitiba: Clássica, 2013.

sal não ser natural, ele é caracterizado a partir de uma operação jurídica na qual, em face da inexistência de uma atividade própria da figura do Estado em si, a ação ou omissão de seus agentes ou do seu povo é capaz de caracterizar uma violação internacional.

Em sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1997, no caso *Genie Lacayo*<sup>68</sup>, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade (1997, grifo nosso) advertiu que em "[...] *cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes [...] o agentea del Estado, independentemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional*".<sup>69</sup> Neste sentido, é possível caracterizar responsabilidade internacional estatal mesmo de atos com aparência de validade inquestionável, tais como norma constitucional e até mesmo decisão judicial após trânsito em julgado (RAMOS, 2005).

Assim, são atos ou omissões que acarretam a responsabilidade internacional do Estado: conduta do Poder Executivo, inclusive dos atos *ultra vires* e da sua omissão em face de ato de particulares, como também conduta do Poder Legislativo ao não observar os compromissos internacionais bem como conduta do Poder Judiciário, especialmente nos casos de impunidade na violação de padrões internacionais. Em relação ao Poder Executivo, não são só os atos ou omissões do administrador público que podem acarretar a responsabilização internacional do Estado, mas também a postura de omissão dos órgãos públicos em face da realização de atos por particulares. Esta é uma omissão consistente no descumprimento de um dos dois deveres estatais inerentes à responsabilidade internacional advinda de atos de particulares: o dever de prevenção e o dever de punição. Ao assumir um compromisso internacional com a fixação de *standards* de tutela ao ser humano, o Estado assume o dever de diligência, consistente em realizar ações razoáveis de prevenção e punição das situações de violação dessas garantias. Neste sentido, já decidiu a CIDH, em sentença do caso *Godinez Cruz*<sup>70</sup>, que a

<sup>68</sup> O caso se refere à execução extrajudicial de um adolescente de 16 anos de idade, Jean Paul Genie Lacayo, por efetivos militares do Estado da Nicarágua sem haver qualquer espécie de punição dos responsáveis nos cinco anos que se seguiram à morte do jovem nicaraguense. Em sentença publicada em 29 de janeiro de 1997, foi reconhecida a responsabilidade internacional estatal, bem como delineado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos parâmetros sobre a garantia do prazo razoável e sobre o conceito de "análise global do procedimento", relativamente a certas condutas de autoridades que obstaculizaram e não colaboraram de forma adequada com as investigações.

<sup>69</sup> Em tradução livre: "Qualquer ato ou omissão do Estado, por qualquer dos seus Poderes - Executivo, Legislativo ou Judiciário - ou de qualquer agente do Estado, independentemente de sua hierarquia, em violação a um tratado de direitos humanos, gera responsabilidade internacional".

<sup>70</sup> O caso se refere ao desaparecimento forçado de Saúl Godínez Cruz, no Estado de Honduras, em julho de 1982, enquanto se dirigia ao seu trabalho como professor. A vítima era um ativo dirigente do grêmio e havia participado em várias greves iniciadas naquela época. A Corte IDH aplicou os parâmetros desenvolvidos no caso *Velásquez Rodríguez* sobre os elementos e características do desaparecimento forçado, tomando em consideração o contexto histórico vigente ao momento dos fatos e estabeleceu parâmetros sobre os deveres estatais de prevenir e punir como obrigações de meios.

responsabilidade internacional do Estado não advém diretamente quando o fato é imediatamente atribuído a um particular, apenas se caracteriza quando há ausência do dever de diligência na prevenção da violação.

Em relação à responsabilidade internacional brasileira pela negligência do Poder Executivo em relação aos deveres de prevenção e punição das ações de particulares em face das normas internacionais ratificadas em prol de padrões mínimos à pessoa humana no sistema regional americano, é interessante analisar o Caso José Pereira<sup>71</sup>. O caso foi levado à Comissão Americana de Direitos Humanos, na qual o Brasil ratificou a proposta de solução amistosa em outubro de 2003. No acordo, o Estado brasileiro reconheceu a sua responsabilidade internacional pela violação de direitos reconhecidos em tratados de direitos humanos dos quais é parte, bem como assumiu o compromisso de combate ao trabalho escravo e a concessão de indenização à vítima do ilícito internacional.

Na ocasião, a Lei nº. 10.706/2003 foi decretada pelo Senado Federal e sancionada pelo Presidente da República, autorizando a União a conceder indenização, à época, no valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) à vítima José Pereira Ferreira "[...] por haver sido submetido à condição análoga à de escravo e haver sofrido lesões corporais, na fazenda Espírito Santo, localizada no sul do Estado do Pará, em setembro de 1989" (BRASIL, 2003).

Interessante é a previsão do art. 3º da referida lei, que afirma expressamente que a União "[...] será ressarcida dos gastos resultantes da autorização contida no art. 1º desta Lei, utilizando-se, se necessário, das ações ou procedimentos administrativos ou judiciais cabíveis, assegurada ampla defesa" (BRASIL, 2003). É a autorização legal de um direito de regresso da União no valor da reparação material, em face dos eventuais autores da lesão que suscitou a responsabilidade internacional. No entanto, há de se questionar se é possível prever um ressarcimento pelo particular causador do dano, por condenação ou a título de reparação, que seja inerente não ao dano em si, mas à inobservância dos deveres de vigilância e de punição por parte do Estado, a qual caracteriza o ilícito internacional.

Fica claro que a responsabilidade internacional do Estado se dissocia da responsabilidade civil dos particulares causadores do dano, uma vez que aquela decorre dos deveres internacionais de prevenção e punição e essa advém da violação direta ao bem jurídico protegido por lei. Enquanto o particular é obrigado a reparar o dano causado à vítima, advindo da sua ação ou omissão na esfera da responsabilidade civil, o Estado, na esfera internacional, deve

---

<sup>71</sup> Trata-se de caso de cidadão brasileiro ferido, em 1989, por disparos de seus supervisores de trabalho na Fazenda Espírito Santo, no Estado do Pará, quando tentava fugir das condições precárias de trabalho análogo à escravidão. José Pereira tinha apenas 17 anos de idade, foi gravemente ferido e sobreviveu com lesões permanentes no olho e nas mãos direitos.

indenizar o ofendido pela sua ação ineficaz ou propriamente por sua omissão no agir jurídico, político, administrativo e cultural que possibilitou o particular violar garantia que a nação se propôs a vigiar.

Nesse sentido, defende-se que a previsão do ressarcimento da União dos prejuízos financeiros causados pela sua ineficiência na execução de políticas públicas voltadas à salvaguarda dos direitos humanos é medida incabível. Em primeiro lugar, não se considera *bis in idem* na sanção da reparação do dano, uma vez que as responsabilidades do Estado e do particular advêm de deveres jurídicos distintos, ainda que ambos possam advir de compromissos internacionalmente assumidos e internamente válidos. Em segundo momento, adotar tal medida retira a funcionalidade pedagógica da indenização à vítima em face do reconhecimento da responsabilidade estatal.

Lembra-se que o efeito pedagógico da indenização, apesar de independente do sancionatório e do compensatório, com estes complementa as finalidades jurídicas sociais do instituto da reparação na responsabilidade civil. A doutrina civilista brasileira muito bem descreve a finalidade pedagógica da indenização como uma espécie de "[...] pena privada em benefício da vítima" (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 103). Neste sentido, destaca Fernando Noronha (2003, p. 441) sobre o caráter pedagógico:

Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos).

Assim sendo, admitir a possibilidade de ressarcimento do Estado, por parte dos particulares causadores dos danos que infringiram padrões internacionais de direitos humanos, distancia o reconhecimento da responsabilidade internacional da sua função pedagógica, maculando o intuito de prevenção geral e especial de outros ilícitos internacionais. Isto porque reitera-se que o dever de reparação advém da inobservância do Estado da diligência devida aos ditames de proteção do ser humano assumidos em compromissos internacionais.

Ao falar em responsabilidade internacional do Estado por conduta do Poder Legislativo, nota-se a retomada da teoria da dupla compatibilidade vertical material discutida alhures, pois, como caractere dos Estados Democráticos contemporâneos, as leis aprovadas pelo Parlamento devem observância não só à Constituição, mas também aos dispositivos internacionais de proteção aos direitos humanos. Não é admissível falar em validade de norma jurídica interna que, em que pese considerada em conformidade com a estrutura jurídica estatal, impo-

nha restrições inaceitáveis ou que desconsiderem padrões mínimos internacionalmente consolidados<sup>72</sup>.

Desde o fim do século passado há uma doutrina brasileira sustentando o imprescindível exame das leis internas em face da normatividade internacional (CANÇADO TRINDADE, 1996). Neste sentido, a CIDH decidiu de forma precedente no caso *Suárez Rosero vs. Equador*<sup>73</sup>, ao reputar que o art. 114º do Código Penal deste Estado, ao prever a privação dos acusados de tráfico ilegal de entorpecentes da garantia processual da razoável duração do processo, violou o art. 2º da CADH, mesmo sem haver aplicação do dispositivo da legislação penal interna em um caso concreto propriamente dito. Isto revela a necessidade de compatibilização, também em abstrato, do ordenamento nacional aos dispositivos da CADH, sendo o Estado responsável pelos atos legislativos, ainda quando não adota medida concreta de aplicação da norma ao caso, bastando a possibilidade de aplicação da lei (RAMOS, 2005).

Surge ilícito internacional também quando o Estado é omissivo na criação de norma jurídica que disponha sobre a efetivação de compromissos internacionalmente assumidos em relação aos padrões de tratamento ao ser humano, pois é dever estatal a concretização de tais garantias em prol da progressão da proteção do indivíduo. Assim, não se exige a concretização do dano à vítima, por particular, para a concretização do ilícito internacional por parte do Estado parte. Cançado Trindade (1998, p. 200) considera este caso como "*cause célèbre*"<sup>74</sup> do sistema interamericano por concretizar o dever de prevenção, previsto nos arts. 1º e 2º da CADH.

É necessário enfatizar que até mesmo as normas constitucionais estão sujeitas ao controle de compatibilidade com as disposições de direitos humanos internacionalmente assumidas pelo Estado. Isto fica claro não só na posição da Corte do Sistema Americano, a exemplo da decisão do caso *Olmedo Bustos vs. Chile*<sup>75</sup>; mas também nos outros sistemas de pro-

<sup>72</sup> Nesse sentido, já se posicionou, expressamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 do Parecer nº. 13/1994.

<sup>73</sup> O caso se refere a detenção ilegal e arbitrária de Rafael Suárez Rosero, em junho de 1992, efetuada por agentes da Polícia Nacional do Equador no âmbito da operação policial *Ciclón*, cujo objetivo era dispersar uma das maiores organizações de narcotráfico internacional. A vítima foi detida sem uma ordem emitida por autoridade competente, e sem que existisse uma situação de flagrante delito. Após vários dias incomunicável, o juiz ordenou a sua prisão preventiva. A Corte IDH, além da decisão comentada acima, também estabeleceu parâmetros sobre prisão preventiva como medida cautelar não punitiva e sobre o caráter excepcional da medida de incomunicabilidade, tendo ainda determinado a amplitude do recurso de *habeas corpus*.

<sup>74</sup> Em tradução livre: "causa célebre".

<sup>75</sup> O caso dispôs sobre a censura judicial imposta à exibição cinematográfica do filme "A Última Tentação de Cristo", fundada no entendimento de que a mesma resultava ofensiva para a figura de Cristo, afetando os católicos e demais pessoas que o consideram seu modelo de vida. A Constituição Política do Chile estabelecia um sistema de censura à exibição e à publicidade de produções cinematográficas. A CIDH determinou o conteúdo do direito à liberdade de expressão, reconhecendo duas dimensões: uma dimensão individual, que compreende o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e divulgá-lo ao maior número de pessoas possível, sendo a expressão e divulgação do pensamento e da informação indivisíveis; e

teção ao ser humano, tal como na decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda*<sup>76</sup>.

Casos como estes demonstram o tratamento das instâncias internacionais a respeito das leis internas, inclusive a Constituição nacional, "como meros fatos" (RAMOS, 2005, p. 56) ao analisar eventual violação dos *standards* internacionalmente assumidos pelo Estado. Atuando em sua função consultiva, a Corte IDH emitiu o Parecer nº. 13/1994 sobre suas atribuições no sentido de que, "[...] no âmbito internacional, o que interessa determinar é se uma lei viola as obrigações internacionais assumidas por um Estado em virtude de um tratado". Por fim, para este estudo é imperioso refletir sobre a responsabilidade internacional pela conduta do Poder Judiciário. Nas instâncias internacionais, esta obrigação caracteriza-se especialmente nos casos de impunidade dos indivíduos violadores das garantias globais assumidas pelo Estado.

Tal como o ordenamento jurídico, no processo internacional de proteção dos direitos humanos, o ato judicial é juridicamente analisado como sendo um fato, como qualquer outro apresentado nos autos (VERDROSS, 1957), e não como um impedimento legal para a caracterização da responsabilidade estatal. A conduta do Poder Judiciário pode gerar um ilícito internacional das garantias de direitos humanos em duas circunstâncias. A primeira é quando a decisão judicial é considerada tardia ou inexistente. A segunda é quando a decisão judicial é tida, no seu mérito, como o próprio ato de violação do direito protegido. Nas palavras de Cançado Trindade (1996, p. 216):

[...] é possível que os órgãos de supervisão venham a ocupar-se, no exame dos casos concretos, e.g., de erros de fato ou de direito cometidos pelos tribunais internos, na medida em que tais erros pareçam ter resultado em violação de um dos direitos assegurados pelos tratados de direitos humanos.

Na primeira hipótese, o ilícito internacional estatal decorre da ação ou omissão do Poder Judiciário impedir a garantia processual de uma prestação jurisdicional útil e efetiva. É

---

uma dimensão social, que compreende a liberdade de expressão como um meio de partilha de ideias e informação entre as pessoas, e que inclui o direito de todos a conhecer opiniões, relatos e notícias. Ambas dimensões possuem igual importância e devem ser garantidas em simultâneo, de forma a tornar efetivos o direito à liberdade de pensamento e à liberdade de expressão.

<sup>76</sup> O caso, julgado em 1992 pela Corte Europeia, analisou a alegação de infração da garantia de liberdade de expressão, prevista no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (COE, 1950) pela República Irlanda, por conta de proibição, imposta pela Suprema Corte deste Estado, às empresas *Open Door* e *Dublin Well Woman Center* no fornecimento de informações a mulheres grávidas sobre a possibilidade de abortar em outros países. A decisão do Pretório Excelso foi fundamentada no art. 40.3.3º da Constituição Irlandesa, o qual prevê o direito ao nascituro ao nascimento. Ressalta-se que a possibilidade de regulação da interrupção da gravidez na Irlanda se deu somente em 2018, com a Emenda nº. 36 da Constituição irlandesa. O Tribunal Europeu julgou procedente a ação, concluindo haver violação do artigo 10 da Convenção pelo art. 40.3.3o da Constituição da Irlanda.

o que se denomina de *déni de justice*<sup>77</sup> ou denegação de justiça. Esses casos não só decorrem da inexistência de decisão judicial ou da recusa de acesso ao sistema de justiça nacional, mas também da deficiência da resposta do Judiciário. Rememora-se ao caso *Genie Lacayo vs. Nicarágua*<sup>78</sup>, no qual a Corte Interamericana decidiu que a impunidade ou a morosidade judicial viola a CADH, considerada a Constituição do bloco regional americano.

Na segunda hipótese de conduta violadora de direitos humanos pelo Poder Judiciário, destaca-se a injustiça da decisão proferida pelo Estado por ser considerada violadora de compromisso internacional. Eis a abertura de hipótese primordial nesta pesquisa: a independência e relativa primazia da valoração internacional na interpretação sobre a violação de direitos humanos, da valoração interna dos Estados.

Na apreciação internacional da violação não se sustenta o respeito ou a vinculação à coisa julgada em Direito interno como subterfúgio à responsabilização do Estado. Na defesa do Estado violador, é comum tal alegação fundada no caráter imutável da decisão judicial após o trânsito em julgado e, portanto, impassível de alteração por nova apreciação do caso. Neste sentido, sustenta André de Carvalho Ramos (2005, p. 57):

[...] para o Direito Internacional, há a constatação da responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos, em virtude de qualquer fato a ele imputável, quer judicial ou não, devendo o Estado implementar a reparação porventura acordada. Assim, o órgão internacional que constata a responsabilidade internacional do Estado não possui o caráter de um tribunal de apelação ou cassação, contra o qual possa ser oposta a exceção da coisa julgada. Logo, quando analisa a responsabilidade internacional do Estado não fica sujeito às limitações de um tribunal nacional (que deve respeitar a coisa julgada local), mas somente àquelas impostas pelo Direito Internacional.

Isso decorre da hipótese já sustentada por Ramos (2019, p. 182-183) de que "[...] as instâncias internacionais não reformam a decisão interna, mas sim condenam o Estado infrator a reparar o dano causado". Apenas se fala em possível alegação da exceção de coisa julgada quando a violação já tiver sido analisada por outro organismo internacional. Exemplifica-se apresentando o caso *Cesti Hurtado vs. Peru*<sup>79</sup>, no qual a CIDH afastou a preliminar de coisa julgada, reiterando a não identidade de causa e, portanto, impassível de declaração de *res judicata*.

<sup>77</sup> Em tradução livre: erro judiciário.

<sup>78</sup> Vide nota de rodapé nº. 19.

<sup>79</sup> O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado peruano pela prisão de Gustavo Cesti Hurtado e à falta de diligência no processo seguido na jurisdição militar contra ele. Neste julgado, a CorteIDH afastou a exceção de coisa julgada, apresentada pelo Peru, sob o argumento de que a pena privativa de liberdade imposta à Cesti Hurtado revestia-se da garantia de imutabilidade, tendo em vista o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pleito de arquivamento do caso, interposto pelo Estado peruano, foi refutado pela CIDH, a qual reconheceu que, na esfera de proteção internacional dos direitos humanos, não há identidade de causa a fim de admitir a alegação de coisa julgada.



Por fim, o Estado também pode ser responsabilizado pela omissão de punir, denominada de denegação da justiça, a qual gera responsabilidade internacional. Essa ausência de punição do particular violador da cláusula de proteção internacional da pessoa humana é hipótese de configuração, também, de um dano moral à vítima e aos seus familiares.

No atual Estado Democrático de Direito, a vítima de um crime tem a garantia fundamental à proteção judicial, não podendo a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, nos moldes apregoados no art. 5º, XXXV da CF/88. Flávia Piovesan (2001, p. A3) doutrina no sentido de que "[...] ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário conjuga-se o dever de investigar, processar e punir aqueles que cometeram delitos", podendo o Estado ser responsabilizado pela omissão em punir o agressor, o que caracteriza a denegação de justiça e o nascimento da responsabilidade internacional do Estado.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já consolidou a sua jurisprudência no sentido da ausência de investigação e deliberação das autoridades estatais implicar na configuração de um dano moral à vítima e aos seus familiares, decorrente do sentimento de frustração e impotência, tal como se vê no caso *Nicholas Blake vs. Guatemala*<sup>80</sup>.

Vislumbra-se que a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos é pauta desenvolvida suficientemente perante a doutrina e a jurisprudência internacional, demandando do agente público a prudência necessária no efetivo cumprimento dos compromissos internacionalmente assumidos. Em sede do Estado brasileiro, o instituto em análise passa a constar da agenda nacional, em especial após o reconhecimento da jurisdição regional e internacional obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos moldes previstos no art. 1º do Decreto nº. 4.463/2002, segundo o qual:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (BRASIL, 2002, *online*).

Ocorre que a responsabilidade internacional não se esgota nos mecanismos regio-

---

<sup>80</sup> Trata-se de caso que apurou o desaparecimento forçado do jornalista americano Nicholas Chapman Blake na Guatemala. Ao apresentar o caso à Corte Interamericana, em agosto de 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pediu a condenação do Estado da Guatemala na obrigação de reparar integralmente os familiares da vítima por graves danos materiais e morais sofridos como consequência de múltiplas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, e os elevados custos pela família despendidos a fim de determinar o paradeiro da vítima e a identificação dos responsáveis pelo seu desaparecimento e posterior dissimulação. Requereu ainda a condenação do governo a pagar as custas "[...] deste processo, incluindo os honorários dos profissionais que têm servido como representantes da vítima". Ambos os pleitos foram julgados procedentes pela Corte em sentença datada de janeiro de 1999.

nais de proteção ao ser humano, podendo também, ser perfeitamente caracterizada em sede de sistema global, bem como por organismos internacionais fiscalizadores sem natureza própria de Corte ou Tribunal. É neste cenário que aparecem as garantias internacionais do trabalho como padrões mínimos a serem objeto do dever de diligência, investigação e punição pelo Estado, sob pena de configuração da responsabilidade internacional deste. Como isso ocorre e é aplicado, sob o espectro da Organização Internacional do Trabalho, e como pode toda essa jurisprudência regional ser aplicada de forma análoga, na perspectiva global de proteção ao labor, é o que se discorrerá na hipótese a ser investigada na seção seguinte.

### ***3.2.2 Os processos internacionais de direitos humanos e a busca pelo universalismo concreto***

Diante do exposto, verifica-se que a tese do controle de convencionalidade consolidou-se internacionalmente, de forma eminente, em sede da atuação dos organismos regionais de proteção à pessoa humana. Este fato enseja a tomada de decisão desta seção analisar inicialmente estes referidos sistemas e, apenas após esta análise, é apresentado o sistema universal. A preocupação em justificar a presente decisão decorre da constatação de que, em regra, a doutrina pátria adota metodologia análoga na apresentação dos eixos de proteção internacional de direitos humanos, iniciando pela reflexão ao analisar o controle de convencionalidade sob a perspectiva dos sistemas regionais de proteção ao ser humano para, a seguir, ingressar na análise do referido controle no sistema universal, global ou onusiano.

Nos tópicos anteriores, ao discorrer sobre a evolução internacional e nacional do instituto do controle de convencionalidade, vislumbra-se que a tese proposta enseja inicialmente a análise do tema perante as Cortes regionais para, apenas a seguir, falar sobre a proposta de desenvolvimento da teoria no sistema global, mais propriamente perante órgãos de trabalhos, especificamente os comitês da OIT.

Busca-se compreender como se reconhece a responsabilidade internacional dos Estados pelas violações dos *standards* internacionais relacionados ao labor humano, premissa indispensável para responder a hipótese da seção seguinte, consistente na possibilidade de aplicar o instituto do controle de convencionalidade como mecanismo de efetivar garantias mínimas de trabalho ao redor do mundo globalizado.

### **3.3 Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: lições em busca de uma unidade interpretativa de standards**

Em busca da efetivação do constitucionalismo cooperativo, que dentre outros postulados tutela uma consolidação de diretrizes globais comuns de proteção ao homem, consolidou-se uma "[...] arquitetura protetiva internacional, que compreende instituições, procedimentos e mecanismos vocacionados à salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos afetos à dignidade humana" (PIOVESAN, 2019, p. 269). Cada qual do seu modo, tais sistemas regionais são apresentados como "[...] extraordinárias experiências no campo de justicialização dos direitos humanos" (PIOVESAN, 2019, p. 270), eminentemente a partir da criação e da organização de suas Cortes ou Tribunais.

O instituto do controle de convencionalidade considerado originário, autêntico, verdadeiro, definitivo, também conhecido como controle de convencionalidade de matriz internacional, tal como apresentado em tópico precedente, desenvolve-se com primazia nos sistemas regionais de direitos humanos, tendo em vista o desenvolvimento de Cortes internacionais em sua organização. O desafio desta pesquisa é replicar essa eficiência também na efetivação de padrões globais, inclusive das agências destituídas de sistemas jurisdicionais internacionais.

Neste sentido, há mecanismos dos sistemas regionais que podem ser utilizados, analogicamente, em sede de sistema global a fim de alcançar uma efetiva integração entre os controles de convencionalidade de matriz internacional e nacional. Tal possibilidade é factível ainda quando o controle originário não seja fruto da ação de um tribunal de direitos humanos, mas sim de um órgão de tratado ou de outro mecanismo de monitoramento não judicial, tal como ocorre no sistema internacional global que será introduzido a seguir a partir da reflexão sobre os sistemas regionais em atividade.

#### ***3.3.1 O sistema europeu de direitos humanos***

O sistema regional europeu é considerado pelas doutrinas internacionalistas estrangeira e brasileira como o mais consolidado e maduro mecanismo de fixação de pisos mínimos de direitos humanos. Este sistema nasceu do processo de integração da comunidade europeia, eminentemente, em resposta ao nefasto tratamento da pessoa após as duas grandes guerras mundiais. Valores como respeito a um tratamento mínimo do ser humano, fixação de padrões para um diálogo comunitário democrático e fortalecimento de ações regionais em prol

de um Estado de Direito, na região da Europa, fomentaram a criação de um sistema comunitário de efetiva cooperação entre Estados, com o objetivo de consolidar um bloco regional forte e capaz de censurar seus entes que violem alguma dessas garantias.

A Convenção Europeia de 1951 estabeleceu uma série de direitos civis e políticos, os quais seriam monitorados por dois mecanismos de fiscalização: uma comissão e uma Corte. Ou seja, prevê a justicialização do sistema regional, a qual atinge seu ponto máximo com o advento do Protocolo nº. 11 de 1998, que autoriza o acesso direto à Corte por qualquer indivíduo, grupo de indivíduos ou organização não governamental. Analisando o sistema europeu, Flávia Piovesan (2019, p. 270-273) apresenta quatro conclusões sobre esta consolidada organização de proteção humana em sede de proteção regional:

A primeira conclusão é que a sólida e consistente integração de Estados europeus, e, sobretudo, o fato de compartilharem dos mesmos valores atinentes aos direitos humanos, democracia e Estado de Direito, apresentando no âmbito doméstico elevado grau de proteção a esses princípios e valores, é fator fundamental para entender o fortalecimento do sistema, sua credibilidade e sua justicialização. [...] É em nome e em prol da afirmação de uma identidade composta em torno desses valores e princípios que o sistema europeu teve o seu desenvolvimento, expansão e consolidação. No sistema europeu há o interesse político dos Estados pelo funcionamento do sistema, na afirmação dos valores democráticos e de direitos humanos, que inspiram a própria identidade europeia. A segunda conclusão aponta ao legado do sistema, que tem se caracterizado, especialmente, por responder a um padrão de conflituosidade concernente a direitos civis e políticos, sob a inspiração do paradigma liberal individualista. No marco desse legado os mais diversos temas e pautas têm sido suscitados, o que envolve um rico repertório jurisprudencial, com paradigmáticas decisões sobre o direito à privacidade; o direito à liberdade de expressão; o direito à vida; o direito à igualdade e à não discriminação. A terceira conclusão atém-se a quem acessa o sistema. Dos sistemas regionais, o europeu é o mais democratizado, na medida em que é o único a permitir o acesso direto de indivíduos, grupo de indivíduos e ONGs à Corte Europeia de Direitos Humanos. [...] Verifica-se que muitas das decisões paradigmáticas do sistema europeu decorreram de casos submetidos por indivíduos singularmente considerados, diversamente, como se observará, do sistema regional interamericano, no qual o funcionamento do sistema tem na vitalidade da sociedade civil e no ativo protagonismo das ONGs sua fonte inspiradora maior. Esse fator é capaz também de refletir o grau de capilaridade do sistema europeu, que conta com o maior conhecimento da população em geral quanto à sua existência e importância. A quarta conclusão relaciona-se ao impacto das decisões da Corte Europeia, que se tem mostrado extraordinário na região, seja em virtude da credibilidade da própria Corte, seja pela consistente e sólida rede de cooperação entre os Estados na afirmação dos direitos humanos, seja pelo grau de respeito aos direitos humanos no plano interno dos Estados. Isto é, o elevado impacto do sistema e o alto grau de cumprimento de suas decisões é capaz de revelar como a pavimentação dos direitos humanos no plano interno pode refletir no plano internacional. Daí a interação e o diálogo dos planos internacional e interno visando à proteção dos direitos humanos, tema que ainda está a envolver as formas de incorporação, hierarquia e impacto dos tratados de direitos humanos no âmbito interno. Acrescente-se ainda a capacidade sancionatória do sistema, seja no plano político — por meio das pressões políticas exercidas por um órgão também de natureza política, que é o Comitê de Ministros —, seja ainda no plano jurídico, com a possibilidade de que o Estado violador seja expulso ou suspenso do Conselho da Europa.

Vislumbra-se que o protagonismo do sistema europeu é fundado, sobretudo, na

efetivação de uma cultura de integração e cooperação entre os povos, o que consolida o verdadeiro constitucionalismo cooperativo. Destaca-se a formação de uma identidade regional que aproxima esses povos em prol de valores de direitos humanos, democracia e Estado de Direito. Essa afirmação traz consigo um chamado quando se fala de constitucionalismo cooperativo e fixação de padrões mínimos: é preciso alcançar uma identidade de valores para efetivação de garantias. Por outro lado, o sistema europeu não está imune a desafios, como destaca, em sequência às conclusões acima apresentadas, Flávia Piovesan (2019, p. 273-274):

Quanto aos desafios do sistema europeu, concentram-se em quatro fatores: a) a capacidade da Corte Europeia de manter sua elevada credibilidade na resposta adequada ao volume de casos que lhe são submetidos, em decorrência da abertura de sua jurisdição; b) a inserção dos países do Leste Europeu no sistema, com suas tradições e acúmulos específicos, que, de um lado, traduzem o apego a uma ótica mais coletivista e afeta aos direitos sociais e, por outro, traduzem regimes democráticos e Estados de Direito em fase de consolidação (o que poderá significar riscos para a implementação e o cumprimento das decisões da Corte no âmbito interno, uma vez que os próprios sistemas domésticos não apresentam sólida tradição de respeito aos direitos humanos) direitos econômicos, sociais e culturais; c) o fortalecimento da justicialidade dos direitos econômicos, sociais e culturais; e d) o diálogo entre o sistema regional europeu e sua Corte e a União Europeia e sua Corte (o chamado diálogo entre Strasbourg e Luxemburgo), na medida em que a União Europeia tem cada vez mais transcendido de uma ótica exclusivamente voltada à integração econômica para uma ótica voltada à integração política, com destaque às cláusulas democráticas e de direitos humanos.

Os desafios "b", "c" e "d" citados pela autora ensejam reflexões por reportar fatos que são replicados ao falar em proteção de padrões internacionais na esfera do trabalho humano. Nota-se que o trabalho é um nítido direito social humano e fundamental, inclusive assim consignado expressamente pelo constituinte originário brasileiro, eminentemente pela inteligência de uma interpretação constitucional sistemática, fundada no artigo 1º, inciso III e nos artigos 6º, 7º, 170º e 193º da Constituição da República. Nesta reconstrução democrática, trazida pela nova ordem constitucional, nota-se uma aproximação brasileira à realidade dos países do leste europeu, sobretudo no que diz respeito aos valores coletivos e às garantias de segunda dimensão, tal como os direitos sociais.

Ademais, em que pese pertencer a um sistema regional de proteção próprio, a sociedade brasileira ainda enfrenta inúmeras dificuldades na consolidação dessas garantias que lhe são valiosas não só por ineficiência do administrador público, mas também por baixa adesão dos particulares na construção de um sentimento de responsabilidade individual na construção de um Estado democrático e de bem estar social.

Em virtude dessa esparsa concretude dos valores constitucionais, a busca contínua por respostas do Poder Judiciário é a marca dos países em desenvolvimento, não só na

perspectiva econômica mas também na elevação das capacidades dos povos, tal como explicado pela teoria das capacidades como processo de desenvolvimento social por Amartya Sen (2010). Essa cultura revela uma das justificativas para a tendência de sobrecarregar o Poder Judiciário na resolução dos conflitos sociais, mais precisamente na responsabilidade deste âmbito, na repartição dos poderes, com a validação de novas posturas, compromissos e cultura sociais.

Ocorre que a teoria geral de um Direito Internacional dos direitos humanos já revelou, o que se explicitou em tópico anterior, que não só por meio da sanção se concretiza o fim do direito, mas também, e porque não dizer, principalmente, a partir de um processo incentivos e desincentivos, baseado na diálogo, na conformação de comportamentos e na transformação da cultura social. Trata-se de inclinar os efeitos da norma jurídica para um viés eminentemente preventivo e não de utilizá-la apenas com o cunho de repreender a conduta humana antijurídica.

O sistema europeu guarda uma característica que o particulariza em sede da formação de uma rede de proteção de direitos humanos. Diz respeito a denominada "tríade dialógica europeia". É possível afirmar que este termo traduz a dinâmica relacional entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais estatais europeus como intérpretes dos direitos e das liberdades humanas, os quais em conjunto tutelam de forma multinível os direitos humanos e as garantias fundamentais no continente.

Destaca-se que o desafio hermenêutico é triplamente incrementado, tendo em vista que o diálogo perene a ser observado entre tais cortes, a fim de conceder segurança jurídica à interpretação em um sistema composto por múltiplos órgãos. Eduardo Antônio da Silva Figueiredo (2018), em uma reflexão sobre a desterritorialização do Direito como caractere jurídico do terceiro milênio, explicita que a dinâmica entre as distintas ordens jurídicas, muitas vezes sobrepostas, incita conflitos, tensões e incertezas que põem em cheque o fundamento da organização dos ordenamentos jurídicos, qual seja a construção de um sistema efetivo de garantia dos direitos e das liberdades.

Explica-se. Com a missão de proteger os direitos humanos, o desenvolvimento das democracias e a estabilidade política na região da Europa, em 1949 foi criado o Conselho da Europa, órgão com reconhecida personalidade jurídica de Direito Internacional, servindo até hoje a cerca de 800 milhões de indivíduos e a 47 (quarenta e sete) Estados, incluindo as 27 (vinte e sete) nações que compõem a União Europeia. A carta central que rege a organização é a CEDH, adotada em 1950, em Roma, após o período das duas grandes guerras mundiais, e

em vigor desde 1953, amparando a defesa e o resguardo dos direitos humanos na região do continente europeu.

Este diploma instituiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), órgão jurisdicional do Conselho da Europa, cuja missão primordial consiste em vigiar o respeito aos princípios da CEDH pelos Estados-membro que a aderirem. Fundado em 1959, tornou-se órgão permanente em 1998, e também é conhecido como Tribunal de Estrasburgo, devido a sua sede ser fixada nesta cidade francesa.

O TEDH assume a função de guardião máximo da Convenção Europeia de Direitos Humanos e caracteriza-se pela circunstância peculiar de ser o único tribunal supranacional que decide sobre casos concretos, mediante queixa apresentada por parte de qualquer indivíduo, organização não governamental ou grupo de particulares, quando vítimas de violações de direitos humanos, nos moldes autorizados pelo artigo 34 da CEDH. Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia (2021, p. 198) destaca que:

O TEDH assume dois papéis na sua atuação: (i) um papel decisório e (ii) um papel nomofilático. Contudo, a forma da decisão é, de certo modo, peculiar, isto é, o TEDH não verifica as invalidades processuais de direito interno, segue, ao invés, uma orientação particularista. Isto é, uma orientação informal e pragmática, observando apenas se o Estado respeita ou não os princípios da Convenção que protege, ao contrário dos tribunais nacionais. Todavia, as suas decisões obrigam os Estados-Membros e devem ser executadas pelos mesmos (n. 1, do artigo 46, da CEDH). Os seus dois papéis não são fáceis de compatibilizar, por vezes. Isto, advém, em grande medida, do papel decisório estar adstrito a acordões que, frequentemente, atentam às particularidades do caso concreto, mas não formulam princípios, nem definem conceitos gerais e abstratos. Deixam em grande medida ao intérprete a obrigação de induzir *bottom-up* a extrapolação dos aspetos do caso que podem importar para a resolução de casos análogos.

Assim, vislumbra-se que ao verificar o respeito aos princípios da CEDH pelos Estados signatários, a missão do TEDH, não se esgota em apreciar a responsabilidade do Estado na possível violação de direito humano, mas também se preocupa com a uniformização da interpretação e aplicação da Convenção Europeia para que sua aplicação contenha em si previsibilidade e uniformidade perante os Estados signatários.

Após o final da Guerra Fria se intensificou a formação de blocos regionais e o aprofundamento da integração já existente em alguns países da Europa. Segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela (2021, p. 1285-1286) é o fenómeno da integração regional que se caracteriza, "[...] pela aproximação entre Estados que normalmente compartilham alguma afinidade geográfica, económica, histórica e cultural e que decidem oferecer uns aos outros determinadas vantagens, mormente no campo económico-comercial". O objetivo da integração centra-se em auferir benefícios mútuos, fortalecendo a efetivação de interesses em comum na

esfera internacional.

Alberto do Amaral Júnior (2012, p. 257) afirma que a integração regional é a nova manifestação do regionalismo, formando "[...] redes de cooperação e interdependência" entre Estados vizinhos, as quais possibilitam uma intensificação das relações comerciais, de fluxos de investimento e de pessoas e da formação de áreas "[...] que se sobrepõem às fronteiras nacionais". O avanço da globalização e o fim do equilíbrio bipolar da Guerra Fria levou alguns Estados europeus "[...] a procurar reduzir os efeitos negativos da instabilidade global e tentar aumentar os benefícios que possam ser auferidos no mundo globalizado, por meio da ampliação dos mercados nacionais [...] e da criação de espaços de articulação" (PORTELA, 2021, p. 1286) para a resolução de temas de interesses comuns.

A organização desta integração passou a ser regulada, em sede de Direito Internacional, pelo denominado Direito da Integração, ramo que rege o funcionamento dos blocos econômicos regionais. O aprofundamento do processo integracionista tem resultado na construção de um fenômeno jurídico denominado de direito comunitário, que consiste em uma integração de grau tão elevado que acaba fomentando a criação de um ordenamento regional, sobrepondo-se aos ordenamentos nacionais e que é aplicado em sede de Direito interno sem as formalidades clássicas de incorporação das normas internacionais (PORTELA, 2021).

Contudo, sem aprofundar os estágios da integração e o desenvolvimento de um direito comunitário europeu, por não ser objeto deste capítulo de tese, nem desta pesquisa, afirma-se que a União Europeia (UE) surgiu neste cenário de integração regional e desenvolveu-se de tal forma que apresenta todas as características de direito comunitário, tal como normas criadas por órgãos comunitários com superioridade hierárquica e autonomia em relação ao Direito interno dos Estados e que não ensejam a realização dos processos clássicos de incorporação ao direito interno (PORTELA, 2021).

Vale ressaltar que o princípio da aplicabilidade direta como preceito de direito comunitário enseja não só a criação de direitos e de obrigações para os Estados que compõem a UE, mas também para os próprios cidadãos nacionais que residem nas nações que a compõem (BORCHARDT, 2000). Em 1993, o Tratado de Maastricht instituiu a UE com o nome atual, porém esta tem suas origens vinculadas à Comunidade Econômica Europeia, instituída em 1957 por apenas 6 (seis) países, tendo sua extensão alargada progressivamente pela adesão de novos Estados membros. Hoje a União Europeia reúne 27 (vinte e sete) países e atua por meio de um sistema de instituições supranacionais independentes - compõem este sistema a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia, o Conselho Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal de Contas Europeu e o Banco Central Eu-



ropeu - e de um processo de tomada de decisões intergovernamentais negociadas entre os seus Estados.

Como dito, dentro das instituições que compõem a UE, encontra-se o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), também conhecido como Tribunal de Luxemburgo, instituição que atua como Suprema Corte na interpretação da legislação supranacional comunitária da UE e, especialmente em matéria de direitos humanos, na aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Não se confunde com o anteriormente mencionado TEDH. Enquanto este é órgão jurisdicional do Conselho da Europa, aquele compõe a União Europeia. Ainda, enquanto o TEDH zela pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo o órgão jurisdicional máximo do sistema europeu de direitos humanos, o TJUE é o guardião máximo da legislação comunitária dos países que compõe a União Europeia, incluída nela a CDFUE, sendo o órgão jurisdicional supremo do bloco.

Neste cenário de proteção multinível de direitos humanos, reconhecida pela atuação jurisdicional do TEDH e do TJUE, ainda se acrescenta a atuação dos Tribunais Constitucionais nacionais dos países europeus na proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado a coabitação entre essas jurisdições nacional e supranacionais pode significar a construção de um modelo de articulação transversal, no qual essas ordens jurídicas serão capazes de reconstruírem-se permanentemente, mediante o aprendizado com as experiências de ordem jurídicas interessadas na resolução dos mesmos problemas de garantias fundamentais, por outro, este entrelaçamento se revela marcado "[...] por tensos conflitos e contradições" (FIGUEIREDO, 2018, p. 13) provocados pelo "[...] problema metodológico gerado pelo direito em rede" (SILVA, 2014, p. 136).

A comunidade doutrinária tem-se debruçado a encontrar soluções para esse conflito metodológico. Anne-Marie Slaughter (2003, p. 192, grifo nosso) propõe uma "[...] *global community of courts*"<sup>81</sup>, na qual os tribunais devem deixar a perspectiva de atores autônomos e independentes, passando a portar-se como intérpretes em buscas de consolidar uma autêntica jurisprudência constitucional global em matéria de direitos fundamentais. Em síntese, Slaughter (2003, p. 218-219) defende que:

Viewed from a traditional perspective of difference, all states are formally equal and functionally identical; each duplicates the same governance functions within a self-contained and largely impenetrable sphere. Each state handles its own affairs with a minimum of interference. Conflict is to be avoided because its consequences are unpredictable. But viewed from a perspective of identity, in which courts in different countries are engaged in the same enterprise of judging and resolving disputes that cross many borders, the focus shifts from the dispute resolvers to the disputes them-

<sup>81</sup> Em tradução livre: "comunidade global de tribunais".

selves, and to the common values that all judges share in guaranteeing litigant rights and safeguarding an efficient and effective system. (...) In closing, recall the phrase of Judge Guido Calabresi of the Second Circuit Court of Appeals, arguing that international cooperation by judges requires "an ongoing dialogue between the adjudicative bodies of the world community.". This dialogue, and the emergence of a community of courts, may be as close as it is possible to come to a formal global legal system. It certainly achieves many of the same goals: the cross-fertilization of legal cultures in general, and solutions to specific legal problems in particular; the strengthening of a set of universal norms regarding judicial independence and the rule of law; the awareness of judges in every country that they are engaging in a common judicial enterprise; and the increasing coordination among for a to resolve transnational disputes. The judges themselves are in many ways creating their own version of such a systema bottom-up version driven by their recognition of the plurality of national, regional, and international legal systems and their own duties of fidelity to such systems. Even when they are interacting with one another within the framework of a treaty or national statutes, their relations are shaped by a deep respect for each other's competences and the ultimate need, in a world of law, to rely on reason rather than force. How else to build a world under law? The emergence of global judicial relations is rooted in the pluralism of multiple legal systems, but driven by the expression of a deeper common identity. Dialogue is prized over uniformity; debate and reasoned divergence over adherence. So it must be, because global legal authority, except in areas such as cases governed by public international law and specifically committed to the International Court of Justice for resolution, or in more specialized areas such as the law of the sea, does not exist. A global community of courts, animated largely by persuasive authority, personal contacts, and peripatetic litigants, is a more realistic and desirable goal.<sup>82</sup>

Destaca-se a afirmação de que a resolução dos conflitos globais afasta o olhar da tomada de decisão dos resolvedores de conflitos, ou seja, das instituições que decidirão sobre

<sup>82</sup> Em tradução livre: "Visto de uma perspectiva tradicional de diferença, todos os estados são formalmente iguais e funcionalmente idênticos; cada um duplica as mesmas funções de governança dentro de uma esfera independente e amplamente impenetrável. Cada estado lida com seus próprios assuntos com um mínimo de interferência. O conflito deve ser evitado porque suas consequências são imprevisíveis. Mas visto de uma perspectiva de identidade, em que tribunais em diferentes países estão envolvidos na mesma iniciativa de julgar e resolver disputas que cruzam muitas fronteiras, o foco muda dos resolvedores de disputas para as próprias disputas e para os valores comuns que todos os juízes compartilharão na garantia dos direitos dos litigantes e na salvaguarda de um sistema eficiente e eficaz. [...] Para encerrar, lembre a frase do Juiz Guido Calabresi, do Segundo Tribunal de Apelações do Tribunal, argumentando que a cooperação internacional dos juízes requer "[...] um diálogo contínuo entre os órgãos jurisdicionais da comunidade mundial". Este diálogo e o surgimento de uma comunidade de tribunais, pode estar o mais próximo possível de um sistema jurídico global formal. Certamente atinge muitos dos mesmos objetivos: a fertilização cruzada de culturas jurídicas em geral e soluções para problemas jurídicos específicos em particular; o fortalecimento de um conjunto de normas universais em relação à independência judicial e o estado de direito; a conscientização dos juízes em todos os países de que estão engajados em um empreendimento judicial comum; e a crescente coordenação entre a resolução de disputas transnacionais. Os próprios juízes estão, de muitas maneiras, criando sua própria versão de tal sistema - uma versão de baixo para cima impulsionada por seu reconhecimento da pluralidade de sistemas jurídicos nacionais, regionais e internacionais e seus próprios deveres de fidelidade a tais sistemas. Mesmo quando eles estão interagindo uns com os outros no âmbito de um tratado ou de estatutos nacionais, suas relações são moldadas por um profundo respeito pelas competências de cada um e pela necessidade última, em um mundo de direito, de confiar na razão em vez da força. De que outra forma construir um mundo sob a lei? O surgimento de relações judiciais globais está enraizado no pluralismo de múltiplos sistemas jurídicos, mas impulsionado pela expressão de uma identidade comum mais profunda. O diálogo é valorizado acima da uniformidade; debate e divergência fundamentada sobre a adesão. Assim deve ser, porque a autoridade legal global, exceto em áreas como casos regidos pelo direito internacional público e especificamente comprometidos com a Corte Internacional de Justiça para resolução, ou em áreas mais especializadas, como o direito do mar, não existe. Uma comunidade global de tribunais, animada em grande parte por autoridade persuasiva, contatos pessoais e litigantes migrantes, é uma meta mais realista e desejável."

o caso, sejam elas nacionais ou internacionais, trazendo o cerne do debate para a solução do problema em si. Nesta toada, destaca-se a compilação de um conjunto de valores comuns, que deverão ser observados pelas instituições que propõem as soluções como elemento central na garantia substancial de uma tomada de decisão idônea e categórica.

Essa compilação requer o diálogo entre as instituições da comunidade mundial que detém aptidão para a solução de problemas globais. Nem sempre, mas eminentemente, esses organismos são dotados de função jurisdicional, o que enseja a consecução do denominado "*judicial dialogue*"<sup>83</sup>. Não obstante, é preciso lembrar que a sustentabilidade de uma das hipóteses desta pesquisa reside na realização prática destes debates, não só pelas instituições jurisdicionais mas também por todos os organismos responsáveis pela interpretação, pela fiscalização e pela realização desses valores mínimos universais, denominados direitos humanos.

Eduardo António da Silva Figueiredo (2018, p. 14) lembra que "[...] levar a sério a universalidade de direitos implica reconhecer a validade e potencial dos argumentos mobilizados nas várias ordens jurídicas que procedem à sua discussão e efetivação", pois apenas de tal forma se alcançará a almejada "linguagem comum". A multiplicidade de ordens jurídicas enseja a construção de uma conversa contínua entre os intérpretes desta pluralidade de corpos jurídicos a fim de se mitigar o que Charles H. Koch Jr. (2004, p. 902, grifo nosso) destaca como "*cacophony of legal cultures*"<sup>84</sup>:

Norms are hard to settle on and hence the global legal culture must be a work in process despite our desire for stability and uniformity. The process of judicial exchange among a variety of tribunals, the justification of judicial positions, and the advocacy that drives judicial resolution offers a formidable vehicle whereby the global society can come to grips with the cacophony of legal cultures. It can bring about some consensus, intellectual and elite consensus at least, rather than settling for dominance.<sup>85</sup>

Essas tensões e conflitos na fixação de uma cultura universal gera dificuldades no espaço de debate que, porventura seja desconsiderada, pode ensejar na concretização de valores considerados como pisos mínimos, que mais representariam uma tentativa de dominação pelas nações mais poderosas, consideradas assim aquelas com maior potencial de tomada de decisão nos processos de consenso internacional. Koch Jr. (2004) afirma que o diálogo judicial pode mitigar essa tentativa do exercício autoritário, evitando-o e, pelo menos, estimulando

<sup>83</sup> Em tradução livre: "diálogo judicial".

<sup>84</sup> Em tradução livre: "cacofonia das culturas jurídicas".

<sup>85</sup> Em tradução livre: "As normas são difíceis de estabelecer e, portanto, a cultura jurídica global deve ser um trabalho em andamento, apesar de nosso desejo de estabilidade e uniformidade. O processo de troca judicial entre uma variedade de tribunais, a justificativa de posições judiciais e a defesa que impulsiona a resolução judicial oferecem um veículo formidável pelo qual a sociedade global pode enfrentar a cacofonia das culturas jurídicas. Pode trazer algum consenso, pelo menos um consenso intelectual e de elite, em vez de se contentar com a dominação."

a fixando mais diversificados ainda que ainda considerados intelectuais ou de elite.

Giulio Ubertis (2014) propõe a fixação de um "*indirizzo operativo*"<sup>86</sup> capaz de realizar uma verdadeira coordenação sistêmica na interpretação dos pisos europeus de direitos humanos e fundamentais, isto é, um conjunto de práticas diversas de comunicação entre os órgãos judiciários, voltado à solução dos problemas oriundos das múltiplas interpretações do direito em rede. Tal ideia se operacionaliza coordenada em sede de proteção europeia de direitos humanos, pelo TEDH que, enquanto órgão de cúpula do sistema regional, mantém-se como guardião das práticas dialógicas verticais, desafiando o "[...] modelo vestefaliano defensor do monopólio do Estado sobre os seus cidadãos e, em última análise, do conceito de soberania estadual" (FIGUEIREDO, 2018, p.16).

Luis Lopes Guerra (2017) afirma que este diálogo, regido pelo TEDH, assume 4 (quatro) classificações quando os tribunais locais aplicam a jurisprudência do TEDH. Em seguida, o autor afirma que a decisão nacional se trata de um diálogo confirmativo. Quando os tribunais nacionais aplicam incorretamente a jurisprudência do TEDH e este os corrige, é o caso de um diálogo corretivo. Por outro lado, quando os tribunais locais se afastam da jurisprudência do TEDH, reconhecendo-a, mas decidindo diferentemente do *decisum* regional, eis o diálogo com discrepância. Por fim, trata-se de um diálogo propositivo quando os tribunais nacionais reconhecem e aplicam a jurisprudência do TEDH, porém destacam desproporção entre a decisão regional em face das particularidades locais.

Em que pese o Tribunal de Estrasburgo, sob regência do princípio da subsidiariedade, a partir do qual se entende que as demandas de direitos humanos devem ser conhecidas, *a priori*, pelos organismos nacionais disponíveis antes de apreciação internacional, entende-se como essencial para a efetivação das garantias fundamentais humanas que os tribunais locais respeitem a sua jurisprudência internacional. Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia (2021, p. 201) destaca a importância da jurisdição europeia local "[...] salvaguardar os direitos emanados da Convenção e manterem-se em constante diálogo, parceria e cooperação com o Estrasburgo".

Imperioso trazer à tona a edição do Protocolo nº. 16 em relação à CEDH, mais conhecido como o "Protocolo do Diálogo" (SZYMCZAC, 2013). Segundo o auctado protocolo, se permite às "[...] mais altas jurisdições de uma Alta-parte Contratante" (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013, p. 5), sob pré-estipuladas condições, requerer ao TEDH a emissão de parecer consultivo sobre a aplicação e a interpretação de direitos previstos na CEDH e seus protocolos.

---

<sup>86</sup> Em tradução livre: "endereço operacional".

Assim, o mencionado protocolo autoriza o TEDH a exercer função consultiva quando houver dúvida acerca da CEDH, não no intuito de exonerar os tribunais nacionais de eventual responsabilidade estatal na aplicação e interpretação equivocada da garantia de direito humano, mas sim com o objetivo de incitar uma "responsabilidade partilhada" e, por que não afirmar, em uma responsabilidade decorrente de diálogo na efetivação da CEDH, incitando maior compromisso e envolvimento dos atores da tríade dialógica.

Ocorre que os críticos à edição do Protocolo nº. 16 apontam que este foi redigido pela Comissão Europeia como um "[...] ato de deslealdade para com a União Europeia", por ter sido adotado concomitantemente ao encerrar das negociações sobre a adesão da UE à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ademais, levanta-se que o conteúdo do referido protocolo ameaça a autonomia do direito comunitário da UE e a autoridade do TJEU na interpretação deste ordenamento, uma vez que se potencializa uma relação de poder vertical entre o Tribunal de Estrasburgo e de Luxemburgo, onde este poderia ser obrigado a observar uma relação de disciplina judiciária em relação àquele.

Em que pese posições em sentido contrário, Figueiredo (2018) e Callewaert (2014) afirmam que tais alegações seriam infundadas, pois uma vez que a UE adira à CEDH, ambos os tribunais não usurpam suas competências entre si, cabendo ao TEDH as demandas relativas à CEDH e ao TJEU as questões relacionadas ao direito da União Europeia. É claro que nem sempre o caso envolve um ou outro conjunto normativo e que, muitas vezes haverá possibilidade de ação competente a ambos os tribunais, o que ensejará "[...] a séria cooperação e diálogo entre as duas instâncias jurisdicionais - diálogo esse que deverá basear-se no respeito mútuo" (FIGUEIREDO, 2018, p. 54).

Eis o ponto de destaque da proteção de direitos humanos no cenário europeu que merece ser trazido como exemplo para a realização de um efetivo serviço de interpretação internacional de normas de direitos humanos frente ao cenário trans constitucionalista que tutela a organização do trabalho humano. Cabe destacar que essa pluralidade de ordens jurídicas, em sede de proteção aos mínimos do labor, surge visando, tal como visto na seção anterior, a promoção da paz social e do progresso duradouro, os quais não podem ser verificados se destituídos de um planejamento em prol de uma organização justa e eficiente do capital humano e da mitigação da deterioração dos padrões laborais em face das crises econômicas.

Transpondo algumas lições da experiência europeia em sua tríade dialógica no que pertine à efetivação de pisos regionais em prol da tutela do ser humano, para a aplicação dos *standards* de labor de forma eficiente ao redor do mundo globalizado, destacam-se os institutos que instrumentalizam o diálogo judicial. Aqui, vale ressaltar que se defende a transposição

do debate na esfera jurisdicional, de maneira a alcançar todos os organismos e indivíduos intérpretes de garantias mínimas em prol do ser humano. Isso porque o modelo de fixação de direitos humanos do trabalho na esfera internacional, por meio de agência do sistema onusiano, tal como se verá em tópico seguinte, não é justicializado, mas exercido em sede de controle originário por órgãos de tratados não jurisdicionais.

Aplicar analogicamente os mecanismos que instrumentalizam o diálogo internacional em prol dessas garantias é um passo no caminho da construção de um direito comum do trabalho. No entanto, isso não significa refutar uma análise crítica frente à utilização dessas ferramentas. A doutrina europeia de direitos humanos desenvolveu eficientes práticas de concretização do desejável diálogo. No entanto, nem todas elas serão aplicáveis direta e imediatamente no sistema de pisos de labor, a exemplo da teoria da margem de apreciação nacional, tal como abordado na seção seguinte. Incitar o diálogo não necessariamente é abrir espaço para a consecução de ferramentas flexibilizadoras, sob pena de ir de encontro aos fundamentos que ensejam a construção de *standards* globais em sede de labor humano.

### **3.3.2 O sistema americano ou interamericano**

O sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, também denominado sistema americano, é peculiar frente ao contexto histórico em que foi instituído, bem como perante as suas particularidades regionais. Em comparação ao bloco regional anterior (europeu), destaca-se que os fatos históricos relacionados à criação do sistema fogem do contexto bélico e suas atrocidades, inerente ao fim dos dois grandes conflitos mundiais, tendo em vista que, diretamente, os países americanos não sofreram em tamanha intensidade, pelo menos no que diz respeito à violação da dignidade dos seus cidadãos tal como os países europeus.

O contexto latino-americano, que dá azo a associação entre países, é marcado também pelo desrespeito à dignidade humana e pela baixa sistematização de garantias em face do arbítrio estatal, decorrentes do "[...] legado dos regimes autoritários ditatoriais" (PIOVESAN, 2019, p. 151). Essa herança negativa é marcada por uma cultura de violência e arbitrariedade estatal, pela recorrente impunidade de ações em face da pessoa humana e pela baixa densidade dos Estados Democrático de Direito nos países americanos, cuja maioria reestabeleu suas democracias nas últimas três décadas, tais como o Brasil, a Argentina, o Chile e o Uruguai.

As marcas deixadas pelos regimes ditatoriais na região retratam uma baixa complexidade da rede de proteção às garantias fundamentais não só em prol das liberdades civis e

políticas, mas também no que diz respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais. Eis a segunda peculiaridade do sistema americano, o alto grau de exclusão e desigualdades sociais nas jovens democracias da região. Guilherme O'Donnell (1992) destaca duas transições no processo de democratização, a transição do regime autoritário anterior para instalação do Governo democrático e a transição deste para a efetiva vigência do regime democrático. Para o autor, apenas se alcançará a segunda etapa na região com a legítima consolidação de suas democracias, o que exige não só o traspasse definitivo com a cultura estatal autoritária e ditatorial, mas também o respeito e a efetividade de padrões mínimos de respeito à pessoa humana.

Visando, ainda, a consolidação daquele constitucionalismo cooperativo anteriormente apresentado, bem como o reforço da estrutura de proteção dos direitos da pessoa na região, os Estados do continente americano estabeleceram uma série de iniciativas de cooperação internacional e organização regional. Ainda no século 19, mais precisamente em 1889, iniciou-se a realização de conferências internacionais periódicas e a constituição de um secretariado internacional americano, manifestações estas ainda consideradas incipientes, mas que posteriormente deram origem à Organização dos Estados Americanos, a OEA (PIOVESAN; CRUZ, 2021).

Fundada em 1948, por meio da Carta da OEA, e atualmente composta por todos os 35 (trinta e cinco) países do continente americano, a organização tem um plexo de objetivos que visam atingir uma ordem de paz e de justiça, promover a solidariedade e a colaboração entre os países da região e defender a sua soberania, integridade territorial e independência, tal como expressamente consignado no artigo 1º da Carta da OEA. O artigo 2º adiciona os propósitos da organização.

Flávia Piovesan e Júlia Cunha Cruz (2021, p. 110) destacam os quatro pilares da estrutura das atividades da organização como sendo "[...] o fortalecimento da democracia, a promoção de direitos humanos, a segurança multidimensional e o desenvolvimento integral". Destaca-se que em 1967 o Protocolo de Buenos Aires incluiu no artigo 106 da Carta da OEA as diretrizes jurídicas em prol da normatização e institucionalização do sistema interamericano de direitos humanos. Em 1969 é instituído o principal tratado deste sistema: a CADH.

Composta por 82 artigos e mais conhecida no Brasil como Pacto de São José da Costa Rica, a CADH estabelece obrigações vinculantes aos Estados da OEA que a ratificarem. Atualmente são 23 Estados-parte: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Trindade e Tobago e Venezuela apresentaram denúncia à Convenção em 1998 e em 2012, respec-

tivamente.

A Convenção Americana apenas entrou em vigor após o depósito da 11ª ratificação, que ocorreu em 1978. Vale ressaltar que em 1969 o Brasil foi um dos países que adotou tardiamente este tratado em virtude de, apesar de ter participado das negociações, não ter assinado o texto final, por ocasião do regime militar (RAMOS, 2021).

A ratificação brasileira ocorreu apenas em 1992, após o período de redemocratização pátria, já sob a égide da Constituição Federal de 1988. No mesmo ano, promulgou-se o Decreto 678/1992. Na ocasião, vigia a redação originária do artigo 5º da Constituição Federal, ainda carente do parágrafo terceiro, o qual foi incluído no texto constitucional apenas pela Emenda Constitucional nº. 45, no final do ano de 2004. Tal motivo levou a ratificação legislativa do Pacto de São José da Costa Rica a ocorrer sob o quórum das leis ordinárias, com consequente discussão levada à apreciação do Pretório Excelso em 2007, e resultando, finalmente, na adoção da natureza jurídica supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à supramencionada emenda.

A CADH materializa a normativa que fundamenta a existência do denominado *ius constitutionale commune* dos Estados que compõem a OEA. Quando estes a ratificam, comprometem-se a efetivar um “[...] piso protetivo mínimo, que pode ser complementado por outras normas de Direito nacional e internacional” (PIOVESAN; CRUZ, 2021, p. 120). A condição de buscar um constitucionalismo comum pelos Estados da região do continente americano recebe destaque logo no preâmbulo da Convenção, ao destacar que o reconhecimento de direitos essenciais à pessoa humana deriva desta condição e não da nacionalidade, fato que para André de Carvalho Ramos (RAMOS, 2021, p. 350), justifica a proteção internacional dos indivíduos pela via convencional, “coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados”.

A CADH é dividida em três partes e enuncia deveres impostos aos Estados-parte e direitos garantidos à pessoa. No capítulo I, enumera os deveres do Estado nos artigos 1º e 2º. No capítulo II, elenca um extenso rol de direitos civis e políticos que vai do artigo 3º ao artigo 25. O capítulo III, composto apenas pelo artigo 26, versa sobre direitos econômicos, sociais e culturais apenas em sede de incitar o Estado ao compromisso de promover ações para alcançar progressivamente a efetividade desses direitos sem sequer os elencar.

Essa circunstância revela a ênfase dada pela CADH “[...] à implementação dos direitos civis e políticos, apenas mencionando o vago compromisso dos Estados com o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais” (RAMOS, 2021, p. 359). Neste ponto, a reflexão proposta em busca de efetivar um piso mínimo laboral carece de



conteúdo normativo em sede de sistema interamericano, apesar da tentativa de adicionar tal matéria de direitos sociais pelo Protocolo de San Salvador<sup>87</sup>, também estudado na seção seguinte.

Antes disso, é preciso destacar que os demais capítulos tratam da aplicação, da interpretação, da correlação entre direitos e deveres, dos meios de proteção e da organização dos mecanismos de controle e fiscalização das garantias previstas na CADH. Neste último ponto, são órgãos previstos pela Convenção a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComissãoIDH) e pela CorteIDH.

Quando da adoção do Pacto de São José da Costa Rica, a Comissão Interamericana já estava em funcionamento, atuando como órgão principal da OEA responsável pela promoção e pela proteção dos direitos humanos na região, tendo as suas funções expressamente reconhecidas e ganhando novas atribuições via sistema de petições individuais, nos moldes previstos pelo artigo 41 da CADH. Assim, a Comissão passa a atuar como órgão imbuído de analisar as reclamações via petição, inclusive individuais, instigando soluções amistosas e investigando eventual violação de garantias. Em caso positivo, a Comissão tem atribuição de formular recomendações para o Estado violador. Caso estas não sejam cumpridas, é de competência própria decidir sobre o envio do caso para a CorteIDH.

Nota-se o papel pedagógico e valorativo deste órgão em promover um ambiente propício à construção de uma cultura social em favor e respeito aos direitos humanos. Nesta toada, o sistema regional de proteção atua de forma inicial, e principalmente como uma via educativa e de transformação social. É apenas no caso de descumprimento ou de inobservância das suas recomendações que a Comissão pode levar os fatos que deram origem à petição

---

<sup>87</sup> Concluído em 17 de novembro de 1988, apenas entrou em vigor internacional em 16 de novembro de 1999, incorporando uma lista de direitos sociais, econômicos e culturais à normatização regional de direitos humanos da OEA. Dentre esses direitos, destacam-se o direito ao trabalho, o direito ao gozo do direito do trabalho em condições justas, equitativas e satisfatórias - incluindo o direito à promoção ou avanço no trabalho, direito à segurança e higiene, direito a repouso, direito a férias remuneradas, direito a limitação de horas no trabalho, dentre outros -, direitos sindicais e direito à previdência social. Habilitou ainda dois mecanismos de supervisão de cumprimento: um sistema de petições individuais para supostas violações de liberdades sindicais - exceto o direito de greve (artigo 8.1) e do direito à educação (artigo 13) e um sistema de relatórios periódicos, de responsabilidade dos Estados, a respeito das medidas progressistas que tenham adotado para assegurar o compromisso às garantias consagradas no Protocolo (artigo 19). Ocorre que, apenas em 2005, foi que a Assembleia Geral da OEA estabeleceu as “Normas para a confecção dos relatórios periódicos previstos no Protocolo de San Salvador”, incluindo um sistema de indicadores de progresso. Em 2007, a Comissão IDH apresentou o documento “Diretrizes para a elaboração de indicadores de progresso em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais”, com uma proposta inovadora em comparação a outros mecanismos de supervisão internacional que utilizam indicadores, tal como as Nações Unidas, no sentido de conjugar, aos indicadores, sinais qualitativos de progresso, aplicando-os a dois direitos: previdência social e saúde. Demais disso, a proposta estabelece a realização de uma interlocução entre os compromissos adotados pelos Estados nos documentos de direitos humanos e a condução das políticas públicas internas, constituindo-se como o principal antecedente regional de indicadores de progresso. *In*: PAUTASSI, Laura. Monitoramento do Acesso à Informação a partir dos Indicadores de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, p. 57-77, jun/2013.

individual à Corte, órgão que também pode ser acionado por reclamação de Estado-parte da Convenção Americana, mas que até o momento da presente pesquisa, apenas foi acionado via Comissão.

Ressalta-se que a jurisdição da CIDH em face de um Estado é condicionada não só à ratificação da Convenção Americana, mas também à declaração do mesmo no sentido de reconhecer a competência contenciosa da Corte, conforme previsão do artigo 62 da CADH. Tal reconhecimento é condição sem a qual o poder jurisdicional regional internacional não pode ser exercido, sob pena de violação à soberania do Estado. Uma vez reconhecida, a atividade da Corte não se limita à regência do processo internacional, declaração da responsabilidade do Estado e sua consequente condenação à reparação, mas compreende, também, o exercício da atividade jurisdicional em sede de adoção de tutelas inibitórias e de medidas provisórias para tutelar situações graves e urgentes, nas quais seja necessário evitar danos irreparáveis aos direitos previstos na Convenção Americana.

Além da competência contenciosa, a CIDH também detém competência consultiva, no sentido de poder ser instada a se manifestar sobre a interpretação de normas do sistema interamericano de direitos humanos. As regras de funcionamento e demais especificidades desses mecanismos de controle e de fiscalização no sistema regional americano encontram-se previstas no regulamento e no estatuto de cada um dos dois órgãos.

### *3.3.2.1 O juiz interamericano, os juízes locais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: internacionalismo contemporâneo ou novo constitucionalismo?*

Ariel E. Dulitzky defende que no modelo de constitucionalismo contemporâneo, a Convenção Americana e seu guardião originário, a CIDH, sejam elementos centrais da ordem jurídica, deixando à margem a percepção ainda comum dos intérpretes nacionais, sobre a aplicação e atuação complementar ou subsidiária. Nesta tese, o sistema regional favorece à organização de uma integração local americana. Para o autor, "*The Convention is no longer a subsidiary treaty but a integral, fundamental, and hierarchically superior norm of the national domestic legal system*"<sup>88</sup> (DULITZKY, 2015, p. 47, grifo nosso).

Levar a sério uma proposta de integração regional, bem como o instituto do controle de convencionalidade, pressupõe a ocorrência de mudança social e cultural local nos países que fazem parte do sistema regional. Tal tarefa é um desafio a ser transponível a partir da

---

<sup>88</sup> Em tradução livre: "A Convenção não é mais um tratado subsidiário, mas uma norma integral, fundamental e hierarquicamente superior do ordenamento jurídico interno nacional".

adoção da CADH como parte integrante do sistema jurídico doméstico, como dito, não de maneira subsidiária ou supletiva, mas como documento central junto à constituição local. Outra ação é conceber ainda um diálogo permanente entre a Corte Interamericana e os juízes domésticos, na qual cada um deles é responsável por diferentes jurisdições, porém devoto a um exercício hermenêutico regular e unificado dos padrões de tratamento fundamental às pessoas que nascem, residem e transitam no bloco regional.

Promover uma mudança social não deve ser lido como uma função do modelo de integração, mas como uma premissa da sua ocorrência. Defende-se que a jusfundamentalidade comum em certas matérias e povos depreende-se não da existência da norma jurídica supranacional, mas da implementação a nível local. Neste intuito, a função jurisdicional pode auxiliar estimulando estas alterações de conduta social, sobretudo pedagogicamente.

No entanto, em que pese o diálogo permanente entre Corte e juízes locais ser pautado na supremacia da interpretação internacionalista, não se deve impor tal hermenêutica de forma vinculante. Também, não se deve remeter exclusivamente ao Poder Judiciário tal função de promoção de uma ressignificação do comportamento e da cultura social, frente aos processos de efetivação de garantias ao ser humano. Nesse sentido, apresenta Ariel E. Dutilzky (2015, p. 81):

By grounding the conventionality control in a partnership between the Court and local tribunals, the integration principle embraces the foundations of the subsidiarity principle. The subsidiarity principle stems from the idea that States have the primary responsibility to protect the rights of individuals through their domestic legal systems and practices, and in case they fail to do so, the American Convention and the organs that it creates (the Court and the Inter-American Commission) act as a complement to domestic laws and practices in redressing victims. Subsidiarity is also premised on the understanding that local actors, including legislators and judges, "are in the best position to appreciate the complexity of circumstances on the ground." In this alternative understanding, the integration principle embraces the idea that those local actors including domestic judges are better suited to understand what measures may be most effective for internalizing human rights norms in distinct social, economic, cultural, historical, and political contexts. Nevertheless my argument does not seek to place judges as the main actor to bring social change.<sup>89</sup>

Trata-se de um chamado à promoção do equilíbrio adequado entre o exercício jurisdicional nacional e interamericano por meio do controle de convencionalidade. Tal instituto

<sup>89</sup> Em tradução livre: "Ao fundamentar o controle de convencionalidade em uma parceria entre a Corte e os tribunais locais, o princípio da integração abraça os fundamentos do princípio da subsidiariedade. O princípio da subsidiariedade parte da ideia de que os Estados têm a responsabilidade primordial de proteger os direitos das pessoas por meio de seus ordenamentos e práticas internas e, caso não o façam, a Convenção Americana e os órgãos que ela cria (a Corte e a Comissão Interamericana) agem como um complemento às leis e às práticas domésticas na reparação das vítimas. A subsidiariedade também se baseia no entendimento de que os atores locais, incluindo legisladores e juízes, 'estão na melhor posição para avaliar a complexidade das circunstâncias no terreno'. No entanto, meu argumento não busca colocar os juízes como os principais atores para introduzir a mudança social".

recebe a incumbência de ser uma ferramenta na qual a Corte Interamericana revela sua identidade e a encaminha para os juízes nacionais continuarem o movimento de proteção dos direitos humanos nos processos jurisdicionais que o envolvem. No entanto, tal via judicializada não deve ser o principal instrumento dos processos de efetivação de padrões garantísticos, pois a promoção social em prol dessa cultura de responsabilidade vai muito além do exercício jurisdicional. Eminentemente, abrange a atuação da sociedade civil e das instituições não judiciais em prol de tutela efetiva de direitos humanos em detrimento da reparação das violações que devem ser meramente subsidiárias, enquanto dadas como equivalentes jurisdicionais.

Dulitzky (2015, p. 81) destaca que há um consenso no sentido de que a otimização do exercício das garantias previstas na CADH está mais atrelada ao cumprimento e à utilização efetiva dos seus dispositivos pelos juízes locais do que sobre sua incorporação formal e do tipo de natureza jurídica a ela reputada no Direito interno. Os estudos por ele referendados apontam que "[...] *on the effectiveness of international adjudication have demonstrated the importance of local actors, particularly judges, in the implementation of international human rights law standards*"<sup>90</sup> (DULITZKY, 2015, p. 81, grifo nosso).

O progresso na sistematização e na organização dos ordenamentos jurídicos para incorporar e verdadeiramente efetivar os processos de internacionalização dos direitos humanos visam dar materialidade e exigibilidade a essas garantias não só em âmbito local, mas também internacional. O diálogo entre as Cortes internacionais e locais contribui para reforçar a legitimidade dos órgãos internacionais.

Tal questão justifica-se porque a interação dialógica entre Corte internacional e local consiste em uma valiosa ferramenta para enfrentamento dos problemas regionais comuns. Ao se considerar o caráter impositivo e vinculante das decisões da Corte IDH, alcançado com a adoção do controle de convencionalidade, deve-se de forma imprescindível, fomentar um processo dialógico na formação da convicção do entendimento da corte e das razões de decidir. Nesse sentido, Ana Maria D'Ávila Lopes e Luís Haroldo Pereira dos Santos Júnior (2022, p. 84) sustentam a tese de que:

Tem-se, então, dois momentos que refletem duas perspectivas de abordar a decisão da Corte IDH e seus efeitos: em primeiro lugar, a construção dialógica, horizontal, envolvendo outros tribunais no intuito de englobar outras formas de encarar o assunto em apreço no âmbito da CADH; em segundo, uma vez prolatada a decisão, a exigência do cumprimento da mesma, de forma vertical, dado o preenchimento dos pressupostos necessários a fim de que a sentença seja tida como legítima, sendo esta posição satisfatoriamente preenchida pela adoção recente doutrina do controle de convencionalidade. Substância e forma, pois, não devem ser encarados separada-

<sup>90</sup> Em tradução livre: "[...] sobre a eficácia da adjudicação internacional demonstraram a importância dos atores locais, particularmente os juízes, na implementação das normas internacionais de direitos humanos".

mente, e sim implicando-se mutuamente para se alcançar as finalidades protetivas no âmbito da Corte IDH. Por mais importante que o diálogo se afigure, essa postura em si mesma, sem as instituições adequadas para implementar uma dada decisão, pode mostrar-se infrutífera, em especial quando se trata de direito internacional e suas insitas dificuldades de efetivação, além das dificuldades eventuais de um diálogo, como a prevalência de discordâncias intransigentes.

Nota-se que o controle de convencionalidade é instrumento essencial para materialização das garantias de direitos humanos, tal como delineadas nos processos internacionais de apreciação da responsabilidade do Estado. No entanto, para que o conteúdo obrigacional da decisão internacional se legitime é necessário fomentar, procedimental e substancialmente, a comunicação entre o órgão internacional e as cortes locais, efetivando-se uma verdadeira interação jurisprudencial. Tal atividade permite não apenas a penetração da jurisdição internacional regional na realidade do Estado investigado, resultando em decisões mais coerentes com a realidade local e menos desprovidas de críticas relacionadas a sua legitimidade, mas também viabiliza uma "[...] troca jurisprudencial e um enriquecimento recíproco, agindo no sentido de empreender uma decisão mais coerente com os padrões internacionais" (LOPES; SANTOS JÚNIOR, 2022, p. 87).

### ***3.3.3 O sistema africano***

Em sede de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, o sistema europeu é considerado como o mais desenvolvido, o americano ocupa uma posição intermediária de maturação e o africano é mais recente e ainda característico de manifestações incipientes. Seu diploma central é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, adotada em 1981, mas em vigor apenas a partir de 1986, enquanto os sistemas europeu e americano desenvolveram suas constituições nas décadas de 50 e 70, respectivamente.

A região do continente africano revela-se desafiadora para, dentre outros aspectos: 1. a construção e efetivação de um conjunto de padrões mínimos em face de sua singularidade e complexidade; 2. do combate aos efeitos nefastos do processo de colonização e às dificuldades da institucionalização democrática; 3. do árduo processo em prol da autodeterminação das suas populações; e 4. da multiplicidade cultural que o continente representa. Ainda, Flávia Piovesan (2019, p. 253) assevera o desafio deste sistema de "[...] enfrentar graves e sistemáticas violações aos direitos humanos".

Em que pese os Estados africanos serem partícipes internacionalmente para a efetivação do sistema global, vale enfatizar que tendo aderido aos seus principais tratados, os quais somados à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e as demais normas prote-

tivas internas nacionais formam um ordenamento múltiplo e plural em prol dos direitos humanos fundamentais, a efetivação dessa proteção transconstitucional ainda é deficitária e marcada por graves violações desde a década de 1990.

Jonh Otieno Ouko (2005) relata que cerca de 800 mil tutsis e hatus foram assassinados no Genocídio de Ruanda entre 7 de abril e 15 de julho do ano de 1994. Cidadãos civis dos territórios da Angola, Leone, Libéria, Sierra e Somália foram torturados e mortos em conflitos armados, além de ativistas, críticos, jornalistas e opositores políticos que foram e são perseguidos diuturnamente no território africano. O comissionado Bem Salem, relator especial sobre o tema de Execuções Extrajudiciais na África, apontou Estados como Burundi, Chade, Camarões, República Democrática do Congo e Ruanda como nações que patrocinam execuções extrajudiciais e desaparecimento forçados, somando-se a este cenário o genocídio na região de Darfur, conhecido como primeiro genocídio do século XXI.

Sob tal cenário, inspirada no modelo da então Comunidade Econômica Europeia, em 1963 foi criada a Organização da Unidade Africana, que em 2002 foi sucedida pela então União Africana (UA). É uma organização internacional que suscita o direito da integração das nações do continente africano, atuando na promoção da democracia e dos direitos humanos, na eliminação do colonialismo, no fomento ao desenvolvimento econômico da região, aos investimentos estrangeiros e à cooperação política e cultural.

Como enfatizado anteriormente, seu principal diploma é a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que atualmente conta com ampla adesão de todos os 54 (cinquenta e quatro) países do continente africano. Esta constituição regional assume facetas que a particularizam em comparação às convenções europeia e americana.

Ainda no preâmbulo do diploma, destaca-se os valores da civilização africana e as tradições históricas que caracterizam a identidade cultural do seu povo, conjugando-se a tais caracteres os elementos locais que dão fundamento à consolidação de um sistema de garantias mínimos na região: a necessidade de um processo de libertação a partir de um sistema eficiente de descolonização; a luta pela independência e dignidade de seu povo; a erradicação do *apartheid*, do sionismo e de todas as formas de discriminação.

Em contraponto aos instrumentos centrais dos sistemas europeu e americano, tal compilação de valores implica em um privilégio à perspectiva coletivista de direitos mínimos em detrimento de um painel individualista de *standards* comum aos outros sistemas. É a partir dos direitos dos povos africanos e das suas necessidades que o diploma se encarrega de transitar para a proteção do indivíduo local, deixando uma ótica liberal individualista, eminentemente fundada em direitos civis e políticos, para um plexo de direitos indissociáveis entre es-

tas garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2019).

Christof Heyns (2005) reitera as características únicas da Carta Africana quando comparadas às demais constituições regionais de direitos humanos, eminentemente a inédita circunstância de expressamente reconhecer como piso mínimo fundamental os direitos sociais, econômicos e culturais. Vale ressaltar que o diploma também enfatiza deveres sociais, sobre os quais se destaca "[...] o de preservar o desenvolvimento harmonioso da família e de atuar em favor de sua coesão, bem como o de zelar pela preservação e reforço dos valores culturais africanos, em um espírito de tolerância, diálogo e respeito" (PIOVESAN, 2019, p. 258).

Pelo fato de o sistema regional africano ser ultimogênito, essa circunstância favoreceu a sua originalidade em prever que o gozo de direitos civis e políticos é indissociável da efetivação de garantias econômicas, sociais e culturais. Tal fato destaca a importância da observação à consolidação de sistemas de proteção de direitos humanos como parte indissociável no processo de construção de um sistema global de garantias. Embora a característica do multiculturalismo acabe, porventura, afastando uma ou outra garantia do rol de valor entre um sistema regional e outro, observar como se dá a organização dos sistemas que lhes precedem possibilita que as comunidades internacionais avancem na formação dos seus próprios mecanismos de garantias.

Como medida de salvaguarda das garantias e deveres que estabelece, a Carta Africana, em seu artigo 30, instituiu a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP). Em exercício desde 1987, o organismo tem sede de secretariado na Gâmbia, alternando suas sessões entre esta e outras capitais africanas. "É um órgão político ou 'quase judicial' composto por 11 membros, que devem ser escolhidos dentre pessoas da mais alta integridade, moralidade e imparcialidade" (PIOVESAN, 2019, p. 259) com reconhecida competência em matéria de direitos humanos.

A Comissão é passível de ser acionada por meio de petições individuais, sujeitas a requisitos de admissibilidade, tal como exigido também nos sistemas europeu e interamericano. Dentre tais requisitos, destacam-se: o prévio esgotamento dos recursos internos, salvo alegação de demora injustificada; a observância de um prazo razoável para a interposição do direito de petição; e a inexistência de litispendência internacional<sup>91</sup>.

Heyns (2005, p. 5) afirma que as atividades da CADHP ainda não são amplamente reconhecidas pelos Estados-parte da União Africana, os quais desconsideram muitas das suas decisões e resoluções, tal como a obrigação de elaborar relatórios periódicos. Por outro lado,

---

<sup>91</sup> Os requisitos de admissibilidade estão previstos no artigo 56 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

reconhece a "interpretação criativa" que o órgão tem dado à Carta Africana, diligenciando no sentido de preencher suas lacunas, integrar seu conteúdo e expandir o alcance de direitos por ela reconhecidos.

Sucedese-se que, diferentemente da Convenção Europeia e da Convenção Americana, a Carta Africana não instituiu organismo jurisdicional em sua redação original de 1891. Tal fato se destaca como novo argumento em prol de que a efetivação de pisos de civilidade mínimos não necessariamente é realizada por meio da atuação jurisdicional, mas principalmente via uma construção cultural a partir da educação, do diálogo, da mediação e da conciliação. Inclusive, Christof Heyns (2005) acrescenta que a criação de uma Corte supranacional pode ser vista como uma ameaça à soberania recém alcançada pela recém independência de alguns Estados do continente africano.

Ocorre que, estimulada por organizações não governamentais protagonistas dos reiterados processos internacionais de direito humanos, em especial, neste caso pela Anistia Internacional e pela Comissão Internacional de Juristas, a Comissão Africana tomou como pauta a defesa da criação de uma Corte para complementar suas funções. Em 1998, aderiu-se ao Protocolo sobre Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos à Carta Africana, visando a criação da Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, com sede na cidade de Arusha, na Tanzânia, a qual teve sua sessão de inauguração apenas no ano de 2006 com a posse dos 11 juízes eleitos. A submissão à jurisdição da Corte, tal como ocorre no sistema interamericano<sup>92</sup>, requer adesão do Estado parte da Carta Africana de cláusula facultativa. Até o presente momento, dos 54 (cinquenta e quatro) Estados membros da União Africana, 30 (trinta) ratificaram o presente Protocolo, persistindo o desafio da ampla adesão, tal como ocorre no sistema regional interamericano (PIOVESAN, 2019).

A Corte Africana, tal como a Interamericana, combina competências contenciosas e consultivas, podendo nesta atribuição emitir opiniões consultivas e, naquela, apreciar casos submetidos pela Comissão Africana, pelos Estados e por indivíduos ou organizações não governamentais, se houver declaração formulada pelo respectivo Estado para este fim. Ressalta-se que tal previsão somente foi efetivada por apenas por sete Estados membros da União Africana. Nota-se que os sistemas europeu e africano, este com reserva de autorização do Estado nacional, admitem o direito de petição individual as suas Cortes regionais. Tal medida contempla a proteção multinível de direitos, que, por meio de um modelo de articulação dialoga-

---

<sup>92</sup> Diversamente do que ocorre no sistema regional europeu, no qual a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é cláusula obrigatória nos termos do artigo 32 da Convenção Europeia, no sistema interamericano, a cláusula de adesão à Corte Interamericana de Direitos Humanos é facultativa nos moldes previstos pelo artigo 62 da Convenção Americana.



do, é um caminho virtuoso em prol da salvaguarda de direitos humanos fundamentais.

Trata-se aqui de realizar uma ode ao entrelaçamento transversal entre as ordens heterogêneas que hoje produzem normas jurídicas de proteção à autonomia da vontade, à integridade física e moral, à não reificação, à limitação de poder e às garantias mínimas da pessoa humana por meio da troca de experiências e do constante aprendizado dos intérpretes neste cenário jurídico plural.

### **3.4 Controle de convencionalidade de matriz internacional no sistema global de direitos humanos**

O sistema global, também conhecido como universal ou onusiano, consiste em um conjunto de normas, procedimentos e órgãos voltados para a proteção dos direitos humanos dentro da estrutura da ONU. Parte da doutrina entende que este sistema foi criado junto à própria organização, através da Carta de São Francisco, em 1945, e consolida o processo de internacionalização dos direitos humanos. Nesse sentido, cita-se Flávia Piovesan e Júlia Cunha Cruz (2021) como exemplo.

Por outro lado, há aqueles que defendem que o sistema universal apenas se consolidou com a adoção de um conjunto normativo internacional básico e vinculante, doutrina que está representada pelos estudos de André de Carvalho Ramos (2021). Para o autor, a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, redigida pela extinta Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1948, não inaugurou de imediato o sistema de proteção global dos *standards* por não ter uma natureza constringente e, assim, não consolidar um conjunto de obrigações vinculantes para os Estados membros das Nações Unidas.

Apenas em 1966, após o fim da Guerra Fria e de quase duas décadas depois da adoção da DUDH, a Comissão de Direitos Humanos aprovou dois tratados, cujas normas foram de observância obrigatória pelos Estados que os ratificassem: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Junto à DUDH, estes dois instrumentos formam um conjunto normativo internacional global, consagrado pela doutrina como a Carta Internacional dos Direitos Humanos ou *International Bill of Rights*.

A sistematização de uma proteção global de direitos advém da construção deste sistema supramencionado, cuja interpretação é direcionada pelas diretrizes da DUDH. Ressalta-se que tal consolidação normativa também reafirma os objetivos das Nações Unidas em proteger padrões internacionais de direitos da pessoa humana, previstos desde a Carta de São

Francisco de 1945, porém frustrados em tal época por conta dos efeitos da Guerra Fria, que contrapunha os interesses de duas superpotências membros da ONU, os Estados Unidos e a antiga União Soviética.

Apenas a partir da adoção dos dois pactos supramencionados, sistematizou-se, ainda que de forma incipiente, um mecanismo de proteção global voltado para a efetivação de garantias humanas universais, cuja ampliação é fomentada pela ONU por meio de um chamado internacional à adoção de tratados de diversas naturezas. Neste cenário, André de Carvalho Ramos (2021, p. 168) discorre sobre o sistema global:

Atualmente, o sistema global é complexo e não se limita à Carta Internacional de Direitos Humanos, sendo composto por diversos tratados multilaterais de direitos humanos, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias [...].

Às supracitadas convenções internacionais, acrescenta-se quatro tratados internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Juntos, esses nove tratados internacionais compõem o bloco denominado *big nines* ou *big ones*<sup>93</sup>, bloco normativo internacional que consolida o sistema normativo global de proteção aos direitos humanos.

Ocorre que, diversamente dos processos internacionais que tramitam nos sistemas regionais de direitos humanos, o sistema global não adota uma prática de judicialização dos direitos humanos, com exceção da proteção na esfera penal. Isso porque, apenas para os casos que envolvem violações criminais, o sistema onusiano criou uma Corte competente para julgar graves atentados contra a ordem internacional praticados não pelos Estados, mas sim por pessoas, e apto a fixar sanções retributivas e reparatorias (PIOVESAN, 2019). Eis o Tribunal Penal Internacional.

Ainda, destaca-se que diversamente dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, no sistema global "[...] a responsabilização internacional alcança indivíduos, perpetradores dos crimes internacionais" (PIOVESAN, 2019, p. 52), em que pese o sistema não ter desenvolvido um sistema judicial para a apreciação da responsabilidade internacional

<sup>93</sup> A doutrina internacional consolidou a denominação "the big nines", em tradução livre representa as grandes nove convenções sobre direitos humanos do sistema global de proteção.

dos Estados por violação de direitos humanos. Tal fato não significa que não há fiscalização ou monitoramento dos padrões internacionais adotados pelos Estados que aderem à normatividade vinculante do sistema global, mas implica em uma observação menos constringente, baseada em um poder típico dos órgãos internacionais denominado "poder da vergonha".

A doutrina internacionalista estrangeira, que pode ser representada por Donnelly (1998), Keck (1998), Risse Thomas e Sikkink Kathryn (1999) demonstra que nos processos internacionais de direitos humanos, a sanção estatal envolve uma série de mecanismos de coação indireta, fundado em sanções materiais realizadas por meio da cessação de ajuda externa ou da interrupção da celebração de acordos internacionais comerciais e por represálias públicas dos abusos de direitos humanos. Essa “política da vergonha” foi criada para driblar as dificuldades na imposição de sanções, decorrente da responsabilidade internacional estatal, advinda da rigidez característica da soberania dos Estados, que tradicionalmente implica em uma dificuldade notória para a implementação efetiva do constitucionalismo cooperativo.

O “poder da vergonha” traduz-se em mecanismo que visa minimizar o empecilho material sancionatório na construção de uma arquitetura global de garantias, atribuído ao elemento estatal da soberania. Assim, os processos globais de implementação de direitos humanos fundam-se em uma política de diplomacia persuasiva, baseada na construção de um sistema composto por mecanismos de investigação e de denúncia (DONNELLY, 1998), mas sem um órgão jurisdicional próprio para apreciar as violações estatais. No que se refere à proteção dos direitos humanos, a comunidade internacional concentra seus “[...] *efforts to shame repressive governments by gathering and distributing information on the nature of repression, and to persuade repressive governments to alter their behavior by pointing out their hypocrisy*”<sup>94</sup> (HAWKINS, 2002, p. 20, grifo nosso).

Assim, a sistemática coercitiva internacional para a efetivação de direitos humanos instaura-se, eminentemente, a partir da preocupação estatal com sua legitimidade e reputação, não apenas doméstica mas também internacional. Nesse sentido, Risse e Sikkink (1999) descrevem a política da vergonha como um mecanismo de persuasão que delata os estados infratores como membros preteridos de uma comunidade de nações civilizadas, diante de um comportamento incompatível com a identidade que aspiram.

A doutrina internacionalista pátria, aqui representada por Flávia Piovesan (2019, p. 269, grifo do autor), explica os mecanismos de observação e monitoramento no sistema global:

<sup>94</sup> Em tradução livre: “[...] esforços para envergonhar governos repressivos, reunindo e distribuindo informações sobre a natureza da repressão, e para persuadir governos repressivos a alterar seu comportamento, apontando sua hipocrisia”.

Na esfera global, são adotados tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito da ONU, com amplo alcance, que são monitorados por Comitês instituídos pelos próprios tratados, como órgãos políticos e por vezes quase judiciais. A competência dos Comitês pode abranger a apreciação de relatórios formulados por Estados-partes a respeito das medidas tomadas no âmbito interno para a implementação do tratado; a realização de investigações *in loco*; a apreciação de comunicações interestatais, bem como de petições individuais, previstas, geralmente, mediante cláusulas facultativas. Importa ressaltar a lamentável ausência, até o momento, de um órgão jurisdicional de proteção dos direitos humanos no âmbito da ONU. Desse modo, em virtude da inexistência de uma Corte Internacional de Direitos Humanos, [...] a proteção dos direitos humanos no sistema global restringe-se ao *power of shame* e ao *power of embarrassment* da comunidade internacional, destituída de “garras e dentes”, ou seja, de capacidade sancionatória para enfrentar, com maior juridicidade, violações de direitos humanos perpetradas pelos Estados.

Deste modo, verifica-se que as violações ao sistema global ou universal de direitos humanos perpetradas pelos Estados ou por indivíduos não recebem o mesmo tratamento dado pelos sistemas internacionais. Isto porque o processo de justicialização dos direitos humanos não se opera no sistema onusiano tal como nos sistemas regionais de direitos humanos, com exceção, como já visto, da responsabilidade penal de indivíduos por graves crimes contra a ordem internacional.

Tal aferição não implica em inocuidade da proteção global, tendo em vista a construção de uma rede de competências nos órgãos onusianos capaz de monitorar, investigar, apreciar e tomar decisões oportunas com o fito de efetivação dos pisos internacionais estabelecidos, ainda que ausente um mecanismo efetivamente judicial para julgar Estados. Ocorre que a eficácia desses mecanismos está condicionada, em parte, não só a sua existência e atuação internacional, mas também, e talvez principalmente, ao estudo, ao conhecimento e à aplicabilidade das deliberações destes órgãos nos processos internacionais de direitos humanos.

O que recebe o nome de sistema global onusiano ou universal de direitos humanos é exatamente um conjunto de mecanismos de proteção regidos por órgãos internos da ONU e por instituições externas independentes, previstas por tratados internacionais que recebem apoio daquela (RAMOS, 2021). O Conselho de Direitos Humanos, as Relatorias Especiais de Direitos Humanos e o Alto Comissariado de Direitos Humanos são os órgãos internos da ONU, ou seja, antes de dentro da organização voltados à proteção institucional dessas garantias.

Os Comitês criados por tratados internacionais de âmbito universal e o Tribunal Penal Internacional são os entes externos, advindos de tratados diversos que atuam com apoio e incentivo da ONU.

Eis o sistema onusiano, advindo de um “[...] conjunto de órgãos da ONU e ainda de tratados elaborados sob os auspícios da ONU”, composto pelos órgãos descritos no pará-

grafo anterior, cuja competências recaem em "[...] zelar pelo cumprimento da Carta da ONU e, a depender do tratado, do seu teor" (RAMOS, 2021, p. 414).

Como o objeto desta tese reside em propor uma interpretação internacionalista das garantias universais de pisos mínimos do labor humano, cuja competência normativa internacional recai, sobretudo, em uma agência do sistema global de proteção de direitos humanos, no caso a OIT, é inevitável compreender e analisar os mecanismos que garantem o cumprimento dessas obrigações em sede internacional, o que é objeto de estudo da seção final desta pesquisa. Estes são entes que fixam uma verdadeira interpretação originária, indicando uma recomendação do modo de cumprimento da obrigação internacional, em analogia ao modelo de interpretação, em sede de sistema regional, pelas Cortes internacionais.

A fim de conhecê-los e de compreender como os comandos dos comitês internacionais devem interferir e contribuir para a maneira como os padrões de direitos humanos devem ser consolidados em esfera local, é primordial realizar uma reflexão sobre as suas legitimidade e incumbências, inicialmente neste capítulo, em sede do sistema ONU. Na seção seguinte, explora-se sobre a organização e atuação do sistema da OIT.

### ***3.4.1 Funções dos comitês da Organização das Nações Unidas***

Para além das Cortes de direitos humanos, a garantia do cumprimento dos padrões globais de direitos pelos Estados também é assegurada por outros instrumentos não judiciais, motivo pelo qual é possível afirmar que os processos de efetivação de pisos mínimos universais independem da existência de mecanismos jurisdicionais internacionais. Denominam-se órgãos de tratado os "[...] mecanismos voltados a assegurar a observância de apenas uma convenção ou de uma restrita série de acordos específicos" (PORTELA, 2021, p. 1094). Esses são criados e regulamentados por meio dos próprios instrumentos internacionais que visam dar efetividade, ou por meio de atos internacionais adicionais denominados protocolos facultativos.

Kerstin Mechlem (2008, p. 907-908) apresenta sete funções vitais dos órgãos de tratado no sistema internacional de direitos humanos:

They supervise states parties' compliance with their obligations under a treaty, monitor progress, and provide public scrutiny on realization efforts. They assist states in assessing achievements and in identifying implementation gaps. They try to induce changes to the law, policy, and practice in member states and provide guidance on the measures needed to realize rights at the national level. They stimulate and inform national human rights dialogue. Some treaty bodies afford individual redress. The committees' rather technical and legal work complements the more politically driven

activities of other human rights actors, notably the Human Rights Council. And finally, the committees interpret the treaties they supervise in order to discharge their mandate of monitoring states parties' implementation.<sup>95</sup>

No processo de consolidação internacional dos direitos humanos, os próprios Estados instituíram órgãos que fiscalizam o cumprimento do conteúdo dos tratados internacionais e exercem papel de extrema relevância ao fixar o conteúdo normativo dos padrões de direitos humanos, concedendo densidade substancial aos direitos fixados e às obrigações dos Estados, afastando um problema significativo no sistema internacional de proteção humana, que é a baixa densidade normativa do conteúdo da norma. "É no exercício dessa função que esses órgãos realizam, necessariamente, a interpretação e a aplicação das normas contidas nos tratados e convenções de direitos humanos" (PIMENTEL; GREGORUT, 2016, p. 261), o que caracteriza a essencialidade desses organismos no processo de concretização de padrões internacionais.

Em regra, os órgãos de monitoramento têm em sua composição pessoas físicas especialistas na matéria objeto do tratado, selecionadas por critérios como localização geográfica e representatividade dos principais sistemas jurídicos e formas de organização estatal, não sendo recomendado a existência de dois membros da mesma nacionalidade. Esses integrantes são tratados como agentes independentes, "[...] que não representam o Estado de origem ou do qual são nacionais, mas que, imparcialmente, avaliam a observância das convenções de direitos humanos" (PORTELA, 2021, p. 1094).

Os Estados que aderiram internacionalmente a um tratado internacional submetido à fiscalização de um órgão de controle, periodicamente devem apresentar um relatório da situação do objeto do tratado no território nacional, seja de ofício ou via solicitação externa. Neste, os Estados Parte expõem "[...] as medidas adotadas para tornar efetivos os direitos nele reconhecidos, bem como os fatores e as dificuldades que prejudiquem sua implementação" (RAMOS, 2021, p. 420). A partir da análise de tais relatórios, os órgãos de fiscalização e controle emitem recomendações sobre as medidas a serem adotadas em prol da promoção e da execução de pisos garantísticos, constantes no instrumento específico.

Na análise dos relatórios apresentados, o órgão de fiscalização não só aprecia as

<sup>95</sup> Em tradução livre: "Eles supervisionam a observância das obrigações contraídas pelos Estados signatários de um tratado, monitoram o progresso e fornecem escrutínio público sobre os esforços de realização. Eles auxiliam os Estados na avaliação dos seus avanços e na identificação das falhas de implementação. Eles tentam induzir mudanças na legislação, nas políticas públicas e práticas culturais dos Estados membros e fornecem orientação sobre as medidas necessárias para realizar os direitos em nível nacional. Eles estimulam e informam o diálogo nacional sobre direitos humanos. Alguns comitês permitem o acesso por meio de demanda individual. O trabalho técnico e jurídico dos comitês complementa as atividades políticas de outros atores de direitos humanos, notadamente o Conselho de Direitos Humanos. E, finalmente, os comitês interpretam os tratados que supervisionam para cumprir seu mandato de monitorar a implementação dos Estados Partes.

informações e as ponderações apresentadas, mas também as cruza com as informações nacionais obtidas pelo próprio organismo internacional ao qual faz parte, com dados fornecidos por outros Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais e outras entidades da sociedade civil. Esses são os denominados *shadow report*<sup>96</sup>, cuja função reside em "[...] revelar criticamente a real situação de direitos humanos naquele país" (RAMOS, 2021, p. 420). Em seguida, o comitê aprecia o relatório oficial e as demais informações obtidas, emitindo relatório final, contendo recomendações, ainda que sem força vinculante ao Estado (RAMOS, 2021).

Importante instrumento de fixação daquelas recomendações originárias, descritas no final do tópico anterior, são as observações gerais, também denominadas como comentários gerais, editadas pelos órgãos de tratado, "[...] meios pelos quais divulgam a interpretação que atribuem aos dispositivos dos tratados" (PORTELA, 2021, p. 1094). Assim, tais recomendações contêm "[...] a interpretação do Comitê sobre os direitos protegidos" (RAMOS, 2021, p. 420).

O sistema internacional de garantias à pessoa humana acrescenta e enriquece o conteúdo dos padrões mínimos, atribuindo-os densidade normativa - reflexão que será enriquecida na próxima seção -, não só por meio da adoção de novos instrumentos normativos, mas também pela "[...] ampliação do significado contido nessas normas dos tratados e convenções, em decorrência da prática dos órgãos de monitoramento, no exercício de suas funções" (PIMENTEL; GREGORUT, 2016, p. 262).

Isso porque, na análise do caso concreto os comitês apreciam a diversidade da realidade dos Estados, concretizando continuamente o significado das normas gerais e abstratas internacionais, eminentemente quando adotam observações e recomendações aos países ou quando decidem e submetem suas deliberações aos Estados, quando estes se submetem aos Protocolos Facultativos.

Neste sentido, Silvia Pimentel e Adriana Gregorut (2016) defendem o argumento de que tais órgãos de monitoramento são sujeitos ativos na criação das normas internacionais de direito humanos por intermédio da sua interpretação e permanente ressignificação. Isso ocorre quando da elaboração de observações gerais, recomendações e, principalmente, observações finais destinadas aos Estados em decorrência da análise dos relatórios periódicos apresentados.

A experiência destes órgãos, resultante da apreciação das situações concretas relatadas pelos Estados a partir da identificação das dificuldades e dos êxitos alcançados nos pro-

---

<sup>96</sup> Em tradução livre: relatório sombra.

cessos de consolidação dos *standards* internacionais, coloca-os não só como intérpretes da norma, mas também como co-participantes do processo de construção e de reconstrução dessas garantias, eminentemente quando recomendações gerais aos Estados-parte, "[...] visando esclarecer e contextualizar o sentido das normas convencionais, que por sua própria natureza possui uma grande abertura e vagueza" (PIMENTEL; GREGORUT, 2016, p. 264).

Alerta-se que quando se trata de direitos humanos, a mera existência de organismos internacionais com poderes interpretativos não é suficiente para ressignificar a situação local quanto à adoção de padrões globais, tal como assevera Kerstin Mechlem (2008, p. 919):

Because these instruments impose obligations on states that have to be fulfilled vis-à-vis individuals as third-party beneficiaries, states would have an obvious interest in interpreting them restrictively in order to retain more liberty in domestic policy making and ease the burden imposed upon them. In addition, the lack of inter-state complaints shows that states are reluctant to meddle in the human rights affairs of other parties or to accuse them of human rights violations.<sup>97</sup>

Assim, a interpretação internacionalista dos padrões internacionais não deve se esgotar no exercício hermenêutico realizado pelos órgãos de monitoramento dos tratados, o que justifica a criação dos *treaty bodies* ou comitês de especialistas, com o fito de garantir um processo de supervisão independente, além de construir conhecimento especializado a determinar como os direitos previstos em um instrumento sejam realizados. Assim, em se tratando de organismos aptos a realizar a interpretação e efetivação dos tratados de direitos humanos, além de contribuir com a construção legítima de tais direitos, assumem o papel valorativo que normalmente seria cumprido pelos Estados e cuja observância obedece às normas do arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Tratados, a seguir apresentados.

No sistema onusiano, a doutrina reconhece a existência de instrumentos de *soft* e de *hard law*, sendo estas normas juridicamente vinculantes, de conteúdo e observância obrigatória, e aqueles, regras de valor normativo menos constringente, seja porque são instrumentos que não detêm o *status* de norma jurídica, ou porque seus dispositivos, ainda que inseridos em normas vinculantes, não criam obrigação de direito positivo ou criam obrigações pouco constringentes, ou seja, de baixa densidade normativa.

Em que pese posições em sentido contrário, bem como o fato dessa simplificação hermenêutica representar um enfraquecimento da função das recomendações gerais, Silvia Pimentel e Adriana Gregorut (2016) interpretam tais instrumentos como reveladores do sentido

<sup>97</sup> Em tradução livre: "Como esses instrumentos impõem obrigações aos Estados que devem ser cumpridas em relação aos indivíduos como terceiros beneficiários, os Estados teriam um interesse óbvio em interpretá-los de forma restritiva, a fim de reter mais liberdade na formulação de políticas domésticas e aliviar o ônus imposto aos eles. Além disso, a falta de queixas interestaduais mostra que os Estados estão relutantes em se intrometer nos assuntos de direitos humanos de outras partes ou acusá-los de violações de direitos humanos.



e do alcance dos tratados internacionais no confronto com a realidade em que serão efetivados, o que representa natureza normativa.

Neste cenário, o papel participativo e dialético dos órgãos de tratado na função de monitoramento dos sistemas é de suma importância para fins de dar densidade normativa e conteúdo obrigacional à normativa internacional de direitos humanos. O desafio central desta atividade é considerar e respeitar o multiculturalismo e as diversidades históricas, políticas, sociais e culturais de cada país de maneira que se estabeleçam orientações e direcionamento que possibilitem, de forma concreta, que os Estados consolidem uma cultura social e ação política em prol do processo de institucionalização de direitos humanos.

Ocorre que a atividade interpretativa dos comitês também revela uma tensão no seu âmbito de atuação, uma vez que para alguns Estados-parte, ao conceder conteúdo e significado aos direitos e obrigações convencionais, os órgãos de tratado transpõem as fronteiras de sua atuação fiscalizatória e poderiam, assim, ferir caracteres de suma importância para o direito e as relações internacionais, tal como a soberania.

Inicialmente, o referido processo ocorre por meio da análise dos relatórios enviados pelos Estados, pelos organismos nacionais e internacionais da sociedade civil e pelos órgãos do sistema global. Posteriormente, consolida-se através do fomento ao diálogo construtivo entre os órgãos de tratado e os Estados e consequente encaminhamento das observações finais específicas para cada país examinado, que, quando reunidas, dão substrato à redação das recomendações gerais dirigidas a todos os países, sendo fruto direto daquelas observações.

### ***3.4.2 A administração dos padrões internacionais por Recomendações Gerais e Revisão Universal e Periódica***

No sistema universal ou onusiano, é por meio das Recomendações Gerais (RG's) que os comitês de direitos humanos esclarecem as suas compreensões sobre o conteúdo e as questões incidentais provenientes das normas internacionais que supervisionam (ALSTON, 2000). Essas visões são apresentadas por meio das citadas Recomendações, que se consolidam como uma declaração formal, ou seja, um instrumento de orientação para os Estados signatários.

Ocorre que a hipótese que sustenta que o exercício da função hermenêutica dos órgãos de tratado soluciona, de certa forma, o problema da baixa densidade normativa do conteúdo obrigacional dos *standards* internacionais não se esgota com a elaboração das RG's, tendo em vista que estas ainda "[...] possuem certo nível de abstração e generalidade, uma vez que

não se referem a situações e casos específicos e concretos de cada país [...], mas são direcionadas a todos os países que ratificaram o tratado" (PIMENTEL; GREGORUT, 2016, p. 268).

São as observações finais, as decisões e as investigações pautadas em protocolos facultativos que delimitam e concretizam essencialmente o sentido e o alcance do conteúdo jurídico desses instrumentos normativos. Tal atividade revela uma tensão no seu âmbito de atuação, uma vez que para alguns Estados-parte, ao conceder conteúdo e significado aos direitos e obrigações convencionais, os órgãos de tratado transpõem as fronteiras de sua atuação fiscalizatória e poderiam, assim, ferir caracteres de suma importância para o Direito e as relações internacionais, tal como a soberania.

Kerstin Mechlem (2008) destaca na função interpretativa dos comitês a ausência de observância ao padrão interpretativo ou às regras de interpretação pré-estabelecidas nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre os Tratados, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº. 7.030/09 (BRASIL, 2009a, *online*), *in verbis*:

Artigo 31:

Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
  - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
  - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
  - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
  - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
  - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Artigo 32:

Meios Suplementares de Interpretação

- Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:
- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
  - b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Silvia Pimentel e Adriana Gregorut (2016) tecem uma crítica no sentido de que os referidos artigos, além de insuficientes para a reger o processo interpretativo dos comitês, limitam a atuação destes, obstando que tais se aproximem da realidade fática dos destinatários

das garantias e das obrigações convencionadas. Além disso, a exigência de coerência dentro dos órgãos de tratado, bem como entre eles, deve guardar certa medida de flexibilidade a fim de evitar que a rigidez interpretativa embargue o processo de progressividade na consolidação dos padrões de direitos humanos.

Justifica-se, pois os conceitos estabelecidos nas RG's não podem se tornar obstáculos para a progressividade dos padrões universais, principalmente levando em conta a evolução do aprendizado do próprio órgão de tratado em face das temáticas com as quais lida. É exatamente neste contexto de ascensão de conhecimento sobre o padrão mínimo de tratamento a ser destinado um determinado objeto jurídico-material que permite avanços, novas visões, avaliações, definições e uma melhor tomada de decisão nos processos de consolidação dos direitos humanos. "É precisamente essa dinâmica viva que precisa ser ressaltada" (PIMENTEL; GREGORUT, 2016, p. 271)<sup>98</sup>.

A hermenêutica jurídica contemporânea, ao priorizar a dialética do caso concreto com a norma genérica e abstrata, em um diálogo de "ir e vir" imprescindível para a interpretação textual, o que é denominado nos trabalhos de Paul Ricoeur e Hans-Georg Gadamer como círculo hermenêutico, exige um esforço do intérprete que vai bastante além das citadas diretrizes da Convenção de Viena sobre tratados.

Os órgãos de tratado, eminentemente em suas funções de monitoramento, ao analisar a situação concreta, ou seja, a realidade de determinado objeto jurídico universalmente tutelado do ser humano em cada Estado, concretizam o sentido e o alcance dos *standards* abstratos, participando da criação destes, bem como "[...] singularizando e expandindo o seu conteúdo" (PIMENTEL; GREGORUT, 2016, p. 272). Isso remete a uma interpretação originária internacionalista atribuída a tais órgãos, que dá vida à norma genérica e abstrata da comunidade internacional quando estes a aplicam à realidade que estão monitorando.

É claro que cada texto internacional determina o objeto e a finalidade geral de cada instrumento normativo, fatores que moldam o alcance e o significado de tal norma nos processos hermenêuticos que ela passará. Na função interpretativa, os órgãos de tratado não ultrapassam os limites de suas competências quando atuam de acordo com esse conjunto cir-

---

<sup>98</sup> Silvia Pimentel e Adriana Gregorut (2016) apresentam o conceito de mutilação genital feminina como exemplo dessa necessária flexibilização na atuação interpretativa dos comitês. Até a RG n. 14, datada de 1990, era denominada "circuncisão feminina" com o fito de desviar o debate sobre a violência que envolve esse tipo de prática. Dois anos depois, a partir da RG n. 19, passou a ser adotado o termo "[...] mutilação genital". Referida RG também é paradigmática em sentido interpretativo, pois conceitua a discriminação contra a mulher como "[...] a violência contra a mulher é uma forma de discriminação que impede gravemente que goze de direitos em pé de igualdade com o homem", suprimindo a ausência de conteúdo normativo sobre tal segregação, vigente, desde 1979, com a redação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW).

cunstantial do tratado, não se podendo falar se observarem tais condições, em infração à soberania dos Estados signatários. Assim, os comitês são intérpretes autorizados e - porque não afirmar - originários da norma internacional, motivo pelo qual se defende que eles determinam os parâmetros do controle de convencionalidade originário do tratado, ainda não se tratando de órgãos jurisdicionais propriamente ditos. Essa afirmação é uma das premissas centrais da tese aqui apresentada.

As RG's são declarações formais, genéricas e abstratas, não direcionadas a um Estado-parte específico, que visam orientar a interpretação e a efetivação dos direitos humanos dos países signatários do tratado que, em inúmeros casos, apresentam cenários fáticos distintos para aplicação uniforme desses *standards*. Eis o desafio dos corpos de tratados: dar forma aos direitos humanos e indicar como estes devem ser aplicados. Fica uma impressão de usurpação da função judicante por estes órgãos ao indicar uma interpretação do tratado que deve ser seguida pelos Estados. Há legitimidade para tanto? A eleição dos membros desses órgãos pelos Estados partes é o bastante para alcançá-la?

É importante ressaltar que, na atual organização do sistema universal ou onusiano, reformado em 2006, quando da extinção da Comissão de Direitos Humanos e da criação do Conselho de Direitos Humanos<sup>99</sup>, foi instituído importante mecanismo de monitoramento e evolução do processo de institucionalização de padrões de direitos universais, a Revisão Periódica Universal (RPU).

André de Carvalho Ramos (2022) afirma que a essência da RPU se funda no *peer review*, ou seja, na revisão ou monitoramento por pares, no qual um Estado tem a sua realidade de direitos humanos analisada pelos demais Estados onusianos. Progressivamente, tal mecanismo substituirá o instrumento dos procedimentos especiais e seus relatores, criados pela extinta Comissão de Direitos Humanos. Portanto, a RPU é um instrumento que prevê que "[...] todos os Estados da ONU serão avaliados em períodos de quatro a cinco anos, evitando-se a seletividade e os parâmetros dúbios da escolha de um determinado país e outro não" (RAMOS, 2022, p. 221).

O procedimento está previsto no anexo da Resolução nº. 5/1 do Conselho de Di-

---

<sup>99</sup> “Em face das críticas de politização excessiva dos procedimentos especiais e das agendas próprias (e ocultas) dos Estados-membros, privilegiando aliados ou votando contra Estados tidos como inimigos, foi extinta em 2006 a Comissão de Direitos Humanos e criado, em seu lugar, o Conselho de Direitos Humanos, com 47 Estados-membros e vinculado à Assembleia Geral da ONU. O sistema anterior, baseado em grupos de trabalho e relatorias especiais foi mantido – até o momento –, sendo seus relatórios apreciados pelo novo Conselho de Direitos Humanos, que aprova resolução sobre as violações constatadas e pode encaminhar o caso à Assembleia Geral da ONU, para que essa possa adotar uma resolução sobre o caso, caso queira”. In: RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

reitos Humanos da ONU, e inicialmente consiste na apresentação de um relatório nacional oficial pelo Estado examinado a respeito da situação geral de direitos humanos em seu território. Em seguida, todas as informações existentes em órgãos de direitos humanos e nos bancos dos procedimentos especiais, referentes aos direitos humanos neste Estado, são compiladas e unidas às referências de organizações não governamentais, de instituições nacionais de direitos humanos e de informes e outros documentos relevantes. Todo o compilado é colecionado e resumido por equipe do Alto Comissariado da ONU a fim de examinar e questionar o Estado em análise sobre a situação de promoção de direitos humanos em seu território.

Em seguida, dá-se início ao processo de "diálogo construtivo" (RAMOS, 2022, p. 221) entre o Estado examinado e o CDH, representado por Estados membros e não membros do conselho, organizados em um grupo de trabalho. Toda a situação de direitos humanos examinada por meio do procedimento apresentado é exposta e explorada em sessão prevista para durar três horas. "Esse diálogo permite ao Estado examinado responder às dúvidas e ainda opinar sobre os comentários e sugestões dos demais Estados. Não há condenação ou conclusões vinculantes. Busca-se a cooperação e adesão voluntária do Estado examinado" (RAMOS, 2022, p. 221).

Para sistematizar e reduzir a termo todas essas etapas, três Estados são nomeados pelo CDH, escolhidos por sorteio entre grupos regionais. Tal grupo, conhecido como *troika*, age como "[...] verdadeiros relatores da revisão periódica do Estado examinado" (RAMOS, 2022, p. 221), resumindo as discussões, elaborando o relatório final ou de resultados e redigindo um sumário das ações realizadas no procedimento, das observações e sugestões dos Estados, bem como das respostas e dos compromissos voluntários assumidos pelo Estado em exame.

É esse relatório que será apresentado à Comissão de Direitos Humanos e que tem, pela própria redação do art. 27 do Anexo da Resolução 5/1, como característica essencial ser um instrumento cooperativo. Para André de Carvalho Ramos (2022, p. 221), "[...] o conteúdo do resultado do exame deverá conter uma avaliação objetiva e transparente da situação de direitos humanos do país, que inclua os avanços e desafios ainda existentes, bem como os compromissos voluntariamente aceitos pelo Estado examinado"<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> O Brasil foi um dos países pioneiros a serem submetidos à Revisão Periódica Universal, acatando ser submetido ao primeiro ciclo da RPU (2008-2011) quando então membro da primeira composição do Conselho de Direitos Humanos. A *troika* indicada foi composta por Arábia Saudita, Gabão e Suíça, editando um relatório de resultado sobre o Brasil em 2008. No segundo ciclo (2012-2016), o Brasil foi submetido a nova RPU, cuja *troika* foi formada por China, Equador e Polônia. Nesta oportunidade, o Brasil recebeu 170 recomendações, acatou, de forma integral, 159; rejeitou 1; e acatou, de forma parcial, 10. O Brasil também foi examinado no terceiro ciclo da RPU (2017-2021), tendo sido escolhidos Botsuana, El Salvador e Quirguistão, para atuar como relatores. Nesta oportunidade, intensificaram-se a participação dos Estados, os quais apresenta-

Todos os Estados da ONU devem passar pela RPU a cada quatro anos, a fim de estabelecer um diálogo construtivo entre os países membros do sistema global de proteção em prol do processo de consolidação e progressividade da situação local de direitos humanos. Ocorre que, em nome da preservação do postulado da soberania do Estado na ordem internacional, os compromissos assumidos pelo Estado examinado são de acatamento voluntário a partir das recomendações proferidas pelos demais Estados. Muitas dessas sugestões são, provável e propositadamente, realizadas "[...] de modo genérico e programático" (RAMOS, 2022, p. 222) com o fito de facilitar a apresentação de cumprimento da medida na próxima averiguação universal periódica.

Enquanto os Estados perpetuarem a cultura de emitir recomendações generalizadas e de cumprimento facilitado, sem maiores esforços em prol da primazia dos direitos humanos nos processos de construção de cultura local, o instrumento da RPU "[...] tende a se restringir a fornecer um espaço político de visibilidade sobre a situação de direitos humanos em um determinado país" (RAMOS, 2022, p. 222).

A fim de efetivar o processo de adoção substancial de uma cultura universal de tratamento à pessoa humana, por meio da fixação de padrões universais, é preciso realizar o constitucionalismo cooperativo por intermédio de ações voluntárias do Estado, e que tais ações cedam, ainda que parcialmente, das serventias que o caractere da soberania auxilia na apresentação de justificativas para manutenção da conjuntura atual. Dar atenção à apresentação de dados objetivos e mensuráveis na prestação de contas no próximo ciclo de revisão universal deve ser o intuito dos Estados, fomentados pela ONU, na confecção das recomendações destinadas ao mesmo. A este cabe a compreensão de que sugestões sobre ações diretas e quantificáveis são medidas que mais elevam as condições de vida e da realização das personalidades dos nacionais que medidas genéricas de "fazer esforços", "promover" e "adotar medidas".

Vale destacar que a apresentação do sistema onusiano aparece nesta seção como forma de introduzir a construção da realização de um sistema global de efetivação dos padrões de direitos humanos com legitimidade e competência para fixação e interpretação originária dos pisos internacionais. Como parte de tal sistema, e organizando-se de forma antecessora a

---

ram 246 recomendações, muitas delas programáticas e genéricas, propositalmente feitas para admitir certa facilidade na prestação de contas do cumprimento da obrigação quando acatada (por exemplo: "fazer esforços", "promover", "adotar medidas" para reformar o sistema prisional à luz dos direitos humanos). Em contrapartida, as recomendações de difícil aferição, que, em regra, determinam a adoção de ações diretas, na medida de tudo ou nada, podem ser recusadas, tal como ocorreu com a do Reino Unido que, no terceiro ciclo, sugeriu a adoção de critério transparente e meritocrático para a seleção de candidatos nacionais para os órgãos da ONU, rejeitada pelo Brasil. *In*: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ele, a Organização Internacional do Trabalho destaca-se como agência de fomento, organizadora e intérprete originária dos pisos internacionais laborais, cuja jurisdição doméstica deve sempre amparar a fim de atender aos encômios da boa jurisdição e à responsabilidade a que o Estado se comprometeu a cumprir com toda aquela pessoa que no território local labora.

#### 4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ODE AO VERDADEIRO PLURALISMO JURÍDICO DIREITO DO TRABALHO DO BRASIL

Propor que a atividade do intérprete da legislação laboral brasileira esteja em consonância com a normatização internacional. Este é o objetivo desta seção final. Entendendo que os padrões globais relacionados ao trabalho humano advêm de normatização proveniente da agência especializada pertencente ao sistema global de direitos humanos, a Organização Internacional do Trabalho. Incita-se a elaboração de seção própria para caracterizar o funcionamento deste sistema, seus comitês, administração, deliberação normativa, bem como sobre a forma de apreciação de infrações em relação aos padrões consolidados. Entende-se que apenas compreendendo o funcionamento do sistema é possível apreciar o funcionamento do verdadeiro controle de convencionalidade na OIT, o de matriz internacionalista. Enfim, a partir de tal compreensão foi possível construir uma tese em prol de uma interpretação internacionalista dos padrões internacionais do labor humano.

Nota-se a importância de se abordar assuntos como a legitimidade democrática dos órgãos internacionais e a (in)efetividade do princípio *pro homine*, a fim de evitar a romantização do instituto controle de convencionalidade e a sua utilização com o fito exclusivo de aprimorar o *obiter dictum* dos pronunciamentos estatais. Eminentemente, sob a perspectiva da jurisdição trabalhista nacional, defende-se nesta seção o controle de convencionalidade como pressuposto inafastável da *radio decidendi* de todo e qualquer caso concreto analisado, quando este envolva matéria objeto da fixação de *standard* internacional do labor. Isto porque em termos de diálogo transnacional, não se pode falar sobre eficácia do Direito Internacional público fundado em um constitucionalismo cooperativo sem o respeito e a aplicação da interpretação internacionalista dos padrões mínimos para todo o ser humano que labora no mundo.

A fim de alcançar seu objetivo, inicialmente a presente seção apresenta a estrutura e a organização da agência multilateral das Nações Unidas especializada em questões de labor humano, especialmente no que se refere à fixação de pisos internacionais por meio de sua produção normativa, consistente na redação de convenções, recomendações, resoluções, declarações e outros instrumentos. Neste ponto, é mister distinguir os instrumentos normativos e refletir acerca das respectivas naturezas, efeitos e implicações no ordenamento jurídico do Estado ratificante.

No ponto que segue, analisa-se o modelo de monitoramento internacional dos Es-



tados no cumprimento dos padrões dos instrumentos normativos ratificados. Antes da apresentação dos procedimentos, é apresentada uma breve reflexão sobre a responsabilidade internacional dos Estados sobre padrões mínimos de trabalho e seus fundamentos axiológicos. Em seguida, são apresentados os fundamentos normativos desta fixação de pisos mínimos de labor no ordenamento jurídico internacional, bem como o papel da OIT na promoção, monitoramento e interpretação de tais garantias. Aqui, a reflexão objetiva verificar um modelo de operacionalização da OIT que possibilite a incorporação concreta e real dos padrões internacionais pelos Estados ratificantes.

No terceiro tópico aprecia-se a incorporação desses pisos mínimos de labor pelo Brasil, a natureza jurídica de tais normas e a forma pela qual o intérprete nacional hoje se comporta no exercício hermenêutico a partir das normas internacionais do trabalho. A hipótese a ser investigada consiste na tendência interpretativa pátria de dar concretude à norma internacional a partir de uma hermenêutica local, o que viola não só os postulados da responsabilidade internacional do Estado brasileiro, mas também o exercício cogente do controle de convencionalidade derivado ou de matriz nacional, o qual deveria respeitar a jurisprudência do exercício hermenêutico dos órgãos internacionais de monitoramento da norma. Portanto, a seção corrente é uma ode ao estudo, à pesquisa, ao ensino e ao exercício do Direito Internacional do Trabalho na vida do intérprete do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo contemporâneo.

#### **4.1 A criação da OIT e sua incorporação ao sistema global de proteção ao ser humano**

O processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho no mundo é marcado pela criação de sua agência reguladora internacional especializada, a OIT. Ocorre que a consolidação de tal direito passa por inúmeras etapas que as distinguem entre si e são peculiares para fins de fixação das características que esta seara jurídica ocupa nos estudos do direito nos dias de hoje.

Em busca de compreender a construção desse ramo jurídico especializado, Maurício Godinho Delgado (2020) destaca a diferenciação entre as fases principais no desenvolvimento empírico-normativo do Direito do Trabalho no mundo, eminentemente nos países desenvolvidos centrais, dos séculos XIX ao início do XXI. O autor delimita quatro fases: manifestações incipientes ou esparsas; sistematização e consolidação; institucionalização do Direito do Trabalho no mundo; e crise e transição do direito do trabalho.

A criação da OIT é um dos marcos da segunda fase. Mais especificamente, a orga-

nização ocupa o espaço de marco final desta etapa, que se estende de 1848<sup>101</sup> até o processo de encerramento da Primeira Guerra Mundial, culminando na pactuação do Tratado de Versalhes, que em seu Anexo XIII, em 28 de julho de 1919, constituiu a OIT a fim de versar sobre a matéria do labor humano, como parte integrante da Sociedade das Nações, da qual inicialmente percebia o custeio para as suas atividades. Apenas após a Segunda Guerra, mais precisamente em 1946, a OIT foi vinculada às Nações Unidas, mantendo a sua independência nos moldes dos artigos 57 e 63 da Carta da ONU.

Interessante que a criação da OIT também é marco, mesmo que inaugural, da terceira etapa do processo de evolução em matéria jurídica de labor: de institucionalização do Direito do Trabalho. Por si só, esta afirmação demonstra que a referida organização internacional recebe a incumbência de ser um prelúdio da consolidação sistemática do labor no mundo contemporâneo enquanto organização depositária (REZEK, 2022). Vale ressaltar que a OIT também é precursora da própria organização do Direito Internacional, o que a eleva a órgão de vanguarda na proteção internacional do ser humano, logo na circunstância objeto desta tese: o trabalho.

Arnaldo Süssekind (1998) explicita que a filosofia da OIT não se restringe à melhoria das condições de trabalho, mas à proposição de um cenário substancial de melhores condições humanas em seu conjunto. Dá ênfase tanto à luta contra a necessidade, em prol do progresso material e da segurança econômica, quanto à defesa de valores, tais como a liberdade - de expressão e de associação -, a dignidade e a igualdade - de oportunidades. A organização também não se limita à proteção dos trabalhadores em sentido estrito, pois visa tutelar a amplitude dos seres humanos nas suas relações de trabalho. Isso porque é premissa original da

---

<sup>101</sup> "O marco inicial dessa segunda fase situa-se não apenas no Manifesto Comunista (1848) como também no movimento de massas denominado cartista, na Grã-Bretanha, e, ainda, na Revolução de 1848, na França. Este último processo revolucionário, a propósito, é substantivamente criativo. É que, de fato, ele traduz a primeira grande ação coletiva sistemática dos segmentos dominados na estrutura socioeconômica da época perante a ordem institucional vigorante — agindo os trabalhadores na qualidade de sujeito coletivo típico. Combinadamente a isso, desponta a circunstância de incorporar essa revolução um estuário de reivindicações nitidamente oriundas dos trabalhadores urbanos. Estes conseguem, no processo revolucionário, generalizar para o mundo do Direito uma série de reivindicações que lhe são próprias, transformando-as em preceitos da ordem jurídica ou instrumentos da sociedade política institucionalizada. São dessa época, na França, o reconhecimento do direito de associação e greve e a fixação da jornada de 10 horas; no plano político, tem-se a extensão do sufrágio universal. No que diz respeito à Grã-Bretanha, por outro lado, a jornada de trabalho seria reduzida a 10 horas em 1849, após o movimento cartista de massas verificado no ano anterior. O ano de 1848 é, de fato, marco decisivo à compreensão da História do Direito do Trabalho. Isso, pela verdadeira mudança que produz no pensamento socialista, representada pela publicação do Manifesto de Marx e Engels, sepultando a hegemonia, no pensamento revolucionário, das vertentes insurrecionais ou utópicas. Do mesmo modo, pelo processo de revoluções e movimentos de massa experimentado naquele instante, indicando a reorientação estratégica das classes socialmente subordinadas. Estas passam a se voltar a uma linha de incisiva pressão coletiva sobre o pólo adverso na relação empregatícia (o empresariado) e sobre a ordem institucional vigorante, de modo a insculpir no universo das condições de contratação da força de trabalho e no universo jurídico mais amplo da sociedade o vigor de sua palavra e de seus interesses coletivos". *In*: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Ltr, 2020.

OIT a promoção da paz mundial e do bem comum em prol da humanidade a partir da pacificação nas relações de labor em sede nacional e internacional.

Apoiado na doutrina de Américo Plá Rodriguez, Carlos Roberto Husek (2019, p. 286) caracteriza a OIT como associação internacional de caráter federativo, o que implica "[...] naturalmente, certa restrição à soberania de cada membro, bem se vê que sua atuação não leva em conta as fronteiras do Estado, ainda que em suas disposições consagre o respeito à soberania estatal". Novamente, lembra-se que o sistema internacional de proteção das relações do trabalho não é apenas um precursor das organizações e do próprio Direito Internacional, mas também um órgão de vanguarda no sentido de não se limitar a reger relações entre estados, mas também se movimentar em prol do bem-estar dos indivíduos e da justiça social.

#### *4.1.1 Estrutura tripartite, organização e funções*

A agência internacional do trabalho é única no sistema internacional das Nações Unidas que possui estrutura tripartite, na qual representantes dos governos, dos trabalhadores e dos empregadores integrantes dos 187 (cento e oitenta e sete) Estados membros atuais, participam das deliberações da organização em igualdade de condições. Luiz Eduardo Gunther e Luís Alexandre Carta Winter (2014, p. 11) esclarecem que o formato tripartite não foi desenvolvido originalmente pela OIT, mas teve inspiração e justificativa em organismos e intenções precursores:

Criada em 1919, a OIT teve como precursora imediata a Conferência de Legislação Internacional do Trabalho, onde o formato tripartite que se verificaria naquela organização toma forma, embora com posições iniciais bem diferentes da que acabou por se mostrar como resultado final. Havia uma posição, defendida pelos franceses e italianos, valorizando o papel do governo. Em contrapartida, a posição norte-americana dava relevância maior para empregados e empregadores, coerente com o modelo liberal e de não intervenção do Estado. Preponderou a posição inglesa, como um meio-termo, ou seja, a OIT, instituição quase centenária, tem uma participação tripartite (governos, trabalhadores e empregadores), possuindo uma produção normativa muito intensa, abarcando, em quase todas as partes do mundo, os principais problemas relativos ao trabalho na contemporaneidade. Mas ela também tem um fator ideológico importante: contrapor-se à força da internacional socialista, presente no solo europeu desde a sétima década do século XIX, e que, em um dado momento, foi vitoriosa na Rússia Czarista, derrubando a monarquia e criando um Estado Socialista. A ideia era também evitar uma segunda União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Nota-se que, se por um lado a estrutura tripartite merece aclamação por dar assento, na obtenção do consenso internacional, aos principais atores de um sistema de proteção social ao ser humano, eminentemente aqueles titulares das garantias - os trabalhadores - e os ga-

rantidores delas - estados e empregadores em sentido amplo, por outro lado vislumbra-se que a justificativa traga consigo uma motivação ideológica. A organização internacional tripartida fomenta a participação dos atores principais em um cenário capitalista de produção, o que se visava fortalecer à época da criação da OIT, diante da ameaça dos avanços socialistas no leste europeu.

A estrutura tripartite é a característica mais marcante da OIT, correspondendo a um compromisso internacional, além do aspecto político apresentado com a representação paritária dos Estados, dos indivíduos e dos grupos, como regra quase absoluta<sup>102</sup> na composição de seus órgãos colegiados (RESEK, 2019). Essa composição paritária confere não só uma característica especial às normas internacionais do trabalho, mas também traz com ela uma maior legitimidade e um caráter democrático mais denso, caracteres peculiares a um organismo internacional. Isso porque o debate sobre a legitimidade dos padrões internacionais fixados por um consenso supranacional, obtido por Estados quando reunidos em órgãos internacionais, é mitigado quando os atores e principais envolvidos neste acordo também participam ativamente no processo de positividade normativa desses padrões.

Assim, salienta Roberto Von Potobsky em tratado dirigido por Mario Deveali (1972) que "[...] o tripartidarismo da OIT constitui sua verdadeira força, em vista da autoridade com que são unguidas as decisões de seus organismos, adotadas com o apoio majoritário dos três setores", incluindo, ao lado dos Estados, o ser humano protegido, representado por sua classe e os garantidores desses direitos, também por meio de representação classista. Tal fato incita a facilitação do diálogo entre os protagonistas destinatários da norma, tornando-a mais democrática, elementos essenciais para o exercício de um constitucionalismo cooperativo, mas que não garantem o efetivo cumprimento do piso de labor acordado.

Outro ponto sensível é o reflexo, no plano nacional, que a representação tripartite da OIT espelha em relação à composição de órgãos e entidades pátrias. Em diversos países, representantes de trabalhadores e de empregadores integram órgãos jurisdicionais do trabalho, conselhos de instituições de seguridade social, comissões nacionais em matéria de labor, participam do processo legislativo e de órgãos responsáveis por planos econômicos, "[...] colaborando ou sendo consultados, tanto na aplicação de normas internacionais, como na preparação

---

<sup>102</sup> “Somente não possuem representação classista os órgãos que concernem interesses específicos de governos (p. ex.: Comissão de Representantes Governamentais para Questões Financeiras, da Conferência) e o exame exclusivo de questões técnicas (p. ex.: Comitê de Peritos para a avaliação dos 10 Estados de importância industrial mais considerável, constituído geralmente de estatísticos) ou jurídicas (p. ex.: Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações, integrada por personalidades independentes). Por sua vez, a Comissão Paritária Marítima não tem representação governamental”. *In*: SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000. p. 148.

e execução dos projetos de cooperação técnica" (SÜSSEKIND, 2000, p. 150).

No Brasil, desde a Constituição de 1934, a Justiça do Trabalho contemplou a representação de classe na formação do juízo deliberativo da decisão jurisdicional, esse composto por um juiz togado com formação jurídica e dois juízes leigos, recrutados em sindicatos, um representando os trabalhadores e outro os empregadores. Extinta em 1999, com a vigência da Emenda Constitucional nº. 24, a representação classista contemplava críticas graves, eminentemente políticas e orçamentárias, e características únicas, tal como a democratização do Poder Judiciário.

Em que pese a extinção acima, a representação das classes obreira e empregadora ainda resiste em diversos órgãos colegiados do Brasil, tais como no Conselho Nacional do Trabalho<sup>103</sup>, na Comissão Tripartite Paritária Permanente<sup>104</sup>, no Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador<sup>105</sup>, no Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de

<sup>103</sup> Órgão colegiado de natureza consultiva do poder público federal, criado pelo Decreto n. 16.027, de 30 de abril de 1923, para assuntos referentes à organização do trabalho e da previdência social. Tem composição tripartite e paritária, formado por representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores e integrante da estrutura básica do Ministério do Trabalho e Previdência, é atualmente regido pelo Decreto nº 10.905, de 20 de dezembro de 2021. Tem por atribuições propor políticas e ações para modernizar as relações de trabalho; estimular a negociação coletiva e o diálogo social como mecanismos de solução de conflitos; promover o entendimento entre trabalhadores e empregadores e buscar soluções em temas estratégicos relativos às relações de trabalho; propor diretrizes para a elaboração dos planos, dos programas e das normas sobre políticas públicas em matéria trabalhista, de competência do Ministério do Trabalho e Previdência; propor estudos e analisar normas complementares que tratam das condições e das relações de trabalho; e pronunciar-se sobre outros assuntos que lhe sejam submetidos, na sua área de competência. Fonte: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-nacional-do-trabalho>.

<sup>104</sup> É o fórum oficial do governo federal responsável por discutir temas referentes à segurança e à saúde no trabalho, em especial as Normas Regulamentadoras (NR), tendo como competência principal estimular o diálogo social com vistas a melhorar as condições e o meio ambiente do trabalho. Instituída originalmente pela Portaria SSST nº 02, de 10 de abril de 1996, essa comissão é resultado das primeiras experiências de diálogo social tripartite realizadas a partir da década de 80, destacando-se nesse processo os Grupos Técnicos de Trabalho Tripartites de revisão da Norma Regulamentadora nº 13 (NR-13) – Caldeiras e Vasos de Pressão, e da Norma Regulamentadora nº 18 (NR-18) – Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção, com atuação durante a década de 90. A CTPP, hoje sob a égide do Decreto nº 10.905, de 20 de dezembro de 2021, representa a materialização do processo de diálogo social tripartite previsto nas Convenções nº 144 - Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho e nº 155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Fonte: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs>.

<sup>105</sup> Órgão instituído pela Lei n. 7.998/1990, também de natureza tripartite, ao qual compete a gerência do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e deliberações afins, tal como aprovar e acompanhar a execução do Plano de Trabalho Anual do Programa do Seguro-Desemprego e do abono salarial e os respectivos orçamentos. O órgão propôs orçamento no valor 115,9 bilhões para o FAT no ano de 2023, sendo 44,4 bilhões para o pagamento do seguro desemprego e 25,5 bilhões para abono salarial. Fonte: <https://portalfat.mte.gov.br/codefat-propoe-orcamento-do-fat-de-1159-bilhoes-para-2023/>.

Serviço<sup>106</sup> e no Conselho Nacional da Previdência Social<sup>107</sup>.

É necessário destacar que a representação tripartite garante a participação dos três grupos representados no processo de tomada de decisão internacional laboral. No entanto, tal configuração se dá sem a participação proporcional igualitária entre os setores, uma vez que cada o governo é representado por dois representantes, enquanto os trabalhadores e empregadores são representados por apenas um representante.

A base organizacional da OIT é composta por três órgãos principais: a Conferência Internacional do Trabalho, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho (HUSEK, 2019). Arnaldo Süssekind (2020, p.153) afirma que a Conferência Internacional do Trabalho "[...] é a assembleia geral de todos os Estados membros da OIT. Como órgão supremo, traça as diretrizes gerais da política social a ser observada; [...] adota resoluções sobre os problemas que concernem, direta ou indiretamente, às suas finalidades". Trata-se do órgão de cúpula da OIT que delibera sobre os pisos internacionais do trabalho por meio da elaboração de normas internacionais sobre as frentes de trabalho gerais da agência global de proteção ao trabalho.

A Conferência também supervisiona a aplicação de Convenções e de Recomendações no nível nacional. Desde a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), também tem como atribuição examinar o Relatório Global preparado pelo escritório internacional, em relação aos quatro direitos fundamentais do trabalho: liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; a abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em relação ao emprego e ocupação<sup>108</sup>. Por fim, a Conferência também adota resoluções que fornecem diretrizes para a política geral e atividades futuras da OIT

<sup>106</sup> Órgão colegiado tripartite composto por entidades representativas dos trabalhadores e dos empregadores, bem como por representantes do Governo Federal. A entidade é presidida por representante do Ministério do Trabalho e da Previdência e é composta por 6 representantes do governo e 6 representantes da sociedade, conforme o Decreto nº 10.905/2021.

<sup>107</sup> Órgão superior de deliberação colegiada, criado pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao longo do tempo vem aperfeiçoando sua atuação no acompanhamento e na avaliação dos planos e programas que são realizados pela administração, na busca de melhor desempenho dos serviços prestados à clientela previdenciária. Composto pelo Governo Federal e pela sociedade civil, representada por trabalhadores em atividade, aposentados e pensionista e empregadores, o CNPS tem por principais competência: estabelecer diretrizes gerais e apreciar as decisões de políticas aplicáveis à Previdência Social; participar, acompanhar e avaliar sistematicamente a gestão previdenciária; apreciar e aprovar os planos e programas da Previdência Social; apreciar e aprovar as propostas orçamentárias da Previdência Social, antes de sua consolidação na proposta orçamentária da Seguridade Social. Fonte: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-nacional-de-previdencia>

<sup>108</sup> “Nos últimos anos, esses relatórios abordaram os seguintes temas: Seguro social e proteção social (1993), Defesa de valores, promoção da mudança: justiça social em uma economia global (1994); Promoção do emprego (1995), OIT, estabelecimento de padrões e globalização (1997); Trabalho Decente (1999); Reduzindo o déficit do trabalho decente: Um desafio global (2001); e Uma globalização justa: Criando oportunidades para todos (2004)”. Fonte: [https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS\\_740928/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS_740928/lang-pt/index.htm).

e, a cada dois anos, aprova o programa de trabalho e o orçamento bienal da Organização, financiados pelos Estados-membros.

Anualmente<sup>109</sup>, a Conferência Internacional do Trabalho se reúne em Genebra<sup>110</sup>, composta por uma delegação que representa cada um dos 187 (cento e oitenta e sete) Estados membros da OIT. Cada delegação é formada por 2 (dois) delegados do governo, 1 (um) delegado dos empregadores e 1 (um) delegado dos trabalhadores, acompanhados de consultores técnicos. A nomeação dos delegados não governamentais ocorre de acordo com as organizações nacionais mais representativas de empregadores e trabalhadores.

A comunicação oficial da própria OIT destaca que todos os delegados possuem os mesmos direitos, podendo votar livremente, inclusive em sentido oposto aos delegados do governo. Em que pese tal liberdade democrática é comum que as decisões colegiadas sejam tomadas por maioria e, em algumas oportunidades, até por unanimidade. Arnaldo Sússekind destaca a natureza jurídica *sui generis* da Conferência (2000, p. 154):

Não é a Conferência um conclave de plenipotenciários, nem uma reunião de técnicos. Sua natureza é *sui generis*, porque os delegados que a constituem representam o Estado-membro (dois), as organizações sindicais de trabalhadores (um) e as organizações de empregadores (um), inexistindo qualquer outra entidade de direito público internacional com tal composição. Daí ter assinado *Guerreau* que a Conferência corresponde a uma espécie de parlamento mundial integrado por um sistema de representação mista de interesses: estatais e profissionais. Uma espécie de parlamento - convém frisar - mas não um parlamento, porquanto, como bem advertiu *Georges Scelle*, não lhe cabe substituir os parlamentos nacionais na competência para elaborar as próprias leis, sendo certo que a integração das convenções e recomendações internacionais no direito positivo dos Estados-membros depende da deliberação soberana dos legisladores nacionais.

Assim a Conferência Internacional é produtora de normas jurídicas laborais, elaboradas a partir do consenso de Estados membros representados não só pelos seus plenipotenciários governamentais, mas também pelos principais sujeitos participantes das relações de trabalho, os trabalhadores e empregadores. Ocorre que para se tornarem objeto de vigência nacional, tais normas jurídicas dependem, pela teoria majoritária de incorporação de normas internacionais, de ratificação nacional, apesar de sua concepção ser proveniente desse parlamento peculiar. Em cada reunião, o plenário da Conferência constitui comissões tripartidas para deliberar sobre as atividades de sua competência. São elas: a Comissão de Proposições, a Comissão de Verificação de Poderes; a Comissão de Redação, a Comissão de Aplicação de Con-

<sup>109</sup> Desde de 1919 até a data de depósito desta tese, a Conferência realizou 110 reuniões, sendo a última realizada entre 27 de maio e 11 de junho de 2022.

<sup>110</sup> “A Conferência celebra suas reuniões sempre que necessárias; mas, em face do disposto no art. 3, § 1o, da Constituição deverá realizá-las, pelo menos, uma vez por ano. Normalmente, elas se efetuam em Genebra, na Suíça, onde está sediada a OIT”. in: SÚSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000. p. 154.

venções e de Recomendações; a Comissão de Resoluções; e as Comissões destinadas ao exame de cada uma das questões da ordem do dia.

Ressalta-se que, além da representação classista da delegação de cada Estado membro, cada delegado indicado pelas respectivas organizações profissionais, "[...] poderá estar acompanhado de conselheiros técnicos, em número não superior a dois para cada uma das questões que figurem na ordem do dia da reunião" (SÜSSEKIND, 2000, p. 156). Toda a produção normativa da OIT, compreendida nos projetos de convenções, recomendações e resoluções adotados pelas comissões, deve ser submetida à apreciação do plenário da Conferência Internacional do Trabalho para obter o seu pronunciamento.

Não se exigindo quórum especial na Constituição da OIT, as decisões da Conferência são tomadas por maioria simples dos delegados presentes, os quais têm o direito de votar individualmente em todas as ordens submetidas à Conferência. De tal afirmação infere-se a conclusão de que "[...] o fato de determinado delegado ter votado em favor de determinado diploma não obriga, juridicamente, o Estado a incorporá-lo ao seu direito interno" (SÜSSEKIND, 2000, p. 158). Além disso, na remota hipótese de um delegado classista não ser designado para a representação de um Estado, o outro poderá participar dos debates, sem direito a voto. Tal configuração também se aplica quando a Conferência retira os poderes de um delegado classista, nos moldes do art. 4, §§ 2º e 3º da Constituição da OIT.

Outro organismo que compõe a tríade da organização da OIT é o Conselho de Administração, órgão executivo responsável pela tomada de decisões políticas da agência internacional, em especial pela designação de data, local e ordem do dia das reuniões da Conferência Internacional do Trabalho, das Conferências regionais e das Conferências técnicas, além da elaboração da proposta bienal orçamentária e do programa de ações da organização internacional, sendo esses últimos submetidos à Conferência para aprovação. Ressalta-se que a reunião do Conselho ocorre 3 (três) vezes por ano, nos meses de março, junho e novembro, tendo como composição 56 membros titulares e 66 suplentes, sendo sempre 28 membros dos governos e, respectivamente, 14 representantes de trabalhadores e 14 (quatorze) representantes de empregadores na composição titular, além de 19 representantes de trabalhadores e 19 representantes de empregadores na composição de suplentes.

Os Estados-membro industriais mais importantes têm reservados 10 assentos na composição governamental do Conselho, sendo eles Brasil, China, França, Alemanha, Índia, Itália, Japão, Federação Russa, Reino Unido e Estados Unidos. Os demais 18 membros titulares e suplentes governamentais são eleitos pela Conferência Internacional do Trabalho a cada três anos. Os representantes de trabalhadores e de empregadores, também eleitos trienalmente,



são votados, respectivamente, pelos colégios eleitorais constituídos pelos delegados dos trabalhadores e dos empregadores à correspondente reunião da Conferência, nos moldes previstos pelo art. 7, § 4º da Constituição da OIT.

Após muitos anos de discussão, na 72ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra (1986) foi aprovada a modificação da composição do Conselho de Administração. Para tornar a representatividade mais universal e democrática, todos os membros do Conselho devem ser eleitos pelos respectivos colégios eleitorais para o exercício de mandato de três anos, extinguindo-se os membros governamentais "natos". Por implicar em alteração da Constituição da OIT, conforme exige o art. 36 deste diploma, a entrada em vigor da reforma está condicionada à ratificação por dois terços dos Estados membros, dentre eles cinco dos 10 países que compõem o Conselho na qualidade de membros não eletivos, por contemplarem os assentos dos Estados membros industriais mais importantes.

Ao atuar na representação do Brasil neste Conselho de Administração, Arnaldo Sússekind registrou ser contrário à fixação de membros permanentes, prevista no art. 7, § 2º da Constituição da OIT, advogando em prol da extinção da categoria, mesmo o Brasil ocupando um desses postos. Em 29 de maio de 1980, no curso da 66ª Conferência Internacional do Trabalho, o autor sustentou a posição que o governo brasileiro defendia a eliminação da categoria dos membros permanentes, por entender necessário "[...] garantir uma distribuição geográfica adequada, no Conselho dos Estados membros da OIT, com mandatos outorgados, periódica e democraticamente, pelos votos dos delegados governamentais" (SÜSSEKIND, 2000, p. 161).

Em que pese ainda não ser vigente, o novo art. 7, § 3º da Constituição da OIT, estabelece que 54 dos 56 postos do Conselho de Administração serão distribuídos entre quatro regiões geográficas desta forma: 13 postos para África; 12 postos para as Américas; 14 e 15 postos, alternadamente, para Ásia e Europa. Os dois postos restantes "[...] permitirão aos Estados não incluídos em protocolo regional participar do processo eleitoral em condições não discriminatórias" (SÜSSEKIND, 2000, p. 162). Enquanto não se atinge os pressupostos para vigência da alteração constitucional, os membros permanentes do Conselho de Administração regem à tona da tomada de decisão de ações da OIT em conformidade com sua pauta política.

Completa a tríade organizacional da OIT a Repartição Internacional do Trabalho, também denominada como Escritório ou *bureau* Internacional do Trabalho. É o secretariado permanente da OIT, ponto focal de atividades gerais, preparadas sob o escrutínio do Conselho de Administração e sob a liderança do Diretor-Geral, nomeado pelo Conselho de Administração, em conformidade com o art. 8 da Constituição. Ressalta-se que a reforma à Consti-

tuição da OIT, referida anteriormente, "[...] determinou que a nomeação do Diretor Geral seja submetida à apreciação da Conferência" (SÜSSEKIND, 2000, p. 169), mas ainda aguarda vigência.

Em dados do sítio oficial da agência global do trabalho, a Repartição emprega 3.381 funcionários em 107 países, 1.698 deles atuando em programas e projetos de cooperação técnica. Dentre as atribuições previstas no art. 10, § 2º da Constituição, destaca-se a realização de publicações periódicas sobre legislação comparada e aspectos doutrinários técnicos, relativos aos problemas que interessam à OIT, além da organização de programas de atividades práticas e de cooperação técnica, juntamente com as autoridades nacionais interessadas, especialmente nas regiões em via de desenvolvimento econômico.

Tal percepção assevera que os interesses da OIT, pelo próprio modelo de composição e de funcionamento adotado pela organização, podem acabar se circundando às pautas políticas dos países membros permanentes do Conselho de Administração, especialmente aqueles de maior importância industrial, tal como ainda vige na Constituição da entidade. Por tal razão, enfatiza-se que para fins desta tese, dentre as funções da OIT o ponto ápice consiste no modo pelo qual a mesma age, a ponto de criar uma rede de postulados e de garantias para os quais os Estados devem se compromissar.

Para isso, é necessário entender como se organiza a produção normativa da OIT em busca da paz universal e justiça social, "[...] decorrendo de seus termos a uniformização das normas jurídicas, com a incorporação das convenções e recomendações no Direito Interno dos diversos Estados, reduzindo-se os conflitos de leis do trabalho no espaço" (HUSEK, 2015, p. 289). Se por um lado esse caráter universal dos padrões a ser consolidados garante um equilíbrio de garantias ao ser humano ao redor do mundo globalizado, por outro não se pode olvidar os riscos desses postulados representarem um novo colonialismo ou a fixação de um modo de ser, viver e ser tratado em conformidade com os interesses das grandes potências econômicas e do modelo capitalista de excessos de produção.

#### ***4.1.2 Produção normativa***

Da essência, da estrutura e dos objetivos da OIT flui sua ação normativa no sentido de promover a justiça social de modo a driblar as repercussões da concorrência desleal entre as nações. Essa organização de normas jurídicas se concretiza por meio da celebração de convenções, recomendações, resoluções e declarações, em que pese para os mais legalistas esses dois últimos diplomas não representarem instrumentos normativos por não impactarem em

obrigações vinculantes para os Estados membros.

Aqui, em busca de uma interpretação internacionalista mais consentânea com os postulados democráticos e a máxima proteção das garantias fundamentais, defende-se a incorporação de todos esses instrumentos normativos no que se denomina como Código Internacional do Trabalho, consistente no conjunto de normas consubstanciadas na produção normativa internacional do trabalho, proveniente da OIT. Por outro lado, destaca-se que a natureza menos adstringente das resoluções e declarações leva parte da doutrina a afirmar que, neste conjunto normativo composto de convenções e recomendações, outros documentos produzidos pela agência internacional figuram meramente como seus anexos.

Ao apresentar o Código Internacional do Trabalho, elaborado pela Repartição Internacional da OIT, Arnaldo Süssekind (2000, p. 180) sugere que este abrange as convenções e as recomendações internacionais, "[...] figurando como anexos resoluções sobre política social e econômica, conclusões adotadas por diversas conferências e comissões reunidas por convocação da OIT, regulamentos-tipo e outros documentos". Destaca, inclusive, ter sido inserido em notas referentes às normas codificadas, "[...] decisões judiciais ou quase judiciais" sobre interpretação delas. Tal questão merece destaque, uma vez que o processo de interpretação e de aplicação desses padrões pelos órgãos internacionais é digno de relevo tão quanto o seu texto normativo para fins de efetivação de um processo real de fixação de pisos mínimos globais.

Vale ressaltar que esses instrumentos - convenções e recomendações - ditos de observância obrigatória pelos Estados que os ratificam são considerados tratados internacionais. Georges Scelle (1948) afirma que o tratado internacional é um simples instrumento identificado pelo seu processo de produção e por sua forma final, e não propriamente pelo seu conteúdo o qual é extremamente variável tal como os das leis ordinárias na ordem interna.

Na mesma linha, Francisco Resek (2022, p. 15) apresenta o tratado como “[...] todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” que “[...] pelo efeito compromissivo e cogente que visa produzir [...] dá cobertura legal à própria substância”. Assim, observa-se que a matéria sobre o que o instrumento versa não é o que o caracteriza como tratado em si, mas sim a sua forma de celebração e seus efeitos adstringentes. Paulo Portela (2021, p. 68) define os tratados internacionais como “[...] acordos escritos, concluídos por Estados e organizações internacionais com vistas a regular o tratamento de temas de interesse em comum”.

Entender o conjunto de instrumentos que compõem a normativa da OIT é de suma importância em um trabalho que visa propagar a aplicabilidade dos pisos internacionais da

forma como se estabeleceu ou, pelo menos, tentou se fixar na seara internacional por meio da correta aplicação de um controle de convencionalidade de matriz internacionalista. No entanto, a pesquisa na doutrina internacional do trabalho pátria, composta por juristas que não só se debruçaram sobre o tema, mas também atuaram em sede nacional e internacional com a fixação e a aplicação dos pisos globais, demonstra que a adoção de terminologias distintas para estes instrumentos não necessariamente representa a adoção de denominações técnico-científicas. Nesse sentido, Francisco Resek esclarece (2022, p. 15):

O uso constante a que se entregou o legislador brasileiro — a começar pelo constituinte — da fórmula tratados e convenções, induz o leitor à ideia de que os dois termos se prestem a designar coisas diversas. Muitas são as dúvidas que surgem, a todo momento, na trilha da pesquisa terminológica. Há razão científica por que o tratado constitutivo da OIT se chame constituição, enquanto à fundação de tantas outras organizações internacionais se deu preferência ao vocábulo carta? Termos como acordo, ajuste ou convênio designam sempre um tratado de importância menor? O protocolo é necessariamente um tratado acessório? A realidade do direito convencional contemporâneo rende algum tributo às velhas tentativas doutrinárias de vincular, a cada termo variante de tratado, certa modalidade bem caracterizada de compromisso internacional? A esta última questão a resposta é firmemente negativa. O que a realidade mostra é o uso livre, indiscriminado, e muitas vezes ilógico, dos termos variantes daquele que a comunidade universitária, em toda parte — não houvesse boas razões históricas para isso —, vem utilizando como termo padrão. Quantos são esses nomes alternativos? Há referência, na França, a contagens que terão detectado nada menos que trinta e oito... Em língua portuguesa, chegamos seguramente a duas dezenas. Essa estimativa não inclui os nomes compostos, seja porque, admitida a composição, alarga-se demais o limite do quadro terminológico, seja porque a adjetivação serve justamente para especificar a natureza do texto convencional, quebrando a neutralidade do substantivo-base. Assim, as expressões acordo e compromisso são alternativas — ou juridicamente sinônimas — da expressão tratado, e se prestam, como esta última, à livre designação de qualquer avença formal, concluída entre personalidades de direito das gentes e destinada a produzir efeitos jurídicos.

Vislumbra-se que a utilização terminológica dos termos que denominam os instrumentos normativos internacionais do trabalho não segue uma caracterização científica própria. Sucede-se que por meio da observação de suas singularidades, é possível organizá-los em sistemas comuns que se apresentam a seguir. Referida tarefa é importante no intuito de compilar o que já se produziu como Código Internacional do Trabalho, seja como norma jurídica propriamente dita seja como seus anexos menos adstringentes, como defende parte da doutrina.

Os tratados são divididos em diferentes espécies de distintas denominações, em regra com o objetivo de adequar-se a situações diferentes de Direito Internacional. Mister se faz ressaltar que "[...] o emprego das denominações dos tratados na prática internacional é indiscriminado e não influencia o caráter jurídico do instrumento, nos termos da própria Convenção de 1969" (PORTELA, 2021, p. 93). Tal convenção determina que os tratados têm natureza vinculante "[...] qualquer que seja sua denominação específica". Ademais, nenhuma

denominação exclui qualquer dos requisitos essenciais para a caracterização do tratado: forma escrita, conclusão por Estado e organizações internacionais e regência pelo Direito Internacional.

Dentre uma dezena de nomenclaturas, apenas na doutrina brasileira do Direito Internacional, destaca-se como sinônimo de tratado, acordo, convenção, pacto e protocolo. Quando se fala de ajuste complementar é comum encontrar a nomenclatura carta, convênio, estatuto e memorando de entendimento. Enfim, quando se trata de uma declaração, com menos efeitos vinculantes e mais orientadora a uma cultura internacional, denomina-se também como acordo por troca de notas, concordata e *modus vivendi* (PORTELA, 2021). Eminentemente, para fins de organização das normas internacionais do trabalho, é importante esclarecer o processo de produção e a forma final, como também o conteúdo das convenções, recomendações, resoluções e declarações da OIT.

#### 4.1.2.1 *Convenções Internacionais do Trabalho*

Sinônimo de tratado internacional, as convenções são tidas pela doutrina como acordos multilaterais que objetivam designar normas gerais de Direito Internacional em temas de elevada importância e interesse mundiais. Paulo Portela (2021) exemplifica-as como de grande relevância por meio dos tratados internacionais de direitos humanos. Outrossim, sabe-se que nem toda convenção internacional é um tratado de direito humano propriamente dito, pois como alhures defendido, é apenas analisando o conteúdo e a substância da norma que se pode afirmar tratar-se de um acordo internacional desta natureza.

As convenções internacionais do trabalho combinam quatro características peculiares dos tratados internacionais: são multilaterais, abertas à adesão posterior, possuem natureza normativa e podem ser ratificadas a qualquer tempo por qualquer Estado membro da organização internacional. Ainda, Carlos Roberto Husek (2020, p. 157) destaca a peculiaridade própria dos convênios da OIT, que os tornam diferentes dos demais tratados, qual seja a circunstância destes exigirem, "como dever dos Estados membros", após serem adotados internacionalmente, uma submissão à autoridade nacional para vigência. Eis a previsão do art. 19, § 5º do Estatuto da OIT<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> *In verbis*: "Art. 19, § 5º. Tratando-se de uma convenção: a) será dado a todos os Estados-Membros conhecimento da convenção para fins de ratificação; b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza; c) os Estados-Membros

No Brasil, as convenções adotadas na Assembleia Geral são encaminhadas para o Congresso Nacional. Em seguida, na Câmara dos Deputados tais instrumentos tramitam nas respectivas comissões, para em seguida serem ou não aprovadas. Em caso positivo, seguem o mesmo trâmite no Senado Federal e, logrando êxito, tem-se o aval do Congresso Nacional, que o formaliza por meio de Decreto Legislativo. Essas discussões sobre o teor da convenção antes da sua ratificação são salutares "[...] porquanto fará regra para as classes sociais e econômicas, devendo ser implementada na legislação interna" (HUSEK, 2020, p. 157). Também, essa circunstância determina a necessidade de oitiva das entidades representativas de trabalhadores e de empregadores, além dos congressistas.

Referendada pelo Congresso Nacional, a Convenção Internacional do Trabalho segue para a apreciação do chefe do Executivo que, acatando-a, envia carta de ratificação à OIT e como ato contínuo, promulga o tratado interinamente por meio de Decreto de Promulgação, com publicação no Diário Oficial da União. Por vezes, esse lapso temporal entre o referendo pelo Congresso e a vigência pelo decreto presidencial é bastante demorado, tal como se exemplifica no processo de ratificação da Convenção n. 148 da OIT pelo Brasil<sup>112</sup>. Vislumbra-se que as convenções internacionalmente aceitas criam obrigações de cumprimento antes mesmo da finalização do seu processo de ratificação, "[...] pois os países membros assumem o compromisso de submetê-las à autoridade interna competente, o mesmo acontecendo com as recomendações" (HUSEK, 2020, p. 158).

Na OIT, as convenções são tidas como tratados internacionais que definem padrões e pisos mínimos a serem observados e cumpridos por todos os países que os ratificam, caracterizando-se como normas de observância obrigatória com pouca ou nenhuma margem para negociação ou alteração de suas cláusulas. Para se tornar uma convenção, um corpo de

---

darão conhecimento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho das medidas tomadas, em virtude do presente artigo, para submeter a convenção à autoridade ou autoridades competentes, comunicando-lhe, também, todas as informações sobre as mesmas autoridades e sobre as decisões que estas houverem tomado; d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção; e) quando a autoridade competente não der seu assentimento a uma convenção, nenhuma obrigação terá o Estado-Membro a não ser a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho — nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes — sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a convenção. Deverá, também, precisar nestas informações até que ponto aplicou, ou pretende aplicar, dispositivos da convenção, por intermédio de leis, por meios administrativos, por força de contratos coletivos, ou, ainda, por qualquer outro processo, expondo, outrossim, as dificuldades que impedem ou retardam a ratificação da convenção".

<sup>112</sup> Referido convênio foi aprovado na 63ª Conferência Internacional do Trabalho em 1977, entrando em vigor internacional em 1979. O Brasil aprovou, via Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 56, de 09 de outubro de 1981. A comunicação presidencial para fins de ratificação internacional deu-se em 14 de janeiro de 1982, o que determina a vigência nacional 12 meses depois, em 14 de janeiro de 1983. No entanto, o Decreto de Promulgação do Presidente da República, de n. 93.413, foi publicado apenas em 15 de outubro de 1986, três anos após da vigência nacional e cinco anos após a autorização do Congresso Nacional.

normas negociado entre os Estados-membros da OIT deve ser aprovado por dois terços destes, presentes na Assembleia Geral, em conformidade com o art. 19, § 2º da Constituição da OIT<sup>113</sup>.

Observa-se que uma das características comuns dos textos normativos convencionais que fixam pisos mínimos de labor, como a redação mais aberta, que por consequência implica em menor densidade normativa, é um dos problemas nos processos de consolidação dessas garantias e cumprimento dos padrões internacionais pelos Estados. Não é raro, inclusive com exemplos na jurisprudência consolidada recente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) brasileiro, que os convênios internacionais sejam relegados à normas subsidiárias ou apenas padrões de orientação de conduta. Por consequência, não resultam em força normativa obrigatória desses instrumentos, ainda quando ratificados, em grande parte pela característica da organização internacional não ser amparada por um sistema jurídico que implique em coação direta pelo descumprimento do preceito internacional. Mas este é um debate que merece amparo e destaque mais à frente.

As convenções internacionais "[...] cooperam para uma espécie de uniformização do Direito do Trabalho, cujos princípios e regras são muito semelhantes no mundo, exatamente porque se alimentam das mesmas fontes" (HUSEK, 2020, p. 158). Vale ressaltar que quando ratificadas pelos Estados-membro, constituem fonte formal do Direito do Trabalho, implicando a consecução de garantias subjetivas individuais, "[...] sobretudo nos países onde vigora a teoria do monismo jurídico e desde que não se trate de diploma meramente promocional ou programático" (SÜSSEKIND, 2002, p. 181). Os tratados internacionais que fixam pisos mínimos trabalhistas são autoaplicáveis, principiológicos ou promocionais.

São autoaplicáveis quando "[...] suas disposições não exigem que haja uma regulamentação para a sua aplicação" (HUSEK, 2020, p. 159), gerando assim efeitos de forma imediata por ter designados todos os elementos possíveis para entrarem em plena vigência instantaneamente. São convenções internacionais do trabalho de princípios aquelas que necessitam de uma ação de adaptação do Estado membro ratificante. Carlos Roberto Husek (2020, p. 159) exemplifica-as como aquelas em que "[...] com o depósito de ratificação na Repartição Internacional do Trabalho, abre-se o prazo de 12 meses para que o Governo brasileiro providencie a edição da medida necessária para transformá-la em lei interna".

Já as promocionais são as "[...] que fixam determinados objetivos e estabelecem programas para a sua consecução. Com elas o Estado se compromete a caminhar no atendi-

---

<sup>113</sup> *In verbis*: "Art. 19, § 2º. Em ambos os casos, para que uma convenção ou uma recomendação sejam adotadas por votação final na Conferência, é requerida uma maioria de dois terços dos votos dos delegados presentes".

mento de suas normas, mediante providências sucessivas, a médio e longo prazos" (HUSEK, 2020, p. 159). Aquelas não se confundem com as recomendações, pois estas, como se verá adiante, não possuem natureza de tratado. Porém, ambas seguem um caminho procedimental bastante parecido, pois a OIT fiscaliza a execução e cobra providências em relação à sua efetividade.

Os países ratificantes comprometem-se a aplicar as convenções na legislação e nas práticas nacionais, bem como informar sobre sua aplicação em intervalos regulares. Se necessário, a assistência técnica para a realização de tais ações é fornecida pela OIT e, em regra, prestada pelos escritórios dos organismos sediados nas mais diversas regiões do mundo. Além disso, procedimentos de representação e reclamação podem ser iniciados contra países por violações de uma Convenção que eles ratificaram, como forma de controle normativo, o que será estudado a seguir.

A ratificação de uma convenção internacional do trabalho por qualquer um dos 187 Estados membros é tida pela OIT como um ato soberano que implica sua incorporação total ao sistema jurídico, legislativo, executivo e administrativo do Estado, tendo, portanto, um caráter vinculante. Ocorre que é imperioso construir não só uma doutrina de Direito Internacional, mas também uma cultura de constitucionalismo global, no intuito de revisitar a mecânica de consolidação do Direito, comumente apenas fundada na coação e uso efetivo dela. Não deve ser a possibilidade do uso da força ou do imperialismo das decisões judiciais que deve reger o cumprimento da força obrigatória na fixação de padrões mínimos de respeito à pessoa humana, mas o desejo e a necessidade de proteção do trabalho do homem ao redor do mundo, em épocas de rompimento das fronteiras no mercado de trabalho globalizado.

#### *4.1.2.2 Recomendações Internacionais do Trabalho*

As recomendações são instrumentos não vinculativos que servem de orientação geral para as políticas nacionais. Até hoje, a OIT adotou 190 convenções e 206 recomendações sobre um vasto leque de matérias do mundo do trabalho. Diferentemente das convenções internacionais do trabalho, as recomendações não são tratados internacionais, não possuindo caráter vinculante na perspectiva legal e jurídica, segundo a própria comunicação oficial da OIT. Em regra, uma recomendação contempla os pormenores de uma convenção internacional, propondo diretrizes mais bem definidas sobre o modo como uma convenção deve ou não ser aplicada. Há também recomendações autônomas que não se reportam a nenhuma convenção pré-estabelecida, servindo como guias para o Legislativo nacional, bem como para



amparar os Estados na consecução de políticas públicas.

Em que pese não serem consideradas tratados internacionais, as recomendações são julgadas como fontes materiais do Direito (HUSEK, 2020; SÜSSEKIND, 2002), pois servem como direcionamento para a legislação nacional, à organização dos atos administrativos de natureza regulamentar, bem como um norte negocial aos instrumentos coletivos e aos laudos de arbitragem dos conflitos coletivos de interesses. Especificamente no caso dos conflitos, as recomendações orientam e embasam as decisões dos tribunais do trabalho, proferidas no exercício da competência do poder normativo. Na legislação internacional do trabalho, as recomendações são regidas pelo art. 19, § 6º do Estatuto da OIT<sup>114</sup>.

Embora não haja obrigatoriedade de o Estado adotá-las, a OIT controla, fiscaliza e incentiva a aplicação das recomendações. Ainda que o Estado não tenha adotado todas, algumas ou apenas uma recomendação, por meio da Repartição Internacional do Trabalho a OIT exige informações periódicas "[...] sobre o estado de sua legislação e da posição das referidas Recomendações em relação a ela" (HUSEK, 2020, p. 163). A respeito das recomendações expedidas, é possível afirmar que a OIT solicita duas obrigações formais aos Estado--membros: a submissão dos textos às autoridades nacionais bem como a respectiva implementação; e a prestação de informações sobre a adoção da recomendação em questão pelo Estado.

As recomendações advêm do mesmo processo de elaboração das convenções internacionais, as quais têm igual estrutura de base. O que as difere é que, em geral as recomendações não obtêm o consentimento dos Estados necessários para torná-las imediatamente uma convenção, nos termos bem definidos pelo art. 19, § 1º da Constituição da OIT<sup>115</sup>. Em virtude dessa singularidade na votação das recomendações, adotadas também por quórum de dois terços dos presentes, na dicção do art. 19, § 2º anteriormente apresentado, é comum a Confer-

<sup>114</sup> *In verbis*: "Art. 19, § 6º. Em se tratando de uma recomendação: a) será dado conhecimento da recomendação a todos os Estados-Membros, a fim de que estes a considerem, atendendo à sua efetivação por meio de lei nacional ou por outra qualquer forma; b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a recomendação à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza; c) os Estados-Membros darão conhecimento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho das medidas tomadas, em virtude do presente artigo, para submeter a recomendação à autoridade ou autoridades competentes, comunicando-lhe, também as decisões que estas houverem tomado; d) além da obrigação de submeter a recomendação à autoridade ou autoridades competentes, o Membro só terá a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho — nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes — sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação. Deverá também precisar nestas informações até que ponto aplicou ou pretende aplicar dispositivos da recomendação, e indicar as modificações destes dispositivos que sejam ou venham a ser necessárias para adotá-los ou aplicá-los."

<sup>115</sup> *In verbis*: "Art. 19, § 1º. Se a Conferência se pronunciar no sentido de adotar propostas relativas a um ponto da ordem de trabalhos, terá de determinar se essas propostas deverão tomar a forma: a) de uma convenção internacional; b) ou de uma recomendação, quando o ponto tratado, ou um dos seus aspetos, não permitir a adoção imediata de uma convenção."

ência Internacional do Trabalho utilizar-se das recomendações para "[...] disciplinar sobre temas ainda não completamente aceitos; sobre regras mais avançadas para os Estados, como promoção para universalizá-las; sobre regulamentação e aplicação dos princípios inseridos em muitas das Convenções" (HUSEK, 2020, p. 164).

As recomendações visam "[...] sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho" (SÜSSEKIND, 2002, p. 182). Vislumbra-se que a diferença entre recomendações e convenções é puramente formal, tendo em vista que ambas podem tratar dos mesmos assuntos como tema. Porém, quando o consenso não permite a fixação de um patamar mínimo de proteção obrigatório e adstringente pelo Estado ratificante, a adoção de uma recomendação pode ser a via eleita ao visar apenas sugerir ao legislador - e porque não também dizer à administração nacional e os juízes - a adoção de medidas, no Direito interno, salutares para os temas que disciplina.

Assim, defende-se que como parte do Código Internacional do Trabalho, as convenções e recomendações internacionais são instrumentos hábeis a dirigir a interpretação e aplicação da ordem jurídica laboral quando se fala na fixação das garantias mínimas de labor no mundo globalizado. Ainda que pela força vinculativa que representam, as convenções determinem normas de conteúdo e observância obrigatória, o que não acontece com as diretrizes das recomendações (de natureza valorativa menos constringente, ambas devem direcionar o trabalho do intérprete juslaboral quando se fala na fixação de ordem que prestigie pisos mínimos normativos em prol de condições de trabalho mais uniformes, justas e igualitárias ao redor do mundo globalizado.

#### *4.1.2.3 Resoluções, Declarações e outros instrumentos*

Resoluções internacionais do trabalho destinam-se a exprimir pautas orientadoras dos Estados-membros e da própria OIT ao direcionamento de questões e matérias específicas. São consideradas como instrumentos não vinculativos que fornecem orientações gerais de ação para as políticas internas e internacionais, não acarretando, portanto, nenhuma obrigação internacional para os Estados e para o próprio organismo internacional, ainda que sejam de caráter formal.

Arnaldo Sussekind (2002, p. 182) exemplifica-as como 1. instrumentos voltados à adoção de medidas nelas negociadas; 2. a apoiar, combater e comentar alguma orientação "[...] suscetível de exercer influência na solução dos problemas sociais"; 3. a propor ao Conselho de Administração que inclua "[...] certa questão na ordem do dia da Conferência", a fim de

determinar à Repartição Internacional do Trabalho a realização de estudos ou investigações sobre assuntos relacionados com a competência da OIT, dentre outras questões de ordem das políticas organizacionais do órgão.

Há também as declarações internacionais do trabalho que se destinam a construir uma rede de princípios gerais para reger o Direito Internacional do labor. Tal como as resoluções, afirma-se que as declarações atuam como códigos de condutas destinados a reger as ações da organização internacional e de seus Estados-membros em prol da fixação de diretrizes orientadas a uniformizar padrões internacionais de respeito e tratamento ao ser humano que trabalha. Em que pese não carreguem o caráter vinculante e a natureza de observância obrigatória, como acontece com as convenções, é possível - e talvez imperioso - defender que esses instrumentos são as diretrizes que sustentam a organização de um sistema global de pisos mínimos no tratamento da pessoa humana que labora em qualquer parte do mundo contemporâneo.

Nota-se que, em sede de Direito Internacional público esse conjunto de normas jurídicas que influenciam ou deveriam influenciar o Direito interno podem ser divididas em instrumentos de *hard law* e *soft law*. As primeiras representam um direito duro e vinculativo, que exigem observância obrigatória com pouca ou nenhuma margem de apreciação ou negociação de cláusulas, criando verdadeiras obrigações de Direito positivo. As normas *soft law* têm valor normativo menos constringente, seja porque não recebem o *status* de verdadeiras normas jurídicas ou porque seus dispositivos, ainda que insertos em norma jurídica tida por vinculante, não criam obrigações de Direito positivo para o Estado ou criam obrigações pouco constringentes (MAZZUOLI, 2021).

Esse conjunto de disposições menos constringentes e que admitem uma margem de apreciação em relação à aplicabilidade do seu conteúdo tem proliferado no contexto internacional. Tal fato acontece, eminentemente em razão da flutuação da atual conjuntura econômica internacional, a qual demanda uma flexibilidade na aplicação dessas normas para a melhor aceitação dos seus acordos. Além disso, a proliferação de instrumentos internacionais, incluindo a diversificação não científica de suas nomenclaturas, torna difícil uma caracterização precisa da natureza jurídica e dos efeitos dessas múltiplas disposições internacionais.

A doutrina pátria e internacional questiona o fato de ser ou não os instrumentos de *soft law* uma fonte de Direito Internacional na atualidade, capazes de gerar padrões de conduta legais de forma globalizada. Por encontrarem em sua substância, obrigações pouco constringentes, uma das principais dificuldades para este tipo de norma incitar a fixação de regras de conduta reside na falta de elementos que garantam a sua efetiva aplicação. Sobre o tema, no

viés do Direito Internacional público, Valério Mazzuoli (2021, p. 117) destaca que:

Muitas dessas regras de soft law visam regulamentar futuros comportamentos dos Estados, norteando sua conduta e dos seus agentes nos foros internacionais multilaterais, estabelecendo um programa de ação conjunta, mas sem pretender enquadrar-se no universo das normas convencionais, cujo traço principal é a obrigatoriedade de cumprimento do que ali ficou acordado. Isso não significa que o seu sistema de “sanções” também não exista, sendo certo que o seu conteúdo será moral ou extra-jurídico, em caso de descumprimento ou inobservância das suas diretrizes. Assim, não obstante a consideração corrente de ser a soft law um conjunto de normas sem valor propriamente “jurídico”, ou com valor normativo menor que o das normas tradicionais (ou ainda, segundo alguns, com conteúdo variável), nem por isso deixa ela de ter a sua significância em Direito Internacional. O que difere a soft law das demais normas jurídicas são dois motivos: a) o fato de ser ela um produto jurídico ainda inacabado no tempo, pois voltada para a assunção de compromissos futuros (tratando-se, então, de um compromisso programático); e b) o fato de estar governada por um sistema de sanções distinto daquele aplicável às normas tradicionais, sendo o seu cumprimento mais uma recomendação que propriamente uma obrigação dirigida aos Estados.

Em sede de Direito Internacional do Trabalho, em que pese suas convenções internacionais serem consideradas tratados internacionais discutidos e aprovados como instrumentos vinculativos, ou seja, de *hard law*, é importante destacar que o seu controle normativo não se equipara ao da maioria dos tratados internacionais de direitos humanos. Eminentemente, por não serem amparadas por um Tribunal Internacional do Trabalho que fiscalize e aplique sanções, o que aproxima essas disposições tidas por vinculantes, ao segundo ponto de distinção da *soft law* acima apresentado.

Tal peculiaridade, unida ao fato de os demais instrumentos normativos aprovados pela OIT serem considerados, com excelência, como disposições de *soft law*, incrementa a problemática deste trabalho acadêmico quando se propõe a solucionar o problema de efetividade das normas internacionais do trabalho por meio de um efetivo controle de convencionalidade de matriz internacional, respeitado pela jurisprudência interna ao realizar o controle de matriz nacional.

Aqui se defende como parâmetro de convencionalidade um Código Internacional do Trabalho composto não só pelas convenções internacionais do trabalho de caráter vinculante, mas também pelas recomendações, resoluções e declarações que, não obstante não criarem normas de observância obrigatória Este conjunto de instrumentos têm o papel de direcionar o costume internacional: 1. às decisões dos organismos internacionais, provenientes de órgãos de natureza jurisdicional ou não, em sede de controle originário de convencionalidade; e 2. os juízos de apreciação nacional do intérprete, seja via decisões dos Poderes estatais ou via exercício legal de garantias entre particulares.

O objetivo precípua reside na defesa em prol da construção de uma cultura inter-

nacional favorável à propagação dos pisos mínimos de garantia do ser humano que trabalha ao redor do mundo. Para isso, a seguir são explorados dois principais desafios: o sistema de controle normativo da OIT, desprovido de órgão jurisdicional internacional e o verdadeiro exercício de um controle jurisdicional de convencionalidade trabalhista.

#### **4.2 Sistema de controle normativo da OIT como controle de convencionalidade de matriz internacional**

O Código Internacional do Trabalho, aqui compreendido como um conjunto normativo de padrões internacionais vinculantes e de direcionamentos normativos da conduta social desejável pela comunidade internacional, ainda que não vinculantes de forma própria, é monitorado por um sistema de controle internacional peculiar, distinto da maioria dos demais sistemas de proteção do ser humano. Esse complexo de ações é fundado tendo não só por objetivo assegurar a implementação da padronização internacional do trabalho por meio da fiscalização e do monitoramento da execução das suas normas em seara local, mas também baseado no propósito auxiliar neste feito, a partir de iniciativas de suporte técnico prestado pela OIT aos seus Estados membros.

Em sua comunicação oficial, a OIT afirma que seus mecanismos de controle são considerados como uns dos mais eficazes no sistema onusiano, dentre outros motivos, por serem de responsabilidade de diversos órgãos internos na organização internacional e não apenas de uma comissão ou tribunal. Esse trabalho institucional examina regularmente a aplicação das normas pelos Estados membros, destacando principalmente os cenários em que esses padrões poderiam ser melhor aplicados. Com efeito, uma característica marcante desse padrão peculiar de fiscalização e monitoramento reside no fato de a OIT posicionar-se não como órgão disciplinar sancionador, mas como assistente técnico, por meio do diálogo social no auxílio aos países em prol da efetivação das normas que não vislumbram cumprimento eficiente.

A seguir, são apresentados diversos meios pelos quais a OIT supervisiona o cumprimento das convenções e recomendações internacionais na prática. Antes disso, apresenta-se uma leitura sobre os fundamentos da sua criação da fixação de pisos ocidentais do trabalho, tendo em vista que em sede de um trabalho acadêmico com o fito de obtenção deste grau, não é possível se limitar a uma visão romântica e eurocêntrica de que os pisos internacionais do trabalho objetivam exclusivamente a promoção do trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Portanto, faz-se necessária a reflexão crítica de que esses padrões fomentam o modelo de produção capitalista e a manutenção dos postulados da

acumulação de capital e da distribuição de riquezas.

Assim, o objetivo deste tópico é confirmar a hipótese de que, ainda que desprovida de órgão fiscalizador com natureza jurisdicional, tese essa não imune às críticas, a OIT realiza, por meio do seu controle normativo, verdadeiro controle de convencionalidade de matriz internacional ou originário, o qual deve orientar os intérpretes nacionais no exercício do controle de convencionalidade nacional. Só assim, verdadeiramente se desenvolverá um sistema de fixação de pisos mínimos globais do trabalho não suscetíveis meramente à interpretação nacional das diretrizes internacionais. Tal como apresentado na seção anterior, o controle de convencionalidade de matriz internacional é de atribuição exclusiva aos órgãos aos mecanismos internacionais de supervisão e controle de tratados, criados por pactos internacionais e compostos por julgadores independentes, no intuito de evitar que os próprios Estados assumam, simultaneamente, a posição de fiscais e fiscalizados, adotando a postura de juízes em causa própria.

André de Carvalho Ramos (2015) denomina tal feito de "truque de ilusionista", quando o Estado reconhece um compromisso internacional, assumindo obrigações inerentes a este, porém, disfarçadamente não as cumpre em seu território, utilizando-se de vieses interpretativos que levam a uma hermenêutica nacional baseada na legislação e nos interesses locais. Eis uma forma de dissimulação na qual o Estado pretende contentar a comunidade internacional e seus interesses para com o estrangeiro, não obstante se esquive de cumprir os compromissos internacionalmente assumidos em seu território.

Essa interpretação local das normas internacionais é passível de implicar no reconhecimento da responsabilidade do Estado na esfera internacional, eminentemente quando este reconhece os processos de jurisdição internacional. Ocorre que, no sistema da OIT este processo de fiscalização normativa não sujeito à jurisdição propriamente dita, configura-se como um obstáculo a ser superado para fins de efetivação dos processos internacionais de consolidação de pisos laborais.

Por outro lado, já se reconhece que não só as Cortes internacionais, tais como a Europeia, a Interamericana e a Africana, mas também os comitês onusianos e demais órgãos de fiscalização criados por tratados internacionais são considerados competentes para o exercício do controle de convencionalidade originário ou internacional (RAMOS, 2015). Essa afirmação incita os órgãos de monitoramento da OIT para este exercício do controle internacional e leva os intérpretes nacionais a dialogar com aqueles atores, direcionando suas interpretações a respeitar a vinculação jurídica nessa rede de proteção de normas internacionais.

#### ***4.2.1 Responsabilidade internacional pelos padrões de trabalho***

Na segunda seção, o reconhecimento da responsabilidade internacional dos Estados foi apresentado como condição sem a qual não seria possível a caracterização posterior do instituto do controle de convencionalidade. André de Carvalho Ramos (2005, p. 54) afirma que a essência de tal responsabilidade consiste em uma "[...] reação jurídica [...] pela qual o Direito Internacional justamente reage às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente por meio da reparação aos danos causados".

As peculiaridades da agência internacional do trabalho, dos seus instrumentos normativos, da fiscalização e do monitoramento das disposições destes as tornam objeto de estudo desta seção, a fim de caracterizar como ela pode, deve e exerce o controle de convencionalidade de matriz internacional, ainda que não diretamente por meio da imposição de reparação material, advinda de um crivo jurisdicional. A fim de alcançar tal intuito, a seguir são apresentados os fundamentos normativos e de valor nos quais se ancoram a estrutura e o funcionamento da agência internacional do trabalho que, por meio de seus órgãos de tratado, tem aptidão para o exercício do controle originário na interpretação do código internacional do trabalho.

##### *4.2.1.1 Fundamentos axiológicos*

Como já citado, a OIT foi criada por anexo do Tratado de Versalhes, assinado em 28 de junho de 1919 pelas potências aliadas e o Estado Alemão. Tal acordo, segundo as premissas econômicas e políticas gerais que os deram causa, visava fixar condições de paz para pôr um fim a Primeira Guerra Mundial. Com efeito, muito se fala sobre o referido tratado apresentar como autêntico fundamento a necessidade de conceder um intervalo de tempo, a fim de reestabelecer e reestruturar as forças estatais, pois as potências mundiais que figuravam como protagonistas do conflito teriam esgotado as suas armas, o seu exército e sua força bélica.

Ocorre que, desde o final do século XIX vinha sendo demonstrada a "[...] necessidade de cooperação de organismos internacionais de caráter técnico cada vez mais elevados" (SANCHES, 2021, p. 42), fundamento que ensejou a organização de duas importantes instituições internacionais importantes pelo referido acordo de paz. A Liga das Nações, que funcionou entre 1920 e 1946, foi reorganizada após o fim da Segunda Guerra, como ONU, e a própria OIT, organismo autônomo à Liga, e em funcionamento até a presente data como agência

das Nações Unidas.

Com a missão institucional de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, a OIT organiza-se sob fundamentos de valor relacionados à superação da pobreza, à redução das desigualdades sociais, à garantia da governabilidade democrática e ao desenvolvimento sustentável. Para isso, organiza suas atividades em torno da promoção de uma agenda voltada à implementação do trabalho decente, fundada em quatro pilares estratégicos: 1. definição e promoção de normas, princípios e direitos fundamentais do trabalho; 2. fomento de maiores oportunidades de emprego e de renda para homens e mulheres; 3. melhoria da qualidade na cobertura e na eficácia do seguro social para todos; e 3. fortalecimento do tripartidarismo e do diálogo social.

Sucedese que, para entender a fundamentação filosófica que leva os Estados ao exercício de cooperação no constitucionalismo, tal como apresentado na primeira seção desta tese, quando se fala na temática de labor humano no cenário global é primordial refletir sobre o fenômeno da relação entre capital e trabalho humano sob o paradigma kantiano. Nesta ótica, a noção contemporânea de direitos humanos destaca o seu expresse reconhecimento em "[...] normas imperativas e determinantes dos valores fundamentais da comunidade internacional, normas superiores, que não seriam derogáveis nem por tratados e nem pela *Law of States Responsibility*" (SANCHES, 2021, p. 43, grifo do autor).

Essa fundamentação filosófica, tal como defendida na seção de abertura, resulta da compreensão de que uma mitigação do elemento da soberania dos Estados é primordial para consecução de valores inerentes à dignidade. Os estatistas, tais como Locke, Montesquieu, Rousseau e Hobbes, encontram na doutrina de Immanuel Kant o elemento humano como fator determinante para deflagrar essa postura estatal diferenciada frente ao ser humano. Para Kant, é o fato do ser humano ser um fim em si mesmo que o distingue das demais categorias, sendo assim insubstituível.

Assim, Kant dispõe um imperativo categórico que determina tanto a forma quanto o indivíduo respeita seus pares, quanto a forma que este trata a si mesmo, sempre como um fim e nunca exclusivamente como meio na consecução de algo. Essa concepção kantiana deve amparar a formação do Direito Internacional da cooperação em matéria de labor, contudo será que ela pode ser verdadeiramente realizada nos conflitos que envolvem a dialética entre o capital e o trabalho?



#### 4.2.1.1.1 Do confronto entre capital e trabalho e o capitalismo no Século XXI

Para pensar a dialética entre capital e trabalho, Karl Marx (2013) parte da análise da relação entre o ser humano e a natureza e de como aquele tira desta a sua sobrevivência. É por meio do trabalho físico e mental que o homem modifica o mundo e a si mesmo. Assim, a categoria “trabalho” advém da transformação da natureza pela ação do homem, numa situação que ressignifica o ser humano, o qual “[...] por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a natureza” (MARX, 2013, p. 149).

É por intermédio de uma ação consciente de trocas com a natureza que o homem encontra os meios para sua sobrevivência, transformando-a, bem como ressignificando a sua própria existência. A relação do homem com a natureza distingue-se da relação dos demais seres com esta pelo elemento distintivo que é consciência da ação. Este ato consciente e que existe como necessidade indispensável à existência social do ser humano é denominado trabalho. Neste cenário, tanto a natureza quanto o homem são transformados pela categoria trabalho.

Assim, o trabalho surge como atividade original do ser humano, por meio da qual ele produz, reproduz e transforma sua existência. É elemento fundamental e ontológico da humanidade, sem o qual não se remete à produção de insumos essenciais para a manutenção da vida e o atendimento às necessidades primárias da existência humana. A construção histórica capitalista pauta o início da exploração e da venda do trabalho humano, alienando-o da sua condição humana. O homem passa de elemento central do processo produtivo para a condição de executor de tarefas que possibilitarão a outrem o seu usufruto, tornando o trabalho uma condição de subsistência mínima ao ser humano que trabalha e que antes era detentor pela sua própria natureza. Com a alienação do trabalho, o produto advindo dele passa a ser de pertencimento do capitalista e não mais do produtor imediato, no caso o trabalhador.

Ademais, é premissa do capitalismo o fato de que a riqueza gerada pelo trabalho humano não é mais pertencente àquele que a produz, uma vez que este aliena seu potencial de labor em troca de garantias de subsistência. O detentor do capital deve, assim, assumir os riscos da livre iniciativa e garantir pisos mínimos de contraprestação do trabalho prestado em troca de acumular as riquezas provenientes dos bens produzidos pela força de trabalho alienada.

Nessa perspectiva, Karl Marx (2013) sustenta que o trabalho geral ou concreto passa de elemento central e ontológico, inerente à vida humana, para um trabalho abstrato que ocupa apenas o espaço da força de trabalho alienável com valor de troca. Na ideia do capita-

lismo marxista, o lucro é a essência do capital e advém, em parte, da aquisição de trabalho alienado, do qual o capitalista obtém a mais valia. Essa visão de acumulação do capital a partir da exploração do trabalho humano sustentou a visão capitalista dos séculos XIX e XX.

O trabalhador aliena seu tempo, sua força, suas aspirações e realizações em troca de garantias mínimas de subsistência, muitas delas que, inclusive, ajudou a produzir. Em uma visão crítica, na ótica kantiana, o ser humano passa de fim em si mesmo para meio de produção e formação da mais valia, o que enseja uma preocupação com a fixação de condições gerais e dignificantes para o seu tratamento nesse cenário, se é que se pode se falar, por meio desses padrões gerais, em tutela específica da dignidade humana em jogo. É mais provável que se esteja diante de uma mera tentativa de garantir resultados mínimos, sequer equivalentes, mais voltados à manutenção da ordem atual capitalista de acumulação de riquezas que preocupados em, de fato, organizar um sistema de tratamento igualitário e condizente com a condição de ser humano enquanto agente de produção.

Na contemporaneidade, outro referencial teórico importante para a reflexão sobre a ótica capitalista de produção é a obra de Thomas Piketty, o qual afirma que sequer leu os escritos de Karl Marx e Friedrich Engels (HARVEY, 2013). Piketty e Marx convergem acerca do capital ser o baluarte da produção de desigualdades no mundo, sempre que autoriza a acumulação de riquezas por meio de uma taxa de retorno em nível mais elevado que a taxa de crescimento de renda por meio das políticas de remuneração do trabalho. Em um modelo global ocidental onde impera a organização social capitalista de livre mercado, a ausência de ideais mínimos redistributivos e de interferências do Estado para tal fim, ainda que pontuais, autorizam o desenvolvimento de oligarquias antidemocráticas em que impera a concentração de riqueza em propriedades dos tão comentados 1% mais ricos.

Para Piketty (2014) a única forma de mitigar o crescimento vertiginoso das desigualdades de acumulação de riquezas, bem como de renda, seria por meio de uma taxação efetivamente progressiva da renda, da criação de um imposto global sobre as riquezas, bem como da herança de pessoas. Já para Marx (2013), neste modelo capitalista o sistema inviabiliza qualquer possibilidade de melhoria das condições de vida daqueles que suportam os reflexos negativos das desigualdades, qualificando como conservadoras as reivindicações sindicais por melhores salários e menores jornadas. Para ele, apenas uma medida revolucionária poderia ser adotada a fim de possibilitar a extirpação das desigualdades, ou seja, uma completa abolição do sistema de salários, a ser substituído por um sistema em que não predominasse a propriedade privada, mas sim a posse dos meios de produção pelo Estado e conseqüentemente, pelo povo.

Ocorre que, diante de teorias de taxação global ou da implementação de regimes socialistas e, em seguida, comunistas que, no cenário econômico hodierno em que predomina o regime liberal que prega um capitalismo de livre mercado, é ingênuo esperar que transformações sociais voltadas à transmutação das políticas mercantis possibilitem a tão desejada minimização das desigualdades. Todavia, é oportuno visualizar como janela de oportunidade uma intervenção estatal ao menos incipiente, no intuito de estabelecer diretrizes políticas e normatizar o ordenamento jurídico envoltas às temáticas juslaborais.

Considera-se tal premissa porque em uma sociedade capitalista liberal imperam valores individualistas que, se não limitados, ainda que minimamente pelo Estado, permitem a perpetuação de desigualdades inexprimíveis e muitas vezes irremediáveis, bem como formam cidadãos indiferentes à condição humana daqueles que não se assemelham à sua condição, seja econômica ou de outros gêneros (intelectual, estética, de classe, cultural etc). Para defender a manutenção da sua posição social, ou, como se diz popularmente, para manter seu status, cada um procura meios que possibilitem sua manutenção no nível da pirâmide socioeconômica, os quais muitas vezes podem até culminar em escolhas irrazoáveis.

Atribui-se à Thomas Hobbes (2003) a narrativa de que o “*homo hominis lupus est*”, segundo o qual, em “*O Leviatã*”, designa que a manutenção da paz social apenas pode ser alcançada com o estabelecimento de um contrato social entre os indivíduos e um poder centralizado com autoridade e capacidade de manter a sociedade civilizada. Sem tal contrato, o homem, que tem capacidades para o bem e para o mal, agiria apenas em consideração com seus próprios interesses e sentimentos, delegando o próximo a sua própria sorte, pois o individualismo é imperioso. Pode parecer pessimista ou egoísta pensar que toda a sociedade assim age em todo e qualquer processo decisório, mas de fato, tal fator é imperioso, principalmente quando se fala em manutenção do status quo.

Não se pode olvidar que o homem, ainda que detentor dos meios de produção, vez ou outra assumirá a condição de trabalhador e, neste caso, desejará laborar em condições minimamente decentes. É nesta situação que se deve sensibilizar os contratantes da mão de obra sobre a necessidade de efetivar políticas minimamente redistributivas e realizadoras de justiça social no âmbito do trabalho. Nesse sentido, António Damásio (2018, p. 25) dissertando sobre a origem dos sentimentos e da cultura, narra que os primeiros homens que “[...] criaram o princípio de que devemos tratar os outros como desejamos que eles nos tratem formularam esse preceito com a ajuda daquilo que sentiam quando eram maltratados, ou do que viram quando presenciaram maus-tratos a terceiros”.

Em essência, o autor sustenta que os sentimentos são cruciais para a construção da

cultura e, porque não afirmar também, são primordiais para a elaboração e aplicação da norma jurídica. Quando se permite a construção de um pacto a fim de possibilitar a convivência social (HOBBS, 2003) e se autoriza a interferência de um poder centralizado a fim de harmonizar a relações humanas, objetiva-se primordialmente a manutenção da paz e do bem estar social. Tais fatores incitam a construção da cultura peculiar de cada nação, a qual dever ser criada “[...] por seres humanos decididos a mudar para melhor a sua situação de vida, em direção ao mais confortável, ao mais agradável, ao mais conducente a um futuro com bem-estar e com menos problemas” (DAMÁSIO, 2018, p. 25).

Isso porque todo homem guarda, não só apenas em uma análise otimista, mas também em essência, um lado bom (HOBBS, 2003), o qual pode e deve ser aflorado para idealizar e realizar ações políticas, privadas e estatais, voltadas a possibilitar a convivência e a harmonia da vida em sociedade no futuro. Deste fato resultou a construção das diretrizes clássicas do Direito do Trabalho no passado, e atualmente convoca para a reorganização da normatização para um futuro bem mais próximo do que se imagina, não só para sobreviver ao trabalho do futuro, mas também para que ele seja bem vivido.

#### 4.2.1.1.2 Crítica liberal

O cenário acima apresentado agrava-se nos séculos XX e XXI, frente à expansão do liberalismo econômico, eminentemente diante da expansão global do capitalismo e do aumento das relações transfronteiriças em matéria de trabalho. Reflexão que surge na seara ambiental, mas que facilmente pode ser transportada para a ótica das relações de labor humano, é a necessidade de transpor a atual noção de capitalismo de excessos para um capitalismo sustentável. Isso porque a crítica liberal dominante ao pensamento marxista, imperativa no mundo ocidental, não fomenta a defesa de um manifesto contra a lógica capitalista dos mercados, mas sim persuade a ciência jurídica a coaduná-la com o respeito que merece o elemento da dignidade em consonância à natureza humana dos seres que compõem a sociedade.

Peter Barnes (2006), defensor de uma sociedade que recompense a iniciativa privada bem-sucedida com o lucro, inclusive já mencionado em nota de rodapé na seção inicial, apresenta as falhas do capitalismo - criado para suprir as necessidades sociais básicas em um mundo de escassez - e a insuficiência do Estado na mitigação de suas externalidades como o dilema central da organização econômica social contemporânea. O autor também afirma que a política de direita sugere solução pautada na privatização, desregulamentação e mitigação dos impostos, enquanto a esquerda propõe a manutenção da máquina estatal inflada, porém, para

ele, ambas estão equivocadas em propor soluções meramente advindas do exercício de ações de esferas privadas e públicas, respectivamente.

Isso porque nem a iniciativa privada nem a pública lidam bem em conter os próprios excessos na utilização, sobretudo dos bens comuns, sendo estes vítima de falhas de mercado e do governo. Barnes (2006) defende que o fortalecimento desses bens comuns, difíceis de administrar pela inexistência de propriedade direta dos mesmos, é o caminho para superar o capitalismo de excessos em busca de um capitalismo defensável, que denomina como capitalismo 3.0.

A ideia de Peter Barnes propõe a criação de instituições que contrariam ou compensariam os ônus das corporações privadas e setores públicos. Seriam instituições de propriedade coletiva da sociedade, detendo esta os direitos de propriedade de bens comuns, tais como ar, água e ecossistemas em geral, após concessão segura pelos Estados, sem a possibilidade de revogação posterior. Os curadores dessas instituições deveriam administrar de acordo com diretrizes previamente estabelecidas pelos Estados e fiscalizadas pelos cidadãos beneficiários do gozo de tais garantias, inerentes ao usufruto dos bens comuns.

Barnes é crítico contundente da forma de governança das corporações, eminentemente pelo descaso no uso dos bens comuns, exatamente porque estes não são de propriedade direta atribuída a algo ou alguém, fato que fomentou a indústria do capitalismo 2.0, de excesso de produção e de fomento à aquisição desenfreada de bens consumo para lidar com a grande quantidade de estoque provocada por aquele fator. Assim, essas instituições seriam verdadeiros trustes voltados ao controle da utilização segura desses bens comuns. Ocorre que um obstáculo visível reside em distinguir propriedade legitimamente privada e propriedade dos comuns, bem como a ideia de abusar dos bens comuns como se fossem bens privados, críticas que recaem nos apelos de mudanças propostas por Barnes.

Desafios à parte, a ideia de Peter Barnes é provocativa no sentido repensar o modelo de administração capitalista em uma sociedade onde as corporações exercem significativo poder em promover desigualdades econômicas, tão grande e até mesmo maior em algumas circunstâncias, que o próprio poder do Estado. O que se fomenta, a partir dessas novas ideias, são apelos organizacionais mais contemporâneos endereçados às corporações.

Desde a década de 70 o Estado alemão fomenta o modelo de cogestão na cultura empresarial do país, a partir de disposições legais internas previstas pela lei de constituição das empresas. Neste modelo de gestão coletiva, as corporações com mais de cinco empregados devem constituir um conselho de empresa apto a tratar de demandas sociais, pessoais e econômicas da organização. Em um nível inicial dentro das empresas, tal comitê é composto

por empregados eleitos que participam diretamente nas decisões de planejamento, direção e organização empresarial das corporações com sede no país.

A nível organizacional coletivo, a participação dos trabalhadores como parceiros sociais é realizada por meio da representação sindical obreira, em caráter similar ao modelo brasileiro. Em negociações coletivas, os sindicatos laborais negociam com os empregadores questões como melhores salários, duração de jornada de trabalho, organização dos descansos anuais remunerados, regras de duração do acordo tarifário coletivo. Quando tais negociações não acarretam num consenso são sucedidas por um processo voluntário de mediação.

Não havendo consenso, a greve e o *lockout* são instrumentos de barganha entre as categorias, porém quase sempre ocasionam danos econômicos graves, resultando em um importante instrumento para a solução negociada dos conflitos. Essa ideia de participação do homem que labora no processo de tomada de decisão nas ações que envolvem o processo produtivo reaproxima-o ao instituto do trabalho como ato consciente da ação humana, ainda não alienado totalmente às forças capitalistas, ressignificando-o como figura central na vida humana em sociedade.

Com efeito, não é de hoje que o sistema capitalista de excessos encontra um desafio que, de antemão implica em duas possibilidades: "[...] ou reinicia uma nova sucessão de formas de produção de mercadorias, ou desemboca numa crise final" (TAVARES SANTOS, 1976). Novas formas de organização do processo produtivo devem ser pensadas para criar condições favoráveis a um desenvolvimento econômico sustentável e menos fundamentado na manutenção das desigualdades.

#### 4.2.1.2 *Fundamentos normativos: a Constituição da OIT (1946), Declaração de Filadélfia (1944) e Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho (1998)*

Os valores éticos que regem a vida em sociedade, ainda que na perspectiva capitalista, limitam as relações de poder e preservam um conteúdo mínimo à dignidade humana. Em regra, surgem inerentes ao direito do homem ou das gentes, originalmente não positivados em documentos legais, mas que com o tempo e a organização dos ordenamentos jurídicos ensejam espaço expresso no plano interno e internacional. É exatamente neste ponto que os valores axiológicos que fundamentam a existência de direitos inerentes ao homem tornam-se, respectivamente, direitos fundamentais e direitos humanos.

Com a estruturação de uma agência internacional criada para estabelecer padrões trabalhistas, desenvolver políticas e elaborar programas que promovam o trabalho decente

para todas as mulheres e homens, foi elaborado um corpo de normas jurídicas para reger e organizar tais atividades. Ocorre que esse Código Internacional do Trabalho, já apresentado, não se compõe apenas de convenções, recomendações e resoluções internacionais em matéria de direitos do homem que labora, mas também é regido por uma carta originária que organiza suas competências e composição, bem como é influenciado por outros documentos internacionais que protegem a condição humana em sede de sistema global de proteção.

Quando da criação da OIT pela Conferência de Paz, após a Primeira Guerra Mundial, foi editada sua Constituição, que se converteu exatamente no Anexo XIII do Tratado de Versalhes. Assim, a carta originária de criação e organização da agência internacional do trabalho foi adotada em 1919, sendo emendada em 1922, 1934 e 1945. Na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1946 na cidade de Montreal, foi aprovado o texto em vigor da atual Constituição da OIT, o qual tem por anexo declaração referente aos fins e objetivos da organização, aprovada dois anos antes, em 1944 na cidade da Filadélfia, Estados Unidos.

O atual texto constitucional corresponde ao da revisão de 1946 do texto originário, momento no qual a OIT foi incorporada ao sistema das Nações Unidas, acrescido das emendas de 1953, 1962 e 1972, todas em vigor no âmbito internacional e no Brasil. Vale ressaltar que em 1964 foi aprovada uma emenda ao art. 35 que, todavia, ainda não tem vigência internacional por não ter alcançado, até o presente momento, o número de ratificações necessárias. Em 1986, uma ampla revisão da Constituição também foi aprovada, alterando disposições dos arts. 1, 3, 6, 7, 8, 13, 16, 17, 21 e 36, também ainda sem vigor internacional pelo mesmo motivo citado. Para que haja a vigência desses dispositivos alterados, a própria Constituição da OIT exige ratificação por dois terços dos seus Estados-membros, entres estes cinco dos dez países de maior importância industrial, cujas críticas ao dispositivo já foram tecidas anteriormente.

A Constituição da OIT e seu anexo consistente na Declaração de Filadélfia são os documentos fundadores dos princípios da organização em questão. Sob a ótica dos efeitos da histórica crise financeira advinda dos pós-guerras, a OIT editou tal declaração como um documento precursor de postulados organizacionais e axiológicos endereçado a outros consensos normativos internacionais, tais como a própria Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), apresentadas a seguir.

Mais uma vez, nota-se que os beneplácitos internacionais em matéria de fixação de padrões mínimos para o respeito ao trabalho humano são documentos precursores de evoluções no sistema jurídico do Direito Internacional público. Tal como a OIT surge como orga-

nização internacional precursora do sistema de proteção ao ser humano, seu complexo normativo inspira e serve de modelo em outras áreas de proteção internacional.

Verifica-se que essa característica decorre do fenômeno legal, particularmente presente na juridicidade que envolve o labor humano, da "[...] transversalidade econômica das regras trabalhistas e sociais da normatividade econômica" (LUCENA FILHO, 2017, p. 109), que implica diretamente em uma necessidade própria antecipada de internacionalização dos direitos laborais. Vale ressaltar que o Direito do Trabalho revela uma transjuridicidade nata que exige da norma jurídica acompanhar de forma mais atenta a dinâmica das relações humanas, hoje modulada por fundamentos axiológicos globais que formam um sistema de pontes entre o Direito interno e o Direito Internacional.

Nesse sentido, originalmente, constitui-se a OIT com o intuito finalístico de promoção da paz social e duradoura por meio da consolidação da justiça social. Mas porque remeter a regulação do trabalho a circunstância definidora da mitigação de conflitos sociais? Dentre outros motivos considerados originários, as condições de trabalho podem determinar cenários antagônicos de convivência social, conforme sejam consolidadas. No caso de implicarem em miséria e privações dos povos, tal circunstância é apta a demonstrar risco à paz e à harmonia social. Assim, a Constituição da OIT reconhece como urgente a padronização de condições mínimas em relação: 1. à regulamentação das jornadas de trabalho; 2. à fixação da duração máxima do dia e da semana de trabalho; 3. ao recrutamento da mão-de-obra; 4. à luta contra o desemprego; 5. à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes; 6. à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho; 7. à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres; 8. às pensões de velhice e de invalidez; 9. à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro; 10. à afirmação do princípio de isonomia salarial; 11. à afirmação do princípio de liberdade sindical; 12. à organização do ensino profissional e técnico; e 13. outras medidas análogas.

Ainda, a referida Constituição considera que a não adoção, por parte de alguma nação no mundo contemporâneo, de um modelo de trabalho que privilegie a condição de ser humano enquanto sujeito ativo da relação, fomenta a criação de obstáculos aos esforços das demais nações desejosas de melhorar o destino dos trabalhadores em seus próprios territórios de labor. Tudo isso alberga a organização e o funcionamento da OIT.

Em 10 de maio de 1944, no curso da 26ª Conferência da OIT, na Filadélfia, nos Estados Unidos, pretendendo reafirmar seus objetivos, a OIT editou uma declaração no intuito de incrementar os incentivos às nações globais sobre a consolidação de programas que vão



além das garantias de labor propriamente ditas, estendendo-se também às medidas de seguridade social, denominando-as como normas de segunda geração. A agência internacional passa, então, a pautar suas políticas de superação da pobreza não só por meio de pisos mínimos laborais, mas também em acesso dos necessitados a um seguro social que contemple assistência médica, prestações adicionais para famílias com filhos e proteção à maternidade.

A reafirmação dos propósitos da OIT pela Declaração de Filadélfia ramificou-se em duas direções (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998). A primeira é a centralidade do processo de consolidação dos direitos humanos na consecução de políticas sociais e a segunda reside na prioridade de que o planejamento econômico dos Estados se pautasse em uma direção internacional. Considerando o cenário crítico após o fim do Holocausto, o objetivo era adaptar os objetivos e princípios da OIT à realidade e às aspirações despertadas em prol de um mundo melhor, despertando os valores sociais que hibernaram no período de guerra.

A Declaração de Filadélfia foi elaborada pelo então diretor geral da OIT em exercício, Edward J. Phelan e por Wilfred Jenks (DUFTY, 1972). Vale ressaltar que a maior parte das disposições da declaração resultaram de uma parceria entre sindicatos dos Estados Unidos e da Europa ocidental, bem como do secretariado da OIT. Tal fato se une às críticas de uma politização internacional do trabalho fundada nos valores e interesses das potências ocidentais, deixando de lado a circunstância de que o trabalho humano decente deve ser protegido e ter suas garantias asseguradas em todo lugar do mundo e, eminentemente, nas sociedades em processo de desenvolvimento econômico e superação da pobreza.

A declaração centra-se em uma série de princípios fundamentais ressignificados para atender aos propósitos então contemporâneos da OIT, dentre eles: “[...] a paz social e permanente somente pode basear-se na justiça social”; “[...] o trabalho humano não é uma mercadoria”; “[...] a liberdade de expressão e de associação são essenciais para o progresso constante”; e “[...] a pobreza, em qualquer lugar do mundo, constitui um perigo para a prosperidade de todos”. Para alcançar tais objetivos fundamentais, previa-se como essencial a organização de um programa de ação eficaz dos Estados em movimentos internos e internacionais.

Destaca-se que por ser um instrumento internacional classificado como declaração, assim não tendo caráter vinculante aos Estados, não prevê a consolidação desses princípios enumerados por meio da fixação de parâmetros uniformes de trabalho. Por outro lado, a Declaração de Filadélfia afirma expressamente que deve ser levado em consideração, para fins de consolidação dos seus postulados, o grau de desenvolvimento econômico atingido por cada

Estado. Além disso, dispõe que sua aplicação deve ser realizada de forma progressiva, tanto àqueles Estados ainda em processo de desenvolvimento como aos que já atingiram algum grau de independência econômica e boas condições de vida social. Este cenário é dito como o de interesse no mundo civilizado.

Mas o que seria o mundo civilizado? Será que atingir os interesses das grandes potências industriais do norte ocidental corresponde, de fato, ao que se espera de uma agência que visa garantir dignidade nos padrões de trabalho do mundo contemporâneo? A ênfase da citada declaração é obter mais frutos no processo de consolidação de direitos humanos, mas não se pode olvidar que a história do Direito deve procurar outros lugares além dos grandes princípios ou dos temas filosóficos eternos<sup>116</sup>.

Ainda, destaca-se que em 1998, em cenário econômico devastado após o fim da Guerra Fria, a agência global do trabalho adotou uma nova declaração, denominada Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Verifica-se que tal documento atende a um novo desejo de reafirmação de compromissos internacionais dos Estados de maior importância ocidental em prol da construção de uma cultura internacional fundada no respeito, na promoção e na aplicação da boa-fé na realização dos princípios fundamentais e nos direitos do trabalho. É este documento que estabelece os quatro pilares fundamentais para a Organização Internacional do Trabalho: a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado; a abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação de todas as formas de discriminação no emprego ou na ocupação.

Desses pilares advêm oito convenções fundamentais do trabalho, enumeradas em ordem crescente: Convenção nº. 29 sobre o trabalho forçado; Convenção nº. 87 sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical - sendo a única das convenções fundamentais que não foi ratificada pelo Brasil -; Convenção nº. 98 sobre o direito de organização e de negociação coletiva; Convenção nº. 100 relativa à igualdade de remuneração; Convenção nº. 105 relativa à abolição do trabalho forçado; Convenção nº. 111 sobre a discriminação em matéria de emprego e de profissão; Convenção nº. 138 sobre a idade mínima para a admissão em empregos; e a Convenção nº. 182 relativa às piores formas de trabalho infantil.

---

<sup>116</sup> Nesse sentido, pauta-se a crítica no referencial teórico fundado na pesquisa de Martti Koskenniemi (2013), segundo qual "*the view of law as 'ideas' or 'principles' developed in great scholarly treatises is a venerable, but also a much-critiqued, view of the law. Surely law is also, and perhaps above all, a social practice involving the operation of powerful public institutions.*" Em tradução livre: "a visão do direito como 'ideias' ou 'princípios' desenvolvidos em grandes tratados acadêmicos é um venerável, mas também uma visão muito criticada da lei. Certamente o direito é também, e talvez acima de tudo, um prática envolvendo a operação de instituições públicas poderosas".

Portanto, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho refere-se expressamente ao mandato constitucional da OIT e sua competência para estabelecer normas internacionais que fixam pisos em sede do labor humano, contando com o apoio e reconhecimento universais na promoção dos direitos e garantias fundamentais do trabalho, como expressão de seus princípios constitucionais. Tem-se, assim um *ius constitutionale comum* em matéria de labor humano.

### **4.3 Aplicação e promoção das normas internacionais do trabalho: diálogo social e assistência técnica**

Cumprido o objetivo de caracterizar a normatividade da OIT como verdadeiro direito constitucional comum em matéria de fixação de garantias mínimas a todo ser humano que trabalha no mundo, compete-se entender como se dá o funcionamento do atual sistema de controle internacional de cumprimento do atual Código Internacional do Trabalho.

Isso porque pretende-se caracterizar a referida aferição como o verdadeiro controle de convencionalidade originário ou de matriz internacional a fim de, em seguida, orientar e estimular um controle derivado ou de matriz interna de acordo com as legítimas expectativas e interpretações da OIT, deixando de lado os interesses próprios do território e as interpretações nacionais que não se coadunam com um genuíno *ius constitutionale comum* em matéria trabalhista.

#### ***4.3.1 Sistema regular de supervisão: órgãos de tratado***

Arnaldo Süssekind (2000) afirma que a partir do século XX a Constituição da OIT passou a estabelecer regras precisas para um controle supostamente imparcial das obrigações assumidas internacionalmente pelos Estados-membros. Em que pese em sua origem apresentar algumas falhas e indevidas influências políticas, tal sistema de supervisão merece destaque, e ainda hoje é reconhecido por parte da doutrina como um avançado meio de controle normativo em sede de Direito Internacional.

Destaca-se que a Carta das Nações Unidas consigna expressamente em seu preâmbulo a obrigatoriedade de respeito dos Estados aos compromissos internacionalmente assumidos. Disposição similar aparece também na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, a qual no art. 27 aduz que não pode um Estado invocar empecilhos de Direito interno no intuito de descumprir compromisso internacional firmado em forma de tratado.

Analisando tal cenário normativo e as peculiaridades ínsitas à agência internacional do trabalho, revela-se alguns caracteres especiais ao sistema de controle de convenções internacionais no âmbito da OIT (LOIOLA, 2020). Ericson Crivelli (2010) apresenta três características especiais do sistema normativo da OIT ao relatar o Direito Internacional do trabalho contemporâneo. A primeira aparece com a incitação ao debate sobre a necessidade de verificar a eficácia e a exigibilidade da legislação internacional do trabalho humano, na qual a OIT assumiu duplo papel, não apenas se limitando a executar as negociações, mas também realizando diretamente a execução das suas normas internacionais vigentes.

A segunda característica peculiar ao sistema normativo da OIT, abordada anteriormente, é a natureza tripartite dos órgãos que compõem a estrutura da organização internacional, o que traz para o centro de tomada de decisão do órgão, além dos atores estatais, os atores não estatais diretamente envolvidos na consecução das normas internacionais supervisionadas. Por fim, acresce-se que a OIT é uma das únicas, senão a única, organização internacional capaz de celebrar tratados que obrigam Estados-membros que ainda não os tenham ratificado de forma individual (CRIVELLI, 2010).

Traçadas essas características únicas, a OIT controla o cumprimento das convenções internacionais por dois principais instrumentos: o sistema de relatórios e o sistema contencioso. O primeiro é formado basicamente pela Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações<sup>117</sup> e pela Comissão de Aplicação de Convenções e Recomendações (CAS) da Conferência Internacional do Trabalho<sup>118</sup>. O segundo é o sistema tido por contencioso que atua por meio do recebimento de representações, reclamações e procedimentos direcionados ao Comitê de Liberdade de Associação.

#### 4.3.1.1 O sistema regular de supervisão via relatórios

O sistema regular de supervisão via relatórios funciona a partir da análise dos relatórios regularmente apresentados pelos Estados-Membros sobre as ações que tomaram para aplicar as disposições das convenções ratificadas. Tal sistema fundamenta-se na previsão do art. 22 da Constituição da OIT<sup>119</sup>, o qual prevê como obrigação dos Estados-membros a apre-

---

<sup>117</sup> Em inglês, o órgão é denominado de *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (CEACR).

<sup>118</sup> Em inglês, o órgão é denominado de *Committee on the Application of Standards* (CAS).

<sup>119</sup> *In verbis*: "Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho".

sentação periódica de relatório sobre as providências realizadas para fins de consecução das convenções internacionais as quais aderiram. Tais relatórios são elaborados por meio do preenchimento de formulários desenvolvidos pelo Conselho de Administração da OIT, e compostos por questionamentos de caráter geral bem como de questões particulares, no intuito de aferir a condução da aplicação interna de cada convênio ratificado, em relação aos aspectos jurídicos e práticos.

Nicolas Valticos (1977) destaca que nos casos em que órgãos de controle já tenham se manifestado acerca da aplicação de uma determinada convenção por um Estado-membro, este é solicitado a responder os comentários pretendidos pelo órgão de tratado. Rodrigo Gomes de Loiola demonstra estranheza com a forma de informações tão caras à agência internacional do trabalho serem enviadas inicialmente por meio do mero preenchimento de formulários, mas ressalta que tal procedimento visa garantir "[...] que informações essenciais não sejam deixadas de fora" (2020, p. 74). Ainda, o autor destaca que os formulários a serem preenchidos e que conseqüentemente geram os relatórios de monitoramento também são apreciados pelos entes sindicais de maior representatividade do Estado-membro avaliado, a fim de que estes adiram comentários, havendo espaço reservado para considerações nesse sentido.

Com efeito, o sistema regular de supervisão consiste no exame, por dois órgãos da OIT, de relatórios sobre a aplicação das convenções internacionais no ordenamento nacional. Na prática, são enviados pelos Estados membros e em observações a esse respeito enviadas por organizações de trabalhadores e organizações de empregadores. Por si só, o envio das respectivas disposições pelos Estados-membros sobre a situação de determinada matéria trabalhista em seu território não resume o sistema de controle por relatórios. Tal ferramenta de controle apenas se inicia por tais instrumentos, já que sua atuação de fato ocorre no decurso da análise e da avaliação dos elementos apresentados pelos Estados-membros no tocante ao cumprimento de cada convenção internacional.

Desde o ano de 1926 esta análise e avaliação é realizada por dois órgãos da agência internacional do trabalho: a Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações e a CAS da Conferência Internacional do Trabalho. Ambas são analisadas a seguir.

#### 4.3.1.1.1 Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações

No curso dos primeiros anos da existência da OIT, tanto a adoção de medidas internacionais do trabalho quanto os trabalhos de supervisão sobre a vigência das disposições

internacionais eram realizados sob a coordenação da sessão plenária da Conferência Internacional do Trabalho. Contudo, com o considerável aumento no número de ratificações das convenções e a conseqüente elevação do número de relatórios apresentados sob as situações dos pisos trabalhistas em cada Estado signatário, evidenciou-se que a Conferência não poderia examiná-los adequadamente.

Em resposta à referida situação, no ano de 1926 a Conferência Internacional do Trabalho redigiu uma resolução dirigida ao Conselho de Administração da OIT, requerendo a nomeação de uma comissão técnica de personalidades independentes. Inicialmente, o pedido se deu a título experimental, no intuito de, a partir da análise deste conselho, aproveitar efetivamente os relatórios periódicos sobre as convenções ratificadas, bem como de obter outros dados além dos relatados, a fim de apreciar integralmente a situação nacional de cada ordem juslaboral.

Desde 1927, com única interrupção no curso da Segunda Guerra Mundial, esse comitê reúne-se anualmente. Arnaldo Süssekind (2000, p. 249) evidencia o sucesso dessa experiência e suas repercussões na interpretação do Direito Internacional do Trabalho:

E porque a experiência deu certo, como se pode inferir das dezenas de pronunciamentos seus transcritos nas páginas deste livro e do alto conceito que conquistou entre governos, juristas e organizações de empregadores e de trabalhadores, ela é hoje considerada a mais importante das comissões da Repartição e valiosa fonte de interpretação dos instrumentos internacionais do trabalho, tendo a seu cargo, inclusive, o exame preliminar dos relatórios sobre a aplicação das normas sociais do Pacto da ONU relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais e das disposições do Código Europeu de Seguridade Social.

Ainda em uma análise perfunctória, já se vislumbra o papel fundamental da Comissão de Peritos na organização de uma interpretação internacionalista original das convenções internacionais e de outros instrumentos de importância prática na implementação dos pisos internacionais do trabalho. Na atualidade, o comitê é formado por vinte personalidades independentes, provenientes de diferentes países e regiões do mundo, denominados como peritos, e eleitos pelo Conselho de Administração para o exercício de mandatos trienais, com possibilidade de recondução no exercício da função, como costuma acontecer. Em 2002, o Comitê estabeleceu um limite de quinze anos de serviço máximo por membro, o que representa um total máximo de quatro reconduções. Para fins ilustrativos, o Brasil já teve algumas personalidades nacionais integrando a comissão, dentre elas, Arnaldo Süssekind, Carlos Lobo, Cesarino Júnior, Oscar Saraiva e Lelio Bentes Corrêa. Atualmente, não há membros de nacionalidade brasileira na composição do órgão.

A diversidade no repertório dentre os juristas que compõem o Comitê de Peritos

advindos de diferentes locais geográficos, distintos sistemas jurídicos e culturas diversas, é circunstância essencial para compor uma sintonia interpretativa que permita um hibridismo ou, com efeito, uma verdadeira “creolização” (DELMAS-MARTY, 2020) dos direitos humanos sociais a fim de que assumam um verdadeiro caráter universal, tal como evidenciado na seção de abertura desta tese.

Ademais, com a função de prover para a OIT uma avaliação imparcial e técnica da consolidação das normas internacionais do trabalho, os peritos são eleitos como personalidades independentes, não vinculadas aos Estados-membros de sua nacionalidade nem a organizações profissionais. A fim de que haja uma séria e original interpretação internacionalista legitimada democraticamente pelos costumes internacionais que vincule os Estados-membros a direcionar suas ações em prol da consonância com essas diretrizes, o comitê tem o dever de dar provas de sua imparcialidade e objetividade, cumprindo suas tarefas de forma independente de seus respectivos governos e de todos os Estados-membros (SÜSSEKIND, 2000).

Isso porque a análise dos relatórios apresentados pelos países, se feita pela Repartição Internacional do Trabalho, que é órgão secretariado da OIT, ou mesmo pela cúpula da agência, via Conferência Internacional, teria nítida expressão política, desfigurando a representatividade democrática das decisões de órgão de tratado que representam verdadeiro controle de convencionalidade originário em sede de padrões mínimos laborais.

Em virtude do mandato recebido do Conselho de Administração da OIT, compete ao Comitê de Peritos analisar: 1. as comunicações de caráter informativo sobre a observância de certas normas constitucionais; 2. as comunicações de caráter declaratório relativas às obrigações assumidas em relação aos convênios que possibilitam opções entre dois ou mais regimes jurídicos, exclusão de determinada parte ou limitações no seu âmbito de incidência; 3. as comunicações de caráter declaratório referentes à aplicação de convenções ratificadas; 4. os relatórios anualmente devidos em relação a certo número de convenções ratificadas, que constituem o documento básico para a aferição da efetiva aplicação de suas normas pelos respectivos países; e 5. os relatórios compulsórios a todos os Estados-membros, referentes à aplicação, ou respectivas dificuldades das convenções e das recomendações sobre um mesmo tema, escolhidas anualmente pelo Conselho de Administração para uma análise geral.

Portanto, destaca-se que “[...] a Comissão de Peritos exerce funções quase-judiciárias, mas não é um tribunal; registra os casos de infrações a normas internacionais [...] a fim de que a Conferência adote medidas que julgar aconselháveis” (SÜSSEKIND, 2000, p. 250). Em que pese a confidencialidade das reuniões anuais, o CEACR emite relatórios finais públicos com observações conclusivas sobre a conformidade das práticas e das legislações nacio-

nais em relação aos pisos internacionais do trabalho previstos na normatividade internacional.

Ao registrar casos de infração aos padrões internacionais, o comitê realiza anotações, sugestões e, no caso de não obtenção de uma solução amistosa de controvérsias com o Estado em análise, reporta à Conferência Internacional do Trabalho por intermédio da Comissão de Aplicação de Convenções deste órgão, para que sejam adotadas as medidas que entender necessárias para fins de efetiva aplicação dos *standards* internacionais. Vale enfatizar que além dessa função, o Comitê de Peritos também é competente para analisar a aplicação das disposições do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Código Europeu de Seguridade Social, reportando as eventuais violações ao Conselho Econômico e Social da ONU e ao Conselho da Europa, respectivamente (SÜSSEKIND, 2000).

A Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações não está imune às críticas de indesejável influência não jurídica, eminentemente no curso da aprovação final das suas observações, submetidas a instâncias caracterizadas por interesses econômicos e, sobretudo, políticos. Em sua análise, Rodrigo Rocha Gomes de Loiola (2020, p. 77) destaca que referido sistema de supervisão foi pensado no século passado e "[...] não se adequa a um mundo pós-moderno ou mesmo hipermoderno, para alguns, regado pela modernidade líquida de Bauman".

O autor também atenta para a questão de que a linguagem hermética e de difícil compreensão para os intérpretes não estudiosos de Direito Internacional, contribui para a não adesão nacional de uma interpretação internacionalista desses tratados pelos Estados que ratificam e internalizam regularmente os padrões globais de trabalho (LOIOLA, 2020). Vale ressaltar que os relatórios são emitidos apenas no idioma inglês. Outro obstáculo que distancia o sistema de supervisão do Comitê de Peritos de ser um diligente guardião originário das normas internacionais do trabalho é alteração dos critérios de apresentação de relatórios anuais, tendo em vista o grande número de ratificações e de apresentações de relatórios de convenções (SÜSSEKIND, 2000).

Desde o ano de 1976, os relatórios detalhados, considerados como aqueles que deveriam ser apresentados por ocasião da ratificação das convenções por um Estado-membro, passaram a ser exigidos apenas a cada quatro anos, sem prejuízo de solicitações especiais de outros órgãos de controle. Os demais relatórios, denominados como simplificados, demandam apresentação a cada dois anos. Vale ressaltar que desde 1957 a Comissão de Peritos está autorizada pelo Conselho de Administração a exigir de um Estado-membro esclarecimentos sobre a aplicação de determinada convenção à autoridade nacional competente, podendo inclusive, organizar missões técnicas de contato direto com os países envolvidos em possíveis vio-



lações.

Destaca-se que para aderir a esse processo de flexibilização das normas internacionais, a criação da classificação das convenções em fundamentais ou prioritárias, pelo Conselho de Administração (1993) manteve apenas para estas a exigência de apresentação de relatório em biênios. A partir de então, as demais convenções passaram a exigir relatórios apenas a cada cinco anos.

Ainda hoje a OIT atribui ao Comitê de Peritos a condição de pedra angular no sistema de supervisão das diretrizes internacionais que refletem os valores e os princípios desejados pela comunidade internacional nas questões relacionadas ao trabalho humano. A despeito de ter ou não ratificado uma norma internacional do trabalho, a OIT exige a apresentação de relatórios periódicos, levando a circunstância internacional única de ser a agência internacional do trabalho um órgão peculiar que exige satisfação do Estado-membro sobre determinado assunto, ainda que o padrão internacional não tenha sido por ele ratificado, tal como assevera Ericson Crivelli (2010). O intuito é de acompanhar e instigar o desenvolvimento e a progressão de tutela do trabalho humano ao redor do mundo.

Destaca-se que no ano de 2018 o Comitê de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações publicou um relatório anual, tomando nota das observações enviadas em conjunto, no mês de agosto de 2017, pela Confederação Sindical Internacional<sup>120</sup> e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), por ocasião do exame da aplicação da Convenção de n. 98, ratificada pelo Brasil<sup>121</sup>, que trata do direito à sindicalização e negociação coletiva dos trabalhadores e trabalhadoras e que é uma das oito convenções fundamentais da OIT. As comunicações referiam-se a dispositivos inseridos na legislação brasileira pela Lei n.º. 13.467/2017, mais conhecida como reforma trabalhista, visando reformar a CLT.

Analisando o relatório, vislumbra-se que as citadas organizações alegaram ao Comitê de Peritos quatro pontos sensíveis ao cumprimento da Convenção de n. 98 da OIT pelo Brasil. O primeiro recaiu sobre a introdução no Direito do Trabalho brasileiro, pela inserção do art. 611-A da CLT<sup>122</sup>, da possibilidade geral, por meio de negociação coletiva, de derro-

<sup>120</sup> Em inglês, *International Trade Union Confederation* (ITUC), a organização corresponde à maior confederação internacional de sindicatos, criada no ano de 2006, mediante a fusão da Confederação Internacional de Sindicatos Livres e da Confederação Mundial do Trabalho. O site oficial da organização está disponível em: <https://www.ituc-csi.org/>.

<sup>121</sup> A Convenção n.º. 98, adotada em Genebra, em 1º de julho de 1949, por ocasião da 32ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 49, de 27 de agosto de 1952; instrumento de ratificação depositado na sede da Organização Internacional do Trabalho, em 18 de novembro de 1952; e promulgada em 29 de junho de 1953.

<sup>122</sup> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:  
I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;  
II - banco de horas anual;

gações que reduzam direitos e proteções conferidas aos trabalhadores pela legislação trabalhista pátria, violando os dispositivos do referido convênio internacional. Esta cláusula ficou bastante conhecida como prevalência do negociado sobre o legislado.

A segunda alegação de infração à Convenção de nº. 98 foi imputada ao § 2º do referido artigo<sup>123</sup> por estabelecer que não é motivo de anulação de cláusulas coletivas que derrogam garantias trabalhistas a ausência de medidas compensatórias, resultando, sob a ótica das organizações deladoras, em uma diretriz nacional de negociação coletiva baseada na supressão de direitos e não no princípio da adequação setorial negociada entre as partes. O terceiro pleito resultou da crítica das entidades sobre a redação do parágrafo único art. 444 da CLT<sup>124</sup>, também inserido pela reforma trabalhista. O referido parágrafo configura-se como violador das garantias negociadas por permitir derrogações individuais às disposições legais e convencionais para os trabalhadores com diploma de ensino superior que auferirem salário superior a duas vezes o limite máximo das prestações do regime geral de previdência social no Brasil (BRASIL, 2017).

Por fim, o último ponto sensível apontado como violador da Convenção de nº. 98 foi a disposição do art. 442-B da CLT, também inserido pela citada reforma, equivocadamente referido no relatório como art. 444-B, o qual inexistente na legislação pátria. Sendo caracterizado como a condição de trabalhador autônomo exclusivo, nota-se que a referência dispõe sobre aquela disposição. O risco apresentado reside na exclusão legislativa, como regra geral, da condição de empregado e das garantias consectárias inerentes a tal reconhecimento ao traba-

---

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

<sup>123</sup> *In verbis*: Art. 611-A, § 2º. A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico

<sup>124</sup> *In verbis*: Art. 444, parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

lhador dependente economicamente, ainda que contratado exclusivamente.

Ainda, a Comissão de Peritos relata que as observações alegadas pelas entidades indicam que as graves alterações legislativas introduzidas pela reforma não encontram precedentes no Direito do Trabalho interno brasileiro, contrariando ainda, comentários realizados pelo próprio comitê em suas observações relatadas no ano de 2016. Vale ressaltar que o Comitê de Peritos também apreciou observações conjuntas enviadas por entidades sindicais de empregadores, mais especificamente da Organização Internacional de Empregadores<sup>125</sup> e da Confederação Nacional da Indústria (CNI), enviadas no mês de setembro de 2017 a respeito da redação da referida reforma, a qual passaria a vigor a partir do mês de novembro do mesmo ano.

Por sua vez, essas últimas entidades apontaram que a edição da Lei nº. 13.467 (BRASIL, 2017) foi precedida de amplo processo de diálogo legislativo, tendo sido consultados os principais parceiros sociais do Poder Legislativo pátrio. Além disso, defenderam que ao contrário do que dispõem as alegações anteriormente apresentadas, as disposições novéis visam fortalecer a negociação coletiva no território brasileiro, reforçando dispositivos não só da Convenção de nº. 98, mas também da Convenção de nº. 154, também ratificada pelo Brasil<sup>126</sup>, que dispõe sobre incentivo à negociação coletiva.

Para as entidades patronais, a reforma trabalhista promove ações coletivas, livres e voluntárias em prol do diálogo entre os atores sociais da relação de emprego, os quais na condição de protagonistas da relação de labor, são mais aptos a negociar e estabelecer a regulamentação de suas atividades, promovendo melhores condições de segurança jurídica. Neste cenário, defende-se que a Justiça do Trabalho deverá apenas intervir no caso de descumprimento do acordado pelos parceiros sociais. Finalmente, as organizações econômicas sustentaram argumentos em prol de desconstituir o fortalecimento da negociação coletiva em detrimento da proteção legal obreira, inclusive pela expressa previsão do art. 611-B da CLT<sup>127</sup>, que

<sup>125</sup> Em inglês, *International Organisation of Employers* (IOE), a organização foi criada em 1920 no intuito da defesa dos interesses de empregadores e da comunidade internacional empresarial, sob a ótica da necessidade de uma efetiva participação tripartite da Organização Internacional do Trabalho. O sítio oficial da organização está disponível em: <https://www.ioe-emp.org/>.

<sup>126</sup> A convenção foi concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22, de 12 de maio de 1992; depositada a Carta de Ratificação em 10 de julho de 1992; entrada em vigor internacional em 11 de agosto de 1983 e, para o Brasil, em 10 de julho de 1993, na forma do seu artigo 11; e promulgada em 29 de setembro de 1994.

<sup>127</sup> Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:  
I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;  
II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;  
III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);  
IV - salário mínimo;

exclui a licitude de qualquer supressão ou redução, por acordos e convenções coletivas no Brasil, de inúmeras das garantias constitucionalmente asseguradas aos trabalhadores nacionais.

Após apreciados os argumentos das entidades de trabalhadores e dos empregadores, o Comitê realizou uma verdadeira interpretação internacionalista dos dispositivos da Convenção de nº. 98 em face da reforma trabalhista advinda pela edição da Lei nº. 13.467/2017, resultando em um controle de convencionalidade originário ou de matriz internacional. Começou relatando a promoção da negociação coletiva e a sua relação com a legislação trabalhista brasileira, sob a ótica do artigo 4º da Convenção de nº. 98 da OIT<sup>128</sup>. Observou expressamente que não só a reforma trabalhista alterou significativamente diversos aspectos da legislação pátria, mas também outros dispositivos legais, tal como aponta dogmaticamente o re-

---

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII - salário-família;

IX - repouso semanal remunerado;

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

<sup>128</sup> *In verbis*: Artigo 4º - Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

latório de 2018, tal como a Medida Provisória de nº. 808/2017. Ao analisá-los, o Comitê pontua veracidade em algumas observações dos parceiros sociais. Dos atores representantes dos trabalhadores, aduz concordância no ponto em que se alega prevalência do negociado sobre as disposições legais, ao menos em uma lista de quatorze direitos previstos no art. 611-A da CLT.

Pelo lado dos atores econômicos, o Comitê concorda com a alegação de que a legislação novel inadmite, pela via da celebração de acordos e convenções coletivas, a supressão ou redução de direitos em pelo menos 30 pontos contidos na normatização constitucional trabalhista brasileira, nos moldes do art. 611-B consolidado. No entanto, destaca que este rol é taxativo, ao contrário da lista de direitos passíveis de prevalência do negociado, que é meramente exemplificativa. A Comissão conclui que reside o perigo de a reforma trabalhista admitir possibilidade de derrogações, via negociação coletiva, de garantias legais não constitucionalmente asseguradas no ordenamento trabalhista brasileiro.

Neste ponto, o relatório de 2018 enfatizou que, em relatórios de anos anteriores referiu-se ao Brasil e a seus projetos de reforma trabalhista apresentados nos anos de 2015 e 2016 ao Congresso Nacional no seguinte sentido (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018):

[...] although isolated legislative provisions concerning specific aspects of working conditions could, in limited circumstances and for specific reasons, provide that they may be set aside through collective bargaining, a provision establishing that provisions of the labour legislation in general may be replaced through collective bargaining would be contrary to the objective of promoting free and voluntary collective bargaining, as set out in the Convention.<sup>129</sup>

Assim, o Comitê reputou que o Estado brasileiro não havia levado em conta todo o alcance e o conteúdo do artigo 4º da Convenção de nº. 98, ao estabelecer em sua legislação nacional que a negociação coletiva pode, de forma excessivamente extensa em relação ao objeto, afastar o conteúdo obrigacional da legislação trabalhista geral. Assim, no relatório de 2018 ficou clara a preocupação com a extensão das possibilidades de prevalência do negociado sobre o legislado na nova seção prevista pelo art. 611-A da CLT, ressalvada apenas as garantias constitucionais previstas nas vedações do art. 611-B consolidado.

Também foi recordado que o objetivo geral das Convenções 98 e 154 da OIT resi-

---

<sup>129</sup> Em tradução livre: "[...] embora as disposições legislativas isoladas sobre aspectos específicos das condições de trabalho podem, em circunstâncias limitadas e por razões específicas, prever que possam ser anuladas via negociação coletiva, o dispositivo que estabelece que as disposições da legislação trabalhista em geral podem ser substituídas pela negociação coletiva seria contrário ao objetivo de promover a negociação coletiva livre e voluntária, conforme estabelecido na Convenção n. 98".

de na promoção da negociação coletiva, no intuito de celebrar condições de trabalho mais favoráveis do que as já estabelecidas em lei, remetendo, inclusive, ao parágrafo 298 do Inquérito Geral de 2013 sobre negociação coletiva no serviço público. Neste cenário, a Comissão de Peritos consignou dois pedidos ao Estado brasileiro: 1. pronunciar-se sobre as observações enviadas pelos parceiros sociais em relação aos novos artigos 611-A e 611-B da CLT e 2. examinar, após a consulta dos referidos atores, a possibilidade de revisão dessas disposições a fim de torná-las de acordo com a interpretação internacionalista do artigo 4 da Convenção 98 da OIT.

Ainda no relatório de 2018, pronunciou-se também sobre a relação entre a negociação coletiva e os contratos individuais de trabalho dos trabalhadores com diploma de ensino superior que recebam pelo menos duas vezes o limite máximo das prestações do regime geral de previdência social, nos termos do parágrafo único, inserido pela reforma trabalhista de 2017, ao artigo 444 da CLT. A interpretação internacionalista recordada pela Comissão de Peritos é no sentido de que o artigo 4º da Convenção 98 da OIT, no intuito teleológico de promover a negociação coletiva, apenas permite a inserção nos contratos individuais de trabalho de disposições mais favoráveis aos trabalhadores àquelas previstas em lei. Portanto, o Comitê considera como contrária à referida hermenêutica qualquer interpretação no sentido de acatar a adesão em contratos individuais de disposições negociadas de forma a implicar em condições menos favoráveis, sob pena da admissão representar uma infração ao referido artigo da Convenção relativa aos princípios do direito de organização e de negociação coletiva.

Assim, no mesmo sentido das determinações estipuladas pelo Comitê de Peritos ao Estado brasileiro sobre as disposições dos arts. 611-A e 611-B da CLT, foram as observações da Comissão sobre o art. 444, parágrafo único. Ou seja, solicitou-se a apresentação de comentários sobre as observações dos parceiros sociais em relação ao último artigo, bem como o exame da possibilidade de revisão desta disposição de modo a torná-la compatível com os termos do artigo 4 da Convenção 98 da OIT.

Por fim, o Comitê de Peritos ainda tomou nota sobre a figura do trabalhador autônomo prevista no art. 442-B da CLT<sup>130</sup>. Expôs-se que o dispositivo nacional tem o efeito de excluir os trabalhadores abrangidos pela definição legal dos direitos sociais coletivos, tanto os reconhecidos pela legislação quanto os convencionais, em confronto direto com a Convenção n. 98, a qual se destina a aplicação para todos os trabalhadores, salvo os policiais e as forças armadas, pela exceção do artigo 5º e os funcionários públicos pela exceção prevista no artigo

<sup>130</sup> *In verbis*: Art. 442-B. - A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

6º.

Também foi solicitado ao Brasil, quanto a esta tal disposição, a apresentação de comentários e de informações sobre outros aspectos alterados pela Lei nº 13.467/2017 relativos aos direitos consagrados na citada Convenção. O Estado brasileiro foi convidado a fornecer no relatório subsequente, "[...] *a detailed reply to the present comments, as well as to the other points contained in the 2016 observation in relation to the Convention*"<sup>131</sup> (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018, grifo nosso). Por fim, foi solicitada uma resposta, na íntegra, aos aludidos comentários narrados no relatório de 2018.

Por estas suspeitas de violação à Convenção de nº. 98 da OIT, o Brasil figurou na lista longa da OIT, também conhecida como lista suja, no ano de 2018. Esta lista anual aponta os quarenta países suspeitos de incorrerem nas mais significativas violações de pisos globais trabalhistas em um *ranking* composto por 109 Estados que compõem lista de observação regular. Por tal motivo, o governo brasileiro foi instado no curso da 107ª Conferência Internacional do Trabalho a apresentar respostas às conclusões do relatório do Comitê de Peritos até o mês de novembro de 2018.

Apresentados os argumentos do Estado brasileiro, considerando-se eminentemente que não foram esclarecidas as possíveis inconveniências apresentadas pelo referido relatório, nem mesmo foram propostas alterações aos dispositivos criticados pela exposição, o Brasil subiu no *ranking* de países mais violadores de pisos globais trabalhistas e, em 2019 passou a figurar na lista curta de observação e monitoramento prioritário da OIT, na 108ª Conferência Internacional do Trabalho junto a outros vinte e três países.

Em que pese ter sido retirado da *short list*<sup>132</sup> pela Comissão de Aplicação de Normas (CAS) no ano seguinte (2020) durante a 109ª Conferência Internacional do Trabalho, não se pode olvidar que figurar entre os quarenta ou entre os vinte e quatro países mais violadores de pisos internacionais de proteção ao trabalho no mundo não significa aprovação da OIT em relação às ações e da legislação interna do Estado brasileiro, como alguns enunciaram dizer, inclusive a própria comunicação oficial do governo federal.

Ao contrário, estar em pauta dentre os Estados que mais descumprem pisos mínimos laborais indica, minimamente, uma tendência ao enfraquecimento dos direitos sociais em detrimento de uma ordem constitucional que em anos anteriores visou dar valor, segurança e respeito ao trabalho bem como a livre iniciativa, tal como se vislumbra na dicção do art. 1º, VI da Constituição Federal. Cumpre-se destacar que esses prejuízos se somam em quantidade

<sup>131</sup> Em tradução livre: "[...] uma resposta detalhada aos presentes comentários, conforme também com os demais pontos contidos na observação de 2016 em relação à Convenção".

<sup>132</sup> Em tradução livre: "lista curta".

maior progressivamente desde as reformas e as medidas de flexibilização aprovadas no curso da década de 90, causando lesões a todos os atores sociais do mundo do trabalho em solo brasileiro que não encontram resvalados na prática nacional os valores axiológicos de um verdadeiro Direito Constitucional global do trabalho.

Independentemente de constar ou não em listas da OIT, é fato que o Brasil se encontra em constante monitoramento nos ritos ordinários da agência internacional. Para além dos relatórios do Comitê de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações, é preciso analisar também a atuação da CAS a fim de entender com mais clareza os motivos da liberação do caso brasileiro.

#### 4.3.1.1.2 Comissão de Aplicação de Convenções e Recomendações da Conferência Internacional do Trabalho

A CAS é um dos órgãos tripartites permanentes da Conferência Internacional do Trabalho, criada pela Resolução de 1926, com o objetivo de possibilitar à conferência "[...] utilizar os relatórios sobre a aplicação das convenções ratificadas" (SÜSSEKIND, 2000, p. 258). Com o alargamento da competência do Comitê de Peritos pela reforma da Constituição da OIT de 1946, a CAS tomou como encargo a análise anual do relatório elaborado por aquele comitê e a elaboração de um relatório final com recomendações aos peritos e ao Conselho de Administração da OIT.

Ocorre que a composição da CAS difere do arranjo organizacional da CEACR. Isso porque, enquanto a última se organiza de forma técnica e jurídica independente, aquela, apesar de também denominada como órgão técnico, resvala caracteres eminentemente políticos, o que pode explicar o motivo de alguns comentários da Comissão de Peritos no sentido de alertar sobre suposto descumprimento da normativa internacional do trabalho, serem lidos de forma distinta ou mais tênue pela CAS. Neste sentido, Arnaldo Süssekind (2000, p. 258) sublinha:

Enquanto a Comissão de Peritos é integrada por juristas independentes, com mandatos renovados a cada três anos, a Comissão tripartite é composta por representantes do governo, de empregadores e de trabalhadores, indicados em cada reunião da Conferência de acordo com o regulamento desta. A primeira é um órgão técnico-jurídico independente, que se reúne a portas fechadas; a segunda é um órgão técnico-político, representativo dos três grupos que configuram o tripartismo da OIT, sendo públicas as sessões.

Rodrigo Loiola (2020) bem apresentou em sua dissertação que este caráter político



da CAS "[...] de fato mina o sistema de controle atualmente existente" (2020, p. 79) na OIT. Nicolas Valticos, jurista que compôs, na qualidade de autoridade, tanto o Comitê de Peritos quanto a CAS, deixando notáveis contribuições aos dois órgãos, enfatiza que a última tem como ponto de partida de suas atividades a análise dos relatórios daquele comitê, convidando os governos a "[...] dar explicações sobre as divergências assinaladas por esta e sobre as medidas que tomaram ou projetam tomar a fim de eliminá-las" (VALTICOS, 1977, p. 506).

Ocorre que a CAS não tem capacidade quantitativa de apreciar todos os comentários da Comissão de Peritos, motivo pelo qual se consagrou um sistema de apreciação dos casos mais graves. Como anteriormente mencionado, tal processo ocorre via elaboração de uma lista especial, internacionalmente conhecida por "lista negra", que quando aprovada pela Conferência passava a ser amplamente divulgada pelas agências de notícias, ensejando críticas internacionais, debates parlamentares, pautas sindicais, debates acadêmicos, dentre outras retalições, constituindo-se, como afirma Arnaldo Süssekind (2000, p. 259), em "autêntica sanção moral".

No exercício de suas atribuições, até hoje a CAS seleciona os países que serão levados à apreciação pelo plenário da Conferência, a partir de uma análise pautada: 1. na falta de submissão de convenções e recomendações às autoridades nacionais competentes ou a ausência de informações a respeito; 2. na omissão quanto à remessa de relatórios e informações sobre a aplicação das normas ratificadas; 3. nos casos específicos de aplicação de convenções que permanecem em pauta, em relação aos quais os respectivos Estados devem enviar relatórios e observações pertinentes na próxima reunião da Conferência Internacional; 4. nas omissões reiteradas relativas à apresentação de relatórios sobre as convenções internacionais não ratificadas e as recomendações escolhidas para o estudo anual em conjunto; e 5. nos casos de não aplicação continuada de convenções ratificadas, que geram a necessidade de monitoramento internacional para os órgãos de controle da OIT (SÜSSEKIND, 2000).

Nestes casos, selecionados a partir dos esclarecimentos do governo em representação ao Estado monitorado, pautam-se os debates entre esse e a Comissão de Aplicação, os quais podem e devem ser intermediados pelos comentários advindos dos representantes dos empregadores e dos trabalhadores, situando de fato a situação do cumprimento das convenções e recomendações em solo nacional. Após esse diálogo, muitas vezes enérgico, a CAS tem a função de sintetizá-lo e redigir as conclusões que naquele momento traduzem de certa forma um olhar político dos governos e dos atores sociais sobre os comentários exarados pelo Comitê de Peritos. O relatório final é encaminhado para a Conferência Internacional do Trabalho, para discussão em sessão plenária (VALTICOS, 1977), podendo ser aprovado ou não.

Apenas no caso de acatamento do relatório da CAS pela Conferência da OIT, as medidas narradas pelo Comitê de Peritos no relatório que originou a discussão tornam-se recomendações de observância obrigatória pelo Estado-membro fiscalizado. Eis um ponto sensível no sistema de fiscalização do cumprimento de obrigações internacionais da OIT: um órgão de traços políticos decidir a obrigação ou não de um Estado-membro adotar as recomendações advindas da observação de um possível descumprimento dos pisos constitucionais trabalhistas por órgão técnico jurídico.

Ao pesquisar sobre o sistema de supervisão da OIT, Cesare Romano (1996) esclarece que a CAS tem por objetivo possibilitar o que se entende por um contraditório e uma ampla defesa aos Estados investigados, os quais estão aptos a adicionar comentários e esclarecer pontos que o relatório da Comissão de Peritos fez notar. O autor acrescenta que a instância pode, inclusive, solicitar apoio da organização internacional em relação ao modo de como adimplir seus compromissos por meio de aconselhamento e assistência técnica, funções peculiares da OIT, como agência de fomento ao trabalho decente.

A reflexão do referido autor sobre o exercício de uma política de conformidade por parte da OIT também apresenta interessante arremate na observação da atuação da CAS quando induz que esta não se adequa a uma função quase-judicial, mas serve apenas como um colóquio de diálogo para debates sobre os obstáculos que os Estados enfrentam na efetivação dos padrões internacionais, expondo-os ao exame público.

É imperioso observar que o caráter político da composição da CAS impacta diretamente na condição desta em representar um legítimo órgão de tratado, de representação democrática e, com isso determinar uma autoridade internacional de suas decisões. O Comitê de Peritos aproxima-se melhor de tal conceito a fim de indicar uma legítima interpretação internacional ao analisar a execução dos pisos mínimos de labor. No entanto, as atividades deste encerram-se na apreciação de seus relatórios pela CAS, fato que compromete o atual sistema de supervisão internacional dos standards do trabalho no mundo, bem como o exercício de um verdadeiro controle de convencionalidade de matriz internacional.

Ora, se por um lado o controle de convencionalidade de matriz internacional determina as diretrizes que delimitarão o exercício controle de convencionalidade derivado ou de matriz nacional e, por outro, o sistema internacional de proteção dos pisos laborais não bem executa aquele papel, tem-se um relevante obstáculo na prática jurídica do instituto. Eis mais um desafio a ser superado.

#### 4.3.1.2 O sistema contencioso: representações, reclamações e procedimentos direcionados ao Comitê de liberdade de associação

Lembra-se que o sistema de supervisão da OIT não se esgota no sistema de regulação ou de relatórios. Dele também é parte integrante um sistema de procedimentos contenciosos especiais, também denominado como sistema *ad hoc* (ROMANO, 1996) ou provocado (CRIVELLI, 2010).

#### 4.3.1.3 Procedimentos especiais

Diferentemente do sistema regular, baseado na apresentação de relatórios periódicos à OIT pelos Estados-membros, os procedimentos especiais são divididos em três mecanismos, tidos pela doutrina jurídica como de natureza contenciosa e baseados na emissão de uma representação, uma reclamação geral ou uma reclamação especial sobre liberdade de associação. Aliado ao mecanismo geral de apresentação de relatórios, esse sistema especial compõe o sistema de monitoramento da agência internacional que visa acompanhar a execução dos instrumentos universais que regem padrões mínimos de tratamento das relações de trabalho humanos. Cesare Romano (1996, p. IX) destaca a peculiaridade deste sistema de proteção, eminentemente na área dos procedimentos contenciosos:

A crucial asset of the ILO supervisory system is that it offers a continuum of procedures, from the regular to the ad hoc systems. The ad hoc procedures, which are activated on an adversarial basis, were developed to deal with issues of noncompliance. They range from the soft and politically oriented representation procedure to the quasi-judicial complaints procedure. Moreover, the ILO has developed some special procedures for dealing with cases of noncompliance with certain fundamentally important conventions, notably those concerning the freedom of association and the right to engage in collective bargaining. The general characteristic of all these ad hoc procedures is that they are activated only when needed; they are, to different degrees, confrontational in their approach; and they provide for a two-tiered review. The substance of the work is carried out by a tripartite committee of ILO Governing Body members of an independent panel of experts named by it; any decision on measures to be taken to induce noncompliant States back into compliance are adopted by the Governing Body, a politically oriented body.<sup>133</sup>

<sup>133</sup> Em tradução livre: "Um trunfo crucial do sistema de supervisão da OIT é que ele oferece uma continuidade de procedimentos, desde os sistemas regulares até os *ad hoc*. Os procedimentos *ad hoc*, que são ativados de forma contraditória, foram desenvolvidos para lidar com questões de descumprimento. Eles vão desde o procedimento de leve representação politicamente orientada até o procedimento de queixas quase-judiciais. Além disso, a OIT desenvolveu alguns procedimentos especiais para lidar com casos de descumprimento de certas convenções de importância fundamental, notadamente as relativas à liberdade de associação e ao direito de negociação coletiva. A característica geral de todos esses procedimentos *ad hoc* é que eles são ativados apenas quando necessário; eles são, em diferentes graus, conflitantes em sua abordagem; e prevêm uma revisão em dois níveis. A substância do trabalho é realizada por um comitê tripartido de membros do Órgão Diretivo da OIT de um painel independente de especialistas por ele nomeados; qualquer decisão sobre as medidas a serem tomadas para induzir os Estados não cumpridores de volta ao cumprimento é adotada pelo

Observa-se que esses procedimentos são tidos como especiais exatamente pelo motivo de não constituírem o cerne da política de fiscalização e monitoramento da OIT. Historicamente, nos quarenta primeiros anos de existência da agência internacional do trabalho, o sistema de supervisão resumia-se ao procedimento regular, consistindo na apresentação de relatórios periódicos nacionais, o que até hoje consiste, como regra, no sistema de fiscalização.

Nota-se que os procedimentos contenciosos ganharam destaque na comunidade internacional do trabalho desde meados dos anos 60, eminentemente por haver um maior fomento ao princípio do contraditório em suas tramitações regulares em detrimento do alto grau inquisitivo do mecanismo de supervisão geral por relatórios. Cesare Romano (1996) antecipou uma tendência de com o passar dos anos haver um equilíbrio maior entre a execução de uma política de monitoramento pelo sistema regular de relatórios e pelo sistema contencioso. Para entender o funcionamento do sistema *ad hoc*, é importante esclarecer seus tipos, semelhanças e diferenças, discutidos no tópico a seguir.

#### 4.3.1.3.1 Reclamações, queixas e procedimentos para o Comitê de liberdade de associação

O procedimento de reclamação é previsto nos artigos 24<sup>134</sup> e 25<sup>135</sup> da Constituição da OIT, também denominado em inglês como *representations*<sup>136</sup>, e consiste na apresentação de uma reivindicação, por parte de uma organização profissional de empregadores ou de trabalhadores, "[...] tendo por objeto o não-cumprimento satisfatório por parte de qualquer Estado-membro, no território de sua jurisdição, de uma convenção ratificada" (SÜSSEKIND, 2000, p. 265).

Observa-se que a OIT é inerte, cabendo o impulso oficial da agência partir exclusivamente de uma organização de empregadores ou de trabalhadores. Ernesto Krotoschin (1948, p. 333) destaca que esta prerrogativa dá azo à caracterização dessas organizações como de "[...] personalidade no direito público internacional", ainda que elas atuem em âmbito apenas nacional. Vale ressaltar que em se tratando de organizações de caráter nacional não é ne-

---

Conselho de Administração, um órgão politicamente orientado".

<sup>134</sup> *In verbis*: "Artigo 24.º Qualquer reclamação dirigida ao Bureau Internacional do Trabalho por uma organização profissional de trabalhadores ou de empregadores, e nos termos da qual um dos Membros não assegurou de forma satisfatória a execução de uma convenção à qual o dito Membro aderiu, poderá ser transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em causa e este Governo poderá ser convidado a prestar sobre o assunto as declarações que considere convenientes".

<sup>135</sup> *In verbis*: "Artigo 25.º Se o Governo em causa não enviar nenhuma declaração dentro de prazo razoável, ou se a declaração enviada não parecer satisfatória ao Conselho de Administração, este último terá o direito de tornar pública a reclamação e, se for caso disso, a resposta dada".

<sup>136</sup> No sítio oficial da ILO, o procedimento é assim denominado, sendo sua tradução livre consistente em representações.

cessário que a reclamação se refira a inadimplemento de convenção ratificada pelo país em que esta tenha sede.

É requisito para ser parte autora legítima em uma reclamação a necessidade de ser a organização constituída em pessoa jurídica, tais como confederação, federação, sindicato e associação profissional, não podendo ser impetrada por uma simples organização social de fato de empregadores ou de trabalhadores (SÜSSEKIND, 2000). O objeto jurídico da reclamação consiste no descumprimento de convenção ratificada, tendo em vista que os demais descumprimentos, seja de recomendações ou de convenções ainda não ratificadas, apenas é cabível de arguição pelos próprios Estados ou por órgãos especiais da OIT.

Conforme o disposto no artigo 25 da Constituição da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946), bem como no regulamento relativo ao procedimento para a discussão da reclamação, aprovado em março de 1980, compete ao Conselho de Administração admitir, processar e deliberar sobre o objeto das reclamações. Para tanto, ao admitir o procedimento o órgão estabelece um comitê tripartido, composto de três membros, sendo um de cada classe de representantes naturais da OIT, para examinar o mérito da reclamação e a resposta do governo. Destaca-se que a tramitação é realizada em caráter confidencial.

Ao final, o comitê tripartido deve apresentar relatório ao Conselho de Administração pontuando os aspectos jurídicos e práticos do caso, examinando os argumentos apresentados e concluindo com recomendação. Até os anos 2000, em caso de resposta governamental insatisfatória, ao Conselho de Administração era permitida a publicação da reclamação, bem como da resposta da comissão designada para o caso. Atualmente, a publicidade dos relatórios dos comitês tripartidos evidenciou-se com a possibilidade de disponibilização no sítio oficial de transparência da OIT. Ademais, caso o governo não adote as medidas recomendadas o caso pode ser levado ao Comitê de Peritos e, em situações mais complexas, convertido em uma denúncia a ser encaminhada ao Conselho de Administração, órgão competente para instauração de uma Comissão de Inquérito, via procedimento de queixa, tal como explicado a seguir.

O procedimento de queixa tem proceduralização jurídica regida pelos artigos

26<sup>137</sup> e 34<sup>138</sup> da Constituição da OIT, os quais preveem a apresentação desta reclamação contra um Estado-membro em decorrência do descumprimento de uma Convenção ratificada por outro Estado-membro que também ratificou a mesma Convenção, por um delegado da CAS da Conferência ou por iniciativa do Conselho de Administração da OIT.

As denúncias são dirigidas ao Conselho de Administração, que poderá instituir uma Comissão de Inquérito tripartida, composta por três membros independentes, cada um representando uma classe de atores da OIT. A Comissão em questão é competente para iniciar uma investigação minuciosa da denúncia oferecida por meio da apuração dos fatos que orbitam em torno do caso, e de uma formulação final de série de recomendações a serem realizadas pelo Estado investigado no intuito de sanar os inadimplementos investigados pela denúncia.

A instituição desta Comissão de Inquérito constitui o mais importante procedimento de apuração de inadimplementos normativos da OIT. Em regra, apenas é instituída em casos de violações graves e reiteradas, cujos Estados-membros se recusaram a enfrentá-las em procedimentos mais brandos, tais como a adoção de medidas ainda na fase do monitoramento via relatórios.

Neste procedimento, o contraditório e a ampla defesa do Estado não são requisitos de apuração da denúncia, sendo faculdade da Comissão instituída convidar o governo que tem sua responsabilidade internacional apreciada a se manifestar. Ressalta-se que se não houver

---

<sup>137</sup> *In verbis*: "Artigo 26.º

1. Cada Membro poderá apresentar uma queixa ao Bureau Internacional do Trabalho contra outro Membro que, no seu parecer, não tenha assegurado de forma satisfatória a execução de uma convenção que um e outro tenham ratificado por força dos artigos anteriores.
2. O Conselho de Administração pode, se o considerar oportuno, e antes de formar uma Comissão de Inquérito segundo o procedimento abaixo indicado, entrar em contacto com o Governo em causa da forma indicada no artigo 24.º.
3. Se o Conselho de Administração não considerar necessário comunicar a queixa ao Governo em causa ou se, tendo a comunicação sido feita, não for enviada dentro de um prazo razoável nenhuma resposta satisfatória ao Conselho de Administração, o Conselho poderá formar uma Comissão de Inquérito que terá por missão estudar a questão levantada e apresentar um relatório a esse respeito.
4. O mesmo procedimento poderá ser adotado pelo Conselho quer oficiosamente, quer por força de queixa apresentada por um delegado à Conferência.
5. Se for posta à consideração do Conselho de Administração qualquer questão levantada pela aplicação dos artigos 25.º ou 26.º, o Governo em causa, se não tiver já um representante no seio do Conselho de Administração, terá o direito de designar um delegado para tomar parte nas deliberações do Conselho relativas a esta questão. A data em que deverão ter lugar estas discussões será comunicada oportunamente ao Governo em causa.

<sup>138</sup> *In verbis*: "Artigo 34. O Governo em falta pode, em qualquer momento, informar o Conselho de Administração de que tomou as medidas necessárias para se conformar tanto com as recomendações da Comissão de Inquérito, como com as contidas na decisão do Tribunal Internacional de Justiça, e pode pedir-lhe para constituir uma Comissão de Inquérito que se encarregue de confirmar as suas declarações. Neste caso, aplicar-se-á o disposto nos artigos 27.º, 28.º, 29.º, 31.º e 32.º, e se o relatório da Comissão de Inquérito ou a decisão do Tribunal Internacional de Justiça forem favoráveis ao Governo que estava em falta, o Conselho de Administração deverá imediatamente recomendar que as medidas tomadas em conformidade com o artigo 33.º sejam suspensas".

essa manifestação neste momento, o Conselho de Administração da OIT deverá obrigatoriamente oportunizá-la "[...] quando da análise do relatório gerado pelo Comitê, a teor do que prevê o art. 24" (LOIOLA, 2020, p. 81) da Constituição da OIT.

Além de ter um contraditório passível de ser diferido, o procedimento de reclamação tramita em particular na Comissão de Inquérito, recebendo caráter público apenas ao final (ROMANO, 1996), fatos que alertam para uma deficiência do exercício das garantias constitucionais de primeira dimensão ao Estado investigado, mas que se fundam na não operacionalidade da OIT como tribunal internacional. Até o presente momento, a OIT instituiu apenas algumas dezenas de Comissões de Inquérito, tendo a mais recente sido instaurada neste ano de 2022 por denúncia do artigo 26 em face do governo de Myanmar para apurar a não observância das Convenções de nº. 87, sobre liberdade sindical e proteção ao direito de organização, e de nº. 29, sobre trabalho forçado, ainda pendentes de finalização<sup>139</sup>.

Ao se recusar a cumprir as recomendações de uma Comissão de Inquérito finalizada, o Estado-membro pode ser alvo de decisão do Conselho de Administração da OIT, no sentido de aplicar o disposto no artigo 33 da sua Constituição<sup>140</sup>. Este dispositivo foi invocado pela primeira vez no curso da existência da agência internacional do trabalho apenas no ano 2000, também em um caso que apreciava a responsabilidade internacional do Estado de Myanmar em face de medidas para ilidir o trabalho forçado, após a Comissão de Inquérito anterior verificar o uso generalizado e sistemático desta situação trabalhista no país.

Observa-se que, não obstante o descumprimento do governo de Myanmar das recomendações da Comissão de Inquérito<sup>141</sup> que resultou na aplicação do artigo 33 da Constituição da OIT, a mesma Convenção de nº. 29 volta a ser objeto de apreciação de descumprimento em nova denúncia e abertura de investigação no ano corrente. Tal fato gera fortes indícios de que o sistema mais duro da OIT para fins de cumprimento dos pisos internacionais

---

<sup>139</sup> Os andamentos das Comissões de Inquérito podem ser verificados no sítio oficial da *International Labour Organization* em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50011:13372771777971:::P50011\\_DISPLAY\\_BY:1](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50011:13372771777971:::P50011_DISPLAY_BY:1). A decisão para estabelecer a abertura da Comissão de Inquérito sobre a não observância da Convenção sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito de Sindicalização, 1948 (Nº 87), e a Convenção Forçada Convenção do Trabalho, 1930 (nº. 29) por Mianmar disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:4287224,en:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:4287224,en:NO).

<sup>140</sup> *In verbis*: "Artigo 33.º Se qualquer Membro não se conformar, no prazo prescrito, com as recomendações eventualmente contidas no relatório da Comissão de Inquérito, quer na decisão da Corte Internacional de Justiça, consoante os casos, o Conselho de Administração poderá recomendar à Conferência uma medida que lhe pareça oportuna para assegurar a execução dessas recomendações".

<sup>141</sup> Relatório desta reclamação pela Comissão de Inquérito disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2508280,en:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50012:::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2508280,en:NO).

ainda resta insuficiente em sede de execução dos patamares mínimos de labor. Tal ineficiência leva a questionar a autoridade, a partir da natureza jurídica das Comissões de Inquérito da OIT, designadas para apreciar os procedimentos de queixas. Parte da doutrina entende esses órgãos como verdadeiras instâncias judiciárias, enquanto outro grupo as entende por mecanismos não ou quase judiciários (LOIOLA, 2020).

Arnaldo Süssekind (2000) e Nicolas Valticos (1977) consideram as Comissões de Inquérito como mecanismos judiciários, de fato, uma vez que os seus membros são elegíveis a título pessoal e não como representantes de governos ou mesmo de classe. Portanto, são pessoas de imparcialidade, integridade e reputação ilibada que prestam compromisso internacional em prol do exercício do bem comum e da efetividade dos padrões mínimos de labor, a fim de atuar de forma consciente, fiel e imparcial. Além disso, os autores destacam que em razão do procedimento de queixa, ao admitir recurso à Corte Internacional de Justiça, as Comissões de Inquérito seriam órgãos análogos a uma instância de primeiro grau judiciário. Para eles, em que pese as decisões das comissões não terem força executória por si só, elas fundamentam eventual decisão da Conferência Internacional do Trabalho que indique as medidas necessárias à efetivação do cumprimento, nos moldes do artigo 33 da Constituição da OIT.

Por outro lado, Cesare Romano (1996), já citado anteriormente, representa a parte da doutrina que defende uma natureza quase judiciária do órgão, tendo em vista principalmente o fato das suas decisões não terem caráter vinculantes, sendo sempre submetidas à eventual decisão de um Conselho político da OIT. Por poderem ser aceitas ou não, as recomendações da Comissão de Inquérito seriam medidas consideradas conciliatórias, ainda que não se limitem a propor soluções, vindo de fato, a analisar o cumprimento ou não de determinadas convenções internacionais ratificadas.

Para a violação das normas sindicais, a OIT instituiu procedimentos especiais. As petições relativas à inobservância das Convenções de nº. 87 e 98 da OIT são submetidas à apreciação do CFA, caso o Conselho de Administração decida pela abertura de uma Comissão de Inquérito nesta comissão. A liberdade sindical e a negociação coletiva estão dentro dos valores fundamentais protegidos pela OIT, selecionados como de monitoramento especial, via procedimento de supervisão adicional para garantir o cumprimento deles, sobretudo nos países que não ratificarem as convenções sobreditas, tidas como as mais relevantes na seara. Isso resultou na criação, no ano de 1951, do CFA<sup>142</sup>, cujo objetivo central reside em examinar as denúncias de violações ao princípio da liberdade sindical, independentemente de o país em questão ter ou não ratificado as Convenções de nº. 87 e 98 da OIT.

---

<sup>142</sup> Em inglês, é denominado de *Committee on Freedom of Association* (CFA).



O CFA é um órgão independente que pertence ao Conselho de Administração, sendo composto por um presidente, também independente, e por três representantes, sendo eles do governo, empregadores e trabalhadores. As petições podem ser apresentadas contra um Estado-membro da OIT por organizações de empregadores ou de trabalhadores. Admitindo a petição, o Comitê delimita os fatos em apreciação e sobre eles estabelece um diálogo com o governo do Estado investigado. Constatando a violação de padrões ou princípios de liberdade de associação, o CFA profere um relatório elencando as recomendações para o Conselho de Administração, de forma similar ao produto final das Comissões Inquérito narradas anteriormente.

Os governos em monitoramento são instados a informar sobre a implementação de suas recomendações. Quando o Estado é parte da Convenção, ou seja, quando a ratificou, o caso pode e deve ser encaminhado à Comissão de Peritos para fins de apreciar o inadimplemento. Vale destacar que o CFA é competente para propor uma missão de "contato direto" no Estado membro eventual violador dos preceitos de liberdade sindical para fins de investigar a real situação das garantias a partir do contato direto com os nacionais, via governo e via parceiros sociais.

Há mais de setenta anos o Conselho de Administração recebe relatórios do CFA com recomendações diretamente dirigidas aos Estados violadores das garantias de liberdade de associação e de negociação coletiva. Neste interregno, o CFA já examinou mais de três mil e trezentos casos, tendo dirigido recomendações diretas a mais de sessenta países nos cinco continentes, inclusive o Brasil que, apesar de ter ratificado a Convenção de n. 98, não fez o mesmo em relação à Convenção de nº. 87. Ainda assim, é objeto de apreciação da sua responsabilidade internacional sobre o adimplemento da garantia de liberdade sindical, situação que merece discussão aprofundada no item a seguir.

#### 4.3.1.3.2 Não exigência de ratificação da convenção internacional como requisito procedimental de monitoramento

O artigo 19, em seu item 5, alínea "e" da Constituição da OIT prevê como medida necessária, dentre as obrigações de seus Estados-membros, a concessão de informação ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho nos períodos indicados pelo Conselho de Administração, sobre as ações adotadas pelo Estado quanto à aplicação de convenções não ratificadas. Pela dicção provocadora do dispositivo, convém ressaltar a sua redação (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946):

5. Tratando-se de uma convenção: e) quando a autoridade competente não der seu assentimento a uma convenção, nenhuma obrigação terá o Estado-Membro a não ser a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho - nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes - sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a convenção. Deverá, também, precisar nestas informações até que ponto aplicou, ou pretende aplicar, dispositivos da convenção, por intermédio de leis, por meios administrativos, por força de contratos coletivos, ou, ainda, por qualquer outro processo, expondo, outrossim, as dificuldades que impedem ou retardam a ratificação da convenção.

Assim, contrariando a lógica geral do Direito dos tratados de que apenas quando ratificados serão objeto de monitoramento, a OIT também efetua controle das convenções não ratificadas. Acontece que, neste caso, diferentemente do que ocorre com as convenções internacionais ratificadas, que são monitoradas tanto pelo procedimento regular ou permanente, quanto pelos procedimentos contenciosos, tal como visto anteriormente, no caso das convenções que ainda não foram objeto de ratificação do Estado membro, em regra elas ensejam apenas a fiscalização via controle regular. Medida excepcional *ad hoc* apenas e excepcionalmente pode ser instituída no caso de eventual suspeita de violação em matéria de trabalho forçado e de liberdade sindical, ainda que o Estado responsável não seja parte das convenções internacionais sobre os temas.

Isso ocorre porque, a partir da adoção de seus princípios fundamentais pela Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998, independentemente da aprovação do respectivo tratado internacional, todos os Estados que se tornam membros da OIT devem pautar os seus valores laborais a partir dos preceitos fundamentais da agenda internacional. Nas palavras de José Soares Filho (2002, p. 109), os princípios fundamentais da liberdade sindical e do reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; da eliminação de todas as formas de trabalho forçado; da abolição efetiva do trabalho infantil e da eliminação de todas as formas de discriminação no emprego ou na ocupação, recebem consagração e merecem monitoramento universal, dada a relevância desses valores internacionalmente reconhecidos, "[...] resultante do fato de dizerem respeito a direitos fundamentais da pessoa humana, razão pela qual as respectivas convenções são tidas como de máxima importância pela OIT".

Em que pese a possibilidade de fiscalização de uma convenção internacional não ratificada, ainda que não inclusa nas fundamentais, por ausência de exigência do dispositivo constitucional da OIT retromencionado, este monitoramento está sujeito a requerimento da Repartição Internacional do Trabalho, via solicitação do Diretor Geral. Lembra-se que a RIT funciona como um secretariado técnico-administrativo da OIT e que sua direção é exercida

por agente nomeado pelo Conselho de Administração, do qual recebe instruções e perante o qual é responsável, nos moldes do artigo 8 da Constituição da OIT. Tal fato pode indiciar que a decisão de instar um Estado a apresentar relatório sobre uma convenção internacional não ratificada também pode ser um processo político, desvinculado ainda de independência de seus agentes e periodicidade regular que torne o mecanismo apto a dispor de robusta efetividade em prol da universalização de pisos internacionais.

Quando chamados a apresentar tais relatórios, os Estados-membros devem expor as práticas nacionais em relação à matéria do piso internacional questionado, bem como às disposições da sua legislação interna. Além disso, os Estados são instados a apontar o que de fato já aplicam ou pretendem aplicar em relação aos pisos internacionais não ratificados e questionados pela requisição. Nesse ponto, um dos cerne de atuação da OIT enquanto agente de assistência técnica e apoio na execução dos pisos internacionais do trabalho, traduz a necessidade requerida ao Estado fiscalizado, de apontar os obstáculos e as adversidades enfrentadas na consolidação daquele padrão em debate que impedem ou atrasam a ratificação do tratado internacional.

Nicolas Valticos (1977) destaca que ao monitorar as convenções não ratificadas, a OIT exige dos Estados a apresentação de informações a respeito dos motivos e dos fundamentos das autoridades nacionais competentes ainda não terem agido em prol da ratificação internacional do instrumento em questão, obrigação esta decorrente da própria inteligência do artigo 19, item 5, alínea "e" da Constituição da OIT supramencionado. Com o entendimento de que a construção de um sistema internacional comum em matéria de pisos trabalhistas pela OIT, fica evidente que o intuito não reside na punição sancionadora dos Estados violadores desta garantia, mas sim na construção de uma cultura social mais universal possível, de que a consolidação de *standards* laborais constitui medida civilizatória mínima, sem a qual não se pode prosperar. É a medida de dignidade garantida pelo constitucionalismo global ao capitalismo e as ideologias liberais.

Nota-se que apesar de ser falho no que diz respeito principalmente à independência axiológica de suas decisões, o sistema de controle da normatividade internacional da OIT é construído a partir de fundamentos normativos que o permitem aprimoramentos em prol dos mandatos de seus agentes para que estes realizem um verdadeiro controle de convencionalidade de matriz internacional. Isso porque, os órgãos organizados em prol do controle e monitoramento das normas, quanto mais traços de independência e designação democrática incorporarem, mais se encaminharão a ser intérpretes legítimos e originários de uma verdadeira interpretação internacionalista dos pisos universais do trabalho.

Convém ressaltar que a atuação da OIT não se limita a esses fenômenos de monitoramento e fiscalização, pautando o exercício de suas funções também, e até mesmo em atividades menos constringentes, as quais objetivam realizar um desenho atual do grau de desenvolvimento local dos pisos internacionais do trabalho e projetar uma agenda em prol de uma progressividade no exercício dessas garantias fundamentais.

#### *4.3.1.4 Levantamentos gerais, assistência técnica e treinamento*

Além dos mecanismos de controle normativo, a OIT desenvolve um sistema de monitoramento e avaliação periódica da situação dos pisos trabalhistas no mundo por meio de seus levantamentos gerais e suas políticas de assistência técnica e treinamento. Uma função de exímia importância nas atividades regulares da OIT é o compilado de informações sobre a situação de determinado padrão de trabalho em cada Estado-membro, que permite disponibilizar para a comunidade global um verdadeiro retrato da conjuntura de trabalho em variados lugares do mundo. Esta atividade é possível por meio da análise, pesquisa e estudo dos escritórios da organização, não só dos relatórios provenientes das prestações de contas regulares dos governos sobre a situação monitorada, mas também por atuação ativa do corpo de funcionários que compõem a entidade no exercício de suas funções técnicas que, periodicamente, elaboram e publicam relatórios dispendo sobre esses levantamentos gerais.

Conhecendo o mais verdadeiramente possível a realidade fática de cada Estado em matéria de pisos trabalhistas, é possível elaborar planos e planejamentos para uma política que consolide a missão da agência internacional em promover oportunidades equânimes de trabalho decente e produtivo no mundo. Desde meados do século XX, mais precisamente após a Declaração de Filadélfia e o fim da Segunda Guerra Mundial, que atribuiu à OIT "[...] amplo mandato para cooperar com os Estados-membros objetivando promover o progresso econômico e social" (SÜSSEKIND, 2000, p. 285), a agência internacional do trabalho passou a ter como política central de atuação as atividades de cooperação técnica a países de todos os continentes e dos mais diferentes graus de desenvolvimento econômico.

O artigo 10, item 2, alínea "b" da Constituição da OIT<sup>143</sup> prevê que sob as reservas dos direcionamentos provenientes do Conselho de Administração, a Repartição Internacional do Trabalho prestará aos governos toda a assistência possível para elaborar uma legislação ba-

---

<sup>143</sup> *In verbis*: "Art. 10.º - 2. Sem prejuízo das diretrizes que lhe possam ser dadas pelo Conselho de Administração, o Bureau: b. fornecerá aos Governos, a pedido destes e na medida das suas possibilidades, qualquer ajuda apropriada para elaboração da legislação com base nas decisões da Conferência, assim como para a melhoria da prática administrativa e dos sistemas de inspeção."

seada nas decisões da Conferência e para otimizar as práticas administrativas e o sistema de inspeção. Arnaldo Süssekind (2000, p. 285) dispõe que tal atribuição reflete os motivos que ensejaram a organização da agência internacional, no sentido de "[...] internacionalizar a legislação social-trabalhista e tornar efetiva a aplicação de suas normas".

Por meio da manutenção de uma rede de *bureaus*<sup>144</sup> ao redor do mundo, a Organização Internacional do Trabalho desenha e executa projetos de desenvolvimento social a partir da estreita cooperação com países receptores e doadores. Essa política de cooperação para o desenvolvimento tem se fortalecido na organização internacional, a qual desenvolve atualmente um movimento de centralização das suas práticas na implementação dessas ações, algumas vezes até mesmo deixando à margem das atividades prioritárias o seu papel normativo e seus mecanismos de controle.

Há quase setenta anos a OIT vem analisando as capacidades técnicas, organizacionais e institucionais dos seus Estados-membros a fim de auxiliá-los como receptores de cooperação técnica, se deficitários nesses atributos, ou de requerer o seu auxílio para com outros Estados como doadores, se considerados competentes na implementação de políticas sociais significativas e coerentes com os postulados do trabalho decente e do desenvolvimento sustentável. Hoje, a agência internacional do trabalho conta com mais de setecentos programas de cooperação internacional técnica ativos, assessorando mais de cem países por meio do auxílio de mais de cento e vinte nações.

Destaca-se que o trabalho decente como compromisso universal está incluído dentre os dezessete Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), estabelecidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 70/1, que regula a denominada Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Junto aos demais *global goals*<sup>145</sup>, ao lado do crescimento econômico, o trabalho decente fomenta a consecução de iniciativas sociais, mundiais e concretas, destinadas a concretizar a paz e a prosperidade na comunidade global.

Desta forma, vislumbra-se que o trabalho decente e a cooperação para o desenvolvimento social sustentável deixam de ser missão apenas de uma agência setorial das Nações Unidas, passando a ser uma diretriz internacional ampla do sistema global de proteção dos direitos humanos. Neste cenário, a OIT assume a função de protagonista na promoção da denominada agenda do trabalho decente, como base para fomentar uma organização política e o crescimento social e econômico sustentável dos países ao redor do mundo. A fiscalização e o monitoramento desta pauta não são centrados em políticas repressivas de persuasão no cum-

<sup>144</sup> Em tradução livre: "escritórios".

<sup>145</sup> Nomenclatura que a doutrina internacional costuma utilizar para se referir às ODSs. Dentre elas, a iniciativa de número 8, denomina-se "[...] trabalho decente e desenvolvimento econômico".

primário dos pisos internacionais, mas sim em um trabalho de assistência técnica e auxílio na sua consecução.

Os fundamentos normativos dessa política de cooperação técnica em prol de desenvolvimento social e econômico encontram-se na Declaração do Centenário da OIT<sup>146</sup>, na Resolução ILC sobre a cooperação eficaz para o desenvolvimento da OIT em apoio aos ODS<sup>147</sup> e em seu plano de ação subsequente<sup>148</sup>. Juntos, esses documentos direcionam as ações da OIT, a destinação de seus recursos e a construção de parcerias e redes de cooperação a nível mundial, nacional e local, fundada no compromisso com o princípio da cooperação eficaz para o desenvolvimento.

Exemplo de colaboração da OIT é sua participação na Parceria Global para Cooperação para o Desenvolvimento Eficaz. Fundada em 2012, a iniciativa constitui uma associação entre governos e organizações no intuito de melhorar as práticas de desenvolvimento internacional, incentivando Parcerias Público-Privadas (PPPs) para o Trabalho Decente<sup>149</sup> e a Cooperação Sul-Sul e Triangular<sup>150</sup>. Arnaldo Sússekind (2000, p. 286) contempla que:

Além da assistência técnica direta na montagem e desenvolvimento dos programas ajustados, os peritos contratados pela OIT executam uma tarefa de relevo: dedicam-se à formação de pessoal nacional capaz de substituí-los após o término do projeto implantado, a fim de assegurar a continuidade dos mesmos. Nos últimos anos, centenas de peritos de OIT, preponderantemente contratados nas regiões onde atuam, desenvolvem centenas de programas. Recrutados em todas as partes do mundo, esses peritos têm por missão dar assistência técnica aos Estados-membros da OIT na realização, *in loco*, de projetos de diversas matizes: promoção de obras públicas com intensa participação de mão-de-obra, em diversos países da África; programas de de-

<sup>146</sup> Disponível em: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang-en/index.htm>.

<sup>147</sup> Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_633138.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_633138.pdf).

<sup>148</sup> Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_646031.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_646031.pdf).

<sup>149</sup> As PPPs desempenham um papel cada vez mais importante na promoção do trabalho decente em todo o mundo, mobilizando recursos, conhecimento e experiência por meio de parcerias com empresas e outros atores não estatais. A OIT promove as PPPs como uma forma eficaz e colaborativa de alavancar seus valores, princípios e padrões. A natureza tripartida da OIT tem sido extremamente importante na construção de tais parcerias. Fonte: <https://www.ilo.org/pardev/public-private-partnerships/lang-en/index.htm>.

<sup>150</sup> A Cooperação Sul-Sul e Triangular (SSTC) é uma ferramenta utilizada por governos, organizações internacionais, acadêmicos, parceiros sociais, sociedade civil e setor privado para colaborar e compartilhar conhecimentos, habilidades, *know-how* e boas práticas em trabalho decente e ao longo da vida. abordagens de aprendizagem, bem como iniciativas bem-sucedidas em áreas específicas, como desenvolvimento agrícola, direitos humanos, urbanização, saúde, mudanças climáticas, proteção social e geração de emprego. Ao implementar seu Programa SSTC, a OIT coopera estreitamente com o sistema das Nações Unidas, incluindo o Escritório das Nações Unidas para a Cooperação Sul-Sul (UNOSSC). A OIT também esteve ativamente engajada no Fórum da Parceria Global para a Cooperação Eficaz para o Desenvolvimento (GPEDC) Nairobi 2016 e na 2ª Conferência de Alto Nível das Nações Unidas sobre Cooperação Sul-Sul realizada em Buenos Aires (BAPA + 40) e adere às recomendações da conferência, bem como aos princípios do GPEDC. A orientação adicional do SSTC é fornecida pelas declarações e cúpulas do Grupo dos 77 e da China; Índia, Brasil e África do Sul (IBAS); e Brasil, Federação Russa, Índia, China e África do Sul (BRICS). Fonte: <https://www.ilo.org/pardev/south-south/lang-en/index.htm>.

envolvimento de capacidades profissionais, em diversos países da América Latina, África e Ásia; técnicas modernas de gerenciamento para o desenvolvimento econômico e social, em alguns países da África e da Ásia; aperfeiçoamento das relações de trabalho, melhoria das condições e ambiente de trabalho e instalação de sistemas de previdência social, em muitos países do Terceiro Mundo; implantação e desenvolvimento de cooperativas e assistência à educação operária, em vários países; erradicação do trabalho infantil, sobretudo na África, Ásia e América Latina, etc.

Vislumbra-se a cooperação técnica como um dos pilares centrais da política de efetivação de pisos internacionais da OIT, tendo progredido eminentemente em decorrência da alocação de recursos financeiros do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), fundado em 1958, do Banco Mundial e de outros fundos internacionais ou multinacionais, tais como a Organização de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), o Fundo Internacional do Desenvolvimento Agrícola (FIDA) e o Fundo das Nações Unidas para as Atividades sobre População (FNUAP), que complementam as verbas destinadas pela própria OIT.

Neste intervalo de tempo considerável, países como Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Holanda, Japão, Noruega, Suécia e Suíça têm atuado fortemente como países doadores na cooperação técnica. Sússekind (2000) sustenta que a contribuição deixada por esses projetos de cooperação técnica supera consideravelmente as despesas na sua execução, o que eleva a OIT a posto de destaque como organização internacional que bem executa política de melhorias de condição social por meio ações educacionais e adaptativas da situação de direitos humanos sociais ao redor do mundo. Tal reconhecimento eleva-a a órgão constantemente instado a prestar assistência na elaboração de programas de outras agências internacionais das Nações Unidas.

É inegável a importância da cooperação técnica da OIT como um dos seus pilares para a "[...] generalizada aplicação das normas internacionais do trabalho" (SÜSSEKIND, 2000, p. 288). Com os desafios existentes no exercício do controle normativo internacional do trabalho, eminentemente considerando o viés político das decisões de matriz internacional, a assistência técnica tende a mitigar os efeitos nocivos das eventuais responsabilidades internacionais dos Estados não sanadas por decisões contenciosas que, de fato, reparem as lesões por meio de condenações sancionatórias.

Cada organismo internacional tem sua autonomia respeitada quando construído de forma a elevar os padrões mínimos de respeito e tratamento da existência humana. É preciso reconhecer que o sistema de execução normativo da OIT tem suas falhas quanto ao exercício contencioso de um controle de convencionalidade de matriz internacional, o que reflete diretamente no controle de matriz nacional a ser exercido pelos Estados ratificantes da norma internacional. Por outro lado, é necessário observar que a OIT parece trabalhar em prol de um

exercício amistoso na consolidação de padrões internacionalmente aceitos, fundado exatamente nessas políticas de assistência técnica e de treinamento.

Esta reflexão incita ao início de uma revisitação do instituto do controle de convencionalidade para fins de tê-lo como um compromisso interno e internacional, não só contencioso, mas também e quem sabe pacificador, conciliador e fundado na elaboração de políticas educacionais e treinamentos técnicos. A construção da cultura e a formação do conhecimento de uma sociedade global não pode mais passar ao largo das garantias de direitos humanos, devendo estas pautar a construção de políticas públicas, a formação profissional em seus diversos graus, os pilares da iniciativa privada e a ação da sociedade global como um todo. Neste ponto, passa-se a analisar o exercício do controle de convencionalidade derivado ou de matriz nacional trabalhista em solo brasileiro para fins de incitar como melhor realizar esses pisos internacionais, tomando como ponto de partida tais considerações sobre o exercício do controle de matriz internacional pela OIT.

#### **4.4 Força normativa e natureza jurídica das normas internacionais do trabalho no Brasil rumo ao controle nacional de convencionalidade**

Feita a análise dos mecanismos de controle e de monitoramento dos pisos internacionais do trabalho pela OIT, reportando-os como instrumentos que realizam, analogicamente, um controle de convencionalidade originário ou de matriz internacional, parte-se para a observação da atividade hermenêutica dos padrões internacionais no Brasil, realizada pelo intérprete nacional. O objetivo é expor a atual situação, ou melhor, o estado da arte contemporâneo do controle de convencionalidade de matriz nacional pelos intérpretes brasileiros e propor avanços e melhorias a partir da teoria articulada na Corte Interamericana de Direitos Humanos e das particularidades próprias da OIT, quando vista como intérprete originária desses tratados internacionais de direitos humanos.

Tal perspectiva decorre do desenvolvimento desta pesquisa, que iniciou no curso de mestrado no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, resultando, no ano de 2016, na dissertação denominada "Aplicação do controle de convencionalidade na justiça do trabalho como instrumento de proteção institucional dos direitos humanos do trabalhador". Em 2017, a pesquisa foi publicada, como o livro "Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho", de autoria desta candidata ao título de doutorado. Até então, a hipótese adotada fundava-se, sobretudo, na defesa de que parte considerável das disposições das convenções internacionais da OIT dispunha sobre conteúdo de direito humano e, por isso,



merecia ser interpretada em conformidade com a teoria da supralegalidade dos tratados internacionais de tal teor, ainda que ratificados sem a observância da formalidade prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988<sup>151</sup>, adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº. 87.585/TO (BRASIL, 2009c) e do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP (BRASIL, 2009f).

Nesta oportunidade, o STF foi questionado sobre a natureza jurídica da CADH, mais conhecida nacionalmente como Pacto de São José da Costa Rica. Em um julgamento apertado, afastou-se a natureza formal e materialmente constitucional, mas admitindo um "[...] caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico" (BRASIL, 2008, p. 1.144). Esta posição intermediária foi apresentada no voto do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de registrar a insuficiência da adoção de tese de legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, até então vigente no Pretório Excelso, cuja jurisprudência foi revisitada exatamente na decisão deste caso paradigmático. Antônio Oliveira Maués (2013, p. 216) destaca nota sobre o exercício hermenêutico realizado pela Suprema Corte brasileira no intuito de privilegiar o conteúdo, bem como o compromisso dos acordos internacionais que garantem pisos mínimos para a pessoa humana:

[...] para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da CADH. No exame dos votos dos Ministros, podemos identificar duas teorias que fundamentam essa nova interpretação: para a maioria, os tratados de direitos humanos passam a ter status normativo supralegal, permanecendo em nível hierárquico inferior à Constituição, porém, superior às demais leis; para a minoria, deve ser reconhecida a posição hierárquica constitucional desses tratados, passando eles a compor, juntamente com o texto constitucional, o bloco de constitucionalidade.

Tal alteração na jurisprudência do Supremo constitui precedente que deveria impactar significativamente as decisões sobre a aplicação de tratados internacionais de direitos humanos no País, em que pese a aridez das críticas no sentido da natureza supralegal determinar uma certa orfandade na guarda e no zelo interpretativo dessas disposições, uma vez que por não obterem *status* constitucional não seriam objeto de controle de constitucionalidade e de compromisso organizacional do Pretório Excelso.

Por outro lado, desde cedo a ciência jurídica alerta para os novos desafios eminentes da relação entre o Direito Internacional dos direitos humanos e o Direito Constitucional in-

<sup>151</sup> *In verbis*: "Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

terno, movimentou-se no sentido de despertar para exercícios hermenêuticos contemporâneos, tais como a necessidade de um diálogo das Cortes nacionais com as instâncias internacionais, como asseveram André de Carvalho Ramos (2009b) e Virgílio Afonso da Silva (2010), além da inevitabilidade do exercício do controle de convencionalidade da legislação infraconstitucional, como demonstrando por Thiago Yukio Guenka Campos e Luiz Magno Pinto Bastos Júnior (2012) e por Valério de Oliveira Mazzuoli (2018).

Esta pesquisa objetiva exatamente aproximar estes debates sobre como o Direito interno percebe e atua em conjunto com Direito Internacional dos direitos humanos no âmbito das disposições que regem o labor humano, ou seja, do Direito do Trabalho. Naquela época do programa de mestrado, a pesquisa se iniciou fomentando o exercício hermenêutico isolado de um controle de convencionalidade pelo intérprete nacional quando da interpretação e da aplicação das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil, sem um compromisso significativo, nem muito menos diálogo efetivo com os direcionamentos provenientes dos órgãos de proteção e de monitoramento de pisos laborais mínimos da agência internacional do trabalho.

Quando do ingresso no curso de doutorado, neste Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, a pesquisa propunha-se a analisar, a nível nacional, a compatibilidade das disposições da reforma trabalhista de 2017 com as convenções da OIT vigentes no território brasileiro. Contudo, no primeiro semestre do ano de 2020 um novo olhar sobre a investigação foi alcançado a partir das perspectivas da disciplina “Controle de Convencionalidade e a Interpretação dos Direitos Humanos”, ministrada por André de Carvalho Ramos.

Em tal oportunidade, o instituto do controle de convencionalidade teve sua origem e seu uso no plano internacional e nacional, estudados a partir da sua construção histórica no sistema interamericano de direitos humanos. Esta nova ótica, inclusive, fundamentou o referencial teórico utilizado na elaboração da segunda seção desta tese e alertou para a necessidade de um desvio fundamental no corolário desta pesquisa, consistente agora na priorização de um olhar, ou melhor, de uma hermenêutica internacionalista dos pisos laborais mínimos a partir do estudo, da observação da atuação e da evolução na sua interpretação pelos órgãos internacionais responsáveis pela hermenêutica originária dos dispositivos trabalhistas globais, apresentados acima na presente seção.

Neste momento, a pesquisa propõe-se a acrescentar conhecimentos e fomentar sugestões que maturam o exercício de um verdadeiro controle de convencionalidade de matriz nacional em território brasileiro. Para isso, cumpre-se voltar um pouco antes do processo deci-

sório sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, incorporados antes da inserção do parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal.

A história do constitucionalismo brasileiro confirma o fato de que a Constituição de 1988 foi promulgada no intuito de, além de outras considerações, consolidar o processo de redemocratização do país, posteriormente a um longo período de ditadura civil-militar iniciado no ano de 1964, pela vigência do Ato Institucional n. 1. Por tal motivo, a nova Constituição é analítica e garantista, destacando-se pela grande quantidade de direitos e garantias fundamentais, novamente concedidos aos cidadãos brasileiros após um período de escassez significativa de proteção em face dos arbítrios do Estado sobre as liberdades civis e políticas.

É oportuno destacar que a Constituição Federal não só é fruto do contexto histórico e político interno, mas também das ações de outros países em sua ordem constitucional interna e do movimento em prol de um constitucionalismo global, tal como apresentado na seção de abertura, os marcos do neoconstitucionalismo. Este movimento se caracteriza pela carência de uma normatividade levada a sério, central e superior do texto constitucional (BARCELLOS, 2006), que resulta em um sentimento de frustração constitucional (BARROSO, 1996).

Ana Maria D'ávila Lopes (2022) destaca a importante mudança conceitual no texto de 1988, acerca do que uma constituição realmente deve ser. O texto deixa de ser meramente político e organizacional de um Estado, tornando-se um documento de natureza jurídica respeitável e repleto de dispositivos que asseguram, além da organização estatal, objetivos e mecanismos precisos para assegurar o usufruto de direitos individuais e sociais. Ainda, a autora destaca que (LOPES, 2022, p. 150):

[...] é possível afirmar que a mudança mais crucial introduzida pela Constituição de 1988 é, sem dúvida, o lugar de destaque dado à proteção do ser humano. É tal a importância atribuída ao ser humano que já, no Título II, não apenas se estabeleceu uma longa lista de direitos e garantias fundamentais, mas se incorporou também uma cláusula de abertura para incluir aqueles que, por acaso, tivessem sido omitidos.

Refere-se ao artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988<sup>152</sup>, dispositivo que re-trata o propósito constitucional constituído em assegurar outros direitos e garantias não previstos expressamente no texto da própria Constituição, mas que, ainda assim podem ser considerados materialmente constitucionais por suas naturezas axiológicas convergirem com os mesmos valores que a ordem constitucional assegura. Inclusive, tais garantias podem advir do consenso internacional para a proteção dos direitos humanos, fator que o próprio dispositivo

<sup>152</sup> *In verbis*: "Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

assegura. Assim, juridicamente o artigo 5º, § 2º da Constituição não só reconhece o fenômeno da pluralidade de ordens jurídicas, mas também assegura a efetividade dessas garantias quando o Brasil opta por adotar o respectivo tratado (BRASIL, 1988).

Destarte, a Constituição de 1998 expressamente estabeleceu os tratados internacionais como fontes de direitos e garantias fundamentais, o que suscitou intenso debate sobre a hierarquia desses documentos, como alhures apresentado. De todo modo, ao se considerar o procedimento de ratificação e internalização dos tratados internacionais, que será apresentado a seguir, bem como a responsabilidade internacional do Estado que advém desse processo de incorporação de acordos internacionais de direitos humanos, discutida na sessão anterior, enfatiza-se a "[...] força jurídica obrigatória e vinculante" (PIOVESAN, 2021, p. 42) destes instrumentos, independentemente da natureza jurídica que o intérprete nacional atribuir a tais instrumentos, conforme é a inteligência do artigo 27<sup>153</sup> da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Aqui não se defende a ausência de relevância do debate doutrinário sobre a hierarquia das fontes em um sistema jurídico, cujas normas advém de ordens cada vez mais plurais. Ao contrário, reitera-se a relevância da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 87.585/TO (BRASIL, 2009c) e do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP (BRASIL, 2009f), a qual vai ao encontro da "[...] tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos" (MAUÉS, 2013, p. 32), ao consolidar a natureza supralegal dos tratados de direitos humanos, ratificados sem a observância do quórum especial do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Essa tendência global continua a repercutir na formação da jurisprudência contemporânea do Pretório Excelso. Em 2020 o Supremo Tribunal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 5.543/2020, que apreciou a constitucionalidade de atos normativos federais do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), os quais estabeleciam restrições temporárias à doação de sangue por homossexuais do sexo masculino. Em análise estava a questão sobre as possibilidades de a restrição da doação decorria de reflexo do preconceito social em relação às pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Queer, Questionando, Intersexuais, Curioso, Assexuais, Aliados, Pansexuais, Polisssexuais, Familiares, 2-espíritos e Kink (LGBTQQICAAPF2K+) ou se tinha como justificativa a ciência apontar um comportamento de risco para a transmissão do Vírus da Imunode-

---

<sup>153</sup> *In verbis*: "Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46."

ficiência Humana (HIV) nestes grupos.

A complexidade do caso apontava colisão entre a garantia da dignidade das pessoas que compõem o grupo e a incolumidade da proteção da saúde pública. Em pauta, estava ainda o princípio da solidariedade no ato de doar sangue e o respeito ao princípio da proporcionalidade, advindo da hermenêutica constitucional contemporânea. A análise do acórdão do processo julgado, relatado pelo Ministro Edson Fachin, destaca a invocação da tese da hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, fundada na cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal. O relator narra a relevância e importância históricas da adoção da tese da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não ratificados com quórum de Emenda Constitucional, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, destacando sob novo enfoque, que se trata de "[...] fórmula que encontra-se madura para possível revisão" (BRASIL, 2020).

Fundada nesse precedente a doutrina a que se filia já aponta a superação da tese da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, fixada no Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP, "[...] de modo que atualmente todos os tratados de direitos humanos devem ser considerados materialmente constitucionais, sendo que, aqueles aprovados segundo o § 3º do art. 5º, possuem também hierarquia materialmente constitucional" (LOPES, 2022, p. 153). Em vista disso, o mister contemporâneo consiste em, além de classificar a hierarquia desses dispositivos internacionais de direitos humanos, difundir a compreensão que o constitucionalismo global não pode ser reduzido a simples retórica, ao *obiter dictum*, ou à reprodução dos dispositivos internacionais, destituídas de um efetivo compromisso em prol da progressividade do respeito ao ser humano e da vedação ao retrocesso em matéria de padrões internacionais.

Virginia Leary (1982), em tratado que dispõe exatamente sobre a eficácia da incorporação das convenções internacionais do trabalho na Lei nacional, inicia a reflexão sobre o tema, destacando que o problema teórico e os debates doutrinários que advêm da relação entre o Direito Internacional e o Direito interno são instigações do passado. Para a autora, hoje essa relação enseja soluções de ordem prática que incitam a comprovação da hipótese de que a eficácia desses tratados "[...] *depends essentially on the incorporation of their provisions in national law*"<sup>154</sup> (LEARY, 1982, p. 1, grifo nosso).

É notório que o constitucionalismo brasileiro construiu arcabouço normativo apto a atribuir condição hierárquica especializada aos tratados internacionais de proteção de direi-

<sup>154</sup> Em tradução livre: "[...] depende essencialmente da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno".

tos humanos. Todavia, alcançar um verdadeiro constitucionalismo de direitos pressupõe efetivar os impactos jurídicos necessários para a execução de tais instrumentos. Isso porque, em que pese os tratados internacionais criarem diretamente obrigações para os Estados que os ratificam, os beneficiários legítimos, tutelados na organização desses instrumentos, são os indivíduos sob a jurisdição do Estado, e não este propriamente dito (LEARY, 1982).

Além disso, só há que se falar em incorporação efetiva das disposições de direitos humanos de um tratado internacional quando evidencia-se o usufruto das garantias nelas previstas pelos beneficiários nacionais, em qualquer região do território local que se encontrem. Essa força normativa especial dos instrumentos internacionais é uma prerrogativa que reluz a missão que estes têm de melhorar a condição dos indivíduos, garantindo-lhes o pleno exercício de direitos fundamentais. Nesse sentido, Virginia Leary (1982, p. 77) dispõe:

Although cast in the form of agreements between states, ILO conventions are intended ultimately to benefit individuals within countries. The aim of these conventions relating to social security, safety and health of workers, trade union rights and discrimination in employment is to improve the lot of individual workers within ratifying states.<sup>155</sup>

Assim, o intuito da fixação de pisos mínimos na esfera internacional em prol do ser humano é que este usufrua efetivamente de tais garantias, onde quer que assuma a condição humana. A conquista contemporânea do Direito Internacional dos direitos humanos a ser celebrada é a sua projeção no Direito Constitucional do Estado, "[...] enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista" (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 631).

Esta é uma direção comum que orienta a organização dos novos sistemas constitucionalistas, os quais deixam de ser meros organizadores da estruturação estatal, passando a ocupar-se, principalmente, com a proteção da figura humana que compõe o centro da atividade normativa do constitucionalismo contemporâneo. Neste sentido, doutrina também José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 18):

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ('estratégias internacionais', 'pressões concertadas') e de normas oriundas de outros 'centros' transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias ('associações internacionais', 'programas internacionais'). A globalização internaci-

<sup>155</sup> Em tradução livre: "Embora formuladas na forma de acordos entre Estados, as convenções da OIT destinam-se, em última análise, a beneficiar os indivíduos dentro dos países. O objetivo destas convenções relativas à segurança social, segurança e saúde dos trabalhadores, direitos sindicais e discriminação no emprego é melhorar a sorte dos trabalhadores individuais nos estados ratificantes".

onal dos problemas ('direitos humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') aí está a demonstrar que, se a 'Constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas' ('cidade mundo', 'europa comunitária', 'casa europeia', 'unidade africana').

Em outra obra, o mesmo autor corrobora com o pensamento anterior no sentido de (CANOTILHO, 1998, p. 1217):

Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais; no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. [...] Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno.

Assim, o Direito Internacional dos direitos humanos contemporâneo dita a tônica do constitucionalismo hodierno, quase atuando como norma hipotética fundamental axiológica a reger a constituição da ordem jurídica nacional. Nesse contexto, tal como comprovado na hipótese inaugural desta tese, a soberania dos Estados não é mais um elemento que centraliza neles a organização de seus ordenamentos. A sociedade contemporânea comuta tal elemento com a necessidade de uniformizar garantias mínimas aos seus nacionais ao redor do mundo, em um verdadeiro sistema global de direitos. De fato, isso também acontece com os direitos sociais fundamentais.

#### **4.4.1 Teoria da Abertura material dos direitos trabalhistas brasileiros**

Na atual ordem constitucional brasileira, nas esferas individual e coletiva, os direitos sociais trabalhistas propriamente ditos estão previstos entre os artigos 7º e 11 da Constituição Federal de 1988, inseridos no Título II, denominado "Dos direitos e garantias fundamentais" em seu Capítulo II "Dos direitos sociais". Inegavelmente, são cláusulas de garantias constitucionais fundamentais que compõem, ao lado do Capítulo I do mesmo título - "Dos direitos e deveres individuais" -, rol mínimo de proteção ao ser humano residente no território

brasileiro. Tal abertura dispõe de flexibilidade para ser incrementado por outras garantias nos moldes que direciona a inteligência interpretativa do disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição, mais precisamente conhecida por cláusula de abertura que traduz a denominada fórmula ou teoria dos vasos comunicantes.

Interessante notar que a própria Constituição da República no artigo 7º *caput*<sup>156</sup>, ao arrolar os direitos trabalhistas individuais dos trabalhadores urbanos e rurais, expressamente destaca a natureza exemplificativa do rol de garantias que podem ser incrementadas por outros direitos que visem à melhoria da condição social do obreiro. É inteligível sustentar que esta é uma cláusula de abertura da ordem constitucional trabalhista.

Inclusive, a doutrina clássica do Direito do Trabalho brasileiro reputa a tal expressão constitucional ao conteúdo de um dos princípios mais basilares da matéria, denominado princípio da proteção, tuitivo ou tutelar do trabalho, com destaque para a sua fração que incita a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador. Eis a natureza constitucional da garantia, que visa mitigar o desequilíbrio natural existente nas relações de trabalho *stricto sensu*, ou seja, nas relações de emprego, que ainda são os objetos principais do ordenamento jurídico nacional trabalhista. Esse desequilíbrio entre o empregador hipersuficiente e o empregado hipossuficiente traduz a principal razão de existir do direito do trabalho, que visa mitigar essa diferença.

Além da natureza constitucional, infere-se ao princípio da proteção no direito do trabalho pátrio e à abertura deste ordenamento a outras ordens jurídicas que o enriqueçam e o fomentem à condição de cláusula pétrea, em virtude da interpretação teleológica do disposto no artigo 5º, § 2º, bem como no artigo 7º, *caput* e na disposição do artigo 60, § 4º, inciso IV<sup>157</sup>, todos da Constituição Federal. Como amplamente explorado nas seções anteriores, em sede de Direito Internacional do Trabalho, é a OIT a entidade que coordena esse *ius cogens* global do labor, editando normas peremptórias e imperativas, por mais que não imune às críticas sobre sua índole eurocentrista, fundada nos postulados de interesse capitalista.

Com a abertura do constitucionalismo nacional à proteção internacional da pessoa humana nas mais diversas esferas, a incorporação normativa dos padrões globais de labor ao Direito interno representa verdadeiramente um *ius constitutionale commune* em matéria trabalhista. Tal incorporação fixa pisos mínimos de direitos fundamentais peremptórios e imperativos que devem não só ser efetivamente cumpridos, conforme as diretrizes internacionais, mas

<sup>156</sup> *In verbis*: "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]".

<sup>157</sup> *In verbis*: "Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais."



também ditar condições laborais mínimas na organização do ordenamento jurídico interno. É claro que a ordem jurídica internacional do labor humano é advinda, principalmente, da Organização Internacional do Trabalho, mas não apenas dela provém, sendo também fomentada por outros diplomas normativos internacionais de organizações regionais e globais, tais como a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul).

Esse *jus cogens* laboral internacional "[...] reflete padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia independem da aquiescência dos sujeitos de direito internacional" (GARCIA, 2017, p. 95), devendo ser observado nas relações jurídicas internacionais independentemente da vontade dos Estados, mediante a aquiescência desses, projetam-se também delimitando as proteções na ordem jurídica interna. Eis uma ordem de valor que visa direcionar como a sociedade global respeita e rege o labor humano.

No sistema global de proteção dos direitos humanos, em sua composição ampla, para além do Código Internacional promovido pela OIT, a DUDH de 1948 cita os direitos sociais, dentre eles os trabalhistas, como direitos humanos. No artigo 22 determina que todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, a ser garantido e efetivado pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Nos artigos 23 a 25<sup>158</sup>, a DUDH estabelece parâmetros mínimos de valor no tratamento das relações humanas de trabalho que devem ser respeitados no cenário internacional e local.

No mesmo intuito, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, também adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, assegura pisos

---

<sup>158</sup> *In verbis*: "Artigo 23

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 24

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social."

mínimos de relacionamento quando presentes o labor humano, garantindo o gozo de direitos sociais, dentre eles os trabalhistas, como partes de um direito internacional dos direitos humanos, nos moldes dos artigos 6º ao 8º do diploma<sup>159</sup>, inclusive mencionando expressamente a necessidade de observância à Convenção nº. 87 da OIT, até hoje não ratificada pelo Estado brasileiro.

Em sede de proteção regional dos direitos humanos, o Brasil está inserido no sistema interamericano, que tem por regência constitucional basilar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, já tão abordada nesta pesquisa. Esta é a Constituição Regional que compõe o *ius constitutionale commune* americano. No texto oficial, refere-se ao labor humano apenas no artigo 6º<sup>160</sup>, o qual veda as

<sup>159</sup> *In verbis*: "Artigo 6º

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Artigo 7º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto

b) À segurança e a higiene no trabalho;

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

Artigo 8º

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.

c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas:

d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir - as garantias previstas na referida Convenção.

<sup>160</sup> *In verbis*: "Artigo 6º. Proibição da Escravidão e da Servidão

práticas da escravidão e da servidão. Para fins de tratar sobre direitos econômicos, sociais e culturais, a OEA organizou debates que resultaram na elaboração e aprovação de Protocolo Adicional à CADH, denominado pelos Estados-partes como Protocolo de San Salvador, e que fixa condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho.

Gilberto Stürmer (2014, p. 59) destaca o interesse do instrumento em "[...] reafirmar o propósito de consolidar na América Latina um regime de liberdade pessoal e justiça social, fundado nos direitos essenciais do homem". Este intuito não pode ser alcançado, em sede da disposição de um constitucionalismo comum, sem a organização e o gozo de garantias econômicas, sociais e culturais, para além das civis e das políticas. Justifica-se, pois, as diferentes categorias de direito compõem um todo indissolúvel, fundado no reconhecimento da dignidade humana, que exige vigilância, tutela e promoção permanentes.

Sobre as relações de trabalho, o Protocolo de San Salvador dispôs os artigos 6<sup>o161</sup>,

- 
1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas.
  2. Ninguém deve ser constringido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.
  3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:
    - a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
    - b) o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;
    - c) o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e
    - d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais."

<sup>161</sup> *In verbis*: "Artigo 6º Direito ao trabalho

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.
2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho."

7<sup>o162</sup> e 8<sup>o163</sup>. Traz ainda disposição sobre a Previdência Social em seu artigo 9<sup>o164</sup>.

Vale ressaltar que, diferente da DUDH, que é um instrumento que não exige ratificação, mas um compromisso de inclinação do comportamento internacional dos Estados, o Protocolo de San Salvador, assinado em 17 de novembro de 1988, ano de promulgação da Constituição Federal, apenas foi ratificado pelo Brasil em 17 de novembro de 1996. Estes são apenas exemplos de normas que corroboram com a construção de um constitucionalismo cooperativo em matéria juslaboral no Brasil, além da normatividade da OIT, tendência esta que se consolida na construção dos ordenamentos jurídicos das sociedades contemporâneas. José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 18) acentua que esses direitos advêm de instrumentos que

<sup>162</sup> *In verbis*: "Artigo 7º Condições justas, eqüitativas e satisfatórias de trabalho

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, eqüitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

- a. Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário eqüitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;
- b. O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicarse à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional;
- c. O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;
- d. Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional;
- e. Segurança e higiene no trabalho;
- f. Proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinarse às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiarse da instrução recebida;
- g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;
- h. Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais."

<sup>163</sup> *In verbis*: "Artigo 8º Direitos sindicais

1. Os Estados Partes garantirão:

- a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiarse ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associarse às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associarse à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente;
- b. O direito de greve.

2. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos demais. Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei.

3. Ninguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato."

<sup>164</sup> *In verbis*: "Artigo 9º - Direito à previdência social

1. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes.

2. Quando se tratar de pessoas em atividade, o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante, antes e depois do parto."

ensejam observância de maior ou menor grau de adstringência, porém sempre determinam obrigações de cunho universal:

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ('estratégias internacionais', 'pressões concertadas') e de normas oriundas de outros 'centros' transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias ('associações internacionais', 'programas internacionais'). A globalização internacional dos problemas ('direitos humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') aí está a demonstrar que, se a 'Constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas' ('cidade mundo', 'europa comunitária', 'casa europeia', 'unidade africana').

Em sede de Direito Internacional, os instrumentos normativos são comumente divididos em categorias que se classificam pela constringência da sua atividade normativa. *Soft law*, *soft norm*, *droit doux*<sup>165</sup> são nomenclaturas comumente utilizadas para designar algumas regras de Direito Internacional mais flexíveis, de natureza menos constringente que as tradicionais, seja porque os diplomas legais das quais elas provêm não detêm a condição de norma jurídica propriamente dita, seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos em instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo ao Estado ou criam obrigações pouco constringentes. Em regra, são os instrumentos internacionais cuja vigência não exige um procedimento especial de aprovação pelo Estado na comunidade internacional e de incorporação nacional no ordenamento jurídico interno, tais como declarações, recomendações e resoluções internacionais.

Por outro lado, *hard law*<sup>166</sup> é a denominação utilizada para caracterizar o Direito Internacional vinculante, cujas normas são de observância obrigatória, com baixa ou nenhuma margem para negociação ou repactuação de cláusulas, gerando verdadeiras obrigações nacionais de Direito Positivo. Em regra geral, a natureza da observância obrigatória é expressa pela característica intrínseca e inerente ao direito, que é a coação, mas não só por ela. Tratados e convenções internacionais são seus exemplos típicos, mas atualmente também são representados por princípios gerais de Direito Internacional e por decisões de órgãos de tratados internacionais. Neste último caso, a natureza vinculante dessas decisões surge como forte diretriz em prol do exercício de um verdadeiro controle de convencionalidade de matriz nacional, que deve ter por norte interpretativo o bem jurídico como, de fato, foi tratado na diretriz internaci-

<sup>165</sup> Em tradução livre: "lei branda, norma branda e direito flexível".

<sup>166</sup> Em tradução livre: "lei dura".

onal.

Assim, é fundamental entender a fórmula de ratificação e incorporação desses instrumentos internacionais de caráter vinculante que compõem essa ordem jurídica cada vez mais rica e plural juslaboral. Portanto, tal condição é essencial para preparar os intérpretes ao exercício de um verdadeiro controle de convencionalidade, considerando eminentemente a hermenêutica dos órgãos de tratado internacionais.

#### ***4.4.2 Incorporação e possível denúncia das normas da OIT no Brasil***

O estabelecimento de uma ordem econômica internacional só faz sentido se verdadeiramente for permitida a universalização e o gozo efetivo dos princípios de justiça social. Neste intuito, a OIT vem trabalhando para consolidar um Código Internacional do Trabalho que, de fato, traga integridade, satisfação das necessidades e reconhecimento de garantias a todo ser humano que trabalha no mundo contemporâneo. Após a aprovação de cento e noventa convenções internacionais e mais de duzentas recomendações internacionais, a OIT ainda não pode centralizar seus esforços apenas na progressividade e avanços quanto à proteção das relações de trabalho. Sem embargo, ainda destaca-se como atividade elementar a necessidade de supervisão e monitoramento de convenções fundamentais e prioritárias que são descumpridas, trazendo indignidade ao mundo do trabalho do século XXI.

Na ótica tradicional, a relação entre o Direito interno do trabalho e o Direito Internacional do Trabalho, tal como nas outras áreas jurídicas, encontra guarida nos debates sobre a prevalência tanto da teoria monista como da dualista. Enquanto naquela há interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, "[...] razão por que a ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna" (SÜSSEKIND, 2000, p. 63), para a teoria dualista as ordens jurídicas internacional e nacional "[...] são independentes e não se comisturam" (SÜSSEKIND, 2000, p. 63). Portanto, tal questão implica na ratificação de um tratado internacional no compromisso estatal de legislar em conformidade com os padrões do diploma sacramentado, sob pena de responsabilização internacional. Por outro lado, na teoria dualista a incorporação das cláusulas ratificadas e a modificação do ordenamento interno que porventura destoe destas estão condicionadas ao exercício de uma ação formal por parte do Poder Legislativo nacional.

Devido a tal densificação no processo dialógico entre as fontes plurais que alimentam os ordenamentos jurídicos contemporâneos, há algum tempo os internacionalistas defendem ordenamentos que se organizem com base no constitucionalismo cooperativo defendido

nesta tese, corrente a qual se filiam, criticando assim, a fórmula da teoria dualista. Na doutrina brasileira tal concepção se encontra no pensamento clássico de Arnaldo Süssekind (2000), Haroldo Valladão (1980) e Hildebrando Accioly (2000), cuja expressão pode ser resumida, conforme expresso por Vicente Marotta Rangel (1967, p. 63) da seguinte forma:

A solução ideal e desejada é a da harmonização das ordens jurídicas de cada Estado com a ordem jurídica internacional. A tendência de várias Constituições contemporâneas é a de concorrer para essa harmonização. Fortalece essa tendência admitir que os tratados, tão logo sejam regularmente concluídos e produzam efeitos na ordem internacional, passem imediata e automaticamente a produzi-los na ordem interna dos Estados contratantes. [...] Também concorre para fortalecer essa harmonização, o reconhecimento pela jurisprudência de cada Estado da superioridade hierárquica de tratado sobre o Direito interno, de conformidade com o que vêm decidindo reiteradamente os tribunais internacionais mediante simples garantia de publicidade.

Esta é a posição que prevalece na doutrina nacional do Direito Internacional dos direitos humanos há mais de meio século, apontando para privilegiar a teoria monista na consolidação de um constitucionalismo cooperativo. Contudo, ainda que o Estado adote tal concepção é útil pontuar a observação que Arnaldo Süssekind (2000, p. 64) faz sobre a aplicação de certas normas de tratados ratificados, as quais exigem a "[...] adoção no direito interno, de leis, ou regulamentos destinados a torná-las executáveis. É o que o tratado, sobretudo o que dispõe sobre direitos do cidadão, nem sempre é *self-executing*".

Além disso, ainda que o país adote a teoria monista, é de suma importância que o governo publique e divulgue oficialmente o teor do tratado ratificado, com atenção para as obrigações e datas de vigência das disposições no território nacional. Para analisar, sem correr o risco da perfunctoriedade, se o Brasil adota a teoria monista ou dualista concernente às relações entre Direito Internacional e Direito interno, recomenda-se a análise dos resultados apresentados por André Lipp Pinto Basto Lupi (2009). O referido autor se utilizou, em parte da reflexão do processo de incorporação dos tratados internacionais no Brasil, especialmente para observar que há uma aproximação ao dualismo na rigorosa cisão dos momentos de vigência interna e internacional. No entanto, "[...] ante a complexidade das relações entre o Direito Internacional e o interno e as variações e sutilezas ocorrentes na prática das autoridades brasileiras, a possibilidade de valer-se de um conceito redutor, como dualismo, vê-se afastada" (LUPI, 2009, p. 44).

A tradição constitucional brasileira expressamente consignada no texto de 1988 impõe que "[...] a norma internacional se incorpora ao direito interno no momento em que a ratificação do tratado iniciar a sua vigência, desde que ele já esteja em vigor em âmbito internacional" (SÜSSEKIND, 2000, p. 68). Outrossim, a norma incorporada enseja aplicação ime-

diata, salvo em caso de disposições que ensejam a adoção de medidas complementares ou a consecução de programas em prol da promoção de suas diretrizes, o que também não pode ser adiado ou postergado. Assim, para Arnaldo Süssekind (2000) a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria monista. Reforça tal entendimento a disposição do artigo 105, III, "a"<sup>167</sup> do texto constitucional, que prevê o cabimento de Recurso Especial, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), de decisão que contraria tratado internacional ou nega-lhe vigência.

Aqui se faz necessário pausar para firmar uma crítica à ausência de disposição análoga que atribua ao Tribunal Superior do Trabalho a competência para processar e julgar Recurso Ordinário ou de Revista que contrarie tratado internacional em matéria de labor. Isso porque, se o constituinte organizou a Justiça Especializada para as demandas relativas às relações de trabalho em seu sentido amplo, nos moldes do artigo 114 e seguintes da Constituição Federal, bem como fundamentou a existência de uma ordem plural de garantias ao ser humano que labora no território nacional, não limitada ao Direito interno, mas também tutelada por garantias internacionais, como já se demonstrou, não há outra diretriz senão a de atribuir competência ao tribunal superior especializado a guarda da vigência desses tratados internacionais, que dispõem acerca de matéria do labor humano.

Já há doutrina especializada em defesa desta tese, recomendando a adoção de "[...] interpretação extensiva, portanto, de modo a incluir, entre as decisões que podem ser objeto de revisão em sede de recurso de revista, aquelas que violem as convenções da OIT ou que deem a essas interpretações diversa"(GOMES; CASTRO; GOMES, 2020) daquela dada por outros Tribunais Regionais do Trabalho ou pelo próprio TST. De fato, a execução dos tratados internacionais que versam sobre matéria juslaboral e amplificam o rol das garantias fundamentais de trabalho no Brasil carece não só de disposições constitucionais e legais que efetivamente os levem à concretização no seio social, mas também de encontrar intérpretes com uma melhor formação e preparo jurídicos para fins de aplicar essas disposições com a força e o sentido que a comunidade e o Direito Internacional a eles reputam.

Eis o chamado para a formação de juristas juslaborais a partir de um constitucionalismo global. Um primeiro passo é difundir a interdisciplinaridade na formação jurídica entre as mais diversas áreas de Direito material e o Direito Constitucional em sua perspectiva global. O intérprete contemporâneo deve estar familiarizado com o fenômeno cada vez mais natural da pluralidade das ordens jurídicas. Neste ponto, é preciso entender como se dá a

---

<sup>167</sup> *In verbis*: "Artigo 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência".



incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, reitera-se a premissa adotada desde o início desta pesquisa, ainda no curso de mestrado em Direito, de que as Convenções da OIT têm natureza de tratados internacionais e, por isso, são regidas pela Convenção de Viena de 1969, cujo artigo 2º, item 1, "a"<sup>168</sup> dispõe sobre o conceito de tratado. Didaticamente, a forma de incorporação desses instrumentos ao ordenamento jurídico brasileiro é melhor explicitada se cindida em dois momentos.

O primeiro é a fase da ratificação internacional, na qual o Estado assume o compromisso, perante a comunidade internacional, de cumprir as obrigações do tratado nos limites do seu território, sob pena de responsabilização internacional, que inclusive é a condição sem a qual há de se falar no exercício do controle de convencionalidade. O segundo momento é o da internalização do instrumento no ordenamento jurídico pátrio, o qual ocorre conforme as diretrizes de cada Estado, e que, no Brasil está regido pelas regras a seguir. Nota-se aqui a importância de ressaltar a observação feita em obra anterior por esta autora (BOMFIM, 2017, p. 60-61), no sentido de que:

[...] essa divisão em dois momentos para incorporação do tratado no direito interno não implica na afirmação de que o Brasil adota a concepção dualista das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal. Ao contrário, a doutrina internacionalista pátria aponta o Brasil como monista incontestado desde a ratificação pelo governo brasileiro da Convenção de Viena de 1969, pelo Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Isso porque, segundo o artigo 27 do citado instrumento, o Estado “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” [...] Corrobora com tal argumento o fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não fazer qualquer distinção entre a jurisdição internacional e a interna. O referido documento limita-se a reproduzir a competência privativa do Presidente da República para celebração dos tratados, sob o referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII da CF), e a competência exclusiva deste para resolução definitiva sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I da CF). Tal padrão constitucional delinea nitidamente as fases internacional e interna, respectivamente, a ratificação e a internalização, a que serão submetidas as convenções da OIT para eficácia no ordenamento jurídico brasileiro.

No plano internacional, a ratificação de um tratado internacional se inicia com as negociações que dão origem ao instrumento. Isso ocorre quando o Estado ratificante participa da elaboração do documento, pois, como se sabe, no que se refere a um tratado internacional aberto, o governo interessado pode apenas anunciar o interesse de incorporação da norma jurídica em seu ordenamento após a finalização desta, sem se envolver nos debates que a originaram.

<sup>168</sup> *In verbis*: "Artigo 2. Expressões Empregadas

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

Na OIT, o *Bureau* Internacional do Trabalho adota um manual que organiza e descreve os procedimentos em vigor relativos à adoção e à aplicação das convenções e recomendações internacionais do trabalho. Quando a Conferência Internacional do Trabalho sinaliza no sentido de acatar propostas relativas a um ponto em sua ordem geral de trabalhos, o órgão determina se essas proposições tomarão a forma de convenção, instrumento que, uma vez ratificado cria obrigações jurídicas, ou de recomendação internacional do trabalho, documento não aberto à ratificação que se destina a orientar a política, a legislação e a prática dos Estados-membros da organização. Nos moldes do artigo 19, item 2 da Constituição da OIT<sup>169</sup>, a aprovação de ambos os instrumentos está condicionada à aprovação de dois terços dos delegados presentes na Conferência.

De acordo com o artigo 14<sup>170</sup> do referido diploma, a ordem de trabalhos da Conferência Internacional é estabelecida pelo Conselho de Administração. Quando se trata de matéria de especial urgência ou outra circunstância especial, o Conselho pode decidir submeter a questão à Conferência por uma discussão simples. Caso contrário, a demanda será objeto de uma dupla discussão, realizada em duas sessões da Conferência Internacional, ou a uma conferência técnica preparatória, a critério do Conselho de Administração.

Outra vez é chamada a atenção para a força política e normativa do Conselho de Administração da OIT, o qual centraliza em sua figura o processo de tomada de decisão para a elaboração de normativos internacionais do trabalho. Lembra-se que o órgão é composto por cinquenta e seis pessoas. Vinte e oito são representantes do Governo, dentre as quais dez são nomeadas pelos Estados-membros de maior importância industrial, podendo-se inferir tal notória influência no estabelecimento das diretrizes internacionais. Os demais dois grupos de quatorze representantes são compostos por delegados de empregadores e trabalhadores.

Inscrita a questão na ordem de trabalhos da Conferência, a matéria pode ser debatida no procedimento de dupla discussão, mais extenso e burocrático, ou no procedimento de discussão simples, mais otimizado. Destaca-se que ambos os procedimentos são longos, debatem a situação da matéria em discussão no contexto dos Estados-membros da organização, por meio de relatórios e respostas dos governos. Apenas depois da ampla discussão é que são

---

<sup>169</sup> *In verbis*: "Artigo 19. 2. Em ambos os casos, para que uma convenção ou uma recomendação seja aceita em votação final pela Conferência, são necessários dois terços dos votos presentes."

<sup>170</sup> *In verbis*: "Artigo 14. 1. O Conselho de Administração elaborará a ordem do dia das sessões da Conferência, depois de ter examinado todas as propostas feitas pelos Governos de quaisquer dos Membros, por qualquer organização representativa indicada no artigo 3º, ou por qualquer organização de direito internacional público, sobre as matérias a incluir nessa ordem do dia. 2. O Conselho de Administração elaborará diretrizes para que a adoção pela Conferência de uma convenção ou de uma recomendação seja, por meio de uma conferência técnica preparatória ou por qualquer outro meio, precedida de um aprofundado preparo técnico e de uma consulta adequada dos Membros principalmente interessados."

aprovadas as disposições a serem submetidas ao Comitê de Redação da Conferência, órgão que, por fim prepara o texto definitivo.

Esse texto é submetido aos delegados para fins de votação final, sujeita ao alcance do quórum para aprovação constitucional. Vale ressaltar que o plenário da Conferência pode discutir emendas à redação final, desde que autorizadas pelo Presidente e os vice-Presidentes da Assembleia Geral. Os textos normativos autênticos da OIT são adotados nos idiomas oficiais, sendo eles inglês e francês. Enfim, o instrumento aprovado é então assinado em duas cópias pelo Presidente da respectiva Conferência Internacional do Trabalho e pelo diretor geral da Repartição Internacional do Trabalho, "[...] sendo uma arquivada nessa Repartição e a outra enviada ao Secretário Geral da ONU (art. 19, § 4º da Const.)" (SÜSSEKIND, 2000, p. 188). Também, é o diretor geral que remete cópia certificada do instrumento aprovado a cada um dos Estados que o adotaram naquela oportunidade, no intuito de fazer o governo cumprir as obrigações previstas na Constituição da OIT.

Vale destacar como peculiaridades inerentes às convenções da OIT: 1. a produção normativa em foro único, como visto na Conferência Internacional do Trabalho; e 2. a participação de outros representantes governamentais classistas, além dos plenipotenciários estatais<sup>171</sup>. A vigência internacional das convenções da OIT está condicionada ao decurso de um lapso temporal específico que, em regra, é de doze meses, contados a partir do registro de duas adesões de Estados-membros, competindo ao diretor geral da organização comunicar a data de vigência aos demais. Com esta comunicação nasce a obrigatoriedade do Estado aderente em cumprir os compromissos assumidos, sob pena de caracterização da respectiva responsabilidade internacional.

Por outro lado, tal vigência no Brasil está condicionada, além da vigência internacional, à internalização do instrumento no Direito interno. O procedimento deve respeitar as regras estabelecidas pelo Direito Internacional dos tratados e as diretrizes constitucionais dos citados artigos 49, I e 84, VIII da Constituição Federal. Estes dispõem, respectivamente, sobre a competência exclusiva do Congresso para a resolução definitiva sobre os tratados em geral que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, bem como sobre a competência privativa do Presidente da República ou seus plenipotenciários para a celebração

---

<sup>171</sup> O termo é utilizado, no direito internacional, para designar o agente que recebe plenos poderes por delegação de um Estado, enviado a um encontro para negociar, adotar e assinar acordos em nome do País pelo qual foi designado, nos moldes autorizados pelos artigos 2, 1, "c" e 7 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Para fins de certificar o encargo, os plenipotenciários devem apresentar, na negociação, a carta de plenos poderes, instrumento que formaliza a concessão desses poderes pelo chefe do Poder Executivo, do qual os plenipotenciários são legítimos representantes para exercer a competência do artigo 84, VIII da Constituição Federal.

dos tratados, sob o referendo do Congresso Nacional, na fase internacional.

É importante frisar que a Constituição da OIT nos artigos 19, item 5, “b” e “d”<sup>172</sup>, determina uma obrigação formal do Estado que aderiu à convenção a submetê-la ao exame da autoridade competente sobre a matéria para analisar as obrigações em face do ordenamento interno, cuja adequada interpretação remete a competência ao Congresso Nacional. Esse referendo parlamentar é realizado por meio da confecção de um decreto legislativo, cuja função precípua é resolver definitivamente sobre o tratado, nos moldes do artigo 49, I da Constituição de 1988.

Em caso de aprovação pelo Congresso Nacional, em seguida o decreto legislativo pode ser ou não ratificado pelo chefe do Poder Executivo que, quando o acata, promulga e publica em forma de decreto executivo no Diário Oficial da União, contendo o número do respectivo decreto legislativo, a data do registro, ou seja, do depósito da ratificação internacional do instrumento, depositada na OIT após a ratificação do Congresso Nacional. Há interpretação histórica no sentido da prescindibilidade dessa promulgação executiva para a produção de efeitos no plano interno das convenções ratificadas da OIT, remontando tal prática ao tempo do Império no Brasil. Assim, não é desarrazoada a defesa da aplicação imediata das convenções internacionais do trabalho no ordenamento jurídico pátrio a partir do referendo do Congresso e, claro, da publicação do decreto legislativo no Diário Oficial da União.

Vigente no plano interno, uma convenção internacional do trabalho só isenta o Estado de cumpri-la, mediante ato unilateral deste, por meio de denúncia efetivada após um período de dez anos. No Brasil, a opção pela denúncia complica-se pelo fato de a ratificação nacional advir de ato complexo que depende não só dos poderes do chefe do Executivo, mas também de autorização da autoridade do Congresso Nacional. Por razão de analogia procedimental, a denúncia internacional pelo Poder Executivo está condicionada à autorização do Poder Legislativo?

Eis a questão objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º. 39 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º. 1.625, que retornaram à pauta do plenário virtual do Supremo Tribunal Federal no dia 21 de outubro de 2022. As demandas discutem a constitucionalidade do decreto federal n.º. 2.100/96, cujo objeto é a denúncia unilateral do Bra-

---

<sup>172</sup> *In verbis*: "Artigo 19. 5. Tratando-se de uma convenção: b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza; d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção."

sil contra a anterior adesão à Convenção n. 158 da OIT, relativa ao término da relação de emprego por iniciativa do empregador e que veda a despedida injustificada do trabalhador.

Referido convênio foi assinado internacionalmente em 1982 e internalizada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 68/92 e do Decreto Presidencial 1.855/96. Em 20 de dezembro de 1996, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso assinou o Decreto n.º. 2.100/96, formalizando a denúncia do tratado internacional e dando a respectiva publicidade de que deixariam as obrigações internacionais de serem cumpridas pelo Brasil a partir de novembro de 1997. Sobre a validade da referida denúncia, a doutrina brasileira dividiu-se em dois entendimentos.

Parte dos intérpretes defendem a impossibilidade de o Presidente da República denunciar tratados internacionais sem o respectivo consentimento do Congresso Nacional, podendo inclusive tal ato ser considerado inconstitucional e, inclusive, determinar a apreciação da responsabilidade internacional do Estado brasileiro em relação às obrigações da respectiva convenção. Nesse sentido, é a doutrina de Márcio Túlio Viana (2007) que defende a continuidade da vigência da Convenção n.º. 158 da OIT no Brasil, podendo qualquer juiz ou tribunal considerar inconstitucional o decreto da denúncia de maneira incidental até o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos processos narrados a seguir. Para o autor, ainda que não houvesse a convenção, "[...] seria perfeitamente possível, através de interpretação, proibir as dispensas arbitrárias - na medida em que elas se chocam com a própria ideia de direitos humanos e com princípios constitucionais" (VIANA, 2007, p. 244).

Adriano Mesquita Dantas e Gustavo Rabay Guerra (2015) seguem o mesmo entendimento aduzindo a manutenção do vigor do referido convênio no Brasil, o qual pode ser invocado por trabalhadores e aplicada de forma direta e incidental pela Justiça do Trabalho. Para estes, "[...] basta, para tanto, que os trabalhadores requeiram e os Juízes declarem, pelo sistema difuso, a inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996, pelo qual o Presidente da República denunciou unilateralmente a Convenção n. 158 da OIT" (DANTAS; GUERRA, 2015, p. 186). Por outro lado, há doutrina que sustenta a validade da referida denúncia, representada por Cássio Mesquita Barros (2015, p. 156), jurista que inclusive foi membro do Comitê de Peritos da Organização Internacional do Trabalho:

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 clara norma

expressa da Constituição, no art. 19, inciso VII, e do sistema revolucionário, sistema próprio de entidade, ao qual o Brasil aderiu espontaneamente.

A celeuma chegou ao Pretório Excelso. A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag), com a legitimidade que lhe foi atribuída pelo art. 103, IX da Constituição Federal, ajuizou a ADI nº. 1.625, no mês de junho de 1997, aduzindo que a Convenção 158 da OIT foi aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional, não cabendo, portanto, ao Presidente da República denunciá-la por decreto com o fito de se esquivar da responsabilidade internacional.

Além desta demanda, em 15 de novembro de 2015, o STF também foi instado a manifestar-se acerca da ADC nº. 39, promovida pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), sustentando que o Decreto nº. 2.100/96 não viola o disposto no art. 49, inciso I da Constituição, pois não é aplicável ao procedimento de internalização das convenções da OIT. Isso porque as convenções da OIT disciplinam relações de direito privado entre empregadores e empregados, o que ilide a aplicação da referida disposição constitucional, pois a competência do Congresso Nacional recai apenas para resolver definitivamente sobre tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, o que vai de encontro às disposições supra aduzidas no artigo 19 da Constituição da OIT.

A ADI nº. 1.625 começou a ser julgada no ano de 2003, e após sucessivos debates e pedidos de vistas conta hoje com seis votos proferidos. No sentido de procedência parcial, há o voto dos então ministros Maurício Corrêa, na qualidade de relator, e Carlos Ayres Britto, os quais votaram no sentido de que, assim como o Congresso Nacional é competente para discernir sobre os tratados que ensejam encargos para a República Federativa do Brasil, também o é para sua denúncia. Assim, os votos ocorreram no sentido de dar interpretação constitucional ao teor do Decreto nº. 2.100/96, conforme o artigo 49, I da Constituição Federal para fins de condicionar a denúncia da Convenção nº. 158 da OIT ao referendo do Congresso Nacional. No sentido de julgar improcedente a ADI nº. 1.625, os votos dos ministros Nelson Jobim e Teori Zavaski estavam fundamentados no entendimento de que no sistema constitucional a denúncia é feita pelo órgão que representa o país na nação, sendo assim possível a rescisão unilateral pelo Presidente da República.

No sentido de procedência total, votaram os ministros Joaquim Barbosa e Rosa Weber. Aquele sustenta que, tal como para a vigência internacional, a denúncia de um tratado está condicionada ao aval do Presidente da República e do Congresso Nacional. Caso contrário, há violação do processo constitucional de incorporação dos tratados internacionais. Já para esta ministra, a inconstitucionalidade do decreto é formal, partindo da premissa de que,

nos termos constitucionais, leis ordinárias não podem ser revogadas pelo Presidente da República, e o decreto que formalizou a adesão do Brasil à convenção tem natureza de lei ordinária, portanto irrevogável por decreto do executivo. Esta última interpretação merece críticas por estar nitidamente em desacordo com jurisprudência histórica sobre natureza jurídica dos tratados internacionais, eminentemente considerando que esta convenção tem dispositivos que nitidamente tratam de matéria de direito humano.

O processo foi interrompido por pedido de vista do ministro Dias Toffoli em 2016, sendo devolvido em outubro de 2022 com voto a favor da procedência da ADI, baseado na imprescindibilidade da aprovação do Congresso Nacional sobre a denúncia presidencial, para que esta produza efeitos no ordenamento jurídico nacional. No entanto, por questões de segurança jurídica de todas as rescisões contratuais ocorridas entre a denúncia em 1996 e o possível julgamento mais de duas décadas depois, aponta o ministro para a adoção de modulação dos efeitos da decisão, no sentido de que o entendimento deverá ser aplicado a partir da publicação da ata do julgamento, mantendo-se a eficácia das denúncias realizadas até esse marco temporal.

O caso, que estava em tramitação em sede de plenário virtual, foi objeto de novo pedido de vista no dia 28 de outubro de 2022, desta vez pelo ministro Gilmar Mendes. Não há previsão de data para retomada do julgamento. Caso julgada improcedente a ADI, "[...] tem-se por válida a denúncia da Convenção n.º. 158 da OIT e, por consequência, restará completamente afastada do ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade da dispensa justificada do empregado" (VILLATORE; GUNTHER; CARBONELLI; RODRIGUES, 2018, p. 157).

Vale ressaltar que, se a denúncia for declarada inconstitucional, implica no pleno vigor da Convenção n. 158 no Brasil, desde a sua internalização no ordenamento pátrio em abril de 1996, data de promulgação do Decreto Presidencial n.º. 1.855/1996. A princípio, já se pode pontuar possível inconvenção do artigo 477-A<sup>173</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inserido pela Reforma Trabalhista a partir dada Lei n.º. 13.467/2007, com as disposições de direitos humanos do referido convênio "[...] no que se refere às dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas" (PAMPLONA FILHO; ROCHA, 2018, p. 139). Ademais, a depender da adoção dos efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* da decisão definitiva do Supremo, inúmeros impactos repercutirão nas relações de trabalho das últimas três décadas.

Por se tratar de imperativo democrático e instrumento de consolidação de garantias essenciais para o gozo de *standards* universais, é necessário clamar ao Poder Legislativo

---

<sup>173</sup> *In verbis*: "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."

para que elabore regramento normativo acerca da denúncia unilateral do país aos tratados internacionais, destacando como se formalizará a chancela do Congresso Nacional enquanto condição para a produção de efeitos da rescisão na ordem jurídica, respeitadas as diretrizes gerais do Direito Internacional dos tratados e as especiais condições constitucionais da OIT.

#### **4.5 Do estado da arte ao verdadeiro controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil**

Neste último tópico desta tese de doutorado, pretende-se apresentar a doutrina brasileira do controle de convencionalidade e realizar um chamado ao verdadeiro controle nacional de convencionalidade das convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil. Para isso, propõe-se uma reflexão sobre institutos essenciais para o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade, eminentemente como vem se desenvolvendo no sistema interamericano de direitos humanos.

É imperioso protestar por um novo olhar e uma nova postura do intérprete pátrio na ambiência juslaboral brasileira, em que vige uma pluralidade de ordens jurídicas tal como até aqui se tem demonstrado. A preparação para atuar neste modelo exige do intérprete a compreensão de que o ordenamento jurídico não é só composto por normas editadas pelos respectivos poderes estatais constituídos com tal competência, mas também por regramento advindo da ordem jurídica internacional posta, eminentemente dos sistemas de proteção dos direitos humanos. Ainda, requer a compreensão de que os guardiões centrais dos sistemas jurídicos não se esgotam na figura dos membros das Cortes Supremas locais, mas se estendem aos órgãos internacionais de tratados e Cortes supranacionais, eminentemente quando se fala de direitos protegidos por uma proteção multinível.

Assim, pretende-se encerrar esse momento de pesquisa, que não esgota a necessidade de revisitação e novas proposições sobre o tema, expondo que o que hoje se diz realizar como controle jurisdicional de convencionalidade das leis trabalhistas, em regra, trata-se de interpretação nacionalista das convenções internacionais do trabalho. Todavia, após uma reflexão sobre a legitimidade de um constitucionalismo global e o debate sobre o verdadeiro sentido e exercício do instituto do controle de convencionalidade, consistentes nas matérias apresentadas nas duas sessões anteriores, é imperioso lançar um chamado ao diálogo entre tribunais trabalhistas locais e organismos internacionais que tutelam a matéria, principalmente a Organização Internacional do Trabalho, de maneira a possibilitar o ajuste entre os diferentes níveis de proteção de direitos humanos trabalhistas existente na atualidade.



O objetivo é delinear como implementar o verdadeiro controle jurisdicional nacional de convencionalidade em matéria trabalhista, a fim de que os titulares das garantias jurídicas efetivamente gozem de um mundo do trabalho protegido na contemporaneidade.

#### ***4.5.1 O estado da arte do controle jurisdicional de convencionalidade trabalhista no Brasil***

O tema do controle jurisdicional de convencionalidade a ser exercido pelos membros do Poder Judiciário do trabalho e os demais profissionais e intérpretes que ali labutam, tais como advogados, peritos, contadores e outros auxiliares da justiça, não é inédito, mas também não é prática amplamente utilizada pelos juristas. Há diversas pesquisas sobre o tema, além do livro desta autora (BOMFIM, 2017), as quais, em grande maioria sustentam a obrigatoriedade do referido controle em face da reverência aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e a adoção da teoria da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Pretório Excelso nos supra referidos precedentes proferidos no *Habeas Corpus* nº. 87.585 e no Recurso Extraordinário nº. 466.343. Nesse sentido, a doutrina de Mônia Clarissa Hennig Leal e Felipe Delanogare Alves (2017, p. 121-122) sustenta que:

O Supremo Tribunal Federal atribuiu, por sua vez, a estes instrumentos, após intensos debates, o status de suprallegalidade. Tratou-se do julgamento, pelo Plenário, do Recurso Extraordinário no 466.343/SP, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. A controvérsia centrava-se no status assumido pelo Pacto de San Jose da Costa Rica no ordenamento jurídico pátrio, pois havia sido incorporado antes da promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004. [...] Assentou-se, com esse julgamento, que, em silenciando a Constituição acerca da posição normativa dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional no 45, devido a sua importância, seu caráter é de suprallegalidade. Tornou-se visível, a partir dos votos dos Ministros, que a principal questão do julgamento assentou-se no estabelecimento de uma posição hierárquica entre os dispositivos internacionais e a Constituição, predominando, inclusive, sobre a construção de uma solução para o caso concreto sub judice (no caso, a prisão civil do depositário infiel).

Assim, em pesquisa sobre a aplicação do controle de convencionalidade pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), enquanto forma de proteção à dignidade da mão de obra, no caso Carneiro Távora contra a Telemar Norte Leste e a Contax, há doutrina que aponta o acórdão proferido pela 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho<sup>174</sup>, como sendo referência

<sup>174</sup> Decisão definitiva exarada em sede de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista no processo de número TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011, julgado em 30 de abril de 2014, sob relatoria da ministra Dora Maria da Costa. O recurso foi interposto pelas reclamadas Telemar Norte Leste S.A. e Contax S.A., contestando o acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 3ª Região, que indeferiu o prosseguimento de Recurso de Revista interposto em face da decisão em favor do obreiro Maurício Carneiro Távora. Referida decisão reconheceu como ilícita a terceirização do serviço denominado *call center*, sob o fundamento que este está compreendido como atividade fim das concessionárias dos serviços de telecomunicações. As empresas argumentaram para o TST que a terceirização em atividade fim não pode ser considerada ilícita uma vez que autori-

de aplicação do controle de convencionalidade em reverência ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro.

A ministra relatora do recurso no TST, Dora Maria da Costa, refutou os argumentos legalistas das rés, afirmando que "[...] a análise da licitude de qualquer conduta não se esgota com a singela leitura das leis ordinárias" e orientando o mister, atribuído ao intérprete, a se debruçar sobre a hermenêutica da "[...] Constituição e, também, sobre as normas internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 2014). Nesta senda, o referido acórdão do Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu expressamente "[...] que, além do crivo de constitucionalidade, as leis devem passar pelo crivo de convencionalidade, estabelecendo-se, assim, uma dupla aferição de compatibilidade vertical" (LEAL; ALVES, 2017, p. 123).

Em respeito à convencionalidade, o acórdão turmário do TST entendeu por bem manter os fundamentos da decisão do Regional *a quo*, no sentido de que a terceirização em atividade fim pressupõe a utilização da mão de obra humana como mercadoria, o que, além de confrontar a Constituição, pode ser considerada inconvenção sob o ponto de vista da Constituição da OIT e do respectivo anexo consistente na Declaração de Filadélfia de 1944.

Mônia Clarissa Hennig Leal e Felipe Delanogare Alves ressaltam que o TST reforça a tese já adotada no acórdão recorrido do TRT da 3ª Região, que menciona os "[...] precedentes do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº. 87.585/TO e Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP), os tratados e convenções sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte" (LEAL; ALVES, 2017, p. 124), reconhecendo que eles "[...] possuem, no mínimo, natureza supralegal, fazendo com que as normas ordinárias que os afrontem não sejam aplicáveis" (LEAL; ALVES, 2017, p. 124).

Marco Antônio César Villatore, Luiz Eduardo Gunther, Matteo Carbonelli e Marcelo Rodrigues (2018, p. 145, grifo do autor) sustentam que em matéria trabalhista, o controle de convencionalidade é exercido por esta se tratar de um "[...] direito fundamental humano e social [...] 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".

Sob tal argumento, os referidos autores sustentam, como já citados anteriormente, a inconvenção do artigo 477-A da CLT, introduzido pela reforma trabalhista a partir da defesa da tese que contesta a constitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT. Considerando que o referido convênio mantém seu vigor no Brasil, deve ser aplicado e inter-

---

zada no artigo 94, inciso II da Lei n. 9.472/97, que dispõe sobre as atividades da telecomunicação, prevendo que a concessionária poderá "[...] contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados".

pretado em conjunto com as normas jurídicas que tutelam o direito do trabalho no País. Nesta pesquisa, sustenta-se que a "[...] efetivação dos ditames da Convenção nº. 158 da OIT há de ser feita por meio do controle de convencionalidade, a ser exercido, sobretudo, por meio da atividade do Poder Judiciário" (VILLATORE; GUNTHER; CARBONELLI; RODRIGUES, 2018, p. 161).

Aqui vale ressaltar que no âmbito das normas trabalhistas, a doutrina internacionalista pátria, representada por Arnaldo Süssekind, tende a recorrer à interpretação principiológica quando se depara com a dificuldade entre a aplicação das normas de Direito Internacional e Direito interno do trabalho. Observa-se a tendência na citação a seguir (SÜSSEKIND, 2000, p. 58):

[...] no campo do direito do trabalho, 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.

Esse conflito entre as normas de Direito interno e Direito Internacional é objeto de reflexão entre os teóricos da área trabalhista muito antes dos debates sobre o controle de convencionalidade ser aplicado na seara, o que iniciou por volta do ano de 2014, quando, pela primeira vez, o controle apareceu em acórdão turmário do Tribunal Superior do Trabalho, o qual conheceu e negou provimento ao Recurso de Revista de n. RR-1072-72.2011.5.02.0384<sup>175</sup>.

<sup>175</sup> Em sede de Recurso de Revista, julgado pela sétima turma do Colendo TST, foi proferido o seguinte acórdão em 24 de setembro de 2014: RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST – RR: 1072-72.2011.5.02.0384, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data do Julga-

Em suma, foi admitido o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade em um trabalho submetido a ambas as condições de risco. Sobretudo, a referida decisão fundamentava-se em três argumentos: 1. a natureza jurídica normativa supralegal conferida à incorporação no ordenamento jurídico brasileiro das Convenções de n. 148 e de n. 155 da OIT, a partir da decisão dos precedentes do Pretório Excelso; 2. o controle de convencionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário como efeito do reconhecimento da supralegalidade das referidas convenções; e 3. a não recepção do artigo 193, § 2º da CLT<sup>176</sup> pela nova ordem constitucional instituída em 1988.

Apesar de considerada como importante precedente sobre o controle de convencionalidade na mais alta Corte trabalhista do Brasil (BOMFIM, 2017), a matéria sobre a possibilidade de cumulação de adicionais em atividades insalubres e concomitantemente perigosas, chegou à apreciação da Subseção I da Seção de Dissídios Individuais para fins de uniformização de jurisprudência turmária, no precedente de processo n. ARR - 1081-60.2012.5.03.0064<sup>177</sup>, bem como do Pleno do Colendo TST, em sede de Incidente de Recurso

---

mento: 24/10/2014, 7a Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014).

<sup>176</sup> *In verbis*: "Art. 493. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

<sup>177</sup> Em sede de Embargos de Divergência, julgado pela Subseção I de Dissídios Individuais do TST, o ministro Cláudio Mascarenhas Brandão também foi designado relator, reprisando os fundamentos dos seus julgados precedentes, levando em consideração a natureza jurídica das Convenções 148 e 155 da OIT, coadunando-as sistematicamente ao ordenamento jurídico em vigor, dando assim efetividade aos standards internacionais por elas veiculados; este, na Subseção, teve seu voto, favorável à cumulação, seguido apenas pelos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre Agra Belmonte. Os demais 10 (dez) ministros que compõem o órgão especializado em unificar a jurisprudência turmária do TST divergiram do relator. Superado o quórum mínimo de 8 (oito) votos, exigido pelo regimento do Tribunal para o julgamento do recurso de embargos contra decisões divergentes das Turmas ou destas que diverjam de entendimento da Seção de Dissídios Individuais, e mantida a composição da SDI-1, quando do eventual julgamento do processo que possibilitou a cumulação dos adicionais, é prudente e salutar antecipar a manutenção da jurisprudência da subseção no sentido da impossibilidade da percepção simultânea dos adicionais. Além disso, tendo em vista a recorrência da mencionada questão de direito, é possível que o órgão especializado indique a formação do precedente, editando orientações e jurisprudência no sentido da impossibilidade da cumulação. Considerando a sucumbência do voto do relator, frente ao voto da maioria dos Ministros que compõem a subseção, foi designado o Ministro João Oreste Dalazen para redigir o acórdão que fundamenta a decisão denegatória da cumulação. A ementa do decisor, inclusive, foi veiculada no Informativo nº 134 do Tribunal Superior do Trabalho: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO ART. 193, § 2º, DA CLT ANTE AS CONVENÇÕES Nº 148 E 155 DA OIT. É vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade ante a expressa dicção do art. 193, § 2º, da CLT. Ademais, não obstante as Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tenham sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, elas não se sobrepõem à norma interna que consagra entendimento diametralmente oposto, aplicando-se tão somente às situações ainda não reguladas por lei. Sob esse fundamento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e no mérito, por maioria, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, Augusto César de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre Agra Belmonte. (TST – E – ARR – 1081 - 60.2012.5.03.0064, SBDI-I, rel. Min.

Repetitivo (IRR) de n. IRR-239-55.2011.5.02.0319<sup>178</sup>, resultando na fixação de tese jurídica no sentido de interpretar o artigo 193, § 2º da CLT como recepcionado pela Constituição da República. Portanto, reconhece-se como legítima a vedação da cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos.

Nota-se que se trata de questão jurídica complexa que aborda essencialmente sobre a relação entre as normas jurídicas produzidas pelo Estado brasileiro, ou seja, de Direito

---

Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 28.4.2016).

<sup>178</sup> Em outubro de 2017, a Subseção I da Seção de Dissídios Individuais decidiu acolher a manifestação de instauração de Incidente de Recurso Repetitivo (IRR) apresentada pelo ministro Agra Belmonte, que verificou a existência de decisões divergentes a respeito da matéria entre as Turmas do TST. O ministro Vieira de Mello, relator do incidente no pleno do tribunal superior, designou a publicação de edital e a expedição de ofícios aos tribunais regionais do trabalho de todo Brasil, bem como ao Ministério Público do Trabalho e demais pessoas, órgãos e entidades interessadas para manifestação, como determina a sistemática dos recursos repetitivos, organizadas pelo Código de Processo Civil, vigente pela Lei n. 13.115/2015. A tese vencedora, no julgamento, foi a prevista no voto do ministro Alberto Bresciani. De acordo com a tese jurídica fixada, o artigo 193, parágrafo 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição da República e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. A posição do relator, ministro Vieira de Mello, restou vencida. Para este último, o dispositivo da CLT estaria superado pelos incisos XXII e XXIII do artigo 7º da Constituição da República, que tratam da redução dos riscos inerentes ao trabalho e do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas. Ainda de acordo com o ministro relator, vencido, a vedação à cumulação contraria a Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa à segurança e à saúde dos trabalhadores. O acórdão foi sacramentado com a seguinte redação: "INCIDENTE DE RECURSOS REPETITIVOS. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, AINDA QUE AMPARADOS EM FATOS GERADORES DISTINTOS E AUTÔNOMOS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . 1. Incidente de recursos repetitivos, instaurado perante a SBDI-1, para decidir-se, sob as perspectivas dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, quando amparados em fatos geradores distintos e autônomos, diante de eventual ausência de recepção da regra do art. 193, § 2º, da CLT, pela Constituição Federal. 2. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da Constituição Federal são regras de eficácia limitada, de natureza programática. Necessitam da "interpositio legislatoris", embora traduzam normas jurídicas tão preceptivas quanto as outras. O princípio orientador dos direitos fundamentais sociais, neles fixado, é a proteção da saúde do trabalhador. Pela topografia dos incisos - o XXII trata da redução dos riscos inerentes ao trabalho e o XXIII, do adicional pelo exercício de atividades de risco -, observa-se que a prevenção deve ser priorizada em relação à compensação, por meio de retribuição pecuniária (a monetização do risco), dos efeitos nocivos do ambiente de trabalho à saúde do trabalhador. 3. Gramaticalmente, a conjunção "ou", bem como a utilização da palavra "adicional", no inciso XXIII do art. 7º, da Carta Magna, no singular, admite supor-se alternatividade entre os adicionais. 4. O legislador, no art. 193, § 2º, da CLT, ao facultar ao empregado a opção pelo recebimento de um dos adicionais devidos, por certo, vedou o pagamento cumulado dos títulos, sem qualquer ressalva. 5. As Convenções 148 e 155 da OIT não tratam de cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade. 6. Conforme ensina Malcom Shaw, "quando uma lei e um tratado têm o mesmo objeto, os tribunais buscarão interpretá-los de forma que deem efeito a ambos sem contrariar a letra de nenhum dos dois". É o que se recomenda para o caso, uma vez que os textos comparados (Constituição Federal, Convenções da OIT e CLT) não são incompatíveis (a regra da impossibilidade de cumulação adequa-se à transição para o paradigma preventivo), mesmo considerado o caráter supralegal dos tratados que versem sobre direitos humanos. É inaplicável, ainda, o princípio da norma mais favorável, na contramão do plano maior, por ausência de contraposição ou paradoxo. 7. Há Lei e jurisprudência consolidada sobre a matéria. Nada, na conjuntura social, foi alterado, para a ampliação da remuneração dos trabalhadores no caso sob exame. O art. 193, § 2º, da CLT, não se choca com o regramento constitucional ou convencional. 8. Pelo exposto, fixa-se a tese jurídica: o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Tese fixada" (IRR-E-ED-RR-239-55.2011.5.02.0319, Subseção I Especializada em Dis-

interno, com as normas jurídicas produzidas pelas reconhecidas comunidades internacionais que o Brasil integra. A preparação do intérprete para atuação neste cenário contemporâneo é sofrível e ainda parte, sobretudo, do raciocínio jurídico vinculado ao eterno retorno do princípio *pro homine* e da norma mais favorável quando há conflito entre normas jurídicas. Ocorre que, tal como apontado na tese jurídica adotada no IRR, neste caso o TST afirmou não haver sequer contraposição ou paradoxo entre as normas internacionais e a norma interna, uma vez que esta, dotada de eficácia limitada, exige atuação do legislador para a indicação de suas diretrizes e das situações de aplicação, enquanto aquelas, segundo a interpretação vencedora, sequer estabelecem orientação sobre a percepção cumulativa das referidas garantias.

A leitura dos referidos julgados permite destacar o vilipêndio do intérprete judiciário com uma interpretação internacionalista das Convenções de nº. 148 e de nº. 155 da OIT. Neste exercício, vislumbra-se a ausência de remissão a qualquer orientação da Organização Internacional do Trabalho ou de seus órgãos de fiscalização e de monitoramento das referidas convenções ratificadas. Se há menosprezo na atividade de consulta, de pesquisa e de citação das manifestações do organismo internacional sobre o assunto, por consequência não se pode sequer cogitar o exercício de um diálogo internacional em prol de uma efetiva aplicação universal de garantia, legitimada pela comunidade internacional e pelos órgãos que, de fato, podem sugerir uma última palavra em matéria de direitos humanos. Essa necessidade de preparação para um efetivo diálogo das "cortes" trabalhistas nacional e internacional, bem como o chamado à revisitação de um eterno retorno ao princípio *pro homine*, são objeto de reflexão do tópico posterior.

Neste ponto cabe refutar a tendência que o estado da arte do controle de convencionalidade trabalhista contemporâneo tem, que é findar em uma interpretação nacionalista de tratados internacionais ratificados, conforme a jurisprudência clássica trabalhista tem consolidado. O princípio da integração que rege as relações entre as diferentes normas que compõem o ordenamento jurídico trabalhista interno e internacional ratificado, implica em sustentar a tese de que o intérprete deve compreender a identidade de cada uma dessas normas como parte necessária de um todo sem a qual deixariam de existir. Ao abordar uma perspectiva contemporânea do Direito do Trabalho, Amauri Mascaro do Nascimento (2011, p. 319-320) destaca que:

A regra é a coexistência dos ordenamentos e a superposição do ordenamento estatal com a sua função integradora pela lei. Nas relações entre o ordenamento internacional e o interno, o problema principal é a harmonização entre o princípio da soberania dos Estados e a centralização normativa, que deve existir para que se possa falar em

ordenamento internacional, porque, se cada Estado insistir na preservação total de sua soberania, complexo seria decidir em que bases jurídicas seria construído um direito supranacional, que só se consolidaria no caso de um compromisso entre os Estados integrantes da comunidade em cumpri-lo e para esse fim teria que abdicar. Foi possível também ver que a prioridade que venha a ser dada a um tipo de ordenamento reflete-se sobre a prioridade das suas normas sobre as do demais ordenamentos, e a questão matriarcal está em saber, de que modo deve ser resolvida a questão da prioridade normativa. Todos esses aspectos entram em cena no equacionamento da hierarquia normativa. O Estado é o ordenamento de superposição. Isso indicaria que as normas estatais ocupam o primeiro lugar e afastaram as demais produzidas por outros ordenamentos. É uma verdade também no direito do trabalho e na prioridade das normas estatais, dentre as quais, em primeiro lugar, as leis constitucionais e, depois, as infraconstitucionais. No entanto, dois aspectos devem ser questionados. Primeiro, a própria lei do Estado pode abrir mão da sua prioridade e remetê-la a outras fontes ou silenciá-la sobre as mesmas sem resolver a questão da prioridade. Segundo, há a forte tendência no direito do trabalho para a solução do problema à luz da sua finalidade, que é a proteção do trabalhador com seus reflexos na hierarquia. Assim, surgiu o princípio da norma mais favorável como princípio de hierarquia das normas no direito do trabalho.

Nas seções anteriores desta pesquisa, demonstrou-se que o Estado brasileiro aderiu a um constitucionalismo cooperativo expresso nos valores axiológicos da Constituição Federal de 1988, e os intérpretes pátrios muito avançaram nas construções hermenêuticas acerca dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição, permitindo-se falar na consolidação da jurisprudência de "[...] salvaguarda dos direitos reconhecidos no plano internacional" (CORDEIRO, 2012, p. 182), que metodologicamente não pode excluir as garantias de direitos sociais advindas do mesmo ambiente.

Em que pese os posicionamentos em sentido divergente, Wolney de Macedo Cordeiro questiona como seria possível diferenciar a aplicabilidade da CADH, nos termos da jurisprudência consolidada no Pretório Excelso, "[...] de qualquer uma das convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil?" (2012, p. 182). Apenas se amparados por pressupostos exclusivamente ideológicos seria possível fundamentar algum tipo de distinção. A cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais permite uma "[...] interpretação extensiva dos tratados e convenções de direitos internacionais dos direitos humanos em relação ao sistema jurídico brasileiro" (VILLATORE; GUNTHER; CARBONELLI; RODRIGUES, 2018, p. 147).

Considerando que a proteção ao direito do trabalho enquanto direito humano e social advém da expressa qualificação do trabalho como garantia social, prevista no artigo 6º da Constituição, e das normas trabalhistas como integrantes do rol de direitos sociais e fundamentais, nos moldes dos artigos 7º e 8º do referido diploma, torna-se imprescindível reconhecer a extensão da aplicabilidade do controle de convencionalidade na seara juslaboral. Além

disso, o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>179</sup> estabelece que os Estados participantes do pacto "[...] reconheçam o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis".

Em seu artigo 23, item 1, a DUDH<sup>180</sup> garante a todo ser humano o direito ao trabalho, à livre eleição de emprego, as condições justas e favoráveis de labor e à proteção contra o desemprego, além de outros direitos. A OIT aparece como organismo internacional que atua em favor da jusfundamentalidade das proteções e garantias sociais, editando normas em forma de convenções, "[...] que servem de fonte normativa para regulamentar o direito do trabalho dos estados que ratificarem esses instrumentos normativos" (VILLATORE; GUNTHER; CARBONELLI; RODRIGUES, 2018, p. 148). Assim, estabelece-se, pela hermenêutica integrativa constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, proteção aos postulados dos tratados internacionais do trabalho ratificados sem observação do procedimento do artigo 5º, § 3º da Constituição (BRASIL, 1988), no âmbito do controle de convencionalidade. Nesse sentido, a doutrina de Valério Mazzuoli (2015, p. 22), a seguir citada, foi transportada para a seara trabalhista:

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pela dita maioria qualificada (como é o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), passam a servir de paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade (pois, no nosso entendimento, os tratados de direitos humanos não aprovados por tal maioria qualificada são materialmente constitucionais, diferentemente dos tratados aprovados por aquela maioria, que têm status material e formalmente constitucionais).

Karine Marinho e Marcelo Fernando Quiroga Obregon, a partir da doutrina de Mazzuoli, resumem que as convenções da OIT são normas que tratam "[...]sobre Direito do Trabalho, tendo assim, caráter de verdadeiros tratados de direitos humanos" (2018, p. 14). Assim sendo, ainda que não internalizadas com observância do quórum previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição, estão sujeitas ao controle de convencionalidade difuso, "[...] servindo de mais um pré-requisito para a validade das leis" (2018, p. 15). Também, Rodolfo Pamplona Filho e Matheus Lins Rocha asseveram, neste sentido, que "[...] todos os Juízes ou Tribunais do

---

<sup>179</sup> *In verbis*: "Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) À segurança e a higiene no trabalho; c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

<sup>180</sup> *In verbis*: "Artigo 23. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, as condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.



trabalho, organizados pela Constituição Federal, têm o dever de aplicar a legislação trabalhista em conformidade com o disposto nas Convenções Internacionais do Trabalho que possuem caráter [...] de norma supralegal" (2018, p. 138).

Sabe-se que as Convenções da OIT são consideradas tratados por preencherem os requisitos do art. 1º, a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, sendo concluídas por escrito entre Estados e regidas pelo Direito Internacional. Após a ratificação, esses compromissos internacionais assumidos tornam-se de observância obrigatória, sob pena de responsabilidade internacional do Estado. A verificação da validade de uma norma interna e os parâmetros ratificados internacionalmente por um Estado é denominada como controle de convencionalidade.

A partir dessas premissas, Bárbara Fagundes afirma que "[...] as convenções da OIT somente são aplicadas quando assegurarem condições mais favoráveis aos trabalhadores" (2019, p. 238), nos termos do art. 19, item 8 da Constituição da OIT<sup>181</sup>. Esta regra está muito próxima ao conteúdo jurídico do postulado inerente ao Direito Internacional dos direitos humanos, consistente no princípio *pro homine* ou *pro personae*, que sustenta que os pisos internacionais de direitos humanos apenas são aplicados quando "[...] não houver regras mais favoráveis no direito interno ao ser humano" (2019, p. 238). Outrossim, a pesquisadora salienta que no Direito do Trabalho brasileiro há duas teorias principais utilizadas para examinar qual a norma mais benéfica a ser aplicada: a teoria da acumulação e a do conglobamento. Dentre elas (FAGUNDES, 2019, p. 239) destaca que:

[...] para fins de Direito Internacional, a oposição de disposições internas como justificativa para não aplicar tratado é irrelevante para evitar a responsabilização internacional. Desse modo, utilizar a teoria do conglobamento para aplicar tratados pode dar ensejo à responsabilidade internacional do Estado, se o judiciário recusar a incidência das normas internacionais mais benéficas, ainda que a convenção da OIT, analisada globalmente, pareça menos favorável que a norma interna. A teoria da acumulação parece mais consentânea com o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e com o art. 19, 8, do Tratado Constitutivo da OIT, pois não impossibilita a aplicação de qualquer cláusula que seja mais benéfica ao trabalhador.

Levando em consideração que as convenções da OIT estabelecem patamares mínimos éticos e de civilidade para as relações de trabalho no mundo, não há que se falar em aplicação de teoria do conglobamento, seja integral ou por institutos, sem que se exponha o Estado à responsabilização internacional. Isso porque, "[...] não se tolera que nenhuma das regras e diretrizes mínimas sobre Direito do Trabalho deixem de ser aplicadas, porque uma lei, em

<sup>181</sup> *In verbis*: "Artigo 19. 8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação".

seu conjunto, parece mais benéfica" (FAGUNDES, 2019, p. 240).

Assim, em eventual conflito de aplicação entre norma interna e internacional no exercício do controle de convencionalidade trabalhista, fixa-se a recomendação de utilização da teoria da acumulação para dirimir o conflito entre norma da OIT e normas estatais, sempre privilegiando a aplicação do mínimo internacional e das normas mais protetivas locais, se for o caso.

No entanto, não cabe reduzir o instituto do controle de convencionalidade ao exercício hermenêutico do intérprete nacional das disposições internacionais ratificadas. Tal posto que o controle de convencionalidade não se esgota, tal como demonstrado na seção anterior, no procedimento de averiguação da compatibilidade das normas e práticas internas em cotejo com a dicção dos pisos internacionais, mas apenas se consolida se consistir também na verificação objetiva dos parâmetros internacionais emanados das cortes internacionais.

Em pesquisa relacionada à aplicação da Convenção n. 169 da OIT, que dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais nas decisões dos tribunais da região Norte do Brasil, Daize Fernanda Wagner (2020) já destaca a importância do exercício jurisdicional hermenêutico integrar a norma internacional ao ordenamento jurídico pátrio, de maneira a efetivar os compromissos internacionais assumidos perante a OIT. Conforme visto no capítulo pretérito, tal atividade é exercida originariamente pelos órgãos internacionais de tratado e, de forma derivada, pelos juízos nacionais, os quais devem zelar por uma interpretação e integração da norma internacional de acordo com a hermenêutica internacional.

Silvio Beltramelli Neto e César Henrique Kluge (2017) já apresentaram trabalho no sentido de aproximar o controle de convencionalidade trabalhista às perspectivas do instituto desenvolvidas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, compreende-se que o referido controle não pode se esgotar na:

[...] simples citação do texto normativo internacional, sendo fundamental que se considerem os padrões exegéticos fixados, nos níveis consultivos e contencioso, pelos órgãos internacionais de monitoramento, verdadeiros responsáveis por uma interpretação especializada das normas internacionais convencionalizadas e consuetudinárias. (BELTRAMELLI NETO; KLUGE, 2017, p. 111).

Isso porque, interpretar, em sede de controle nacional de convencionalidade a interpretação é tarefa que excede o ato de atribuir um significado ao texto normativo internacional ratificado, demandando um engajamento estrutural comunitário além dos intérpretes estatais, tal como argumenta John Tobin (2010), buscando a defesa de uma persuasão construtiva aos tratados internacionais de direitos humanos.

As organizações internacionais legitimadas a editar normas de direitos humanos a

serem ratificadas pelos Estados devem ser as guardiãs do exercício hermenêutico do controle de convencionalidade originário. O Estado passa a ser guardião do exercício derivado da convencionalidade, sempre buscando o atendimento aos padrões exegéticos pontuados pela comunidade internacional. Isso faz lembrar daquilo que Peter Häberle (1997) denominou como sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, ao clamar para que toda a sociedade a concretizar a mensagem normativa constitucional, por considerar que todos aqueles que vivem no contexto regulado por uma norma jurídica são, direta ou indiretamente, intérpretes dessa norma.

Resta aqui evidenciar a crítica ao estado da arte do controle de convencionalidade trabalhista brasileiro contemporâneo. Quando é realizado, o que ainda não ocorre na frequência em que deveria, aproxima-se mais daquilo que seria tarefa originária dos intérpretes internacionais, como sendo o controle genuíno ou definitivo (RAMOS, 2016). O Estado brasileiro ainda insiste em atuar como protagonista no processo interpretativo dos *standards* de direitos humanos, o que pode determinar uma interpretação restritiva dessas garantias. Quanto maior o engajamento comunitário para a implementação das obrigações internacionais pela comunidade dentro deste engajamento estrutural, maiores as chances de estimular uma interpretação específica mais expansiva dos Estados, o que será instrumentalizado nos tópicos seguintes e finais.

#### ***4.5.2 A imprescindibilidade do diálogo dos tribunais trabalhistas com os órgãos de tratado e da superação do princípio "pro homine" em prol da interpretação internacionalista***

Na primeira parte desta pesquisa acadêmica, demonstrou-se que o constitucionalismo contemporâneo exigiu uma revisitação dos elementos constitutivos do Estado, eminentemente o da soberania nacional, no intuito de alcançar a organização de ordenamentos que garantam padrões mínimos de respeito e tratamento ao ser humano a nível mundial. Essa organização jurídica contemporânea resulta, dentre outras perspectivas, no fenômeno da pluralidade de ordem jurídicas em várias áreas do Direito, inclusive no Direito do Trabalho.

Entender que as normas juslaborais e que o ordenamento jurídico trabalhista não advém apenas de um conjunto formado por normas heterônomas estatais e autônomas nacionais, mas também por disposições universais provenientes de organizações mundiais e regionais que dispõem sobre os patamares mínimos de civilidade para o labor humano, alerta para a inevitabilidade da revisitação da formação do intérprete juslaboral contemporâneo. Inclusive porque, nessa nova perspectiva, a última palavra ou a guarda dos valores constitucionais, que

deixam de ser nacionais e passam a ser supranacionais, ultrapassam desde a responsabilidade de apenas um órgão superior nacional, passando a ser tutelados também quando a garantia recebe proteção normativa internacional por parte dos órgãos de supervisão e monitoramento supranacionais.

A busca do consenso sobre uma determinada garantia nessa ordem normativa plural, composta por diversas redes de proteção multinível, exige do intérprete o exercício de atividade, denominada pela doutrina como diálogo das Cortes, uma forma de coordenação das atividades hermenêuticas no cenário da pluralidade de ordens jurídicas. O instituto do controle de convencionalidade aparece aqui como instrumento da realização efetiva deste diálogo, podendo ser realizado de forma estruturada ou desestruturada.

Analisando a experiência brasileira do controle de convencionalidade trabalhista, constata-se que o instituto é desenvolvido eminentemente de acordo com uma interpretação nacionalista, com a qual grande parte do Poder Judiciário interno atua com o fito de ele mesmo dar uma interpretação final e definitiva sobre matérias de direitos humanos. É notório que esta percepção advém de uma frágil formação jurídica, na qual os intérpretes ainda não estão preparados para lidar com os desafios advindos da pluralidade de ordens jurídicas. Enquanto a centralidade dos direitos humanos, os valores e preceitos tutelados pela interpretação internacionalista, o interesse em aguçar os estudos e a atuação dos sistemas de proteção supranacionais não são postulados centrais das disciplinas de Direito Constitucional, será perpetuada a dificuldade do exercício de um verdadeiro controle de convencionalidade de matriz nacional. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos (2006, p. 18-19), em estudo sobre o tema destaca:

In Brazil, national control of conventionality concerning human rights is the analysis of the compatibility between Brazilian laws (and normative acts) and international treaties on human rights. Brazilian courts exercise this control when deciding individual cases in which an internal normative act might be violating a treaty. However, international and national controls of conventionality do not always coincide. For example, a domestic court may state that a certain Brazilian norm is inconsistent with a human rights treaty and then an international human rights body, examining the same situation, may come to the conclusion that the law indeed violates the international human rights standard established in the treaty. In the Brazilian experience, four major differences between international and national conventionality controls are identified: (i) the comparison parameter; (ii) the object of the control of conventionality; (iii) the treaty-parameter hierarchy; and (iv) the depth and the scope of the interpretation of the parametric norm.<sup>182</sup>

<sup>182</sup> Em tradução livre: "No Brasil, o controle nacional da convencionalidade dos direitos humanos é a análise da compatibilidade entre as leis brasileiras (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos. Os tribunais brasileiros exercem esse controle ao decidir casos individuais em que um ato normativo interno possa estar violando um tratado. No entanto, os controles internacionais e nacionais de convencionalidade nem sempre coincidem. Por exemplo, um tribunal interno pode declarar que determinada norma brasileira é compatível com um tratado de direitos humanos e então um órgão internacional de direitos humanos, examinando a mesma situação, pode chegar à conclusão de que a lei de fato viola o padrão internacional de direitos humanos estabelecido no art. o Tratado. Na experiência brasileira, são identificadas quatro grandes dife-

Não é incomum que mesmo em Estados democráticos, garantias fundamentais sejam interpretadas por Tribunais Constitucionais locais em desacordo com as diretrizes de órgãos internacionais que as tutelam e que foram muitas vezes ratificadas e internalizadas pelo Estado nacional em questão. Compatibilizar a jurisprudência do Poder Judiciário nacional sobre os múltiplos *standards* protegidos na ordem jurídica internacional com a exegese fixada pelos órgãos supranacionais judiciais ou quase-judiciais é axioma jurídico que compõe cerne desta pesquisa.

Apenas poderá se levar a sério um controle nacional jurisdicional de convencionalidade trabalhista que faça valer as convenções da OIT, como parte, no mínimo, do bloco de supralegalidade reconhecido pelo Pretório Excelso, superando a "[...] fase da 'ambiguidade', na qual o Brasil ratificava os tratados de Direitos Humanos mas não conseguia cumprir seus comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais" (RAMOS, 2009a, p. 283). Para tanto, a Justiça Especializada do Trabalho, composta não só por seus magistrados, mas também por todos os demais intérpretes - dentre eles, advogados e demais auxiliares da justiça - deve, além de utilizar os tratados internacionais ratificados sobre matéria trabalhista na fundamentação de suas manifestações, dar repercussão às deliberações internacionais de direitos humanos sobre o padrão trabalhista em análise.

Isso porque, quando se discute o sentido e o alcance de determinada disposição assegurada pela ordem internacional, é necessário tomar ciência e, até mesmo se possível na casuística em análise, dialogar com os órgãos internacionais guardiões da garantia, seja judicial ou quase-judicial, tal como mais se aproxima à realidade dos organismos de supervisão e monitoramento da OIT, uma vez que não.

O vasto repertório de organismos como a Comissão de Peritos sobre a aplicação de Convenções e de Recomendações, o Comitê tripartite da Conferência Internacional do Trabalho, o CFA, bem como de outros órgãos de tratado legitimados à fiscalizar o cumprimento de um piso internacional ratificado pelo Brasil, deve ser sempre conferido e levado em consideração para o estabelecimento do cânone hermenêutico da casuística em apreço.

Os debates sobre como compatibilizar a jurisdição interna com a exegese internacional na aplicação dos direitos humanos por meio do denominado *judicial dialogue*<sup>183</sup> inspiram o cerne de inúmeras pesquisas na doutrina interna e internacional, tal como já apresentado

---

renças entre os controles de convencionalidade internacionais e nacionais: (i) o parâmetro de comparação; (ii) objeto do controle de convencionalidade; (iii) a hierarquia dos parâmetros do tratado; e (iv) a profundidade e o alcance da interpretação da norma paramétrica."

<sup>183</sup> Em tradução livre: "diálogo judicial".

na seção de abertura desta pesquisa. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2017, p. 91, grifo nosso), juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo presidido o Tribunal no biênio entre janeiro de 2018 e dezembro de 2019, afirma que o fenômeno decorre da globalização que, "[...] *in transforming the traditional concept of sovereignty, has 'opened the door' to greater interaction between national and supranational judicial institutions*"<sup>184</sup>.

Assim, os diálogos judiciais consistem em uma prática das Cortes domésticas e internacionais em usar o raciocínio de outros tribunais na construção de uma melhor interpretação sobre uma norma legal, da própria Constituição ou de um tratado internacional. Em um sistema jurídico que zela pela proteção multinível de direitos (PERNICE, 2009), os padrões constitucionais e internacionais de proteção de direitos humanos – e suas exegeses advindas de cortes de diferentes jurisdições - devem viabilizar, de forma coerente, um compromisso transformador e uma integração inerente a um verdadeiro pluralismo jurídico.

Ferrer Mac-Gregor (2017, p. 91, grifo nosso) propõe que este diálogo "[...] *aims to promote the cross-fertilization of constitutional and international standards of human rights protection among courts of different jurisdictions*"<sup>185</sup>. Nesta prática, o controle de convencionalidade nacional deve atuar como um processo que guie o intérprete doméstico em busca da hermenêutica e da aplicação casuística dos padrões de direitos humanos trabalhistas, tal como previsto e interpretado pelos órgãos quase judiciais da OIT. Isso em razão da supremacia e do protagonismo dos órgãos de monitoramento da agência especializada onusiana, enquanto intérpretes últimos das convenções internacionais do trabalho nos diálogos judiciais multidimensionais que envolvem cortes domésticas trabalhistas.

Assim, nos processos decisórios que envolvam pisos mínimos e universais de direitos trabalhistas, a OIT, seus órgãos de supervisão e de monitoramento e outras organizações internacionais que dispunham sobre padrões laborais devem ser considerados como guardiões originários desses *standards*, bem como ter sempre respeitadas suas interpretações pelos tribunais trabalhistas nacionais. É exatamente por meio desse diálogo judicial que se promove a integração entre as nações e se estimula a coerência normativa em escala global.

A fim de alcançar uma verdadeira integração entre o sistema global de proteção de pisos laborais e a legislação trabalhista doméstica, propõe-se, fundamentando-se na doutrina alhures apresentada por Paola Acosta-Alvarado (2015), que não só os juízes nacionais devem se utilizar das interpretações dadas nas decisões dos órgãos quase-judiciais da OIT, mas tam-

<sup>184</sup> Em tradução livre: "[...] ao transformar o conceito tradicional de soberania, "abriu a porta" para uma maior interação entre instituições judiciais nacionais e supranacionais."

<sup>185</sup> Em tradução livre: "[...] visa promover a fertilização cruzada dos padrões internacionais de proteção dos direitos humanos entre os tribunais de jurisdições diferentes".

bém, e nada obsta, que esses últimos possam se reportar às decisões domésticas como ponto de referência para suas indagações em casos submetidos à supervisão e monitoramento.

Quando ocorrem entre os órgãos internacionais e a jurisdição doméstica, essas interações são denominadas como verticais, enquanto no caso de ocorrerem entre os mais diversos juízes nacionais dos países membros da OIT, são denominadas horizontais (ACOSTA ALVARADO, 2015). O diálogo judicial é inevitável na interação vertical entre os órgãos internacionais e as cortes nacionais, funcionando a hermenêutica dos pisos internacionais como baliza exegética da realização da interpretação da garantia doméstica similar. Com o objetivo de enriquecer a argumentação jurídica, compatibilizar a interpretação de valores globais e afirmar o que se defende como dignidade humana em um sistema constitucional comum de garantias trabalhistas, o conhecimento do intérprete do Direito Internacional dos direitos humanos do trabalho é primordial para um bom resultado da atividade hermenêutica.

O diálogo das cortes nacionais, diga-se melhor e se possível, de todos os membros do Poder Judiciário trabalhista local, com os órgãos de tratados trabalhistas internacionais - desde os comitês de peritos da OIT até as Cortes Internacionais, tal como a Corte IDH quando da interpretação de normas com disposições típicas de tutela do labor humano, como o Protocolo de San Salvador - é essencial para evitar o conflito comumente sobre quem tem a última palavra na interpretação dos padrões mínimos globais de trabalho, bem como garantir que até mesmo o mais simples dos homens que troca parte da sua vida pela remuneração decorrente do seu trabalho seja tratado de forma decente.

Vale ressaltar que, pelo compromisso internacional assumido com o Estatuto da própria OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1966, *online*), em seu artigo 19, item 8, o Brasil comprometeu-se a sempre assegurar "[...] aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação", quando houver "[...] lei, sentença, costumes ou acordos" nacionais mais vantajosos à pessoa humana obreira. O compromisso brasileiro com a aplicação da norma mais benéfica é internacional e sua violação sujeita o país à apreciação de sua responsabilidade.

Salienta-se que no Direito material do trabalho, o princípio protetor, tutelar ou tuitivo (DELGADO, 2020) é utilizado como valor axiológico que norteia a aplicação das normas jurídicas, projetando-se, na concepção de Américo Plá Rodríguez (1998), em um tripé composto por diretrizes hermenêuticas que sugerem a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, vigência da condição de trabalho mais benéfica e utilização da diretriz do *in dubio pro misero*<sup>186</sup>. Amauri Mascaro do Nascimento (2011, p. 324) apresenta o princípio da norma mais

<sup>186</sup> Em tradução livre: "[...] em dúvida para os miseráveis".

favorável ao trabalhador como critério de hierarquização no caso de conflito de duas ou mais normas trabalhistas que tratam da mesma matéria.

De um modo geral, é possível dizer que, ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma não terá como vértice a Constituição Federal, a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. Os níveis normativos se alternam em constante modificação. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma aplicável no caso concreto em se tendo como tal a que resultar do ordenamento jurídico interpretado como um sistema, sobrepondo-se o direito não estatal, mais benéfico ou menos benéfico ao trabalhador, nos casos autorizados por lei.

Vale relembrar a doutrina apresentada no tópico anterior que assevera que o controle de convencionalidade "[...] somente pode se desenvolver de forma satisfatória na seara trabalhista se houver a utilização da teoria da acumulação para dirimir o conflito de normas entre convenções da OIT e normas de outra origem" (FAGUNDES, 2019, p. 240). Isso decorre da natureza das normas internacionais trabalhistas, vocacionada à constituição de pisos globais capazes de fomentar a evolução do Direito interno dos países e de suas práticas locais. Funcionam com o objetivo de "[...] promover o avanço das normas e dos costumes nacionais" (PEREZ DEL CASTILLO, 1998, p. 43), não podendo permitir invocação que mitigue a repercussão protetiva em benefício obreiro.

Assim, a tradição, não só em matéria de Direito Internacional dos direitos humanos, mas também no âmbito do Direito material do trabalho para solucionar conflitos de interpretação da norma jurídica, apresenta a clássica utilização do princípio *pro homine* e da interpretação mais favorável ao indivíduo trabalhador. Essas são ações que "[...] *result only in an opaque and disguised prevalence of rights, insufficient to deal with the complexities of a globalized society characterized by the clash of rights*"<sup>187</sup> (RAMOS, 2006, p. 12, grifo nosso).

Em pleno Século XXI, o princípio *pro homine* e a primazia da norma mais favoráveis ao indivíduo tornam-se insuficientes, principalmente quando se trata de solucionar conflitos que envolvem direitos em colisão em um cenário contemporâneo caracterizado pela progressiva expansão dos direitos humanos. Esses critérios não oferecem soluções otimizadas pela incerteza do seu conteúdo e a desvinculação da preocupação com a interpretação internacional. Na busca do aperfeiçoamento da atividade do intérprete juslaboral, o instituto do controle de convencionalidade das normas e das decisões nacionais surge como sendo de extrema importância para minimizar o declínio e a subjetividade dos princípios *pro homine* e da norma mais favorável ao indivíduo, colocando o intérprete no protagonismo quando ciente e compro-

<sup>187</sup> Em tradução livre: "[...] resultam apenas em uma prevalência de direitos opaca e disfarçada, insuficiente para lidar com as complexidades de uma sociedade globalizada caracterizada pelo choque de direitos".



missado com uma verdadeira interpretação internacionalista.

#### ***4.5.3 Controle de convencionalidade trabalhista brasileiro: por um verdadeiro controle de matriz nacional***

Apresenta-se a teoria do duplo controle de convencionalidade como forma de superar o antagonismo (RAMOS, 2006) entre a interpretação nacional dos órgãos da Justiça Especializada do Trabalho no Brasil e os organismos internacionais que tutelam o labor humano, eminentemente as diretrizes da OIT, mas sem excluir a interpretação de padrões regionais de direitos laborais, tal como acontece com as diretrizes estabelecidas no desenvolvimento da teoria do controle de convencionalidade no sistema regional interamericano.

Considerando que o controle de convencionalidade consiste na aferição de conformidade dos atos e das omissões domésticas sob a ótica das disposições internacionais às quais o Estado se comprometeu a cumprir, nota-se que o instituto é uma ferramenta contemporânea apta a avaliar as diferenças entre a pretensão de proteção doméstica e a perspectiva internacional dos pisos mínimos de labor. Ocorre que, conforme destaca a doutrina de André de Carvalho Ramos (2006), a utilização do método de aferição por si só não é suficiente para contornar as divergências de interpretação ou disparidades ao abordar os direitos humanos quando em conflito ou colisão, podendo a decisão de uma Corte doméstica ir de encontro à orientação do órgão de tratado internacional.

Assim, tal como apontado na seção anterior, o autor propõe a organização do controle de convencionalidade em duas subdivisões: o controle internacional, autêntico ou definitivo e o controle nacional, provisório ou preliminar. Ao deslocar a classificação para o controle trabalhista de convencionalidade, o controle internacional consiste naquele exercido, eminentemente, pelos comitês de peritos da OIT e outros órgãos de tratados de organismos internacionais que disponham sobre pisos mínimos de laborais globais. Visa supervisionar, monitorar e avaliar os Estados que se comprometem a cumprir os padrões gerais de trabalho decente, evitando o *nemo iudex in causa*<sup>188</sup>.

Já o controle nacional consiste naquele realizado pelos juízes e Cortes nacionais trabalhistas, aferindo a compatibilidade das normas jurídicas internas com os padrões internacionais. Este controle é exercido no julgamento individual de demandas laborais e visa compatibilizar o ordenamento trabalhista nacional com todos os pisos internacionais laborais, perante os quais o Brasil se comprometeu. Assim, apregoa-se que não só os magistrados brasi-

---

<sup>188</sup> Em tradução livre: "[...] ninguém pode ser juiz em causa própria".

leiros, mas todos os intérpretes jurídicos locais, devem conhecer e aplicar o referido controle em prol de um verdadeiro usufruto dos patamares mínimos de civilidade no trabalho no Século XXI.

Após o estudo do estado da arte do controle de convencionalidade trabalhista brasileiro, nota-se um certo distanciamento entre o exercício internacional e nacional do instituto. Enquanto no controle internacional o parâmetro de compatibilidade é o padrão internacional de labor humano e o objeto de controle é o tratamento nacional que recai sobre a mesma matéria, no controle nacional não se observa que os intérpretes locais analisem sempre a compatibilidade das normas internas com os compromissos internacionais assumidos. Quando o fazem, muitas vezes nota-se a utilização de interpretações nacionais, descompromissadas com as diretrizes internacionais.

Também no controle internacional percebe-se que as disposições convencionais são sempre consideradas como sendo de parâmetro superior, inclusive em face de disposições constitucionais domésticas, salvo quando conquistadas disposições locais que provocam melhorias nos padrões internacionais, tal como se retira da inteligência do item 8 do artigo 19 da Constituição da OIT, alhures apresentado. Enquanto isso, no controle interno nota-se que, quando muito, as convenções da OIT são consideradas como normas de natureza supralegal.

Quanto à profundidade e alcance de interpretações na norma interna, sob a ótica dos padrões internacionais laborais, sempre há distinção entre o exercício internacional e local da convencionalidade. Verifica-se que os intérpretes locais não são formados para beber na fonte da interpretação internacional, resultando facilmente em uma hermenêutica local desprovida de fundamentação, de acordo com as diretrizes internacionais, o que pode implicar em conclusão divergente sobre a aplicação de um mesmo direito protegido por várias camadas de um sistema de proteção multinível. André de Carvalho Ramos (2006, p. 21, grifo nosso) afirma que esta ideia dos intérpretes nacionais "[...] *could interpret international treaties differently than international bodies is absurd and devalues the principle of the primacy of human rights treaties, which, in turn, is implicit in the recognition of a control of conventionality*"<sup>189</sup>.

A ausência do reconhecimento da interpretação internacional na experiência do controle de convencionalidade trabalhista brasileiro, além de poder conduzir à responsabilização internacional do Estado, em que pese a OIT não representar um perigo iminente por não ter organizado um tribunal contencioso, implica em uma verdadeira desídia do país com a ordem comum trabalhista global. Para o exercício de um verdadeiro controle é preciso preparar

<sup>189</sup> Em tradução livre: "poder interpretar tratados internacionais de forma diferente dos organismos internacionais é absurda e desvaloriza o princípio da primazia dos tratados de direitos humanos, que, por sua vez, está implícito no reconhecimento de um controle de convencionalidade.

os intérpretes para reconhecer a interação e o diálogo entre as duas faces da convencionalidade.

A tese aqui defendida consiste em replicar essa interação recíproca e dialógica que se suplica entre a CorteIDH e as Cortes nacionais locais, que reconhecem a jurisdição daquela no exercício do controle de convencionalidade trabalhista. Tal argumento sustenta-se a partir da ótica que reconhece nos órgãos de tratados que fiscalizam e monitoram o cumprimento das convenções internacionais do trabalho, como organismos quase judiciais e guardiões do conteúdo exegético universal dos pisos internacionais do trabalho.

Todavia, é salutar com prudência o exercício do controle de convencionalidade de matriz internacional na OIT, principalmente após reconhecer que, em que pese os comitês responsáveis pela hermenêutica internacional serem compostos por arranjos tripartites e por agentes independentes, os temas centrais de preocupação da agência internacional, em regra, são coordenados por conselho regido pelos países de maior importância mundial. Isso representa certa fissura no processo de legitimação internacional em relação à fixação de pisos mínimos laborais que pode ser sanada com a participação das Cortes locais nos processos internacionais de direitos humanos laborais.

O caminho para um verdadeiro controle de convencionalidade laboral reside em fomentar o diálogo recíproco entre os órgãos responsáveis pelas diversas camadas de proteção no cenário do constitucionalismo multinível, ramificação do Direito que também tutela a área trabalhista. Rememora-se à proposta de realização de uma verdadeira polinização cruzada, tal como acontece com as flores. Em sede de Direito Internacional dos direitos humanos do trabalho, falar de *cross-fertilization* ou fertilização cruzada, tal como Anne-Marie Slaughter (2003) e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2017) propuseram para os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, consiste em fomentar que a troca de experiências de cultura jurídica entre os comitês internacionais que supervisionam e monitoram os pisos mínimos de labor e as cortes trabalhistas locais resulte em novas proposições de solução dos clássicos problemas laborais.

A ode que aqui se promove é em prol do fortalecimento de um verdadeiro pluralismo jurídico em matéria de labor que envolva não só os especialistas internacionais e os juízes nacionais, mas também que se estenda a todo e qualquer intérprete ao redor do mundo. Isso porque o trabalho humano é circunstância encontrada onde quer que o homem se organize em comunidade, sendo o mais simples dos obreiros também considerado intérprete e titular do gozo do patamar mínimo de dignidade no labor. Assim, toda a sociedade é chamada a interpretar, aplicar e se engajar em um empreendimento global em prol de que todo trabalho hu-

mano realizado no mundo contemporâneo seja minimamente decente, afinal outro não pode considerado ser o capitalismo que se deseja em pleno século XXI.

## 5 CONCLUSÃO

Em simples termos, o controle nacional jurisdicional da convencionalidade trabalhista brasileiro consiste na verificação, pelos membros da Justiça Especializada do Trabalho, acerca da compatibilidade da legislação juslaboral pátria sob a ótica das normas internacionais que tutelam o labor humano. Nesta pesquisa, demonstrou-se que tal conjunto normativo internacional do labor supera a redação das convenções da Organização Internacional do Trabalho, correspondendo também às suas recomendações, declarações e resoluções, bem como a outros princípios gerais, costumes e protocolos internacionais de outras organizações quando se reportam à fixação de patamares mínimos de civilidade nas práticas que envolvem o labor do ser humano.

É por meio do controle de convencionalidade que se mede o nível de civilidade das relações trabalhistas locais no atual estágio do constitucionalismo, caracterizado como comum ou global. Neste exercício, o que está em jogo é a responsabilidade internacional do Estado frente à garantia de trabalho decente a cada indivíduo que labora no território nacional. Apesar das fundadas críticas acerca da composição dos órgãos com maior poder de deliberação na OIT e dos impactos deste arranjo na codificação internacional do trabalho, é notório reconhecer a capacidade da organização em fixar o hodierno patamar mínimo civilizatório do labor humano. A entidade também é competente para exercer o monitoramento e supervisão dos padrões aos quais os Estados se comprometeram. Em que pese não haver organismo judicial internacional competente com função contenciosa, é possível reconhecer os comitês de peritos e os demais órgãos de supervisão e monitoramento da OIT como verdadeiros intérpretes do controle de convencionalidade autêntico do trabalho no mundo.

Também, é importante registrar também que não só a OIT, em sede global, mas também outras organizações internacionais, em sede regional, tutelam pisos trabalhistas e devem ver sua interpretação ou jurisprudência continuamente consultadas no exercício do duplo controle de convencionalidade. Ao garantir uma proteção constitucional multinível de direitos ao ser humano que trabalha no mundo globalizado, os Estados e as organizações internacionais se comprometem a garantir a progressividade de garantias mínimas e o destemor social de que novos planos de governo afastem os indivíduos da garantia do trabalho decente.

No Brasil, o estado da arte da doutrina nacional acerca do controle de convencionalidade trabalhista encontrado é o de que, quando realizado, ainda reside eminentemente em dar interpretação nacionalista aos padrões internacionais do trabalho, em desacordo com um verdadeiro sistema regular de proteção multinível de direitos. Isso porque, no exercício de um

verdadeiro controle nacional de convencionalidade, há um sério compromisso com os processos de universalização e com os avanços na proteção internacional dos direitos humanos. Esta tese é uma defesa de um Direito Internacional do Trabalho para fora, em que os intérpretes se ocupem do conhecimento e referência à jurisprudência das Cortes internacionais e a exegese jurídica dos padrões interpretados pelos órgãos de tratado internacionais, a fim de conhecer os contornos, o alcance e a diretriz de conteúdo do padrão internacional.

Cabe enfatizar que tal compromisso hermenêutico com a interpretação internacionalista não reflete toda a extensão e o sentido de um verdadeiro controle de convencionalidade. O que se denomina como de Direito comum ou de constitucionalismo cooperativo, que legitima uma ordem jurídica internacional e que alimenta o fortalecimento da normatividade local em sede de pluralismo jurídico, exige uma interação recíproca entre as diferentes ordens normativas na defesa dos direitos humanos, dentre eles os trabalhistas.

Essa interação dialógica entre órgãos internacionais e Cortes locais é realidade que não pode ser esquecida no momento decisório, tanto nos processos internacionais quanto nas demandas locais que envolvam garantia protegida por fontes plurais, incluindo a internacional. Tal diálogo, além de evitar conflito entre a hermenêutica internacional e a local, enriquece o conteúdo axiológico dos patamares mínimos de labor, uma vez que permite uma verdadeira polinização cruzada do conteúdo jurídico que se pode dar a determinada garantia, tutelando o que é importante em sede global e medindo a extensão do que é possível proteger a nível local.

Quando essa interação dialógica se torna difícil ou improvável de ser alcançada dentro dos ditames do devido processo legal trabalhista, a teoria do duplo controle de convencionalidade aparece como alternativa para garantir o piso mínimo de civilidade global, a partir da exegese local, desde que tida como autêntica a interpretação sobre os órgãos de monitoramento dos padrões internacionais do trabalho. Assim, ao invés de ver o controle de convencionalidade ser alegado para fins de dar interpretação nacional aos tratados internacionais do trabalho ratificados, deve-se aplicar o instituto no intuito de apresentar a exegese internacional da norma jurídica e, a partir dela como referência, aplicar o ordenamento jurídico nacional, que tem por fonte essa normatização plural.

Vale destacar que o exercício de um verdadeiro controle nacional de convencionalidade não é apenas um dever funcional dos órgãos do Poder Judiciário, eminentemente quando atuam em sua função contramajoritária, mas também é tarefa prescrita a todos os intérpretes juslaborais neste país de dimensão continental. Advogados, pareceristas, professores, serventuários da justiça, dentre outros profissionais e até mesmo o cidadão que goza de tutela tra-

balhista são chamados a concretizar a mensagem de uma normatividade jurídica que ultrapassa os ditames do Estado. Afinal, todo aquele que habita no contexto de uma regulação jurídica é direta ou indiretamente intérprete da norma.

## REFERÊNCIAS

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert; WEBER, Anne. The reception process in France and Germany. *In*: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (eds.). **A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford University Press. 2008. p. 107-164.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. *In*: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arca-ro. **Diálogo das Cortes**. Brasília: OAB, 2015. 532 p. p.253-286.
- ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2000. 566 p.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 624 p.
- ALSTON, Philip. Beyond 'then' and 'us': putting treaty body reform into perspective. *In*: ALSTON, Philip; CRAWFORD, James (eds.). **The future of UN human rights treaty monitoring**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 501–526.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos sociais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2018. 104 p.
- AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. *In*: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). **Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. Niterói: Impetus, 2004. 351p.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Manual do candidato: Direito Internacional**. 4. ed. Brasília: FUNAG, 2012. 241 p.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 352 p.
- ATIENZA, Manuel. Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho? *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). **Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 905 p. p. 455-484.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In*: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 792 p. p. 31-60.
- BARNES, Peter. **Capitalism 3.0: a guide to reclaiming the commons**. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2006. 195 p.
- BARROS, Cassio Mesquita. Os descaminhos da Convenção nº 158 da OIT no Brasil, p. 160. *In*: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza; MAZZUOLI, Valério 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. 156-169



BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. *In*: ROSA, A. M. da *et al.* (org.). **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em Homenagem ao Professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 159-175.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BELTRAMELLI NETO, Silvio; KLUGE, Cesar Henrique. Controle de Convencionalidade Difuso e Concentrado em matéria trabalhista nas perspectivas ds OIT e do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões Sociojurídicas, Santo Ângelo, v. 28, n. 1, p. 105-132, maio 2017.

BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards. **New York University Journal of International Law and Politics**, [*s.l.*], v. 31, n. 4, p. 843-854, 1999.

BESTER, Gisela Maria; VENTURI, E. R. Breves notas por uma ressignificação da Teoria Geral do Direito a partir dos direitos humanos e do humanismo jurídico: hermenêutica e racionalidade no Estado Humanista. *In*: MEZZAROBBA, Orides; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SÉLLOS-KNOERR Viviane Coêlho de (org.). **Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Clássica, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e constituição no contexto da internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. *In*: VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Flávia Martins de (org.). **Desafios da Constituição**: democracia e estado no século XXI. Rio de Janeiro: Faperj, 2011. p. 300-315.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. 880 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 240 p.

BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13–66, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BOGDANDY, Armin Von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p.232-252, 2019. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5618139/mod\\_resource/content/1/bogdandy%20jus%20commune%20pos%202020.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5618139/mod_resource/content/1/bogdandy%20jus%20commune%20pos%202020.pdf). Acesso em: 03 dez. 2022.

BOMFIM, Brena Késsia Simplicio do. **Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 188 p.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O abc do direito comunitário**. 5. ed. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000. 115 p.

BRACKTON, Henry. **On the laws and customs of England**. Cambridge: Harvard University Press, 1968. 422 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 145, n. 239, p. 59, 15 dez. 2009a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 163, p. 2-9, 26 ago. 2009b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº. 9.522, de 8 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 195, p. 1-4, 9 out. 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº. 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 160, n. 7, p.1-3, 11 jan. 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/D10932.htm#:~:text=Os%20Estados%20Partes%20comprometem%2Dse,civil%20e%20criminal%2C%20conforme%20pertinente](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10932.htm#:~:text=Os%20Estados%20Partes%20comprometem%2Dse,civil%20e%20criminal%2C%20conforme%20pertinente). Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a convenção 158 sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, de 22 de junho de 1982. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 128, p.14809, 25 jul. 1991. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=1855&ano=1996&ato=2fbgXW61EMJpWT130>. Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº. 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1, 11 nov. 2002. Disponível em: <https://legislacao.pre>

sidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=4463&ano=2002&ato=350UTV65UNNpWT74b. Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *In*: VADE MECUM. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007. 1742 p. p. 197-198.

BRASIL. Decreto presidencial n. 1.855, de 10 de abril de 1996. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 11 abr. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1855.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1855.htm). Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 141, n. 252, p. 9-12, 31 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº. 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 nº 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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 154, n. 134, p. 1-7, 13 jul. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 12265, 28 ago. 1979. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=4463&ano=2002&ato=350UTV65UNNpWT74b>. Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.543/DF. Requerente: Partido Socialista Brasileiro - PSB. Requerido: Ministro de Estado da Saúde. Relator: Edson Fachin. **Diário da Justiça**, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 72.131/RJ. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Relator: Min. Marcos Aurélio, 23 de novembro de 1995. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 2717, Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 87.585/TO. Paciente: Alberto de Rivamar Ramos Costa. Relator: Min. Marcos Aurélio, 03 de dezembro de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 118, Brasília, DF, 2009c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 92.566/SP. Paciente: Vanderley Geraldo Rosso. Relator: Min. Marcos Aurélio, 03 de dezembro de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 104, Brasília, DF, jun. 2009d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº. 349.703. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº. 104, 3 de junho de 2009e. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D595406&ved=2ahUKewikx\\_bErtj7AhUorpUCHckXBPUQFnoE-CAGQAQ&usg=AOvVaw2BUrrxRSTIxWUN73GfP3D7](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D595406&ved=2ahUKewikx_bErtj7AhUorpUCHckXBPUQFnoE-CAGQAQ&usg=AOvVaw2BUrrxRSTIxWUN73GfP3D7). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº. 466.343-1/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº. 104, 5 de junho de 2009f. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 80.004/SE. Convenção de Genebra. Recorrente: B. da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, 01 de junho de 1977. **Diário da Justiça**, Sergipe, 29 de dezembro de 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, seção 1, 1977. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2172352/Recurso\\_Extraordinário\\_N\\_80004.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2172352/Recurso_Extraordinário_N_80004.pdf). Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (8. Turma). **TST-AIRR- nº 1269-81.2013.5.03.0011**. Relator: Dora Maria da Costa, 30 de abril de 2014. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, México, n. 6, p. 29-78, jul. 2006.

CAMPOS, Thiago Yukio Guenka; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Por uma delimitação conceitual do controle judicial de convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: diálogos entre ordem interna e internacional. *In*: ANNONI, Danielle (org.). **Direito internacional dos direitos humanos**: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. 509 p. p. 257-296.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *In*: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José, Costa Rica: Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. 742 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2. ed. atual. e ampl. São José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004. 321 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Thoughts on recent developments in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights: selected aspects. *In*: AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 92., 1998, Cambridge. **Proceedings of [...]**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 192-201.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. 440 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 1228 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livr. Almedina, 1998. 1522 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2008. 435 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y Libertades**: revista del instituto Bartolomé de las casas, Madrid, v. 1, n. 6, p. 35-50, fev. 1998. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319>. Acesso em: 18 nov. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 672 p.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do Poder Judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 87-113, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43787/27888>. Acesso em: 18 nov. 2022.

COHN, M. G. **La théorie de la responsabilité internationale (Volume 68)**. [S.l.]: Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internationale de la Haye, 1939. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pplrdc\\_A9789028610521\\_03](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028610521_03). Acesso em: 1 out. 2021.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. **Droit international public**. 2. ed. Paris: Montchrestein, 1995. 820 p.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. São José da Costa Rica: OAS Treaty Series, 1969. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm#:~:text=Artigo%2043%20%2D%20Os%20Estados%20partes,de%20quaisquer%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20desta%20Conven%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 02 dez. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2015. 560 p.

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo nº 16 (Protocolo do**

**Diálogo**). Estrasburgo: CEDH, 2013. Série des traités du Conseil de l'Europe, n° 214. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/2018/cooperacao-em-pauta-n43.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

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*: DANTAS, Adriano Mesquita; CARNIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sérgio Cabral dos (org.). **Poder Judiciário e desenvolvimento socioeconômico**. São Paulo: LTr, 2012. p. 182-199.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. Tríade dialógica de jurisdição europeia: entre o monólogo e o diálogo. **Synesis**, Petrópolis, v. 13, n. 2, p. 195-207, ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Presidente: Diego García-Sayán, sentença de 24 de novembro de 2010. [S.l.]: CIDH, 2010. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 18 de outubro de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Presidente: Antônio A. Cançado Trindade, sentença de 25 de novembro de 2003. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/xp0pwry5yqoajor>. Acesso em: 02 dez. 2022.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010. 245 p.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1987. 474 p.

DAMÁSIO, António. **A estranha ordem das coisas: as origens dos sentimentos e da cultura**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 344 p.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. *In*: ALVARENGA, Rúbia Zannotelli de; COLNAGO, Lorena de Melo Rezende. **Direito internacional do trabalho e as convenções da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014. 424 p. p. 63-73.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020. 1775 p.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Créoliser la notion d'humanité**. Paris: Le Courrier de L'unesco, 2020.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Étude juridiques comparatives et internationalisation du droit**. Paris: Collège de France/Fayard, 2003a. 64 p.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné**. Paris: SEUIL, 2006. 308 p.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lu-

men Juris, 2003b. 205 p.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 306 p.

DEVEALI, Mario. **Tratado de Derecho Del Trabajo**. Buenos Aires: Pl, 1972. 762 p.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DONNELLY, Jack. **International Human Rights**. 2.ed. Boulder: Westview Press, 1998.

DUFTY, Norman F. Organizational Growth and Goal Structure: The Case of the ILO. **International Organization**, [s.l.] v. 26, n. 3, p. 479–498, 1972. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2706128>. Acesso em: 28 ago. 2022.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court: The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-94, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 592 p.

ESPAÑA. **Constituição Espanhola de 1978**. [S.l.]: [s.n.], 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2022.

FAGUNDES, Bárbara. Teoria do Controle de Convencionalidade e seu uso no direito do trabalho. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 225-245, jun. 2019. Disponível em: <https://rejrtr4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/21/16>. Acesso em: 16 nov. 2022.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>. Acesso em: 16 nov. 2022.

FERREIRA, Lauro César Mazetto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2007. 237 p.

FIGUEIREDO, Eduardo Antônio da Silva. Protocolo N. 16 à CEDH a Caminho da Institucionalização do Diálogo Judicial com o Tribunal de Estrasburgo? **Estudos M & D**, Coimbra, v. 8, p. 7-64, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016. 104 p.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos**. Madrid: Trotta, 2009. 272 p.

FRANÇA. Décision 74-54 DC - 15 janvier 1975 - Loi relative à l'interruption volontaire de la

grossesse (ECLI:EN:CC:1975:74.54.DC). **Journal officiel**, [Paris], 1975, p. 671, 16 jan. 1975. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>. Acesso em: 02 dez. 2022.

FRANÇA. **Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur**. [Paris], 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 02 dez. 2022.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Apresentação. *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, 2016. p. 5-6.

FREITAS, Guilherme del Negro Barroso. **Construindo mundos paralelos**: a Corte Permanente de Justiça Internacional e a subjetividade internacional. 2015. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. A nova era dos direitos (humanos) e a sociedade do espetáculo. *In*: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (org.). **Interpretação Constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. 544 p. p. 395-416.

GARCIA, Emerson. *Jus Cogens* e Proteção Internacional dos Direitos Humanos. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, [s.l.], n. 64, p. 95-104, abr/jun. 2017.

GONTIJO, André Pires. Entre o tempo & o espaço: convergências e divergências entre os estudos jurídicos comparativos e o método comparativo no aperfeiçoamento do direito. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. **Anais [...]**. Paraná: Conpedi, 2009. p. 4687-4717.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. A Declaração da OIT de 1988: História, mudanças e desafios. *In*: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. **A Declaração de 1998 da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**: Análise do seu significado e efeitos. São Paulo: LTr, 2014. 176 p. cap. 2, p. 19-38.

GOMES, Ana Virginia Moreira; CASTRO, Lucas Silva de; GOMES, Sarah Linhares Ferreira. A possibilidade da utilização do Recurso de Revista no caso de violação de Convenções da OIT. **Revista do TST**, São Paulo, v. 86, n. 4, p. 169-185, out. 2020.

GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e ordem econômica e social**: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 153 p.

GUERRA, Luis Lopes. Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts. *In*: MÜLLER, A. (ed.), **Judicial Dialogue and Human Rights (Studies on International Courts and Tribunals)**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 620 p. p. 401-409.

GUNTHER, Luiz Eduardo; WINTER, Luís Alexandre Carta. Prefácio. *In*: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P.; VILLATORE, Marco Antônio C. **Direito Internacional do Traba-**



**Iho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual.** São Paulo: Grupo Gen, 2014. 280 p. p. 11-22.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no direito administrativo brasileiro.** 2018. 329 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição.** Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2003. 242 p.

HÄBERLE, Peter. **Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura.** Madrid: Tecnos, 2000. 168 p.

HARVEY, David. **Afterthoughts on Piketty's Capital.** [S.l.], 2013. Disponível em: <http://davidharvey.org/2014/05/afterthoughts-pikettys-capital/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

HAWKINS, Darren G. **Direitos Humanos Internacionais e Regra Autoritária no Chile.** Lincoln: University of Nebraska Press, 2002. 261 p.

HENKIN, Louis. **International law: politics, values and principles.** Boston: Martinus Nijhoff, 1990. 380 p.

HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinvenção de los derechos humanos.** Andalucía: Atrapasuenos, 2008. 223 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOFFMEISTER, Frank. Germany: status of European Convention on Human Rights in Domestic Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 4, n. 4, p. 722-731, out. 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. 220 p.

HURRELL, Andrew. Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. **Human rights in global politics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999. 352 p.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho.** São Paulo: LTr, 2020. 328 p.

- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2019. 400 p.
- JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Forense, 2006. 96 p.
- KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995. 200 p.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Los principios como vehículos de la moral en el derecho. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). **Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 905 p.
- KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. **Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1998.
- KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (eds.). **A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 344 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. 427 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 427 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 672 p.
- KLABBERS, Jan. The Concept of Legal Personality. *In*: JOHNS, Fleur. **International Legal Personality**. Surrey/UK: Ashgate, 2010. 552 p.
- KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, [s.l.], v. 14, n. 1, 146-188, jan. 1998. p. 146-150.
- KOCH JUNIOR, Charles H. Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism. **Michigan Journal Of International Law**, [s.l.], v. 25, n. 4, p. 879-903, 2004.
- KOSKENNIEMI, Martii. Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View. **Temple International & Comparative Law Journal**, [s.l.], v. 27, n. 2, p. 215-240, 2013.
- LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 319-343, out. 2009.
- LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). *In*: MAGNOLI, Demétrio. **A história da paz**. São Paulo: Contexto, 2008. 448 p. p. 297-330.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo tribunal superior do trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case carneiro távora v. telemar norte leste e contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.

4, n. 1, p. 109-128, abr. 2017.

LEARY, Virginia A. **International Labour Conventions and National Law: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems.** [S.l.]: Springer; Softcover Reprint of the Original, 1982. 191 p.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista da Sjrj**, [s.l.], v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** São Paulo: Martin Claret, 2006. 320 p.

LOIOLA, Rodrigo Rocha Gomes de. **Por um Tribunal Internacional do Trabalho: a falha no cumprimento das convenções da organização internacional do trabalho.** 2020. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional, Universidade Católica de Santos, Santos, 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A proteção dos direitos das minorias culturais: entre o controle de convencionalidade e a margem de interpretação nacional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. 202 p.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 12-94, 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de convencionalidade e margem de apreciação nacional: (in)compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 14, n. 81, p. 35-54, maio/jun. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2866>. Acesso em: 07 jun. 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JÚNIOR, Luís Haroldo Pereira dos. Diálogo entre cortes como instrumento de legitimação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista De Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria Do Direito**, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 71-90, abr. 2022.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A função concorrencial do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2017. 264 p.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184, p. 29-45, out. 2009.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v. 30, p. 89-128, 2017.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 115 p.

- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 176 p.
- MARINHO, Karine; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. O controle de convencionalidade no direito do trabalho brasileiro: da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. **Derecho y Cambio Social**, Perú, p. 1-16, abr. 2018.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2019. 576 p.
- MARTINS, Ives Gandra. **O estado de direito e o direito do Estado**: outros escritos. São Paulo: Lex Editora, 2006. 222 p.
- MARX, Karl. **O Capital**: Livro I. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013. 894 p.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 10, n. 18, jun, p. 215-235, 2013.
- MAUTNER, Jeremy. Review of Theories of Rights; Human Rights, by J. Waldron, E. F. Paul, F. D. Miller, & J. Paul. **Journal of Applied Philosophy**, [s.l.], v. 3, n. 1, 133–136, 1986. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/24353480>. Acesso em: 26 nov. 2022.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 1280 p.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 240 p.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às Emendas Constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? **Direito Público**, [s.l.], v. 12, n. 64, 2016. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2741>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno**: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 181, n. 46, p. 113-139, mar. 2009.
- MECHLEM, Kerstin. Treaty bodies and the interpretation of human rights. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, v. 42, n. 905, p. 905-947, 2008.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. O Parágrafo 2. do Art. 5 da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 454 p. p. 1-33.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2003. 399 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A construção de um direito constitucional comum iberoamericano**: Considerações em homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. [S.l.], 2010. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfEvento\\_en\\_US/anexo/Direito\\_Comum\\_Iberoamericano\\_texto\\_em\\_homenagem\\_a\\_Peter\\_Haberle\\_rev\\_GM\\_2\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfEvento_en_US/anexo/Direito_Comum_Iberoamericano_texto_em_homenagem_a_Peter_Haberle_rev_GM_2_.pdf). Acesso em: 20 dez. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 446 p.

MECHLEM, Kerstin. Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [s.l.], v. 42, n. 3, p. 905-948, maio 2009.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007. 740 p.

MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias. Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal-Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. **German Law Journal**, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 161-193, fev. 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 272 p.

MUTUA, Makau Wa. The Ideology of Human Rights. **Virginia Journal of International Law**, [s.l.], v. 36, p. 589-658, 1996. Disponível em: [https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=journal\\_articles](https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=journal_articles). Acesso em: 02 dez. 2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. 552 p.

NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **ACDI**, Bogotá, v. 11, p. 71-100, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/andre/Downloads/margem%20de%20apreciacao%20nash%20rojas.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin; PIUCCO, Micheli. O Estado Constitucional cooperativo de Peter Häberle e a teoria do controle de convencionalidade das leis como um modelo de efetivação do direito internacional cooperativo e comum. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 19, n. 2, p. 359-375, ago. 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2021. 1008 p.

O'DONNELL, Guillermo; VALENZUELA, J. Samuel. Issues in democratic consolidation: the new south american democracies in comparative perspective. *In*: O'DONNELL, Guillermo. **Transitions, continuities, and paradoxes**. Notre Dame: University Of Notre Dame Press, 1992. p. 17-56.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Direito e arte**. São Paulo: Malheiros, 2017. 256 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S.l.]: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 02 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Guterres: "Pandemia da Covid-19 virou ao avesso o mundo do trabalho". **ONU News: perspectiva global, reportagens humanas**, [s.l.], online, 19 jun. 2020. Assuntos da ONU. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/06/1717472>. Acesso em: 28 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Genebra, 1946. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 10 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **C110 - Convenção sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas**. Genebra, 1946. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235201/lang--pt/index.htm#note](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235201/lang--pt/index.htm#note). Acesso em: 10 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations**. Genebra: International Labour Office, 2018. 649 p. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_617065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf). Acesso em: 05 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations**. Genebra: International Labour Office, 2022. 870 p. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_836653.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_836653.pdf). Acesso em: 01 set. 2022.

OST, Francois. **Les temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999. 384 p.

OUKO, John Otieno. Africa: the reality of human rights. In: SMITH, Rhona K. M.; ANKER, Christien van den (eds.). **The essentials of human rights**. London: Hodder Arnold, 2005. 382 p.

PAUTASSI, Laura. Monitoramento do Acesso à Informação a partir dos Indicadores de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, p. 57-77, jun. 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O trabalho como direito humano fundamental e a possibilidade da aplicação do controle de convencionalidade à reforma trabalhista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 990, p. 129-158, abr. 2018.

PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das fontes no direito do trabalho. In: PLÁ RODRIGUEZ, Américo (coord.). **Estudos sobre as fontes do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 30-64.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited. **Common Market Law Review**, [s.l.], v. 36, n. 4, p.703-750,

1999.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. **The Columbia Journal of European Law**, [s.l.], v. 15, n. 3, p. 350-407, 2009.

PIMENTEL, Sílvia Carlos da Silva; GREGORUT, A. S. Humanização do direito internacional: as recomendações gerais dos comitês de direitos humanos da ONU e seu papel crucial na interpretação autorizada das normas de direito internacional. *In*: SOARES, Mário Lúcio Quintão; SOUZA, Mércia Cardoso de (org.). **A Interface dos Direitos Humanos com o Direito Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 2. 399 p. p. 261-279.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. 672 p.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Júlia Cunha. **Curso de direitos humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 424 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 408 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. 768 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997. 782 p.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. 1408 p.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. **La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

RANGEL, Vicente Marotta. Os Conflitos Entre o Direito Interno e os Internacionais. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 81-134, dez. 1967. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66517>. Acesso em: 17 nov. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the brazilian experience. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, [s.l.], v. 64, n. 1, p. 11-32, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 1144 p.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contencio-**

sos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 452 p.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/363743/mod\\_resource/content/1/U2%20Carvalho%20Ramos%20-%20Responsabilidade%20Internacional%20do%20Estado.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/363743/mod_resource/content/1/U2%20Carvalho%20Ramos%20-%20Responsabilidade%20Internacional%20do%20Estado.pdf). Acesso em: 17 nov. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019a. 488 p.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 106, n. 106-107, p. 497-524, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>. Acesso em: 17 nov. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 104, p. 241-286, 2009a. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>. Acesso em: 16 nov. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin. 887p. p. 805-850. 2009b.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019b. 384 p.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Clarendon Press, 1979. 340 p.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo, Saraiva, 1999. 124 p.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 488 p.

RISSE; Thomas; SIKKINK, Kathryn. The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction. *In*: RISSE; Thomas; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Kathryn (eds.). **The Power of Human Rights: International Norms and Democratic Change**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. 336 p. p. 1-35.

ROMANO, Cesare P. R. **The ILO System of Supervision and Compliance Control: A Review and Lessons for Multilateral Environmental Agreements**. Laxenburg: International Institute for Applied Systems Analysis, 1996. 61 p.



ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM, 2010. 208 p.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los principios como vehículos de la moral en el derecho. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). **Hermenêutica constitucional**: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 905 p.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. *In*: DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI, 1998, Rio de Janeiro. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998. 390 p.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. **Hendu**, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 20-42, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SUBTIL, Leonardo de Camargo. Os desafios do processo e da jurisdição frente à internacionalização do direito e aos processos de integração: rumo à efetivação dos direitos humanos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 346-361, 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2748>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 1066 p.

SAINT-PIERRE, Abbe. **Projeto para tornar perpétua a paz na Europa**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2003. 746 p.

SANCHES, Isis de Angellis Pereira. **A responsabilidade internacional do Estado no "ius gentium" da humanidade no século XXI**: a nova ordem internacional dos direitos humanos. Ribeirão Preto: Altai, 2021.

SCELLE, Georges. **Manuel de droit international public**. Paris: Domat-Montchrestien, 1948. 1008 p.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira e Direito Público** – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. 252 p.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b. 132 p.

SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação**. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: RT, 2004. 320 p.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, n. 72, p. 01-18, maio 2005.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. *In*: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.) **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 544 p. p. 515-530.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 44, n. 1, p. 191-219, dez. 2003.

SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego: análise crítica de normas da OIT e da legislação nacional**. São Paulo: LTr, 2002. 357 p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. 573 p.

STURMER, Gilberto. O direito do trabalho e ao trabalho no Brasil e o Protocolo de San Salvador. *In*: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P.; VILLATORE, Marco Antônio C. **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual**. São Paulo: Grupo Gen, 2014. 280 p. p. 59-67.

SZYMCZAC, David. L'institutionnalisation du dialogue des juges: un nouvel espoir pour une vraie subsidiarité? **Journal d'Actualité des Droits Européens**, [s.l.], 2013. Disponível em: <https://revue-jade.eu/article/view/406>. Acesso em: 10 nov. 2021.

THOMSON, Judith Jarvis. **The realm of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990. 400 p.

TOBIN, John. Seeking to persuade: constructive approach to human rights treaty interpretation. **Harvard Human Rights Journal**, [s.l.] v. 23, n. 1, p. 1-50, 2010.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Imprensa, 1980. 446 p.

VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Madrid: Editorial Tecnos, 1977. 558 p.

VASAK, Karel. **As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem**. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, Unesco, 1983. 739 p.

VASCONCELOS, Eneas Romero de. A preponderância dos direitos humanos, da família e do melhor interesse da criança e do adolescente nos direitos humanos internacionais: o caso Görgülü e sua importância para o sistema europeu de direitos humanos e reflexos para o sistema interamericano. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 27-48, ago. 2020.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 256 p.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la Constitución como ciencia cultural**. 2. ed. Madrid: Dy-

kinson, 1998. 292 p.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 235-246, jul./dez. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil. *In*: CAMPILONGO, Celso (org.). **Direito, cidadania e justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 288 p.

VILLATORE, Marco Antônio César; GUNTHER, Luiz Eduardo; CARBONELLI, Matteo; RODRIGUES, Marcelo. Controle de convencionalidade: análise da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho e o art. 477-A da CLT. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 45, n. 145, p. 141-164, dez. 2018.

UBERTIS, Giulio. Diritti Fondamentali e Dialogo tra le Corti: Fantascienza Giuridica? **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milão, v. 44, n. 57, p. 71-91, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. 156 p.

WAGNER, Daize Fernanda. A Convenção 169 da OIT e o Controle de Convencionalidade nos Tribunais da Região Norte do Brasil. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 18-375, jun. 2020.