

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

FERNANDA DE MIRANDA S. C. ABREU

Do Tratamento das Convenções Internacionais do Trabalho
no Sistema Jurídico Brasileiro

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

FERNANDA DE MIRANDA S. C. ABREU

Do Tratamento das Convenções Internacionais do Trabalho
no Sistema Jurídico Brasileiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Prof.º Drº. Carlos Roberto Husek.

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora:

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, aos meus avós e à minha irmã por serem o esteio do meu mundo e preencherem meu coração de amor, minha mente de doces lembranças e minha vida de fortes valores.

A todos os Professores e Amigos do Mestrado, que tornaram essa jornada única, não só no campo acadêmico como também na esfera pessoal. São anos que já se tornaram inesquecíveis e já me enchem de saudades.

Ao Professor Fabrício Felamingo, hoje querido amigo, por ter me acolhido e tomado pelas mãos, fazendo-me crer que era possível uma vida acadêmica repleta e auspiciosa, pela imensa generosidade e por jamais ter me deixado duvidar.

Em especial ao Mestre Husek, querido orientador, pela paciência e dedicação infinitas, e por permitir que eu compartilhasse do seu amor pelo Direito Internacional do Trabalho – esse Direito duplamente Humano, ao lidar com o homem enquanto cidadão e trabalhador.

Dedicatória

Dedico ao meu marido Eduardo, meu primeiro e único amor, companheiro incansável e incondicional, apesar de todas as minhas falhas e faltas, desejando que esta seja apenas a nossa primeira década juntos.

RESUMO

ABREU, Fernanda M. S. C. “Do Tratamento das Convenções Internacionais do Trabalho no Sistema Jurídico Brasileiro”, São Paulo, 2013. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC, São Paulo.

O presente trabalho objetiva estudar as convenções internacionais do trabalho oriundas da Organização Internacional do Trabalho e o tratamento por elas recebido no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, parte-se do estudo da teoria geral dos tratados, englobando suas espécies (inclusive a novel espécie dos tratados de direitos humanos), sua relação com o direito nacional – inclusive a hierarquia que terão uma vez internalizados-, sua ratificação e sua denúncia, sempre tangenciando a visão do Supremo Tribunal Federal sobre tais temas.

Em seguida passa-se ao estudo da Organização Internacional do Trabalho e o que representou sua criação na consolidação do direito do trabalho como matéria de direitos humanos, analisando o ferramental possuído por esta organização para a tutela destes direitos e suas especificidades frente aos tratados em geral.

Por fim, serão analisadas três convenções da OIT, quais sejam as de nº 132, 87 e 158, por representarem diferentes situações frente à ordem constitucional pátria e permitirem uma análise acurada e prática de todos os institutos aqui esmiuçados, permitindo-nos traçar um panorama do tratamento recebido pelas convenções internacionais do trabalho pela mais alta Corte do país e pelos operadores do direito em geral.

Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base na pesquisa bibliográfica e histórica, utilizando por vezes do método dedutivo e outras o indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca dos textos normativos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Internacional do Trabalho; Organização Internacional do Trabalho; Hierarquia dos Tratados.

ABSTRACT

ABREU, Fernanda M. S. C. "The Treatment of International Labour Conventions in the Brazilian Legal System", São Paulo, 2013. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC, São Paulo.

This paper aims to study the international labor conventions arising from the International Labour Organization and the treatment they received in the Brazilian legal system. To do so, we start the study of the general theory of treaties, encompassing its species (including a novel kind of human rights treaties), its relationship with national law - including the hierarchy that will once internalized-, its ratification and its complaint always tangential to the vision of the Supreme Court on the respective subjects.

Then move into the study of the International Labour Organization and what its creation represented to the consolidation of labor law and human rights, analyzing the instruments owned by this organization for the protection of these rights and their specific front treaties in general.

Finally, we will analyze three ILO conventions: the n ° 132, 87 and 158, because they represent different situations facing our constitutional system and allow an accurate analysis and practice of all institutes here scattered, allowing us to give an overview of treatment received by the international labor conventions by the highest court of the country and by the law enforcement in general.

Because this is a descriptive study, it will be based on research, sometimes using the deductive method and other inductive, especially in critical reflections on the normative texts.

Key-words Human Rights, International Labour Law, International Labour Organisation, Internacional Treaties Hierarchy.

SUMÁRIO

Introdução 1

- 1. Teoria Geral dos Tratados 5**
 - 1.1. Tratados e o Direito Nacional 7**
 - 1.2. Espécies de Tratados 11**
 - 1.3. Ratificação dos Tratados 22**
 - 1.4. Hierarquia dos Tratados 28**
 - 1.5. Denúncia dos Tratados 39**
 - 1.5.1. O regramento constitucional da matéria 42**

- 2. A Organização Internacional do Trabalho: o direito do trabalho como direitos humanos 48**
 - 2.1. Histórico da Organização Internacional do Trabalho 52**
 - 2.2. Produção Normativa da OIT 61**
 - 2.2.1. Convenções Internacionais do Trabalho 62**
 - 2.2.1.1. Denúncia das Convenções 66**
 - 2.2.2. Recomendações 68**
 - 2.2.3. Resoluções 69**
 - 2.2.4. Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 70**

- 3. Da Necessidade do Tratamento das Convenções Internacionais do Trabalho no Sistema Jurídico Brasileiro como Tratados de Direitos Humanos 77**
 - 3.1. Convenção nº 132 e o direito às férias proporcionais em caso de dispensa por justa causa 88**
 - 3.2. A Convenção n. 87 e o modelo sindical brasileiro 93**
 - 3.3. O caso paradigmático da Convenção n. 158 99**
 - 3.3.1. O julgamento da denúncia da Convenção n. 158 e seus efeitos 103**

Conclusão 111

Bibliografia 114

ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

ADI *Ação Direta de Inconstitucionalidade*

CIJ *Corte Internacional de Justiça*

CIP *Comitê Internacional de Peritos*

CONTAG *Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura*

CUT *Central Única dos Trabalhadores*

EC *Emenda Constitucional*

EEUU *Estados Unidos*

HC *Habeas Corpus*

ILO *International Labor Organisation*

MERCOSUL *Mercado Comum do Sul*

MS *Mandado de Segurança*

OIT *Organização Internacional do Trabalho*

ONU *Organização das Nações Unidas*

RE *Recurso Especial*

RIT *Repartição Internacional do Trabalho*

STF *Supremo Tribunal Federal*

STJ *Superior Tribunal de Justiça*

TST *Tribunal Superior do Trabalho*

Introdução

A relação entre o direito nacional e o direito internacional tem gerado debates e originado diferentes teorias, sem que um consenso pareça ter sido encontrado, nem mesmo quando se fala em direitos humanos. Isso porque outra relação tão discutida quanto esta está intrinsecamente ligada a essa temática: a existente entre o capital e o trabalho.

Tão intrincadas relações se cruzam na temática do presente estudo: como o tratamento dado pelo sistema jurídico brasileiro às convenções internacionais do trabalho influenciará na tutela dos direitos dos trabalhadores brasileiros frente ao capital sem rosto e sem fronteiras.

Com a redemocratização do nosso país e com a promulgação de uma nova Constituição republicana nos idos de 1988 o ordenamento jurídico brasileiro se renovou, tendo enfrentado desde então inúmeros desafios e questionamentos. Entre eles destacam-se: quais são os novos paradigmas e valores fundamentais, quais são as linhas mestras da nossa sociedade, quais são os princípios balizadores da atuação de todos os operadores do direito nesse novo cenário.

Quase três décadas não bastaram para que os ânimos se arrefecessem e para que consensos fossem atingidos. Sabe-se que o valor supremo de todo o direito pátrio é a dignidade da pessoa humana e que a atuação de todos os poderes e seus representantes devem se pautar para garantir tão importante direito para o máximo de pessoas. Esse princípio somente é efetivado quando os chamados direitos humanos são garantidos e instrumentalizados na esfera nacional.

A exata definição do que vem a ser esses direitos humanos é questão intrincada e debatida há séculos – quiçá milênios, se considerarmos o *jus gentius* romano como o ponto de origem do direito internacional -, mas ganhou fôlego e relevo com a Revolução Francesa de 1789 e as diversas mudanças sociais e históricas pelas quais o mundo passou desde então.

Partindo da teoria geral dos tratados, onde analisaremos a topografia classicamente adotada deste importante instrumento jurídico, adentramos na discussão sobre a natureza e definição dos direitos humanos e suas gerações (ou dimensões) – a própria nomenclatura e sua correção serão estudadas, esmiuçadas e analisadas.

O vínculo entre os tratados internacionais da Organização Internacional do Trabalho e os direitos humanos é simbiótica e será um dos alicerces do presente trabalho. Isso porque foi através do incremento das relações internacionais entre os Estados que ocorreu o processo de internacionalização dos direitos humanos e, com ele, se iniciou a constitucionalização destes mesmos direitos.

Tal internacionalização e constitucionalização serão abordadas no presente trabalho pelo viés do direito internacional público, analisando a evolução do constituinte brasileiro desde 1988 até a promulgação da Emenda Constituição nº 45 de 2004, com a inclusão do importante parágrafo 3º no artigo 5º da Carta Magna. Paralelamente, abordaremos o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete por excelência e guardião de nossa Constituição, sobre a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos, desde o entendimento que os equipara a lei ordinária até o novel rito especial do parágrafo terceiro do artigo 5º, pelo qual todo tratado de direitos humanos aprovado em dois turnos, nas duas casas do Congresso, pela maioria de 3/5, terá status de emenda constitucional, passando pela tese da supralegalidade, atualmente imperante na Suprema Corte brasileira.

Em um segundo momento estudaremos um tipo mais específico de tratados: as Convenções Internacionais do Trabalho, oriundas da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa importante organização internacional guarda em seu cerne uma série de especificidades que merecem ser analisadas e esmiuçadas, em especial o processo de ratificação e denúncia de seus instrumentos internacionais.

Criada em 1919 pelo Tratado de Versailles, logo após a Primeira Guerra Mundial, a OIT tem como objetivo primevo desde sua origem a criação e a manutenção dos direitos mínimos dos trabalhadores, ou seja, da observância de um patamar mínimo civilizatório, consentâneo com o ideal de

dignidade da pessoa humana. Suas normas em geral tratam de temas afetos ao chamado “núcleo duro” do direito do trabalho, ou seja, direitos indisponíveis, que devem ser observados por todos e que são irrenunciáveis por parte de seus titulares, englobando normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Não se pode olvidar que esses direitos integram os chamados direitos sociais, direitos humanos de segunda geração (ou dimensão), compostos pelos ditos direitos econômicos, políticos e sociais. Procuraremos demonstrar no decorrer deste trabalho que as Convenções Internacionais do Trabalho que abordarem direitos inerentes ao “núcleo duro” do direito do trabalho – ou seja, normas referentes às condições de higiene, segurança e saúde- devem ser consideradas tratados de direitos humanos e como tal aplicadas.

Isso terá profunda relevância e impacto no nosso sistema jurídico, ainda mais após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Os efeitos da premissa de que as Convenções Internacionais do Trabalho são tratados de direitos humanos é justamente o objeto de estudo da terceira parte deste trabalho, na qual esmiuçaremos a natureza destas Convenções frente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, estudaremos os efeitos da adoção de tal premissa frente à Convenção n. 87, Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização, não ratificada pelo Brasil, e à Convenção nº 132, sobre Férias Anuais Remuneradas, devidamente ratificada pelo Brasil, mas não plenamente aplicada nos casos de dispensa por justa causa, como veremos.

Por fim, com o intuito de ilustrar com ainda mais riqueza de detalhes tal entendimento efetuaremos um breve estudo de caso do julgamento que tramita pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores - CUT contra o Decreto 2.100/96, por meio do qual o Presidente da República torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT, relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base em pesquisa bibliográfica e histórica, utilizando por vezes do método dedutivo e outras o indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca dos textos normativos.

1. Teoria geral dos Tratados

Conforme ensina Francisco Rezek, “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos”.¹ O mesmo se depreende do artigo 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, segundo o qual tratado é "acordo internacional celebrado por escrito entre um ou vários Estados e entre uma ou várias Organizações Internacionais, ou entre várias Organizações Internacionais, regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular".

Importante observar que se trata, em verdade, de uma segunda Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, sendo que a primeira é de 1969 e prevê tratados apenas entre Estados – os chamados sujeitos de direito internacional primários. A Convenção de 1986, ao contrário da de 1969, ainda não está em vigor e sequer foi ratificada pelo Brasil. Isso, no entanto, não a desautoriza como fonte de direito internacional público, ainda que seu caráter imperativo não esteja plenamente operante².

Do acima exposto, percebe-se que os tratados são os meios mais adequados de estabelecer obrigações e outras disposições que devem ser observadas pelos Estados em suas relações internacionais e, quando for o caso, também nas esferas nacionais, principalmente a partir do processo de codificação do direito internacional no século XX – cujo ápice ocorreu com a instituição da Organização das Nações Unidas em 1945 e sua Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³.

¹ REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. p. 14

² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *A nova dimensão do direito internacional – A Convenção de Viena de 1986 sobre o direito dos tratados entre Estados e Organizações Internacionais e entre Organizações Internacionais: estado atual da matéria*. p. 195.

³ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. p. 117.

Para que um tratado seja considerado válido é necessário que apresente certas condições ou elementos essenciais, a saber: i. capacidade das partes contratantes; ii. habilitação dos agentes signatários; iii. o consentimento mútuo; e iv. a existência de objeto lícito e possível.⁴ Sobre o primeiro elemento, a doutrina clássica⁵ ensinava que apenas os Estados teriam capacidade para contratar na esfera internacional. Hoje se sabe que as organizações internacionais também a possuem. Faz-se necessário, também, que os agentes signatários estejam competentemente habilitados para tanto, com instrumento comprovando seus plenos poderes, que devem ser firmados pelo chefe de Estado ou de Governo ou do Ministro das Relações Exteriores⁶.

Considerando que os tratados são acordos de vontade, tendo-se em vista que sua natureza jurídica é, ao menos em primeiro momento, eminentemente contratual, devem basear-se no princípio geral do “pacta sunt servanda”, calcando-se na livre manifestação de vontade das partes. O consentimento ou a concordância de vontades deve ser expressa e inequívoca. É o que se depreende dos artigos 12 e ss. da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969⁷.

Curioso o entendimento de Hildebrando Accioly⁸, para quem se alguma violência ou intimidação forem exercidas contra a pessoa do negociador do tratado, o fato não terá relevância jurídica, porque o Estado que ele representa pode deixar de ratificar tal tratado ou de considerá-lo como válido. Se o consentimento foi obtido por meio de fraude ou baseado em erro essencial considera-se, em geral, que o tratado é nulo ou anulável – o que é justificável dado o caráter contratual dos tratados em uma primeira análise.

Importante notar que não há limitação de matérias que possam ser abordadas e disciplinadas pelos diferentes tratados. Elas devem, no entanto, objetivar uma coisa possível e permitida pelo direito e pela moral. A impossibilidade física é rara, sendo mais comum a impossibilidade jurídica. Esta resulta de ato contrário a compromisso anterior já assumido por uma das

⁴ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 120.

⁵ Idem. p. 121.

⁶ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 61.

⁷ Idem. p. 60.

⁸ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 121.

partes contratantes em relação a terceiro Estado ou a direitos particulares de outro nacional.

Há, indubitavelmente, um crescente processo de internacionalização de certas matérias, que, dada a sua importância, são objetos de convenções internacionais que procuram fixar patamares mínimos que devem por todos ser respeitados. Entre essas matérias há que se destacar os direitos humanos, cujo processo de internacionalização iniciou-se após a Primeira Guerra Mundial e tomou corpo ainda maior após as agruras da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas.

O processo de internacionalização de tais direitos é de suma importância e inaugura uma nova modalidade de tratados internacionais, os tratados de direitos humanos, que estudaremos detidamente e cuja influência será sentida quando da constitucionalização e conseqüente internalização de tais direitos humanos.

Dentro dessa nova espécie de tratados de direitos humanos, procuraremos destacar as convenções internacionais do trabalho – as quais, segundo demonstraremos no decorrer do presente estudo, abarcam os direitos humanos do trabalhador em sua modalidade de direitos sociais, isto é, direitos humanos de segunda dimensão⁹ - e sua inserção no ordenamento jurídico pátrio.

1.1. Tratados e o Direito Nacional

Questão intrigante e que há séculos – quiçá milênios, se considerarmos o *jus gentius* dos romanos como o verdadeiro predecessor do Direito Internacional – é qual a relação existe entre os tratados ratificados pelo país e suas leis nacionais, aprovadas no âmbito doméstico. Posto de outra forma, como conciliar as obrigações contraídas no plano internacional pelo

⁹ Para visão aprofundada sobre o tema vide: Tribunal Superior do Trabalho (org.). *Forum Internacional Sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. e ainda ALSTOM, Philip. *Labour Rights as Human Rights*.

Estado enquanto sujeito de direito internacional público e a vontade de seus governantes e de seus governados?

Explica Husek¹⁰ que, conquanto o Direito Internacional e o Direito Interno possuem campos de atuação distintos, por vezes o operador de direito adentrará em zonas cinzentas onde tal divisão se mostrará difícil, ou mesmo impossível. Aponta referido autor como possível caminho a Carta da ONU que em seu artigo 2º, alínea 7, delimita a atuação do Direito Internacional, não permitindo que se imiscua em assuntos que dependem essencialmente da jurisdição de cada Estado.

A própria Carta de São Francisco, no entanto, traz inúmeras exceções, como nos casos em que há ameaças à paz, ruptura desta ou atos de agressão¹¹. Justamente por ser tão difícil uma delimitação estrita, comumente ocorrem conflitos entre as ordens jurídicas internacionais e domésticas – ainda mais em tempos globalizados, como hodiernamente. Para que delimitemos o nosso campo de análise, impõe-se o estudo das diferentes linhas de pensamento acerca do tema.

Há vertente que propugna pela independência total entre as duas ordens jurídicas em apreço – a interna e a internacional -, estabelecendo não haver entre elas quaisquer relações ou influências recíprocas. Coexistiriam de forma independente no mesmo espaço e tempo, de forma paralela, sem jamais se comunicar, interdependências¹².

Essa é a linha de raciocínio defendida pelo dualismo, para quem tamanha independência se impõe simplesmente porque os dois sistemas regulam assuntos distintos, a saber: o direito internacional regula a relação entre Estados soberanos, enquanto o direito nacional tutela a relação entre indivíduos e entre estes e o governo do Estado onde se situam. Em caso de conflito entre os dois sistemas, os dualistas aventam que o Judiciário nacional aplicará a lei doméstica, pura e simplesmente.¹³

Em contraponto a esse entendimento há o monismo, pelo o qual as duas ordens jurídicas – nacional e internacional – convivem de forma

¹⁰ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 29.

¹¹ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 27.

¹² REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. p. 97

¹³ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. p. 32.

simbiótica e em constante relação no mesmo tempo e espaço. Diferentemente dos dualistas, os pensadores monistas não entram em acordo quanto à instrumentalização de suas ideias em caso de conflito entre os dois ordenamentos jurídicos¹⁴.

Assim, há três grandes linhas de pensamento dentro do monismo, que podem ser sintetizadas da seguinte maneira: i. para alguns, em caso de conflito sempre prevalecerá a norma internacional; ii. para outros, prevalecerá a norma nacional em caso de antinomia entre os dois ordenamentos; iii. por fim, o monismo moderado não defende o predomínio de nenhum dos dois ordenamentos, mas sim a paridade entre ambos. Os casos de conflitos seriam resolvidos pelos critérios estabelecidos por Kelsen: o especialidade, o cronológico e o hierárquico.¹⁵

Os críticos do monismo com prevalência do direito internacional apontam que este gera a situação pouco confortável de tornar o direito nacional espécie de cliente ou mesmo subalterno ao direito internacional. Quando se fala de Estados soberanos o termo subordinação parece inadequado, sendo preferível falar em cooperação, já que a própria feitura e aceitação das normas internacionais são atos soberanos destes mesmos Estados.

Kelsen encampa o monismo com esse viés baseando-se na filosofia de Kant, pela qual o direito é entendido como uma ordem que estipula padrões de comportamento a serem seguidos e prevê sanções a serem aplicadas toda vez que um ato ou conduta é tentado ou perpetrado. Assim, partindo-se do pressuposto de que os Estados recebem do direito internacional as relações jurídicas que os unem e as normas que estabelecem a sua igualdade soberana, pode-se dizer, no entender do positivista alemão, que o direito internacional é superior ao direito interno, ou mais fundamental do que ele¹⁶.

Brownlie destaca que tal predominância seria incabível por serem ambos os ordenamentos importantes instrumentos – e complementares,

¹⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 84.

¹⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 85.

¹⁶ SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. p. 102.

aduzar-se – na tutela dos direitos humanos.¹⁷ Pode-se dizer, portanto, que do mesmo pecado padece o monismo com prevalência do direito nacional, pois deixaria de angariar a rica influência da experiência internacional oriunda dos tratados porventura ratificados em caso de conflito com o ordenamento jurídico pátrio.

Celso Albuquerque Mello¹⁸ esclarece que essa vertente do monismo possui suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não se sujeitando a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade, fundamentando-se no princípio da autolimitação do Estado. Como já tivemos oportunidade de destacar, o próprio ato de ratificar um tratado é uma expressão da soberania do Estado, que o faz livre e voluntariamente, a ela se subordinando por sua própria vontade.

Interessante a posição intermediária de Fitzmaurice, trazida por Brownlie, que, desafiando as premissas comumente adotadas pelos monistas e pelos dualistas, estabelece que os dois sistemas não colidem enquanto tal, uma vez que operam em esferas distintas. Cada um é supremo em seu próprio campo de atuação. O que pode ocorrer é um conflito de obrigações, uma impossibilidade do Estado em cumprir no plano doméstico as obrigações contraídas na esfera internacional. Em tais casos, a solução, sugere Fitzmaurice, é a responsabilização internacional do Estado infrator¹⁹.

Essas questões ganham ainda maior relevo quando estamos diante de tratados de direitos humanos, já que, uma vez internalizados, esses direitos humanos passam a integrar o acervo de direitos indisponíveis, ou seja, de ordem pública, titularizados por todos os seres humanos²⁰. Ao se permitir a denúncia desses tratados de forma simples ou sem maiores critérios corre-se o risco de precarizar a condição do ser humano e isso é algo que não se coaduna com o espírito de nossa Constituição e com o Direito Internacional Público.

¹⁷ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. p. 32.

¹⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 84.

¹⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 33.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 186.

Pelo princípio do não retrocesso social²¹, uma vez conferidos direitos e garantias aos seres humanos estes não mais podem ser retirados de sua esfera de disponibilidade, sob pena de se macular o princípio da dignidade da pessoa humana. Partindo-se dessa premissa, há que se questionar a real possibilidade de denúncia de um tratado de direitos humanos, ou se tais direitos, uma vez internalizados em nosso ordenamento, se tornariam cláusulas pétreas por força do artigo 60, §4º, da CF/88, e, portanto, indisponíveis à discricionariedade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, ainda que de forma conjunta.

1.2. Espécies de tratados

Há muitas classificações doutrinárias para os tratados. A mais disseminada é a que analisa o número de partes contratantes, dividindo-se em bilaterais (quando há apenas duas partes) e multilaterais, plurilaterais ou coletivos (quando as partes são mais numerosas)²².

Do ponto de vista normativo, a classificação que leva em conta a natureza jurídica do ato os divide em tratados-contratos e tratados-leis (ou tratados-normativos). Estes seriam entre vários Estados, fixando normas de direito internacional e sendo comparáveis a verdadeiras leis. Já aqueles regulam interesses recíprocos dos Estados signatários, resultando de

²¹ Com isto quer se dizer que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjetivo. Desta forma, e independentemente do problema fático da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador da diminuição dos direitos adquiridos. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de persecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente à normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social. Em SUSSEKIND, Arnaldo. *Os direitos constitucionais trabalhistas*. In *Direitos Sociais na Constituição de 1988 - Uma análise crítica vinte anos depois*. p. 46.

²² HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 56.

concessões mútuas. Nada impede, no entanto, que um mesmo tratado reúna ambas as qualidades²³.

Esse é um ponto deveras interessante para a discussão aqui engendrada. Conforme destacado anteriormente, em uma primeira e superficial análise os tratados possuem natureza jurídica eminentemente contratual, visando fixar direitos e obrigações recíprocas de cunho obrigacional entre sujeitos de direito internacional. Com a evolução do direito internacional, tem se visto cada vez mais os chamados tratados-normativos, os quais fixam verdadeiras normas a serem observadas de forma ampla pela sociedade internacional²⁴.

Pode-se defender – e assim entendemos – que se o tratado for eminentemente contratual e, portanto, com baixa ou nenhuma carga normativa, haverá ampla autonomia de vontade das partes, tal qual um contrato entre particulares. Lado outro, quão mais densa for a normatividade, a juridicidade do conteúdo do tratado, menor será a disponibilidade das partes sobre ele. Os efeitos dessas afirmações sobre a possibilidade da denúncia desses mesmos tratados já se pode divisar.

Para o presente estudo, releva, ainda, a classificação adotada pela doutrina francesa, a qual leva em consideração o procedimento adotado para a conclusão dos tratados. Parte-se da análise de seu processo de aprovação e adoção, perquirindo se é possível detectar duas fases de expressão de consentimento das partes, este entendido como prenunciativo na primeira, a da assinatura, e como definitivo na segunda, a da ratificação, ou se, num cenário unifásico, o consentimento definitivo se exprime na assinatura, desde logo criadas as condições para a vigência do tratado²⁵.

Os primeiros são os tratados em sentido estrito, enquanto os últimos são os acordos em forma simplificada. Tal nomenclatura é deveras consentânea, visto que a história do direito das gentes demonstra que o processo solene ou formal, com duplo momento de expressão do consentimento das partes, é aquele que se encontra na origem da experiência convencional entre nações, sendo o outro resultado de uma prática moderna.

²³ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 121.

²⁴ REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. p. 29.

²⁵ REZEK, Francisco. *Direito Internacional – Curso Elementar*. p. 26.

Esclarece Carlos Roberto Husek que a necessidade de aprovação legislativa e da carta de ratificação não diz respeito à ratificação constitucional interna de cada país, através do órgão próprio (Legislativo) e em obediência às regras imperativas emanadas do próprio Estado – inclusive porque tais procedimentos variam de Estado para Estado. Assim, a ratificação externa não deve ser confundida com a chamada ratificação interna, porque essa não obriga o Estado internacionalmente²⁶.

Em linhas gerais, a prática demonstra que o procedimento breve tem sido utilizado mais comumente na conclusão de tratados bilaterais e de importância limitada. Geralmente convive com o sistema da troca de notas, sendo muito rara sua ação na lavratura do tratado em instrumento único. Via de regra envolve apenas o ramo executivo do poder público das partes e sem intervenção formal dos chefes de Estado²⁷.

Atada a essa ideia há que se apurar as circunstâncias de sua conclusão, as condições de sua entrada em vigor. A seu turno, a distinção entre o tratado executivo e o tratado abonado pelo parlamento traz em seu bojo grande subjetividade. Não se leva em consideração qualquer característica do próprio tratado, mas a maneira de agir de cada uma das partes pactuantes, em atenção às normas de seu direito interno que distribuem competência para o comprometimento exterior²⁸.

Além das espécies acima abordadas, oriundas da doutrina clássica e cuja importância não pode ser negada ou diminuída, surge no século XX, especialmente após os horrores das Duas Grandes Guerras, uma nova espécie de tratado, marcada pela importância de sua matéria: os Direitos Humanos, cuja preeminência é tendencialmente aceita de forma universal. Isso porque se percebe um crescente processo de internacionalização de certas matérias²⁹, que, dada a sua importância, são objetos de convenções internacionais que procuram aumentar a observância a elas, fixando patamares mínimos que devem por todos serem respeitados. Dentre essas matérias podemos destacar os Direitos Humanos.

²⁶ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. pp. 55-63.

²⁷ REZEK, Francisco. *Direito Internacional – Curso Elementar*. p. 24.

²⁸ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 120.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 130.

Diz-se que os valores ínsitos aos Direitos Humanos são tendencialmente universais, ainda que não integralmente aplicados e respeitados por todos os Estados, por serem parte integrante do conjunto do *jus cogens* internacional. Explica Cláudio Finkelstein que *jus cogens* foi a denominação dada “...à norma peremptória, obrigatória, inderrogável, seja pela vontade dos Estados, seja por imposição de Estado. Em termos concretos tem um significado além da cogência comum a qualquer ordem jurídica. (...) O conceito é baseado em uma aceitação de valores fundamentais e superiores, por toda a comunidade internacional, dentro do sistema e, em alguns aspectos, assemelham-se ao conceito de ordem pública internacional ou a ordem pública na ordem jurídica interna. (...)É um corpo de princípios imperativos de direito internacional que são universais e não derogáveis. Com efeito, o ‘jus cogens’ representa as normas fundamentais do direito internacional que se aplicam a todos os Estados, independentemente de vontade ou consentimento.”³⁰

Fábio Konder Comparato estatui que “o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização. É que os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Trata-se, em suma, pela sua própria natureza, de direitos universais e não localizados, ou diferenciais”³¹.

Em que pese tamanha aquiescência acerca de sua relevância, a mesma não se aplica à sua definição. Não há um conceito de direitos humanos que seja amplamente aceito e observado, dada a subjetividade inerente à matéria. A fim de delinear o que vem a ser direitos humanos com um mínimo de exatidão é importante conhecermos as principais características deste instituto³².

³⁰ FINKELSTEIN, Cláudio. *‘Jus cogens’ como paradigma do metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. p. 144.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*. p. 29.

³² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. p. 210.

Primeiramente há o caráter histórico, ligado à ideia de gerações ou dimensões de direitos humanos. Em razão de seu caráter expansivo/comunicativo nascem novos direitos oriundos dos direitos preexistentes, num processo de “dinamogenesis” dos direitos humanos. Com a “dinamogenesis”, os direitos contemplados pelas gerações anteriores permanecem válidos nas posteriores, adotando nova roupagem, já que o contexto histórico e o paradigma dominante são diferentes.

Em um segundo momento há o caráter expansivo (indivisibilidade e interdependência), no qual os direitos humanos coexistem de forma sistêmica e harmônica, havendo restrições de meios de escolhas eticamente responsáveis. Essa característica serve como critério para resolver conflitos aparentes entre direitos sociais e direitos econômicos, como trataremos no decorrer do presente trabalho. Importante ter em mente que referida indivisibilidade relaciona-se com o caráter sistêmico, já que os direitos humanos formam uma unidade cujos elementos são interdependentes. São, portanto, todos iguais, não havendo relação de hierarquia entre eles.

Posteriormente encontramos o caráter dialético e não taxativo, segundo o qual inexistem um rol concreto e taxativo de referidos direitos. Sua enumeração depende de diversos fatores, como a consciência social, o grau sociocultural existente, o desenvolvimento científico-tecnológico existente. Os direitos humanos são dialéticos porque há uma tensão em todos os planos da realidade social delineada por esses direitos. Por exemplo, a tensão entre as diferentes teorias jurídicas sobre esse direito, entre os poderes vencedores e os poderes vencidos, entre os direitos positivados e os que ainda não o são – apesar de já socialmente exigidos³³.

Em seguida há o caráter universal: embasam o chamado “mínimo ético”: tudo o que for necessário à concretização da dignidade da pessoa humana. O relativismo cultural, comum em sociedades plurais e complexas, já não pode ser oposto aos direitos humanos, uma vez que a dignidade da pessoa humana foi explicitada como seu principal fundamento. Em tempos de globalização, importante notar a extrema capilaridade de tal preceito, englobando todos os indivíduos, independente de características

³³ Idem. p. 211.

personais que os possam diferenciarem em um primeiro momento. Hoje se percebe que os direitos humanos possuem um valor permanente, perceptível e válido para todos³⁴.

Por fim, encontramos o caráter utópico. Utopia seria a representação daquilo que não existe ainda, mas poderá existir se o homem lutar para a sua concretização. O pensamento utópico guiaria o caminho em prol do que é justo, sem receio das restrições impostas pela lei, que nem sempre estão de acordo com o que se entende por justiça.

Husek nos traz as principais escolas e pensadores a respeito dos direitos humanos, destacando a escola do direito natural, as escolas contratualistas e as escolas fisiocratas. A escola do direito natural, oriunda do pensamento de São Tomás de Aquino (século XIII), entende que a sociedade civil não rompe com a natureza, mas sim é sua continuidade, promovendo a sociabilidade natural do homem. O direito seria, portanto, um conjunto de regras e princípios que podem ser descobertos pela razão, pela análise acurada do homem, de sua natureza, porque este foi criado por Deus. Os governantes devem respeitar o direito que lhe é anterior e superior, retirando do direito positivo a sua força do direito natural. Os principais pensadores dessa escola foram Grotius e Pufendorf³⁵.

As escolas contratualistas, por sua vez, defendem que a vontade coletiva supera o estado de natureza, sendo certo que o agrupamento humano organizado abre mão da liberdade natural que decorre do estado de natureza, o que justifica a sociedade. Para Hobbes, em seu *Leviatã* (1651), o estado de natureza leva à dominação do mais fraco pelo mais forte, equivalendo a um estado de guerra perpétua. Assim, cria-se um pacto social e deposita-se a administração dos direitos, que todos temos, a um soberano (ao Estado), que está acima do contrato e decide todas as pendências (soberania absoluta).

Locke, em obra de 1690, por outro lado, defende a primazia da sociedade civil sobre o soberano, entendendo que o bem público está a serviço do indivíduo, sendo que no estado de natureza os homens são livres e iguais e

³⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. p. 213.

³⁵ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. p. 72.

a passagem desse estado a uma sociedade se realiza pelo contrato, que dá segurança. Já o Contrato Social de Rosseau, de 1762, distingue a vontade geral e a vontade de todos. Enquanto esta está ligada aos interesses privados, aquela diz respeito à vontade comum. A lei seria expressão geral, fixando os limites das liberdades originária e natural³⁶.

Por fim, as escolas fisiocratas baseiam-se no pensamento econômico que fundamenta a liberdade do capital, entendendo que o mercado é capaz de se autoregular baseado numa ordem natural, de origem providencial. O papel do Estado é tão somente garantir a boa regra entre a produção, a troca e a circulação de bens. Liberdade econômica e liberdade política estariam em um mesmo nível. Para Quesnay, um médico, cujos escritos remontam a 1756, a sociedade era semelhante a um organismo físico: a circulação de riquezas e bens na economia era como a circulação do sangue no corpo – ambos estavam de acordo com a ordem natural das coisas.

Turgot, desenvolvendo a linha de pensamento de Quesnay, tornou-se um administrador regional e pôs em prática a tolerância à liberdade religiosa e à liberdade expressão, defendendo a liberdade econômica em seus escritos (1751). Aboliu o trabalho forçado como força de imposto, melhorou as estradas e implementou melhorias também na agricultura³⁷.

Insta estudarmos, ainda, as diferentes fundamentações possíveis para esses importantes valores. A sua fundamentação ético-jurídica ou jusfilosófica engloba os posicionamentos jusnaturalistas e juspositivistas. A primeira afirma que o fundamento do direito positivo são os próprios direitos humanos enquanto direitos que correspondem à natureza humana. Já a segunda entende que o fundamento jurídico dos direitos se encontra nas mesmas normas de direito positivo que os reconhecem. A concepção jusnaturalista divide-se, ainda, em: (i) fundamento último, mediato ou indireto dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana. Enquanto na era medieval o caráter pessoal era o que determinava que o homem fosse a imagem e semelhança de Deus, hodiernamente baseia-se no homem como ser racional, com possibilidade de realizar-se igualitária, livre e solidariamente junto

³⁶ Idem. p. 73.

³⁷ Idem. p. 74.

aos demais seres humanos. Em sua perspectiva negativa, a dignidade pressupõe que a pessoa não pode ser objeto de ofensas e humilhações, enquanto uma perspectiva positiva a traduz como o pleno desenvolvimento da personalidade no âmbito social; e (ii) fundamento próximo, imediato ou direto dos direitos humanos: o valor segurança, pelo qual há a necessidade de garantir a dignidade da pessoa humana para que se possa respeitá-la e os valores dela derivados³⁸.

Já a sua fundamentação jurídico-positiva são os valores e princípios que as Constituições reconhecem de forma explícita ou implícita. Esses valores constitucionais apresentam tripla dimensão: I. fundamentadora, como o conjunto de disposições e instituições constitucionais e do ordenamento jurídico como um todo; II. orientadora, como a ordem jurídico-política que torna ilegítima qualquer disposição normativa que objetive fins distintos ou obstaculize a consecução de tais valores; III. crítica, como critério ou parâmetro para avaliar fatos ou condutas;

Por fim, sua fundamentação jurídico-política é a conexão entre dignidade e Estado de Direito. Há duas teorias fundamentais sobre esta questão. I. teoria do consenso: os consensualistas requerem certa ética da “ação comunicativa”, onde todo sujeito capaz de falar e atuar pode participar da discussão. Todos podem questionar qualquer informação, introduzir qualquer afirmação no discurso e manifestar suas posições. II. teoria do dissenso: para esta posição a primeira teoria seria deveras ingênua, na medida em que tal nível de comunicação e conseqüente consenso são impraticáveis. O fundamento ou ponto de partida dos direitos humanos não seria o consenso sobre o que é justo, mas um momento prévio em que se constata o dissenso entre os homens, que os impulsionará na busca pelo consenso³⁹.

Interessante a explicação nos dada por Fábio Konder Comparato, ao relatar que para Bobbio não se pode fundar os direitos humanos nos valores supremos da convivência humana, porque tais valores não se justificam, assumem-se. Ora, explica Comparato, a razão justificativa

³⁸ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. p. 217.

³⁹ Idem. p. 221.

última dos valores supremos encontra-se no ser que constitui, em si mesmo, o fundamento de todos os valores: o próprio homem⁴⁰.

Assim, afirmar que não se pode dar um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos é laborar em sofisma. O próprio autor reconhece que há direitos que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos que se exige que não sejam limitados nem na ocorrência de casos excepcionais nem com relação a esta ou aquela categoria, ainda que restrita, de pertencentes ao gênero humano, como, por exemplo, o direito de não ser escravizado e de não ser torturado⁴¹.

Estes seriam, portanto, direitos absolutos. De qualquer maneira, continua o autor, se a identificação dos diferentes direitos humanos varia na História, a sua referibilidade em conjunto ao homem todo e a todos os homens tem sido incontestavelmente invariável. Na verdade, todos os direitos, e não apenas os fundamentais, são historicamente relativos porque a sua fonte primária - a pessoa humana - é um ser essencialmente histórico.

Vladmir Oliveira da Silveira, por seu turno, destaca a definição de Pérez-Luño, para quem os direitos humanos são “um conjunto de faculdades de instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.⁴²

Importante tangenciarmos, mesmo que brevemente, suas diferentes gerações ou dimensões⁴³. Ainda que haja pensadores defendendo a existência de direitos humanos de quarta e quinta geração, nos ateremos à

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*. p.9

⁴¹ Idem. p. 10.

⁴² SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. p. 229.

⁴³ A divisão comumente se dá em gerações, seguindo a análise histórica das lutas e revoluções que geraram o reconhecimento das diferentes esferas de direitos humanos. Contudo, cada vez mais doutrinadores têm entendido que essa classificação é inadequada, pois passaria a idéia de que cada nova geração implicaria na extinção da geração anterior, pelo decurso do tempo. Para eles, o termo dimensão seria mais adequado, pois daria a exata noção de complementaridade existente entre as distintas classes de direitos humanos. Uma análise aprofundada acerca da discussão escapa aos estreitos limites do presente trabalho, mas consideramos que as duas teses têm méritos e não se opõem. Dá-se o contrário: conjugadas são capazes de melhor explicar a evolução da tutela dos direitos humanos.

divisão clássica em três gerações ou dimensões, quais sejam: a. Direitos Humanos de primeira geração: ainda que decorrentes de um longo processo, cujo início se deu com a Magna Carta assinada pelo rei João Sem Terra (1215), culminaram na Revolução Francesa (1789). São os direitos atinentes às liberdades públicas e aos direitos políticos, traduzindo o valor de liberdade; b. Direitos Humanos de segunda geração: como consequência da Revolução Industrial Européia, no século XIX, surgem os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade; c. Direitos Humanos de terceira geração: com a crescente globalização, a interdependência dos países componentes da comunidade internacional torna-se cada vez mais premente. Dessa nova realidade surge a necessidade de complexas tutelas difusas, especialmente nas esferas ambientais e de direito do consumidor. Assim, o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.

No que tange a importante doutrina jusnaturalista não se pode negar a sua relevância para a nova perspectiva da tutela dos direitos humanos, em especial no campo de sua formalização escrita. Em um primeiro momento, isso se deu apenas na esfera internacional, com as declarações de direitos humanos, atos solenes através dos quais organizações intergovernamentais regionais ou mundiais, ou organizações não governamentais de direitos humanos, proclamam sua adesão e apoio aos princípios gerais de direitos humanos, embora sem a formalidade e o valor jurídico que caracterizam os tratados internacionais e as normas jurídicas estatais⁴⁴.

Entre as mais importantes declarações, podemos citar a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), ponto seminal de toda a matéria, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), documento importantíssimo que representou a necessária mudança de paradigmas após os horrores da 2ª Guerra Mundial.

Em decorrência do reconhecimento na esfera internacional, há a normatização desses direitos também nas esferas nacionais. Como ensinam Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano:

⁴⁴ PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. p. 62.

“Da restauração napoleônica, em 1804, até a Primeira Guerra Mundial, em 1914, surge a constitucionalização dos direitos enunciados nas primeiras declarações. Com isso os homens passam a gozar de direitos humanos por força da lei, através de sua positivação das declarações de direitos humanos, ultrapassando o estágio de reivindicações morais para converter-se numa questão sociopolítica (...).

[...]

No processo de reconhecimento dos direitos humanos também se estabelece uma ampliação progressiva do conteúdo dos direitos reconhecidos, o que vem a ser uma exigência diante da ‘dinamogenesis’ de novos direitos, que são novos reclamos ou concretizações ou novas interpretações de direitos preexistentes.”⁴⁵ (destacado no original)

Mesmo com a crescente constitucionalização dos direitos humanos, os tratados internacionais são importantes instrumentos de veiculação e aprimoramento da tutela desses direitos, sendo importante sua influência no direito interno dos diversos países – no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive. Isso porque nem sempre os países são maduros o suficiente para, por si só, construírem um sistema legislativo que abarque os direitos humanos e outras questões consideradas palpitantes⁴⁶.

Até mesmo países de vasta tradição jurídica e com instituições bem estabelecidas podem lucrar com esse produtivo intercâmbio proporcionado pelas relações internacionais no seio da Sociedade Internacional. Ao se discutir os tratados, as inúmeras Conferências, os encontros, os julgamentos em Cortes internacionais – em todas essas oportunidades há um amadurecimento do Direito Internacional Público e dos Direitos Humanos que se reflete nas legislações nacionais dos países que participam desses debates⁴⁷.

⁴⁵ALSTOM, Philip. *Labour Rights as Human Rights*. p. 61.

⁴⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 172.

⁴⁷PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 107.

1.3. Ratificação dos Tratados

Via de regra, para que um tratado seja aplicado na esfera interna dos países signatários faz-se necessário certo procedimento, geralmente envolvendo seus poderes executivo e legislativo, a fim de torná-lo apto a produzir efeitos nos planos nacionais. Tal procedimento variará de acordo com o Estado analisado, mas recebe o nome geral de ratificação.

Sua origem remonta a priscas eras, sendo encontrado em um dos mais antigos tratados noticiados, entre Ramsés II, do Egito, e Hattisuli, rei dos Hititas, em 1280 a.C. Era utilizado na Grécia, onde a aprovação advinha do Conselho e da Assembleia do Povo. No direito romano foi especialmente importante no episódio dos Desfiladeiros Caudinos (321 a.C.), em que os romanos assinaram um tratado deveras humilhante⁴⁸. De acordo com a teoria então vigente a obrigatoriedade só haveria se ele fosse ratificado⁴⁹.

No Renascimento, com o desenvolvimento da teoria dos plenos poderes, a ratificação surge como forma de fiscalizar o negociador e o signatário. Com o tempo ela se torna obrigatória ao soberano, a não ser nos casos em que o mandatário houvesse excedido seus poderes. A ratificação, assim, se torna quase supérflua, visando apenas verificar se o negociador havia agido nos estritos limites do seu mandato.

A doutrina reage contra tal entendimento no século XVIII, considerando que a ratificação é obrigatória. Essa tese ganha corpo com a inclusão em grande parte dos Estados de normas em seu sistema constitucional que restringe os poderes do Executivo a respeito da conclusão

⁴⁸ Apiano descreve com pormenor a humilhação sofrida pelo exército romano: os soldados foram desarmados e despojados das suas vestes e, unicamente vestidos com uma túnica, foram obrigados a passar um por um por baixo de uma lança horizontal disposta sobre outras duas cravadas no chão, que obrigavam os romanos a se inclinarem para as cruzar. Deste episódio, também chamado "a passagem sob o jugo", nasceu a expressão *passar sob o jugo* ou *passar pelas forcas caudinas*, que significa o ter de aceitar irremediavelmente uma situação desonrosa. Assim mesmo, as condições de rendição exigiam a entrega de várias regiões fronteiriças como Fregelas, Terentino e Satrico, a evacuação dos colonos romanos de Lucera e do vale do rio Liris, a retirada de todas as posições que mantinham no Sâmnio e uma trégua de cinco anos. Para garantir que o Senado romano ratificava o acordo atingido (*foedus caudinum*), Pôncio enviou os dois cônsules a Roma para que informassem do mesmo, ao mesmo tempo que retinha 600 cavaleiros romanos como prenda do acordo. APIANO. *Historia Romana*. Tomo I. Vol. II.

⁴⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 174.

dos tratados, a exemplo da Constituição Francesa de 1794. A ratificação como ato necessário para a validade do tratado consta pela primeira vez em um tratado concluído entre o Diretório da França e a rainha de Portugal (1797), para ser definitivamente consagrada no Protocolo nº 19 do Congresso de Berlim de 1878.⁵⁰

Malcolm N. Shaw explica que o artigo 14 da Convenção de Viena de 1969 estatui que a “ratificação expressa o consentimento de um Estado em ser vinculado por um tratado nos casos em que este último o especifica; exige-se, além disso, que os Estados em negociação tenham concordado em que a ratificação seria necessária; que o representante tenha assinado o tratado a ser ratificado; ou, ainda, que a intenção do Estado de assinar o tratado a ser ratificado esteja manifesta nos plenos poderes concedidos ao representante ou tenha sido expressa durante as negociações”⁵¹.

Referido autor aduz que as vantagens de se esperar a ratificação são basicamente de dois tipos: internas e externas. Estas estão representadas pela vantagem entre o período decorrido entre a assinatura e a ratificação, pois proporciona um tempo a mais para um exame minucioso no instrumento internacional, uma vez completado o instrumento de negociação⁵².

Já as vantagens internas seriam ainda mais relevantes, por refletirem a mudança na atmosfera política que se verificou nos últimos cento e cinquenta anos e produziu uma participação muito maior da população dos Estados nos assuntos públicos. Assim, sendo obrigatória a ratificação, a opinião pública teria a oportunidade, segundo o autor, de expressar seus sentimentos, podendo uma forte reação negativa levar o Estado a não ratificar o tratado em apreço.

Assunto bastante controvertido é sobre que tipos de tratados precisam ser ratificados, dividindo-se a doutrina entre os que entendem que a ratificação somente se fará necessária quando as partes expressamente assim determinarem, e os que defendem, por outro lado, que a exigibilidade da

⁵⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 175.

⁵¹ SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. p. 678.

⁵² Idem. p. 679.

ratificação é sempre presumida. Este é o posicionamento adotado pelo governo dos Estados Unidos⁵³.

Celso D. de Albuquerque Mello⁵⁴ entende que a Convenção de Viena declara que um Estado se obriga a um tratado pela ratificação quando o tratado assim determina, a assinatura é submetida a ratificação e há intenção dos negociadores de submeterem o tratado a ratificação. Assim, segundo o autor, ela deixaria de ser regra geral, isto é, subentendida em todos os tratados para só ser necessária quando ocorrerem os casos acima.

Relativamente à natureza jurídica⁵⁵ da ratificação, diversos são os entendimentos existentes. A primeira posição, encampada principalmente por Anzilotti, considera que a ratificação não é ato confirmatório da assinatura, mas a verdadeira declaração de vontade do Estado, pois ela dá vida a um ato novo.

A segunda posição, por sua vez, considera que os negociadores concluem um tratado condicional, a ratificação o tornando presente. Assim, segundo Phillimore, a ratificação não diz respeito à validade do tratado, mas a sua executoriedade.

A terceira posição, defendida por Balladore Pallieri, considera que a assinatura e a ratificação concorrem para a formação do tratado, não podendo este ser modificado no momento da ratificação, a não ser nos termos em que ele mesmo estipula.

Já a quarta posição, sustentada por Scelle, equipara a ratificação a um ato-condição, isto é, a um ato que, realizado, provoca a aplicação de uma situação jurídica objetiva. Tal classificação não tem sido aceita de forma pacífica, pois mesmo um ato material é um ato-condição se a lei considera a sua realização como produzindo efeitos jurídicos.

Analisando as escolas doutrinárias acima, Celso D. de Albuquerque Mello⁵⁶ esclarece que a ratificação é um ato *sui generis* que não se encaixaria em nenhuma das classificações acima. Sendo umas das fases no processo de conclusão dos tratados, ela confirma a assinatura deste e dá

⁵³ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 129.

⁵⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 175.

⁵⁵ *Idem.* p. 176.

⁵⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 176.

validade a ele, sem que isto signifique não produzir a assinatura qualquer efeito.

Releva destacar que a principal característica da ratificação é que ela é um ato discricionário, do que decorrem duas consequências: i. a indeterminação do prazo para a ratificação; e ii. a licitude da recusa da ratificação. Outra característica importante é o fato de não ser um ato retroativo: o ato só produzirá efeitos a partir a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação⁵⁷.

Em tratados bilaterais geralmente a ratificação dar-se-á por meio da troca dos instrumentos exigidos, enquanto nos tratados multilaterais se faz necessário que uma das partes recolha as ratificações de todos os Estados – sendo comum que o Secretário-Geral das Nações Unidas desempenhe esse papel de depositário das ratificações⁵⁸.

Interessante destacar a derradeira análise que Celso D. Albuquerque de Mello faz do instituto em apreço: “A conclusão a que podemos chegar é que a ratificação, no seu sentido tradicional de ato do Executivo após aprovação do tratado pelo Legislativo, se encontra em decadência. [...] a OIT tem procurado controlar a execução das convenções internacionais mesmo quando não foram ratificadas, o que tem feito os Estados executarem tais convenções mesmo quando não as ratificam.”⁵⁹

Interessante a análise do autor, pois no caso da OIT o Estado não estará obrigado a ratificar a Convenção, posto que este é um ato voluntário e soberano, mas deverá submeter o texto da Convenção adotada pela Conferência à autoridade nacional competente e emitir relatórios aos Secretariado a respeito da evolução da análise a ser por esta proferida⁶⁰.

Cite-se, por exemplo, o caso da Convenção nº 189 da OIT sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, que não foi imediatamente ratificada pelo Brasil, mas fomentou o debate acerca dessa classe econômica tradicionalmente vilipendiada e

⁵⁷ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 127.

⁵⁸ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 62.

⁵⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 178.

⁶⁰ ILO – International Labour Office. *Rules of the Game – A brief introduction to International Labour Standards*. p. 19.

culminou na aprovação da Emenda Constitucional nº 72/2013, que alterou a redação do parágrafo único do artigo 7º da Carta Magna, estendendo aos empregados domésticos uma série de direitos a eles anteriormente negados.

Em abril de 2013 o Brasil aderiu à referida Convenção, abrindo caminho à sua ratificação, o que permitirá que direitos que porventura venham a ser criados possam ser estendidos para os trabalhadores domésticos, já que o grande diferencial deste instrumento internacional é prever o paralelismo de direitos entre os domésticos e os demais trabalhadores.

Este é apenas um pequeno exemplo do importante papel desempenhado pelos tratados de direitos humanos ainda hoje – e, entre eles, sobretudo pelas Convenções Internacionais do Trabalho, que devem ser ratificadas, ainda que tardiamente.

Na ordem constitucional de 1988 o procedimento de ratificação dos tratados vem regrado pelos artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII, o primeiro dispondo ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, enquanto o último estatui competir privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Trata-se de um procedimento complexo, no qual estarão presentes em princípio duas vontades distintas, conforme explica Fabrício Felamingo: *“Concluída essa primeira etapa internacional, o Presidente da República envia mensagem ao Congresso Nacional acompanhada de texto com o inteiro teor do tratado, pela qual solicita a autorização deste à ratificação. Somente após a aprovação legislativa, expressada pela publicação de decreto legislativo, é que está o Presidente da República formalmente autorizado para expressar o consentimento do Estado brasileiro em obrigar-se pelo tratado internacional. Esta última fase, de ratificação, será realizada mediante troca ou depósito do instrumento de ratificação. Isto é, o Presidente da República envia a outro Estado – ou a alguma organização internacional a tanto incumbida – a carta de ratificação ou aceitação, mediante a qual expressa o consentimento do Estado brasileiro em obrigar-se. A fase da aprovação legislativa inicia-se com o recebimento, pelo Congresso Nacional, da mensagem presidencial. Os trâmites*

*iniciam-se pela Câmara dos Deputados, com a submissão à Comissão de Relações Exteriores. Aprovada nesta comissão, o projeto de decreto legislativo é enviado à comissão de Constituição, Justiça e Redação, para exame dos aspectos constitucionais do ato. Finalmente enviado a plenário, o decreto é votado, bastando a maioria simples dos votos em turno único para sua aprovação. Rejeitado, é enviada mensagem ao Presidente da República comunicando-lhe o fato. Aprovado, é enviado para o Senado Federal, onde os trâmites reiniciam. O plenário do Senado votará para aprovar ou não o decreto legislativo, sendo novamente necessária apenas maioria simples em turno único de votação. Com a aprovação, o decreto legislativo é publicado pelo Presidente do Congresso Nacional e a partir desse momento, o Presidente da República está autorizado a ratificar e promulgar o tratado*⁶¹.

Assim, é com a aprovação do decreto legislativo, segundo o rito específico para legislação ordinária, que o Poder Legislativo resolve sobre o tratado internacional de forma definitiva nas matérias de sua competência exclusiva, nos dizeres de Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁶². Há, entretanto, certa celeuma doutrinária sobre a correta interpretação dos dois dispositivos constitucionais.

Alguns autores, dentre os quais podemos destacar Heleno Torres⁶³, entendem que o decreto legislativo é mera autorização para que o Executivo ratifique o tratado no âmbito internacional, fundamentando tal posição na competência privativa do Presidente da República para celebrar os tratados internacionais, bem como manter as relações internacionais. Por outro lado, há os que estatuem ser o decreto internacional ratificado pelo próprio Congresso Internacional, sendo indevida a intervenção do Executivo, posto que a Constituição atribuiu ao Congresso competência para resolver

⁶¹ FELAMINGO, Fabrício. *A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos – uma análise a partir da EC 45/04*. p. 25.

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. p. 371.

⁶³ TORRES, Heleno Taveira. *Aplicação dos tratados e convenções internacionais em matéria tributária no direito brasileiro*. em: *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*, (AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do – coord.). p. 150.

definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao erário público⁶⁴.

Em que pese os respeitáveis entendimentos acima coligidos, pensamos que o mais adequado é que o mesmo peso seja conferido às vontades dos distintos poderes envolvidos neste complexo procedimento. Ao optar pela organização de seu Estado em três poderes independentes, a República Federativa do Brasil conferiu legitimidade semelhante a todos, que será externalizada e exercida por meio de suas diferentes competências. Cremos que a atuação conjunta dos dois poderes, o Executivo e o Legislativo, de forma equilibrada e equânime, é a forma mais salutar de promover o amadurecimento das relações internacionais brasileiras.

1.4. Hierarquia dos Tratados

Examinando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), percebe-se que há duas grandes fases com diferentes entendimentos sobre o *status* de tratados internacionais integrados ao ordenamento jurídico pátrio.

Antes de 1977, quando foi julgado o célebre RE 80.004-SE, a posição majoritária do STF era no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Flávia Piovesan relata que “(...) há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da *União Federal c. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951)*, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (*Apelação Cível 9.587*). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no *Pedido de Extradicação n. 07 de 1913*, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na *Apelação Cível n. 7.872 de 1943*, com base no voto de *Philadelpho de Azevedo*, também afirma que a lei não revoga

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. p. 307.

o tratado. Ainda nesse sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: 'Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha'.⁶⁵

Na decisão do referido RE 80.004-SE, na qual se discutia conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427/69, a Corte Superior adotou o chamado monismo moderado⁶⁶.

Segundo esse posicionamento, em caso de conflito entre tratado e lei posterior, esta deve prevalecer, em respeito ao princípio *lex posterior derogat priori*, ainda que isso signifique descumprir uma obrigação internacionalmente contraída pela ratificação do tratado. Celso de Albuquerque Mello nomeou tal tendência de verdadeiro “retrocesso”, dizendo ter faltado ao STF sensibilidade e trato ao lidar com as convenções de direito uniforme, emendando: *“Qual o valor de um tratado se um dos contratantes por meio de lei interna pode deixar de aplicá-lo. Se o STF considera que as convenções do direito uniforme estão ultrapassadas, cabe ao Executivo denunciá-las no procedimento fixado por elas mesmas, mas não ao STF”*⁶⁷.

Nota-se que o antigo entendimento do STF gerava a crítica situação da indiferença pelas consequências do descumprimento das obrigações contraídas no plano internacionais, às quais o Brasil se submeteu voluntária e soberanamente e comprometeu-se a cumprir de boa-fé. Esclarece Piovesan que essa posição afronta o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado⁶⁸.

Considerando que nessa época não havia a divisão entre tratados de direitos humanos e tratados de outras matérias, as convenções

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 62.

⁶⁶ Não defende o predomínio de nenhum dos dois ordenamentos, mas sim a paridade entre ambos. Os casos de conflitos seriam resolvidos pelos critérios estabelecidos por Kelsen: da especialidade, o cronológico e o hierárquico.

⁶⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 91.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 62.

contempladoras de citados direitos eram consideradas lei ordinária, assim como os demais tratados⁶⁹.

Há o entendimento, ainda que não prevalecente, de que os tratados de direitos humanos ratificados e regularmente incorporados à ordem interna, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, possuem índole constitucional, pois materialmente recebidos nessa condição, nos termos do §2º do artigo 5º da CF/88. É o que se depreende expressamente da decisão emitida no bojo do HC 87.585 / TO, de 2007⁷⁰.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, após longo período de ditadura militar, instaurou-se no Brasil novo cenário jurídico. Um dos pilares do texto constitucional passou a ser a dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor balizador para o constituinte e, portanto, para o legislador ordinário.

Importante salientar que o conceito de dignidade da pessoa humana é de difícil fixação e apreendimento, dada a sua subjetividade, complexidade e porosidade, nos dizeres de Ingo Sarlet⁷¹, vivenciando um constante processo de ato e potência, de ser e vier a ser, de construção e desenvolvimento, sem jamais, contudo, poder ser extinta, sob pena de se retirar do indivíduo aquilo que ele tem de essencialmente humano.

Ocorre que nem mesmo essa importante mudança foi capaz de alterar o entendimento do STF. Sobre a hierarquia dos tratados, no julgamento da ADI 1480-3 DF, em 1997, o Egrégio Tribunal analisou minuciosamente o procedimento de incorporação dos tratados ratificados. A solução apontada não se baseou na clássica dicotomia entre os monistas e os dualistas⁷². Procurou-se observar o *iter* estipulado pela CRFB/88, especialmente o enfrentamento entre formalistas e materialistas.

⁶⁹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional – Curso Elementar*. p. 103.

⁷⁰ Nesse sentido: LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. pp. 17-18.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. p. 43.

⁷² SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. p. 102.

Assim, após a celebração do tratado na esfera internacional, da aprovação congressional, da ratificação presidencial e da expedição do competente decreto, três efeitos ocorrerão: a) promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; c) executoriedade do ato internacional, que somente então passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno⁷³.

Continuando a exposição, depreende-se do julgado que os tratados ou convenções internacionais serão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa constitucional. Caso transgridam, direta ou indiretamente, o texto da Constituição, nenhum valor normativo será conferido aos tratados internacionais.

Pelo entendimento do STF, os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio teriam paridade normativa com as leis ordinárias nacionais. Portanto, nos casos em que a Constituição Federal estabelecer a necessidade de lei complementar para regular determinada matéria, posterior tratado internacional não poderá fazê-lo⁷⁴.

Foi esse o caso da Convenção nº 158, na qual se encontra vedação à dispensa arbitrária de empregados. O artigo 7º, inciso I, da CRFB/88 possui a mesma disposição, requerendo, no entanto, lei posterior que a instrumentalizasse. Quando referida Convenção foi ratificada, muitos entenderam que poderia suprir a ausência de lei que regulasse a proibição de dispensa imotivada⁷⁵. Tal entendimento, contudo, não prosperou. Conforme acima mencionado, o STF compreendeu ser caso de matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. Portanto, tendo tratado internacional paridade com mera lei ordinária, não poderia ser aplicado ao caso em questão⁷⁶.

Partindo-se da premissa de que as Convenções da OIT são verdadeiros tratados de direitos humanos, tutelando os chamados direitos sociais, depreende-se do caso acima analisado que referidos tratados ainda

⁷³ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p.64.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 469.

⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 1127.

⁷⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 91.

recebiam tratamento uniforme com os demais, tendo todos o *status* de lei ordinária.

Celso Lafer defende posição oposta a acima mencionada:

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela 'vis directiva' do inc. II do art. 4º.

[...]

Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.”⁷⁷

Assim, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil a qualquer tempo e que não foram integrados ao ordenamento jurídico pátrio pelo rito do art. 5º, §3º, da CF/88, não podem ser considerados simples leis

⁷⁷ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. pp. 17-18.

ordinárias. Eles são materialmente constitucionais, por trazerem em seu bojo matérias atinentes aos direitos humanos, integrando sem sombra de dúvida o chamado bloco de constitucionalidade⁷⁸.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu no artigo 5º o seu §3º, segundo o qual tratados de direitos humanos internalizados pelo procedimento das emendas constitucionais têm força constitucional.

Após o advento da referida emenda, surgiu no STF a tese, defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, baseada no direito alemão. Segundo esse entendimento, os tratados de direitos humanos que não tenham sido internalizados pelo iter específico do §3º do artigo 5º teriam status de lei ordinária, mas com uma qualidade especial, ou seja, estariam acima da legislação ordinária propriamente dita e abaixo da Constituição, conforme análise encontrada no acórdão do HC 87.585 / TO, de 2007:

“Vale registrar, neste ponto, **a lição** de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (**“Curso de Direito Constitucional”**, p. 670/671, item n. 9.4.4, 2007, IDP/Saraiva) (...).

“Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

Era necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, *‘a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central’.*

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 260.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.⁷⁹[grifado no original]

O caso paradigmático foi o julgamento acerca da aplicabilidade do Pacto do São José da Costa Rica frente a previsão constitucional da prisão do depositário infiel. Esclarecedor o julgado da lavra do Ministro Pedro Paulo Manus do Tribunal Superior do Trabalho, denotando que tal discussão reverberou por todos os ramos do judiciário nacional⁸⁰:

“(...)/Isto porque, não obstante o anterior entendimento desta Corte acerca da legalidade da prisão do depositário infiel, não há como não se curvar à decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que devem ser observadas as convenções e os tratados internacionais sobre direitos humanos - dos quais o Brasil é signatário -, como é a hipótese do Pacto de São José da Costa Rica, e por ele foi ratificado. Nesse pacto, está previsto que, apenas na hipótese de devedor de alimentos, pode ser considerada legal a prisão civil.

O Supremo Tribunal Federal, considerando os tratados internacionais em que o Brasil figura como signatário, tem adotado o entendimento de que, com base no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, foram derogadas as normas que regem a prisão do depositário infiel.

Vale transcrever trecho do informativo daquela Corte, no qual consta breve resumo sobre o julgamento e as teses adotadas, pertinentes à controvérsia acerca da ilegalidade da prisão do depositário infiel:

⁷⁹ Texto integral: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 22/06/13, as 14h33.

⁸⁰ Tribunal Superior do Trabalho. Texto integral: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=HC%20-%20203331-19.2010.5.00.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAJQ6AAB&dataPublicacao=07/05/2010&query=pedro%20and%20paulo%20and%20manus>. Acesso em: 27/06/2013, as 10h14.

"A tendência contra a prisão do depositário infiel consolidou-se na última quarta-feira, quando o Plenário do STF, por maioria, restringiu a prisão civil por dívida ao inadimplente voluntário e inescusável de pensão alimentícia. Até a prisão civil de depositário judicial infiel, cuja manutenção foi proposta pelo ministro Menezes Direito, foi rejeitada pela maioria. Para dar efetividade à decisão, o Plenário revogou a Súmula 619/STF, que a admitia.

A decisão foi tomada na conclusão do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 349703 e 466343 e do Habeas Corpus (HC) 87585, em que se discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel. Nos REs, os bancos Itaú e Bradesco questionavam decisões judiciais que consideraram o contrato de alienação fiduciária em garantia equiparado ao contrato de depósito de bem alheio (depositário infiel) para efeito de excluir a prisão civil. O Plenário rejeitou os dois recursos e estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (CF), à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos. No HC, que foi concedido, seu Autor se insurgia contra a sua prisão civil sob acusação de ser depositário infiel.

Direitos humanos

'A Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais", disse o ministro Cezar Peluso durante o julgamento, ao lembrar que os direitos humanos são direitos fundamentais com primazia na Constituição. 'O corpo humano, em qualquer hipótese (de dívida) é o mesmo. O valor e a tutela jurídica que ele merece são os mesmos. A modalidade do depósito é irrelevante. A estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o 'corpus vilis' (corpo vil), sujeito a qualquer coisa'.

No mesmo sentido, o ministro Menezes Direito afirmou que 'há uma força teórica para legitimar-se como fonte protetora dos direitos humanos, inspirada na ética, de convivência entre os Estados com respeito aos direitos humanos'.

Tratados e convenções proíbem a prisão por dívida

Em sua decisão desta semana, a maioria dos 11 ministros que integram o STF levou em contra os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário, os quais proíbem a prisão civil por dívida. É o caso, por exemplo, do Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992, e do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, patrocinado em 1966 pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao qual o Brasil aderiu em 1990. Por seu turno, a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia), com a participação do Brasil, já previa esta proibição naquela época, enquanto a Constituição brasileira de 1988 ainda recepcionou legislação antiga sobre o assunto. Também a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena (Áustria), em 1993, com participação ativa da delegação brasileira, então chefiada pelo ex-ministro da Justiça e ministro aposentado do STF Maurício Corrêa, preconizou o fim da prisão civil por dívida. O ministro Celso de Mello lembrou em agosto passado, quando foi iniciado o julgamento das REs e do HC concluído na última quarta-feira, que, naquele evento de Viena, ficou bem marcada a interdependência entre democracia e o respeito dos direitos da pessoa humana, tendência que se vem consolidando em todo o mundo." (Notícias do STF, 09/12/2008)

Assim, diante do entendimento adotado pela Corte Suprema, não há como se reconhecer pela legalidade do mandado de prisão ora questionado.

Nesse sentido, foi proferida recente decisão por esta Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, em estrita observância ao entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS PREVENTIVO SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DEPOSITÁRIO INFIEL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. À luz das normas internacionais em que o Brasil é signatário, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que, notadamente após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, em atenção ao disposto no art. 5º, § 3º, da CF/88, restaram derrogadas as normas definidoras da custódia do depositário infiel.

Assim, desde a ratificação pelo Brasil do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. (...)" (HC 199439/2008-000-00-00, Ministro José Simpliciano Fernandes, DJ 12/12/2008)

Portanto, concedo a ordem de "habeas corpus", em favor do paciente, mantendo a liminar outrora conferida às fls. 87/90. Oficie-se ao Juiz Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao impetrante e ao paciente.

ISTO POSTO

***ACORDAM** os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conceder a ordem de "habeas corpus", mantendo a liminar outrora conferida às fls. 87/90. Oficie-se ao Juiz Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao impetrante e ao paciente.*

Brasília, 27 de abril de 2010.

Pedro Paulo Manus

Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-HC-3331-19.2010.5.00.0000"

A posição majoritária do STF segue a tese da supralegalidade, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados não internalizados segundo o rito de emenda constitucional teriam um *status* intermediário, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição.

No já citado HC 87.585 / TO, de 2007, o Ministro Celso de Mello encampa o entendimento de Celso Lafer, esclarecendo que "**Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional**

às convenções internacionais de direitos humanos, **reconhecendo**, para efeito de outorga **dessa especial qualificação jurídica**".⁸¹ [grifado no original]

Esse entendimento, que julgamos o acertado, não é o que prevalece, no entanto. A tese da supralegalidade peca ao tratar desigualmente tratados da mesma espécie, isto é, de direitos humanos. Ao criar uma triplicidade de regimes jurídicos (constitucional, supralegal e ordinário) para o sistema de proteção dos direitos humanos, estatuidando duas categorias diferentes para instrumentos internacionais que tutelam direitos humanos, esta teoria geraria insegurança jurídica ao conferir maior valor normativo aos aprovados pelo iter do §3º do artigo 5º da CF/88 em detrimento os que não o foram. Isso acabaria por enfraquecer o arcabouço normativo dos direitos humanos.

O raciocínio do STF no julgamento do HC 96772-SP (2009) sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio pelo procedimento do §3º, do artigo 5º, da CRFB/88 parece ter sido o mesmo. Um dos pontos principais debatidos no remédio constitucional era a discussão sobre a possibilidade da interpretação judicial atuar como instrumento de mutação informal da Constituição. Questionava-se a legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição, se e quando necessário compatibilizá-la com novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos econômicos, sociais e políticos característicos dos tempos atuais⁸².

A Suprema Corte ressalta a importância da adoção do critério da norma mais favorável na exegese dos tratados internacionais de direitos humanos no processo de adequação. Isso consiste em adotar a norma que conferir primazia à pessoa humana, conferindo-lhe a mais ampla proteção⁸³.

⁸¹ Texto integral: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 22/06/13, as 14h33.

⁸² CORRÊA, Lelio Bentes. *O papel da Organização Internacional do Trabalho no mundo globalizado: afirmando os direitos humanos dos trabalhadores*. Em *O Direito Material e o Processual do Trabalho dos Novos Tempos*. p. 414.

⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. pp. 37-41.

Estabelece a Ementa do julgado que: “O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como aquela positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção a direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”⁸⁴.

Houve importante evolução no entendimento do STF no reconhecimento da importância dos tratados e convenções internacionais como plataformas de direitos humanos. Sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição da República e a voz autorizada a interpretá-la quando necessário for, legitimada está a adequação da Carta Magna aos tratados de direitos humanos, entre os quais se incluem, repise-se, as Convenções da OIT⁸⁵.

1.5. Denúncia dos Tratados

Via de regra, os tratados só produzem efeitos entre as partes contratantes, sendo plenamente vinculativas e oponíveis, com base no “pacta sunt servanda”. Já para os não pactuantes os tratados são “res inter alios acta”, não criando obrigações, nem, tampouco, direitos. Eventuais consequências positivas ou negativas a terceiros Estados dar-se-ão de forma indireta e reflexa⁸⁶.

O respeito às disposições aventadas em tratados é ponto fulcral do direito internacional e a principal garantia de execução das cláusulas de um ajuste internacional reside na palavra empenhada por cada uma de suas

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal. Vide: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601192>. Acesso em: 21/06/2013, as 12h35.

⁸⁵ Tribunal Superior do Trabalho (org.). *Forum Internacional Sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*.

⁸⁶ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p.66.

partes contratantes. Sendo certo que a sociedade internacional se baseia predominantemente na cooperação (e não na subordinação), intrínseca à igualdade dos Estados soberanos que a constituem, os compromissos por eles assumidos devem ser cumpridos de boa-fé, sendo pouco comum a imposição coercitiva de tais cumprimentos⁸⁷.

Os tratados internacionais geralmente não possuem termo predefinido, sendo convencionados para que durem perenemente. Há, no entanto, diferentes formas de terminação, de extinção das obrigações convencionais entre os Estados. As formas mais usuais de tal extinção são: 1. pela execução integral do tratado, após a prestação exata do que foi prometido; 2. pela expiração do prazo convencionado, quando foi celebrado por prazo limitado; 3. pela verificação de uma condição resolútor, prevista expressamente; 4. pelo acordo mútuo entre as partes, ainda que seu objetivo não se tenha realizado ou o seu prazo de duração não se tenha esgotado; 5. pela renúncia unilateral por parte do Estado ao qual o tratado beneficia de modo exclusivo; 6. pela impossibilidade física ou jurídica de execução; 7. pela inexecução do tratado por uma das partes contratantes; 8. pela guerra sobrevinda entre as partes contratantes; 8. pela prescrição extintiva ou liberatória; e, por fim, 10. pela denúncia, admitida expressa ou tacitamente pelo próprio tratado⁸⁸.

A denúncia de um tratado é o ato pelo qual uma das partes contratantes comunica às demais a sua intenção de dar por terminado o compromisso ou de se retirar do mesmo. Constitui uma declaração de vontade no sentido de fazer terminar o tratado, quando se trata de ato bilateral, ou de se desligar de suas obrigações quando se trata de ato multilateral. Essa manifestação, geralmente, será admitida previamente, no momento da celebração do tratado, especialmente em tratados coletivos⁸⁹.

Ainda que assim não seja, o tratado poderá ser denunciado caso se possa demonstrar que foi intenção das partes a concessão recíproca da faculdade de denúncia. Tal presunção existe quanto aos tratados de trato sucessivo, ou executórios, quando a natureza do seu conteúdo é tal que não se

⁸⁷ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. p. 607.

⁸⁸ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 136.

⁸⁹ *Idem*. p. 137.

possa supor legitimamente que as partes contratantes não quiseram estabelecer um estado de coisas permanente.

Mesmo que tal presunção esteja ausente, há autores que admitem, em casos excepcionais, a faculdade de denúncia unilateral quando o tratado ameaça o direito de conservação do Estado. Justificam tal entendimento com a teoria da necessidade, que pode ser deveras perigosa ao confundir um estado de fato com uma situação jurídica, não parecendo razoável, entretanto, basear a denúncia unilateral da necessidade ou no interesse de uma das partes contratantes⁹⁰.

Há ainda os que admitem tal denúncia unilateral quando ocorrer modificação fundamental das circunstâncias que deram origem ao tratado. Baseia-se tal entendimento na teoria de que os tratados ou convenções são concluídos sob a condição tácita de que só devem vigorar enquanto o estado de coisas existente por ocasião de sua assinatura permanecer inalterado. Seria a aplicação concreta da cláusula “rebus sic stantibus”, pela qual o pactuado deve prevalecer enquanto as condições permanecerem razoavelmente as mesmas⁹¹.

Ponderando tal entendimento, pode-se considerar que, em consequência de acontecimentos imprevisíveis na ocasião da conclusão de um tratado, o equilíbrio de interesses visados pelas partes contratantes pode ter sido rompido, deixando de ser, assim, o novo estado de coisas, o mesmo que deu origem aos compromissos mútuos assumidos. Nestas condições, parece razoável sustentar que o tratado já não corresponde mais à vontade comum que determinou a sua celebração, sendo justificável sua denúncia.

A admissão pura e simples da denúncia unilateral, contudo, ainda que por aplicação da cláusula “rebus sic stantibus”, poderia gerar uma série de distorções e abusos. Tal entendimento deve ser considerado com razoabilidade, não parecendo adequada a teoria de que todo tratado traz subentendida tal cláusula, podendo ser denunciado unilateralmente, bastando

⁹⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 204.

⁹¹ SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*.. p. 707.

para tanto que umas partes considere modificadas as circunstâncias em que o tratado foi celebrado⁹².

Se tais circunstâncias figurarem como condição essencial de execução do tratado, claro está que este cessará de produzir efeitos desde que elas se modifiquem profundamente o ou deixem de existir. Nesse caso, a extinção do tratado resultará do preenchimento de uma cláusula resolutória implícita.

Interessante cogitar, no entanto, no efeito de tal denúncia no plano interno do país que a comete: tendo-se em mente que ao ratificá-lo o sujeito internacional o fez em dois planos, a saber, o internacional e o doméstico, figura-nos correto sustentar que o mesmo tratado passa a vigorar e a gerar obrigações em ambos os planos. Ao denunciá-lo no plano internacional, o país permanece obrigado no plano doméstico, devendo os direitos ali adquiridos ser respeitados e tutelados ainda assim.

1.5.1. O regramento constitucional da matéria

A dupla manifestação de vontade no momento da denúncia de tratados surge como principal argumento no caso do Tratado de defesa mútua EUA-Taiwan, quando membros do senado americano pretenderam discutir na Justiça o poder presidencial para a denúncia de tratados internacionais. A alegação apoiava-se no princípio do ato contrário: se, nos termos da Constituição, a conclusão de um tratado depende da conjugação das vontades do presidente e do senado, deve-se entender que essas mesmas vontades devem estar presentes para escorar o rompimento do compromisso. A Suprema Corte não reconheceu o pedido, dizendo que se trata de uma questão política, estranha à prestação judiciária⁹³.

⁹² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 204.

⁹³ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. p. 111.

No Brasil, a questão surgiu em 1926, quando Artur Bernardes decidiu desligar o Brasil da Sociedade das Nações. Francisco Rezek cita interessante parecer de Clóvis Beviláqua sobre a questão:

“Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia (...). Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato de denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de dar por extinto. (...)”⁹⁴

Rezek salienta que, apesar da engenhosidade da tese de Beviláqua, ela padece de certa inconsistência, ao igualar a previsão convencional da denúncia a outras cláusulas em geral. Seria o mesmo que aceitar que o governo não depende do parlamento para levar a termo a emenda ou reforma de tratados vigentes, sempre que prevista no texto originário.

Continua dizendo que entende poder o chefe do governo denunciar tratados sem qualquer embaraço. Defende ser bastante lógico que, onde a comunhão de vontade entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, seja suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-lo por meio da denúncia.

Não haveria que se falar, em seu entender, à luz do controverso princípio do ato contrário, que se as duas vontades tiverem de somar-se para a conclusão de pacto, é preciso vê-las de novo somadas para seu desfazimento. Antes, cumpriria entender que as vontades reunidas do governo e do parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante

⁹⁴ Idem. p. 112.

da celebração do tratado, e ao longo de sua vigência, como dois pilares de sustentação da vontade nacional⁹⁵.

Isso levaria à conclusão, segundo Rezek, de que nenhum tratado – dentre os que se mostrem rejeitáveis por meio de denúncia – deve continuar vigendo contra a vontade quer do governo, quer do Congresso. O ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em questão ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado.

Desenvolvendo ainda mais seu raciocínio, Rezek aponta para o desequilíbrio reinante entre os instrumentos de ação do governo e os do Congresso. Se a iniciativa de denunciar provem do Executivo, o ato internacional pertinente dará sequência imediata à decisão do presidente da república – a quem se subordinam todos os mecanismos do relacionamento exterior e todos os condutos da comunicação oficial com nações estrangeiras e demais pessoas jurídicas de direito das gentes. Tendo origem no Congresso o propósito da denúncia, caberia ao Executivo a responsabilidade por sua formulação no plano internacional⁹⁶.

Esse não nos parece, entretanto, o entendimento mais adequado ao espírito da Constituição de 1988. Ao estabelecer que cabe ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, o qual deverá resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, o constituinte pátrio não deixou claro, de fato, se o processo de denúncia desses mesmos tratados, convenções e atos internacionais conjugaria também as vontades do poder executivo e do poder legislativo⁹⁷.

Tendo-se em vista que a tripartição dos poderes⁹⁸ é um princípio constitucional sensível, verdadeira cláusula pétrea, tamanha a

⁹⁵ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. p. 113.

⁹⁶ Idem. p. 113

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 544.

⁹⁸ Husek explica: "A ideia é de um governo equilibrado, moderado, pela separação dos poderes. O melhor governo é o que garante a liberdade dos cidadãos. A liberdade é a possibilidade de poder pensar, falar, escrever e viver honestamente. A separação dos poderes tem origem direta na 'Declaração do Homem e do Cidadão'. Tais poderes correspondem ao

importância a ela conferida pelo constituinte originário, não parece consentânea a interpretação que permite a denúncia de um tratado por meio da vontade unilateral de um dos poderes.

À guisa de raciocínio acadêmico, seria possível traçar um paralelo com a questão do controle de constitucionalidade envolvendo o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, na figura do Senado Federal. Depreende-se da leitura do artigo 52, X, da Constituição Federal, que o Senado está autorizado a suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Seria o papel do Senado apenas de cancelar o entendimento do STF ou poderia ele negar a retirada da eficácia do ato normativo após a declaração efetivada por aquela Corte, ainda que de forma parcial? Não parece correto o entendimento que nega tal faculdade ao Senado, já que o contrário seria admitir que este órgão do poder legislativo teria mero papel cancelador das decisões da Corte Suprema.

Michel Temer⁹⁹ esclarece que o Senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo STF. A expressão “no todo ou em parte” trazida pelo inciso X do art. 52 revela a discricionariedade do Senado ao exercer tal competência.

Ainda que este não seja o foco do presente estudo, que trata não do controle de constitucionalidade (ao menos de forma direta), mas sim da denúncia de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tal situação serve para ilustrar o exercício prático do poder estatal soberanamente constituído no ordenamento jurídico brasileiro. Aceitar que um dos poderes possa se sobrepor a outro, quando há expressa previsão constitucional de que há paridade das vontades e discricionariedades, é negar o princípio basilar de nosso ordenamento, a saber a tripartição dos poderes.

Interessante destacar, ainda, o entendimento de Flávia Piovesan¹⁰⁰, para quem o rito da denúncia é a grande diferença existente entre

Legislativo (faz, altera ou ab-roga as leis); Executivo (o Estado velando pela segurança interna e externa, mantendo as leis); e Judiciário (julga os conflitos, pune as infrações cometidas contra a lei).” *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. p. 75.

⁹⁹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. p. 48.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos, in TAVARES, André, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro (coord.). *Reforma do Judiciário*. p. 67.

os tratados ordinários e os tratados de direitos humanos aprovados ou confirmados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros (e, ainda, daqueles que apesar de serem de direitos humanos não seguiram o rito qualificado).

Piovesan classifica os tratados de direitos humanos em: a) material e formalmente constitucionais (aqueles que equivalem às emendas constitucionais em razão do procedimento de incorporação mais solene) e b) materialmente constitucionais, que, apesar de tratarem sobre direitos humanos, não passaram pelo rito mais solene.

Aduz a autora que os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia unilateral pelo executivo, já que “...os direitos neles enunciados receberam assento no texto constitucional não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular, ainda que a possibilidade de denúncia esteja nos próprios tratados de direitos humanos ratificados...É como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da constitucionalização formal do tratado no âmbito jurídico interno”.¹⁰¹

Creemos ser possível ir um pouco além ao raciocínio da autora para defender que também os tratados materialmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia unilateral por parte do Poder Executivo. Isso porque, conforme defendemos acima, em consonância com o entendimento de Celso Lafer¹⁰², tais tratados integram o chamado “bloco de constitucionalidade” e passariam a formar, juntamente com os tratados formal e materialmente constitucionais, verdadeiras cláusulas pétreas – e, portanto, insuscetíveis de disponibilidade pelos Poderes Executivo e Legislativo.

¹⁰¹ *Idem.* p. 67.

¹⁰² LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. pp. 17-18.

Apenas se porventura substituídos por instrumentos normativos, sejam nacionais ou internacionais, ainda mais protetivos, tais tratados poderiam ser denunciados – sempre com a dúplici manifestação de vontade dos representantes do Estado, o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Pensamos que os princípios do não retrocesso social¹⁰³ e da dignidade da pessoa humana¹⁰⁴ autorizam tal interpretação teleológica e sistemática de nossa Constituição Federal, com o fito de maximizar a proteção do trabalhador, enquanto pessoa humana e enquanto cidadão que é.

¹⁰³ SUSSEKIND, Arnaldo. *Os direitos constitucionais trabalhistas*. In *Direitos Sociais na Constituição de 1988 - Uma análise crítica vinte anos depois*. p. 46.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. p. 43.

2. A Organização Internacional do Trabalho: o direito do trabalho como direitos humanos

Interessante notar que a origem da palavra trabalho remonta ao termo latino “tripalium”, antiga ferramenta composta por três lanças afiadas utilizadas por agricultores no cultivo de trigo e milho que com o tempo se tornou precipuamente em um instrumento de tortura maciçamente utilizado pelo exército romano. Daí se percebe o ranço pelo qual o trabalho sempre esteve eivado.

Desde tempos imemoriais o trabalho está intimamente ligado à luta pela sobrevivência. Houve inegável progresso desde os tempos da Cidade Antiga, quando os seres humanos eram comumente escravizados e o trabalho era considerado indigno e atividade destinada para seres de segunda categoria, não detentores de direito, para aqueles que não eram Cidadãos, como nos relata Fustel de Colanges¹⁰⁵.

Nem mesmo o resplandecer do pensamento cristão, baseado no espírito da solidariedade e na igualdade entre todos os seres humanos e entre todos os povos, foi o suficiente para criar a mudança necessária na forma de encarar o trabalho. Na Grécia houve certo progresso com o amadurecimento da escola de pensamento representada pelo estoicismo¹⁰⁶.

Curioso que o espírito da sociedade se reflete inclusive nas palavras pelas quais as pessoas que a integram se comunicam. Em contraponto ao termo usado pelos romanos, os gregos usavam “póiesis” para se referir à ideia de trabalho, no sentido de criação, de onde adveio também o termo poesia. Infelizmente a concepção grega não foi decantada e se extinguiu juntamente com a queda daquela civilização no século III d.C. diante do domínio do Império Romano¹⁰⁷.

Durante a Idade Média prevaleceu o modelo feudal, onde os vassallos trabalhavam em prol de seus suseranos em troca de seu direito de

¹⁰⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. p. 78.

¹⁰⁶ DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. p. 61.

¹⁰⁷ Idem. p. 74.

subsistir, pura e simplesmente. O senhor feudal era a autoridade suprema da terra e das pessoas, possuindo arbítrio absoluto sobre tudo e sobre todos, inclusive sobre o fruto de seu trabalho. Não havia a figura do trabalhador livre, que poderia dispor livremente do produto de sua energia e desempenhar seu talento e suas aptidões de forma dignificante¹⁰⁸.

Tendo a Idade das Trevas entrado em seu outono, a influência dos pensadores exilados de Constantinopla se fez sentir e o movimento do Renascimento floresceu, reverberando em todos os campos do saber humano¹⁰⁹. Iniciam-se as Grandes Navegações, possibilitando um novo modelo econômico: o mercantilismo, baseado na exploração das riquezas naturais das colônias e no uso maciço e deletério da mão-de-obra escrava, oriunda principalmente do continente africano.

Séculos não bastaram para que os homens se humanizassem e o período de dupla revolução (1789-1848), como chamado por Hobsbawm¹¹⁰, repetiu a história de desrespeito às condições mínimas de sobrevivência referentemente às classes oprimidas e subjulgadas: os trabalhadores, inclusive mulheres e crianças, doentes e idosos. O grito de liberdade e esperança representado pela Revolução Francesa e por sua Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão foi silenciado e maculado pela ganância e pelo objetivo do lucro a qualquer custo representado pela Revolução Industrial.

Como se procurará provar no decorrer do presente capítulo, apenas com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho o direito do trabalho passou a ser encarado e tutelado na esfera internacional como os direitos humanos que realmente constitui. Independentemente de se concordar com a divisão destes direitos em políticos, sociais e de solidariedade, a constatação de que as questões afetas ao trabalho e ao desempenho de qualquer atividade remunerada que provenha à subsistência do indivíduo e de sua família é inescapável.

¹⁰⁸ HUIZINGA, JOHAN. *O Outono da Idade Média*. p. 89.

¹⁰⁹ GRANT, Edward. *Historia da Filosofia Natural*. p. 364.

¹¹⁰ HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções, 1789-1848*. p. 183.

Isso porque a grande maioria das pessoas retiram as condições necessárias à sua sobrevivência não de um empreendimento próprio, de um capital detido por si ou por entidade familiar a qual integra, mas sim da energia de trabalho que emana de seu próprio organismo e que dispõe em benefício de outrem, em troca de alguma contraprestação. Essa energia de trabalho é irreparável, irretornável. Uma vez despendida, não pode ser devolvida – e deverá, portanto, ser devidamente respeitada e remunerada.

Essa energia de trabalho está intrinsecamente ligada à própria essência do ser humano que a despende, sendo dele indissociável. Devem, assim, ser garantidas condições de trabalho adequadas e contraprestações condignas ao trabalho realizado. Qualquer perturbação no ambiente de trabalho repercutirá em todos os âmbitos da vida do trabalho como indivíduo único e global que é.

Esta condição de hipossuficiência é encontrada em todos os contratos de trabalho, sem exceção, em razão da subordinação imanente à essa peculiar relação jurídica existente entre empregado e empregador. Pode até mesmo não haver a figura da subordinação social, da subordinação técnica, da subordinação econômica em contratos com altos empregados detentores de cargos importantes, com elevada margem de mando e gestão, mas sempre haverá a subordinação jurídica¹¹¹.

Em atenção a essa desigualdade inerente ao contrato de trabalho, recorre-se ao ideal aristotélico de que a verdadeira justiça só é alcançada tratando-se desigualmente aos desiguais. Esse é, em síntese, o espírito motor do princípio protetor¹¹² do direito do trabalho, por intermédio do qual se pretende corrigir uma série de vicissitudes e iniquidades decorrentes da relação capital – trabalho.

O meio ideal onde esse princípio protetor pôde se desenvolver e gerar a maturação do Direito Internacional do Trabalho e sua perfeita simbiose com os Direitos Humanos foi a OIT, criada em 1919, como veremos

¹¹¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado – Parte Geral*. p. 28.

¹¹² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. p. 85.

adiante. Tamanha proximidade é comprovada com a previsão na Carta das Nações Unidas, em seu artigo 55, que todos os povos e a própria ONU favorecerão níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico¹¹³.

Relata Christine Kaufmann¹¹⁴ que, mesmo não sendo um instrumento revestido de coercibilidade *stricto sensu*, para a maioria dos doutrinários a Declaração traz em seu bojo direito internacional costumeiro. Assim, se os direitos trabalhistas tutelados pela Declaração são considerados normas de direito internacional costumeiro, eles seriam aplicáveis *erga omnes* e constituíram obrigações perante a comunidade internacional como um todo. Isso não implicaria, no entanto, no seu reconhecimento como parte integrante do *jus cogens*¹¹⁵ internacional, segundo esta mesma autora.

Essas normas são, conforme lição de Finkelstein, “*um corpo de princípios imperativos de direito internacional que são universais e não derogáveis. Com efeito, o jus cogens representa as normas fundamentais do direito internacional que se aplicam a todos os Estados, independentemente de vontade ou consentimento. É o ramo superior do Direito, porque ele substitui todos os outros tipos de direito, e se um tratado foi redigido em violação do jus cogens, é automaticamente nulo e sem efeito. Daí porque frequentemente é engajado em valores, com papel no “sistema internacional de valores”; revela uma consciência comum de valores imperativos da comunidade internacional”; encontra seu fundamento em “enquadramentos legais de interesses específicos estabelecidos pela comunidade, com o objetivo de proteger os valores superiores”*¹¹⁶.

Ensina Carlos Roberto Husek que os direitos humanos são universais, abstratos, imprescritíveis, inalienáveis, atemporais, irrenunciáveis, absolutos, imutáveis, supranacionais, indivisíveis, válidos para todos os povos em todos os tempos. E esmiúça:

¹¹³ ALSTOM, Philip. *Labour Rights as Human Rights*. p. 18.

¹¹⁴ KAUFMANN, Christine. *Globalisation and Labour Rights – The conflict between core labour rights and international economic law*. p. 29.

¹¹⁵ FINKELSTEIN, Cláudio. ‘*Jus cogens*’ como paradigma do metaconstitucionalismo de Direito Internacional. p. 144.

¹¹⁶ Idem. p. 146.

“Inalienáveis, porque indisponíveis, inegociáveis, intransferíveis, imprescindíveis para a sobrevivência do ser humano na terra. Atemporais e imprescritíveis porque ilimitados no tempo. A qualquer momento podem ser cobrado por aquele que se viu deles destituído. Irrenunciáveis, porque personalíssimos. Absolutos e imutáveis, porque não estão cingidos aos fatores socioculturais, políticos e econômicos de determinada época e de determinada organização. Indivisíveis, porque, desrespeitado um dos direitos, todos são desrespeitados no mesmo momento. Não se pode cumprir alguns direitos humanos e outros, não. Ou se cumprem e respeitam todos ou não.”¹¹⁷

Na tutela dos direitos dos trabalhadores como direitos humanos a Organização Internacional do Trabalho tem desempenhado sua função de forma *sui generis*, a começar por sua estrutura tripartite, passando pela fixação de *standards*¹¹⁸ gerais e uniformes de trabalho a serem observados de boa-fé por seus Estados membros.

2.1. Histórico da Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho foi criada pelo Tratado de Versailles em 1919, como parte da Sociedade das Nações, logo após a Primeira Guerra Mundial, durante o processo de paz. Sua concepção foi resultado de um longo processo de conscientização dos trabalhadores, dos empregadores e dos governantes da necessidade de instituir-se uma rede de proteção aos obreiros, muitos dos quais submetidos a condições aviltantes de trabalho.

Conforme visto, o liberalismo oriundo da Revolução Francesa (1789) pregava, entre outras coisas, a plena autonomia da vontade e a não-intervenção estatal nos negócios privados. Decorria desses paradigmas a liberdade contratual plena, que, segundo os intelectuais liberais, seria

¹¹⁷ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. p. 69.

¹¹⁸ POLITAKIS, George P. *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*. p. 103.

inviabilizada por qualquer “classe de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão”, razão pela qual foram abolidas e proibidas (art. 1º da Lei Chapelier, de 17 de julho de 1791). Tal vedação se alastrou por outros ordenamentos jurídicos.

Ocorre que tão defendida liberdade gerava situações anacrônicas, dada a desigualdade existente entre as partes contratantes em muitos casos, notadamente nos contratos de trabalho subordinado. Na tentativa de corrigir e reverter esse quadro os operários se uniram, apesar da proibição existente. As “trade unions” inglesas foram uma importante demonstração da força da união dos trabalhadores. Em resposta aos esforços por elas empreendidos, o Parlamento Britânico, em 1824, revogou a proibição ao sindicalismo, passando a tolerar as “trade unions”, sem conferir a elas, contudo, personalidade jurídica. Somente em 1871 o Governo inglês regulamentou o direito de sindicalização, sendo seguido por outros países, marcadamente França e Estados Unidos.

Ao mesmo tempo, alguns intelectuais e governantes passaram a defender a tese da internacionalização das normas de proteção ao trabalho. A primeira manifestação que se tem notícia nesse sentido foi do empresário Robert Owen, que aplicou idéias inovadoras em sua fábrica de tecidos na Escócia. Em 1818, Owen propôs ao Congresso de Aix-la-Chapelle que fosse instituído um limite legal internacional da jornada de trabalho. Ele não obteve êxito e não recebeu apoio de nenhum governo, mas suas sugestões revolucionárias abriram caminho para as futuras transformações que se sucederiam¹¹⁹.

Interessante ressaltar que o propósito de Owen era eminentemente humanitário. Ele não agiu guiado pela crença de que os direitos sociais necessitavam uma solução internacional, ou que o comércio internacional estava tornando os Estados interdependentes. Atribui-se essas ideias geralmente a Jacques Necker, um banqueiro suíço que inferiu em 1788

¹¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 85.

que se a França abolisse o descanso aos domingos, sua vantagem competitiva só existiria se os demais países não seguissem o seu exemplo¹²⁰.

Necker não propôs uma legislação trabalhista internacional, mas apreciou a questão da proteção ao trabalhador do ponto de vista internacional – e nisso foi absolutamente inovador. Daniel Legrand, um industrial da Alsácia-Lorena, foi o primeiro a apelar aos estadistas europeus entre os anos de 1840 e 1848 no sentido de que a regulação internacional do trabalho era uma forma prática de superar o dilema enfrentado pelos países industrializados, que poderiam se expor a uma competição internacional destrutiva caso adotar medidas humanitárias visando proteger seus próprios trabalhadores.

Paralelamente, a “Assembleia Internacional dos Trabalhadores” (comumente denominada Primeira Internacional), ocorrida em Londres no ano de 1864, onde Marx e Engels lançaram um manifesto conclamando a união do proletariado e a criação de uma legislação social internacional.

A ideia de estabelecer “(...) uma legislação internacional que, instituindo direitos irrenunciáveis em favor dos trabalhadores, tivesse também por escopo equilibrar o ônus da proteção social, entre países industrializados e concorrentes no comércio mundial”¹²¹ tomava mais corpo e ganhava força.

Neste esteio, a Suíça, por iniciativa dos deputados Decurtens e Favon, convocou os Estados industrializados europeus para uma conferência que seria realizada em Berna em 05 de maio de 1890, onde seriam discutidas futuras normas protetivas internacionais. Contudo, o Kaiser Guilherme II, aproveitando-se do reconhecimento internacional gozado pela Alemanha convocou a Conferência de Berlim, para 15 de março de 1890. Importante destacar que a Alemanha foi a precursora em adotar um regime de Previdência Social, sob o comando do Chanceler Bismarck.

Tal Conferência de Berlim ocorreu conforme o planejado, mas seus resultados práticos foram parcos, em parte pela hesitação dos governos europeus em adotar normas internacionais de proteção aos trabalhadores e em

¹²⁰ HEPPLÉ, Bob. *Labour laws and global trade*. p. 27.

¹²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 85.

outra parte por ter o Kaiser Guilherme II perdido o entusiasmo pela causa, após conseguir a maioria no *Reichstag*. Contudo, não foi em vão, uma vez que foi reunido amplo material que serviria de base para futuras normas¹²².

Posteriormente, em julho de 1900 ocorreu o Congresso Internacional de Legislação do Trabalho, durante a Exposição Internacional de Paris. Entre outros tópicos, foi aprovada, por unanimidade, a criação da “Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores”. Com o apoio financeiro do governo suíço, a Associação iniciou seus trabalhos na cidade da Basileia. Exerceu laboriosa atividade até a eclosão da Primeira Guerra Mundial, possuindo 15 seções nacionais e tendo realizado 8 reuniões.

Contudo, não foi nem a legislação internacional do trabalho nem o socialismo que prevaleceram antes da Primeira Guerra Mundial. As leis trabalhistas eram quase inteiramente estabelecidas por Estados soberanos¹²³. O desenvolvimento em países europeus ocorreu, por quase setenta anos, à sombra da legislação britânica: a Grã-Bretanha foi o primeiro país a se industrializar e a praticar o livre comércio em escala mundial (ainda no modelo mercantilista, baseado em colônias), sendo o principal defensor do liberalismo econômico.

Ao final do século XIX, a maioria dos países europeus e alguns de seus domínios além-mar possuíam legislação protetiva para crianças e mulheres em fábricas e minas, baseadas no modelo britânico, ainda que houvesse grande discrepância na real tutela e efetividade desses instrumentos normativos. A legislação em favor de todos os trabalhadores era parcial, abrangendo abusos pontuais, como o chamado “truck system” e alguns aspectos referentes à saúde e à segurança dos empregados¹²⁴.

Desde o início da Primeira Guerra, a organização sindical norte-americana *American Federation of Labour (AFL)* empreendia ações para que o futuro Tratado de Paz abarcasse normas de amparo ao trabalhador. Sindicalistas europeus encamparam essa idéia, ampliando-a, defendendo a

¹²² RODRIGUEZ, Americo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. p. 56.

¹²³ HEPPLER, Bob. *Labour laws and global trade*. p. 27.

¹²⁴ VOSKO, Leah F. *Managing the margins – gender, citizenship, and the international regulation of precarious employment*. p. 33.

participação das organizações sindicais na Conferência da Paz ao lado dos governantes, sob pena não serem obtidos resultados práticos em favor dos operários.

A questão social passou a importar aos países beligerantes por razões eminentemente práticas: considerando a importância das fábricas de armas, munições, entre outras, para as operações militares, era do interesse dos governos regulamentar o trabalho nesses locais para obter a máxima produtividade. Junte-se a isso a tomada de consciência dos trabalhadores, pois tendo ajudado na vitória dos países aliados, seja no confronto bélico direto, seja na produção interna, possuíam legítimas reivindicações de melhores condições de trabalho¹²⁵.

No mesmo dia da instalação da Conferência da Paz (25 de janeiro de 1919), no Palácio de Versailles, foi designada uma “Comissão de Legislação Internacional do Trabalho”, que deveria, entre outras atribuições, apontar os meios necessários para a instituição de uma organização conexas à Sociedade das Nações, objetivando melhorar as condições de trabalho.

Conforme lição de Sússekind, referida Comissão“(...) tomou por base para discussão o projeto que havia sido apresentado pela delegação inglesa, o qual dispunha sobre a criação de um organismo tripartite, constituído de representantes governamentais, patronais e operários, que votariam individual e independentemente.”¹²⁶

“Desde logo verificou-se que, quanto as delegações da França e da Itália realçavam o papel dos governos no funcionamento do organismo e na conseqüente evolução das leis de proteção ao trabalho, os norte-americanos preferiam atribuir aos empregadores e trabalhadores os maiores ônus na solução dos seus próprios problemas, fixando-se os ingleses numa posição intermediária, que, afinal, veio a prevalecer. (...) Após 35 sessões, a Comissão concluiu, em 24 de março, o projeto que, com pequenas alterações, foi aprovado pela Conferência e passou a constituir a Parte XIII do Tratado de

¹²⁵ MONTANHANA, Beatriz. A constitucionalização dos direitos sociais: a afirmação da dignidade do trabalhador. In FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de (org.). *Direito do Trabalho: Direitos Humanos*. pp. 63-110.

¹²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 98.

Versailles. Em 06 de maio de 1919 a Conferência adotou o texto completo do Tratado de Paz¹²⁷.

Nascia, assim, a Organização Internacional do Trabalho, com sede em Genebra, na Suíça. A principal ideia era o estabelecimento de uma regulação baseada em tratados, com o objetivo de atingir a justiça social e erradicar condições de trabalho consideradas inaceitáveis. Ao abordar tais problemas internacionalmente, os Estados procuravam atingir soluções coerentes e harmoniosas para esse problema que estava tão simbioticamente relacionado com o progresso industrial¹²⁸.

O Preâmbulo do Tratado de Versailles se encerra com a famosa cláusula pela qual o fracasso de qualquer nação em adotar condições humanas de trabalho é um obstáculo no objetivo de outras nações que desejam melhorar essas condições em seu território. Segundo Jean-Michel Servais¹²⁹, essa ideia foi interpretada de duas formas à época: que haveria o risco de os países se “contaminarem” com maus exemplos nessa seara ou, por outro lado, que haveria o risco de empresas e governos usarem o chamado “custo-trabalho” como uma vantagem competitiva.

Nos anos entre guerras (1919-1939), a OIT exerceu profícua atividade, com a criação de normas internacionais de proteção ao trabalho. A inovadora fórmula do tripartismo mostrou-se acertada, constituindo importante meio de legitimação da nova organização nas mais distintas esferas sociais, notadamente entre as classes operárias¹³⁰.

No entanto, houve intensa controversa sobre a real esfera de atuação permitida à OIT, principalmente com a culminação da crise de 1929. Entre os anos de 1922 e 1932 a Corte Internacional de Justiça (CIJ) foi chamada a emitir quatro pareceres sobre os termos da Constituição da OIT e a exata extensão de seu mandato. Os assuntos abordados foram os mais diversos, a saber: condições de trabalho de trabalhadores rurais, de empregadores que trabalhavam lado a lado com seus empregados,

¹²⁷ Idem. p. 100.

¹²⁸ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 25.

¹²⁹ Idem. p. 26.

¹³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 107.

trabalhados intelectuais (ou seja, não-manuais) e trabalho noturno da mulher em cargo de gestão e comando.

A CIJ considerou em todos os casos que a OIT não deveria ser impedida de deliberar sobre essas matérias ou quaisquer outras afetas às condições de trabalho e direitos dos trabalhadores sob o pretexto de que essas análises poderiam macular o livre comércio ou o livre exercício da propriedade privada¹³¹.

Com o início da Segunda Guerra Mundial, as atividades da OIT ficaram comprometidas. Em novembro de 1941 aconteceu em Nova Iorque uma Conferência para definir as medidas a serem adotadas após o fim do conflito bélico para garantir a continuidade da Organização. A conveniência e a importância de suas atividades foi afirmada à época pelo Presidente Roosevelt, que, com o Primeiro Ministro Inglês Winston Churchill, firmara em agosto do mesmo ano a Carta do Atlântico¹³², na qual se manifestava a intenção de promover a cooperação internacional para incrementar normas de trabalho, prosperidade econômica e segurança social.¹³³

Em 1944, realizou-se na Filadélfia a 26ª sessão da Conferência, onde foi aprovada a Declaração da Filadélfia, que tratava, entre outros pontos, dos seguintes tópicos: 1. ampliação dos princípios do Tratado de Versailles (1919), ressaltando que a cooperação internacional era essencial para a segurança social da humanidade; 2. reafirmação do tripartismo; 3. imperatividade da justiça social; 4. ampliação da competência da OIT,

¹³¹ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 27.

¹³² A Carta do Atlântico estabeleceu um planejamento conjunto de como seria o mundo pós Segunda Guerra Mundial, apesar dos Estados Unidos ainda não estarem na guerra. Os principais pontos eram: nenhum ganho territorial seria buscado pelos Estados Unidos ou pelo Reino Unido, os ajustes territoriais deveriam estar de acordo com os desejos dos povos interessados, a autodeterminação dos povos, barreiras comerciais deveriam ser excluídas, libertação contra o medo e liberdade de vontades, cooperação econômica global e avanço do bem-estar social, a liberdade dos mares e desarmamento das nações agressoras. Explica Francisco Rezek tratar-se tal acordo de um *gentlemen's agreement*, e, portanto, "(...)um não tratado, (...) ante a percepção de que aquele acordo formal, lavrado por pessoas indiscutivelmente representativas de duas personalidades de direito internacional público, não se destinou a produzir efeitos jurídicos, a estabelecer normas concretas e cogentes para as partes, mas apenas a '...dar a conhecer alguns dos princípios comuns às políticas nacionais de seus países, nos quais baseiam as suas esperanças de um futuro melhor para o mundo". *Direito internacional público: curso elementar*. p. 20.

¹³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 109.

incumbindo-a de promover programas de cooperação técnica; e 5. colaboração com outros organismos internacionais.

Essa Declaração é aplicável a todos os Povos, em todos os Lugares. Apesar de estatuir que deveriam ser levados em consideração os estágios de desenvolvimento social alcançado por cada Estado, sua aplicação progressiva era considerada um ponto de fulcral importância para todo o mundo dito “civilizado”. Além do foco no pleno emprego, a OIT, com a Declaração da Filadélfia, passou a enfatizar de forma especial os direitos humanos, principalmente a liberdade de associação (e de expressão) e a igualdade de oportunidade e de tratamento¹³⁴.

Apesar do prestígio alcançado pela OIT, sua existência corria risco após do desaparecimento da Sociedade das Nações e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em junho de 1945, durante a Conferência de São Francisco. Em 30 de maio de 1946, foi firmado um acordo entre a ONU e a OIT, estipulando que esta seria um organismo especializado daquela, estando a ela vinculada, nos termos do artigo 57 da Carta da ONU, porém gozando de completa personalidade jurídica e autonomia, mantendo inclusive sua estrutura tripartite¹³⁵.

Ainda em 1946 foi aprovado o novo texto da Constituição da OIT, da qual a Declaração da Filadélfia passou a ser parte integrante. Se antes dessa reforma a OIT tratava apenas da regulamentação das condições de trabalho e do seguro social, depois dela abraçou uma missão maior, tutelando os direitos humanos do trabalhador.

Uma OIT renovada ressurgiu de todo esse processo, cujos focos passaram a ser o crescente sindicalismo do mundo industrializado, padronização das relações trabalhistas em uma era de liberalismo econômico pós Segunda Guerra Mundial, envolvimento direto do Estado em uma série de atividades econômicas e inúmeras e variadas formas de corporativismo social.

¹³⁴ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 29.

¹³⁵ HEPPLER, Bob. *Labour laws and global trade*. Hart Publishing: Oxford, 2005. p. 31.

Afinal, era o início da década de 50 e o florescimento da política do pleno emprego e do Estado do Bem-estar social¹³⁶.

Esse modelo, no entanto, foi exposto a uma série de desafios que colocaram em risco a legitimidade da OIT e, em última análise, a sua própria sobrevivência. O primeiro grande desafio foi a descolonização em massa, ocorrida logo após a Segunda Guerra Mundial. A título de ilustração, a apenas no ano de 1960, quinze novos Estados africanos aderiram à OIT.

Essa adesão em massa de novos Estados em desenvolvimento, ou ainda em vias de desenvolvimento, gerou profunda repercussões dentro desta Organização. Além de demandar maior representatividade em seus órgãos e nos tópicos por ela abordados, esses novos membros necessitavam de cooperação técnica em um nível que a OIT ainda não estava aparelhada para oferecer.

O segundo grande desafio foi a Guerra Fria. A União Soviética havia perdido sua qualidade de membro quando foi excluída da Liga das Nações em 1939, mas foi readmitida em 1954, sendo seguida por diversos países comunistas. Isso reviveu a polêmica existente pré Segunda Guerra, sobre como conciliar o tripartismo, baseado na ideia de representantes independentes de empregados e de empregadores, em um país no qual não havia distinção entre Estado, Governo e Empregador.¹³⁷

Outro episódio que gerou profunda repercussão no âmbito da OIT foi a desfiliação dos Estados Unidos, em novembro de 1977. As relações entre OIT-EEUU já estavam maculadas desde 1970, quando um bielorusso – portanto, representante comunista - foi nomeado para um dos cargos de Subdiretor Geral. A própria diversidade na composição da OIT já vinha dando ensejo a uma série de decisões contrárias aos interesses estadunidenses.

A situação parece ter se tornado insustentável quando a Conferência Internacional do Trabalho aprovou, em 1975, a admissão do representante da Organização de Libertação da Palestina (OLP) como observador, com direito a voz. No momento em que tal resolução foi

¹³⁶ HEPPLE, Bob. *Labour laws and global trade*. Hart Publishing: Oxford, 2005. p. 33.

¹³⁷ Idem. p. 34.

proclamada, o representante estadunidense dos trabalhadores se retirou do Plenário, em claro sinal de desacordo com aquele resultado que iria contra os interesses do Estado de Israel, tradicional aliado dos Estados Unidos¹³⁸.

Tal retirada representava contundente crítica ao comportamento da assembleia geral da Conferência e à subordinação de representantes classistas aos governos dos respectivos países. Constituiu, também, duro golpe à sobrevivência da OIT, seja pela importância dos EEUU como potência política e militar, seja porque sua contribuição financeira correspondia a 25% do orçamento ordinário da Organização.¹³⁹

2.2. Produção Normativa da OIT

Interessante notar que até 1946 a OIT não produzia convenções propriamente ditas, mas apenas os chamados “projetos de convenção”, que somente se tornavam tratados após o número mínimo de ratificações exigido fosse alcançado. Após a revisão de sua Constituição, no entanto, passou a aprovar convenções, como outros organismos internacionais já faziam.

No desempenho de suas funções a OIT conta com três importantes instrumentos normativos, que passamos a analisar detidamente: 1. Convenções, 2. Recomendações e 3. Resoluções. Faz uso também de instrumentos considerados programáticos, cujo caráter e efetividade também discutiremos, as declarações, em especial a Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

¹³⁸ SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (coord.). *Direitos Humanos: essência do direito do trabalho*. p. 236.

¹³⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 136.

2.2.1. Convenções Internacionais do Trabalho

As convenções são tratados multilaterais abertos à ratificação dos Estados-membros da OIT, embora sua vigência internacional dependa do número de ratificações demandado pelo próprio texto¹⁴⁰. As convenções aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho são classificadas como “tratados-leis”, isto é, tratados por meio dos quais as partes editam uma regra de direito objetivamente válida, com o intento de estabelecer certas regras uniformes de conduta¹⁴¹.

Conforme esclarece Arnaldo Süssekind, “[a]s convenções da OIT não correspondem (...) a leis supranacionais, capazes de ter eficácia jurídica no direito intero dos Estados-membros (...). O princípio da soberania ou, como preferia Kelsen, o da independência, é a base fundamental das relações entre Estados e, portanto, do Direito Internacional. Sem a adesão ao tratado multilateral aberto, por ato soberano, o Estado não estará vinculado ao respectivo instrumento, o qual, obviamente, não poderá gerar, no plano interno, os direitos e as obrigações estabelecidos em suas normas.”¹⁴²

Registre-se o fato de ser considerada contrária ao princípio da soberania a tese vitoriosa da Conferência de Berna de 1917, segundo a qual as convenções do trabalho aprovadas por maioria de dois terços de votos teriam força executiva depois de 12 meses. A Conferência de Versailles não encampou tal entendimento ao criar a OIT, preferindo privilegiar a aplicação das Convenções apenas aos Estados membros que soberanamente as ratificassem.

Relata Plá Rodriguez¹⁴³, minudenciando o acima exposto, que as convenções não constituem, portanto, leis supranacionais ditadas por um Parlamento universal capacitado para impor normas aos distintos Estados sem necessidade de contar com a aceitação de suas respectivas autoridades. Esta ideia havia sido exposta reiteradamente nos Congressos obreiros

¹⁴⁰ Idem. p. 189.

¹⁴¹ REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. p. 28.

¹⁴² SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 189.

¹⁴³ RODRIGUEZ, Americo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. p. 282.

internacionais que preparam o ambiente para a aprovação da Parte XIII do Tratado de Versailles, mas no final não prevaleceu, como visto acima.

Jean-Michel Servais explica que as convenções da OIT são distintas dos tratados internacionais clássicos por uma série de razões: não são negociadas em Conferências Diplomáticas, mas sim em uma Assembleia compostas por representantes de Estados, trabalhadores e empregadores (composição tripartite); são adotadas e revisadas pela maioria de dois terços, e não por unanimidade; as formalidades para assinatura e registro são mínimas. Além dessas diferenças, a autoridade competente para solucionar eventuais conflitos de interpretação será a Corte Internacional de Justiça e não os Estados-partes¹⁴⁴.

Diferentemente de outros tratados internacionais, o mero fato de uma convenção internacional ser adotada pela Conferência Internacional do Trabalho já gera obrigações aos Estados membros, antes mesmo de esta ser ratificada. Isso porque o artigo 19 da Constituição da OIT, como forma de fomentar o debate sobre os temas de seus instrumentos, prevê que os membros devem submetê-los à análise da autoridade nacional competente.

Evidentemente, o Estado não estará obrigado a ratificar a Convenção, posto que este é um ato voluntário e soberano, mas deverá submeter o texto da Convenção adotada pela Conferência à autoridade nacional competente e emitir relatórios ao Secretariado a respeito da evolução da análise a ser por esta proferida. Américo Plá Rodríguez chama a primeira de obrigação substantiva e a segunda de obrigação informativa¹⁴⁵.

Com base no mesmo artigo 19, o Comitê de Peritos divulga anualmente um Relatório Geral sobre a legislação e as práticas dos Estados-membros sobre determinado assunto escolhido pelo Conselho de Administração. Esse relatório baseia-se principalmente nos relatórios recebidos dos Estados-membros e das informações transmitidas pelas organizações representantes de empregados e empregadores¹⁴⁶.

¹⁴⁴ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 91.

¹⁴⁵ RODRIGUEZ, Americo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. p. 256.

¹⁴⁶ ILO – International Labour Office. *Rules of the Game – A brief introduction to International Labour Standards*. p. 90.

Esses relatórios e demais informações permitem que o Comitê de Peritos examine o impacto das convenções e recomendações nas esferas nacionais dos Estados-membros, analise as dificuldades indicadas pelos governos e identifique meios de superar esses obstáculos. Exemplos de assuntos abordados nesses relatórios são: liberdade de associação, trabalho migrante, jornada de trabalho e seguridade social.

Como afirmado acima, o Estado – e apenas ele – pode decidir se ratificará ou não uma convenção. No entanto, ao decidir fazê-lo, não lhe será permitido aceitar certas disposições e rechaçar outras. Deverá ratificar o texto em sua totalidade. Reservas não são permitidas, apesar de alguns países terem tentado e defendido tal possibilidade. Plá Rodriguez¹⁴⁷ estatui que do contrário se acabaria por anular completamente o valor da convenção. Tais reservas contrariariam o fim perseguido pela Conferência Internacional do Trabalho, que é justamente estabelecer uma legislação internacional do trabalho sobre bases uniformes.

Outra particularidade é que as convenções são tratados que versam sobre determinadas matérias, ou seja, estão delimitadas aos mesmos contornos que encerram a competência da OIT. Esses instrumentos devem versar unicamente sobre matéria relacionada com o trabalho, com a seguridade social e com tudo aquilo que conduza à paz e à justiça social. Dentro deste âmbito a Conferência Internacional do Trabalho tem liberdade absoluta, mas dele não pode escapar¹⁴⁸.

Quanto à natureza de suas normas, Sussekind¹⁴⁹ estatui que as convenções podem ser: a. Auto-aplicáveis: suas disposições não requerem regulamentação complementar para serem aplicadas pelos Estados que as ratificam; b. De princípios: dependem da adoção de leis ou outros atos regulamentares para sua efetiva aplicação. Tais providências devem ser promovidas nos 12 meses, entre a ratificação e a vigência da convenção no plano nacional. Comumente essas convenções são aprovadas juntamente com

¹⁴⁷ RODRIGUEZ, Americo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. p. 306.

¹⁴⁸ Idem. p. 284.

¹⁴⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000. p. 191.

recomendações complementares, com o fito de propiciar a aplicação dos princípios gerais; c. Promocionais: fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua consecução. Servais¹⁵⁰ as denomina de programáticas e explica que elas tendem a requerer que os Estados implementem políticas de atuação em certos campos específicos. Não se trata de adotar leis e regulamentos, mas sim implantar políticas, preparar ou aprovar programas e, basicamente, justificar os atos que adotar para a consecução dos objetivos estabelecidos por essas Convenções.

Há ainda a chamada “convenção particular”, prevista pelo artigo 21 da Constituição da OIT. São tratados bilaterais ou plurilaterais, oriundos de projetos de convenção não aprovados pela maioria exigida, porém ratificados por dois ou mais países. Para Sússekind, referido artigo é inócuo, já que qualquer Estado pode celebrar tratado bilateral ou plurilateral sobre Direito do Trabalho e Seguridade Social, independentemente de autorização da OIT¹⁵¹.

Já para Américo Plá Rodríguez¹⁵² se dividem em: 1) convenções de uniformização: visam, mediante disposições autoexecutáveis, uniformizar a legislação atinente ao seu objeto dos Estados que as ratifiquem; 2) de princípios: visam, mediante disposições de caráter normativo, estabelecer princípios a serem observados pelos países que as ratifiquem; 3) de igualdade de direitos: têm por fim assegurar a igualdade de direitos entre trabalhadores nacionais e estrangeiros no território dos Estados que as ratifiquem; 4) de procedimentos: raras, estatuem disposições de natureza formal.

Interessante ressaltar que tantas particularidades geraram acirrado debate acerca da natureza jurídica das convenções da OIT, especialmente nos primeiros anos de existência desta Organização. Os doutrinadores então pouco habituados com os instrumentos adotados por organizações internacionais se questionavam se as convenções eram tratados ou códigos trabalhistas. Servais¹⁵³ esclarece que são provavelmente um pouco de tudo, mas ressalta que a presença de delegados representantes de

¹⁵⁰ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 90.

¹⁵¹ Idem. p. 192.

¹⁵² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. p. 285.

¹⁵³ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 92.

empregadores e de trabalhadores não desnaturam o caráter contratual dos instrumentos adotados pela OIT. Em muitos aspectos, segundo este autor, as Convenções são acordos coletivos tripartites concluídos internacionalmente.

Plá Rodriguez¹⁵⁴ parte de acurada análise das teorias contratualista, normativista e mista para definir a sua posição a respeito da natureza jurídica das convenções da OIT. Para o doutrinador uruguaio estas são tratados-leis multilaterais: tratados-leis porque delas emanam normas jurídicas de caráter geral, aplicáveis indefinidamente em todos os Estados as que ratificam; e multilaterais porque podem aderir a elas todos os Estados-membros, salvo se for uma “convenção particular”, prevista pelo artigo 21 da Constituição da OIT.

Desta dupla característica, aduz o autor, surge o desdobramento da elaboração da convenção em dois atos: i. a criação da norma jurídica internacional, o seu ato-regra realizado pela Conferência Internacional ao aprovar o texto de uma convenção pela maioria de dois terços; ii. o ato-condição realizado por cada Estado ao ratificar a convenção, pelo qual se compromete a submeter-se a ela, nascendo nesse momento a obrigatoriedade da norma, desde que cumpridos os requisitos formais estipulados no ato-regra (número de ratificações, prazo etc.).

2.2.1.1. Denúncia das Convenções Internacionais do Trabalho

Um membro pode se liberar das obrigações oriundas das convenções ratificadas, incluindo as obrigações constitucionais daí advindas, por meio da denúncia. Há dois tipos de denúncia: aquela resultante da ratificação de uma convenção que revisa uma ratificação anterior, de que forma a atualizá-la; e a denúncia pura e simples, decorrente da comunicação dirigida

¹⁵⁴ RODRIGUEZ, Americo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. p. 296.

ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho, conforme veremos abaixo¹⁵⁵.

Regra geral, esclarece Sussekind¹⁵⁶ que os prazos relativos à denúncia das Convenções Internacionais do Trabalho observam a seguinte sistemática: a. a convenção entrará em vigor em relação a cada Estado-membro 12 meses após a data em que houver sido registrada a sua ratificação, desde que já vigore internacionalmente; b. o prazo de validade de cada ratificação é de 10 anos; c. após esses 10 anos, o Estado-membro poderá denunciar a ratificação, mediante comunicação oficial dirigida ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho (RIT), para o devido registro. Tal denúncia surtirá efeito somente após 12 meses do registro; d. não o fazendo, verifica-se renovação tácita da ratificação. Tal procedimento repete-se a cada decênio de vigência da ratificação.

A posição majoritária no âmbito da OIT entende que o decênio se conta da data em que teve início a vigência internacional da convenção. Sussekind, ao contrário, partindo de uma interpretação sistemática e teleológica, defende que o decênio concerne à vigência da ratificação nacional. Aduz que afronta o bom senso admitir-se que um Estado possa denunciar um tratado que ratificou poucos dias antes pelo simples fato deste já vigorar no campo internacional há 10 anos¹⁵⁷.

A Constituição da OIT, em seus artigos 1º e 3º, deixa claro que suas convenções, precisamente porque visam à incorporação das suas normas no direito interno, atribuem a faculdade da denúncia ao Membro, ou seja, ao Estado, e não ao respectivo governo – que são, evidentemente, figuras distintas.

Portanto, para a OIT, será Membro o Estado e não o seu Governo. E Estado na acepção ampla, consentânea com sua estrutura tripartite: não apenas a sua concepção jurídico-política, mas também outros

¹⁵⁵ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 79.

¹⁵⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 236.

¹⁵⁷ *Idem*. p. 239.

segmentos configuradores de Nação, a saber, os representantes dos empregados e dos empregadores¹⁵⁸.

2.2.2. Recomendações

As recomendações visam o legislador nacional de cada Estado-membro. Neste sentido, sugerem normas que podem ser adotadas por quaisquer fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho. Assim como as convenções, as recomendações devem ser submetidas à autoridade nacional competente. Nesse caso, não para a ratificação, posto que não é tratado, mas sim para a adoção das normas constantes da recomendação.

Dita obrigação é de natureza formal, já que a autoridade nacional é soberana na deliberação que julgar conveniente tomar. A recomendação simplesmente “convida os Estados-membros a adotar medidas ou, ao menos, certos princípios, porém não cria nenhum vínculo de direito”¹⁵⁹.

Citada autoridade nacional competente poderá transformar em lei todos, alguns ou apenas um dos dispositivos da recomendação, adotar outras medidas em relação a eles, ou simplesmente deles tomar conhecimento, sem aprovar qualquer ato correlacionado a ele. Contudo, qualquer que tenha sido a posição adotada, o governo dos Estados-membros deve informar à Repartição Internacional do Trabalho o estado de sua legislação e da efetiva aplicação dos assuntos insculpidos na recomendação.

Com efeito, ensina Carlos Roberto Husek que “[a]s *Recomendações advêm da mesma gestação das Convenções. Deste ventre legislativo internacional pode nascer uma Convenção ou uma Recomendação, que na sua base têm igual estrutura. Tudo dependerá da aprovação em uma outra forma. Normalmente, a Conferência se utiliza das Recomendações (...) para disciplinar sobre temas ainda não completamente aceitos; sobre regras*

¹⁵⁸ Idem. p. 237.

¹⁵⁹ RAMANDIER. *Conventions ET recommandations de L' Organization du Travail* in *Droit Social*, Paris, 1951, p. 598. *apud* SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 182.

mais avançadas para os Estados, como promoção para universalizá-las; sobre regulamentação e aplicação dos princípios inseridos em muitas das Convenções. ¹⁶⁰

O controle exercido quanto à submissão do texto à autoridade nacional competente “tem concorrido, em inúmeros casos, para que as regras consubstanciadas nas recomendações se convertam em leis ou atos de natureza regulamentar integrantes do direito nacional dos Estados-membros. A recomendação cumpre, assim, a função de fonte material de direito”¹⁶¹.

No entanto, segundo alguns críticos¹⁶², quando se trata de direitos absolutamente essenciais, o meio adequado para tutelá-los ainda é a convenção, pois o controle exercido sobre as recomendações é excessivamente fraco se comparado aos relatórios exigidos pelo artigo 19 da Constituição da OIT.

2.2.3. Resoluções

São medidas de mero expediente, sem valor normativo expreso, coercitivo por assim dizer. Explica Sússekind:

*“As resoluções (...) não acarretam qualquer obrigação, ainda que de índole formal, para os Estados-membros, destinando-se a convidar organismos internacionais ou governos nacionais a adotarem medidas nelas preconizadas; a comentar, apoiar ou combater determinada orientação suscetível de exercer influência na solução dos problemas sociais; (...) etc”.*¹⁶³

Depreende-se do acima exposto que as resoluções são os meios adotados pela OIT para fomentar os debates sobre tópicos considerados sensíveis ou polêmicos por parte de seus membros, permitindo que a discussão amadureça com a contribuição dos diferentes delegados e

¹⁶⁰ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. p. 120.

¹⁶¹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3p. 196.

¹⁶² PENNING, Fran. *The Protection of Working Relationships – A Comparative Study*. p. 194.

¹⁶³ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 182.

possibilitando que, futuramente, o assunto seja efetivamente normatizado internacionalmente.

Jean-Michel Servais¹⁶⁴, por sua vez, agrupa as resoluções no mesmo grupo das declarações, estatuidando que ambas cobrem instrumentos de diversas origens e variados conteúdos. Ambos são adotados pela própria Conferência Internacional do Trabalho, pelo Conselho de Administração ou por outro órgão da OIT. O termo “declaração”, segundo o autor, enfatizaria a importância do seu conteúdo e o desejo de expressar certa solenidade ao editar o texto nela contido.

O conteúdo de ambos, declaração e resolução, variará consideravelmente de acordo com as circunstâncias, podendo proclamar princípios fundamentais, os objetivos da Organização Internacional do Trabalho ou mesmo conter parâmetros técnicos.

2.2.2.4. Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998

Com o fim da Guerra Fria e a inserção das antigas repúblicas soviéticas no esquema capitalista, o neoliberalismo pode se espalhar pelo globo sem obstáculos de qualquer tipo. Isso gerou uma série de distorções no modelo e no nível de desenvolvimento dos países, o que para uns era decorrência direta do modelo “selvagem”¹⁶⁵ adotado pelas empresas transnacionais, e para outros eram simples danos colaterais de países que ainda não estavam suficientemente preparados para o jogo¹⁶⁶.

Independentemente de quem possuísse a razão, os trabalhadores hipossuficientes necessitavam de assistência diante deste novo quadro, nesta realidade diferente que começava a se delinear. Atenta a isso, a

¹⁶⁴ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 97.

¹⁶⁵ CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e a ordem global*. p. 21.

¹⁶⁶ EICHENGREEN, Barry. *A Globalização do Capital – Uma história do sistema monetário internacional*. p. 249.

Organização Internacional do Trabalho passou a analisar novos meios de efetivar patamares mínimos civilizatórios.

Partindo do princípio de que nem sempre os países, em especial os que se encontram em vias de desenvolvimento, ratificam as convenções do trabalho, a Organização optou por formular um instrumento capaz de garantir o respeito ao patamar mínimo civilizatório a todos os trabalhadores, devendo tais obrigações ser observadas por todos os membros da OIT, independentemente de ratificarem as convenções que tratam especificamente sobre os temas englobados naquela Declaração.

Foram eleitos como temas palpitantes e, portanto, como princípios e direitos fundamentais no trabalho os atinentes: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (Convenções 87 e 98) ; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (Convenções 29 e 105); c) a abolição efetiva do trabalho infantil (Convenções 138 e 182); e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenções 100 e 111).

São, portanto, oito as convenções consideradas prioritárias¹⁶⁷ pela OIT, relativas aos quatro temas acima estatuidos. Elas tratam especificamente dos seguintes temas: Convenção n. 29 – sobre a abolição do trabalho forçado; Convenção n. 87 – sobre a liberdade sindical; Convenção n. 98 – sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva; Convenção n. 100 – sobre o salário igual entre homens e mulheres; Convenção n. 105 – também sobre a abolição do trabalho forçado; Convenção n. 111 – sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação; Convenção n. 138 – sobre a idade mínima para o emprego; e Convenção n. 182 – sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil.

Assim, os direitos atinentes a esses quatro temas considerados fundamentais pela OIT seriam oponíveis de forma imediata e irrestrita a todos os membros da OIT, ainda que eles não tenham ratificado as convenções que versem sobre referidos assuntos. Como visto acima, os direitos trabalhistas

¹⁶⁷ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. p. 135.

foram inseridos na Declaração de Direitos Humanos de 1948 das Nações Unidas, considerado o instrumento por excelência do *jus cogens* internacional¹⁶⁸.

Bob Hepple¹⁶⁹ noticia que esta Declaração foi o resultado dos desafios enfrentados pela OIT nas décadas de 1980 e 1990, quando os críticos a sua atuação e pretensa inefetividade passaram a defender que o foro ideal para tratar das questões referentes aos trabalhadores e aos empresários seria a Organização Mundial do Comércio, com seu elaborado Sistema de Solução de Controvérsias.

A própria OMC, em sua Conferência Ministerial ocorrida em Singapura, no ano de 1996, expressou seu compromisso com os direitos trabalhistas mínimos, mas reconheceu que a Organização Internacional do Trabalho, e não a OMC, é o foro competente para lidar com esses patamares mínimos civilizatórios – hoje encontrados na Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

De certa forma, essa Declaração foi introduzida como resposta ao fracasso da chamada cláusula social¹⁷⁰ nos acordos de comércio internacional. Assim, coligiu os direitos e princípios considerados inalienáveis, trouxe meios de promovê-los entre os Estados-membros e desenvolveu mecanismos para acompanhar a aderência de seus membros¹⁷¹.

Há duas formas principais de controle: um relatório anual sobre a situação nos países onde as convenções consideradas fundamentais não foram ratificadas; e a cada ano um desses direitos fundamentais é eleito para ser alvo de um estudo global sobre o panorama hodierno em todos os países¹⁷².

¹⁶⁸ SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. p. 212.

¹⁶⁹ HEPPLÉ, Bob. *Labour laws and global trade*. p. 75.

¹⁷⁰ A cláusula social é a imposição de normas em tratados internacionais de comércio internacional que objetivam assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas normas que regulam o contrato de trabalho nos processos de produção de bens destinados à exportação.

¹⁷¹ VOSKO, Leah F. *Managing the margins – gender, citizenship, and the international regulation of precarious employment*. p. 85.

¹⁷² KAUFMANN, Christine. *Globalisation and Labour Rights – The conflict between core labour rights and international economic law*. p. 73.

Segundo Jean-Michel Servais¹⁷³, a Declaração atraiu contribuições substanciais, especialmente dos Estados Unidos, de forma a financiar uma série de programas de cooperação técnica atinentes a essas quatro áreas consideradas prioritárias. Também atraiu atenção a esses temas, aumentando consideravelmente o número de ratificações às convenções consideradas prioritárias. Mais significativo ainda: muitos tratados bilaterais e multilaterais de cooperação contém uma cláusula de respeito aos princípios e direitos coligidos na Declaração Social de 1998 da OIT, entre os quais se inclui a Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998¹⁷⁴.

Interessante a discussão trazida por Christine Kaufmann: pela primeira vez a OIT estabeleceu não padrões (ou *standards*) mínimos a serem observados por seus membros em matéria trabalhista, mas sim direitos fundamentais, oponíveis a todos, independentemente de ratificação. Aduz a autora que essa nova abordagem gerou uma série de consequências. Primeiro, a ênfase passou da eficiência econômica para os direitos humanos. Segundo, a boa-fé contratual ganha relevância frente aos lucros globais. Terceiro, o foco deixa de ser o resultado, passando a ser o processo de amadurecimento dos direitos trabalhistas como direitos humanos¹⁷⁵.

Sentimento diferente é o narrado por Philip Alston¹⁷⁶. Segundo o autor muitos críticos questionaram a ênfase excessiva dada aos princípios protetores do direito do trabalho, em detrimento justamente de uma maior judicialização dessas garantias. O argumento mais plausível oferecido por

¹⁷³ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 101.

¹⁷⁴ Traz em seu preâmbulo: “Considerando que os Estados Partes, além de membros da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificaram as principais convenções que garantem os direitos essenciais dos trabalhadores, e adotam em larga medida as recomendações orientadas para a promoção do emprego de qualidade, das condições saudáveis de trabalho, do diálogo social e do bem-estar dos trabalhadores; Considerando, ademais, que os Estados Partes apoiaram a “Declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho” (1998), que reafirma o compromisso dos Membros de respeitar, promover e colocar em prática os direitos e obrigações expressos nas convenções reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização;” Vide: <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/sociolaboralPT.pdf>.

Acesso em: 17/06/2013, as 17h53.

¹⁷⁵ KAUFMANN, Christine. *Globalisation and Labour Rights – The conflict between core labour rights and international economic law*. p. 71.

¹⁷⁶ ALSTOM, Philip. *Labour Rights as Human Rights*. p. 03.

esses críticos seria que essa nomenclatura não melindraria os países que porventura não tivessem ratificado alguma das convenções fundamentais.

Em resposta a esse argumento, Alston ressalta que esses mesmos relevantes princípios são reconhecidos como direitos humanos pela Declaração de Direitos Humanos de 1948 e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado por 149 países e com amplo reconhecimento e aplicabilidade na esfera internacional, nos dizeres de referido autor¹⁷⁷.

Ocorre que esses direitos ditos de segunda dimensão são muitas vezes considerados de importância secundária pelos governos, sob o argumento de que apenas com a total efetivação dos direitos civis e políticos os direitos econômicos, sociais e culturais poderiam ser tutelados a contento. Nem mesmo a opinião pública internacional parece se comover tanto perante o desrespeito aos direitos humanos de segunda dimensão como o faz quando os direitos humanos de primeira dimensão são atingidos¹⁷⁸.

No entanto, a divisão desses direitos é meramente didática, meramente teórica, não se vislumbrando na prática, já que uma das características principais dos direitos humanos é sua própria indivisibilidade. Ao se desrespeitar um direito humano de natureza civil, está a se atingir um direito humano de natureza cultural, e assim sucessivamente. De outra banda, não é possível garantir e efetivar os direitos humanos de forma compartimentada, fragmentada.

Um indivíduo que possua todos os seus direitos civis e políticos garantidos e exercitáveis, não poderá usufruí-los se não possuir meios de garantir sua subsistência e de sua família, se seus direitos econômicos, sociais e culturais não estiverem suficientemente guarnecidos.

Exemplo acabado desta relação simbiótica nos é fornecido pela “Resolução sobre os direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis”, vinda à lume na Conferência Internacional do Trabalho de 1970, segundo a qual os direitos conferidos às organizações de trabalhadores e empregadores

¹⁷⁷ Idem. p. 04.

¹⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 141.

se baseiam no respeito às liberdades civis coligadas, em particular, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo certo que os direitos políticos careceriam plenamente de sentido se não existissem tais liberdades civis¹⁷⁹.

Conforme tal Resolução, tais direitos são especialmente: a. o direito à liberdade e à segurança da pessoa e a proteção contra a detenção e a prisão arbitrárias; b. a liberdade de opinião e de expressão e, em particular, a de sustentar opiniões sem ser molestado, a de investigar e receber informação e opinião e a de difundi-las sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão; c. o direito de reunião; d. o direito a processo regular por tribunais independentes e imparciais; e e. o direito à proteção da propriedade das organizações sindicais¹⁸⁰.

Como já vimos, Carlos Roberto Husek¹⁸¹ esclarece que os direitos humanos são universais, abstratos, imprescritíveis, inalienáveis, atemporais, irrenunciáveis, absolutos, imutáveis, supranacionais, indivisíveis, válidos para todos os povos em todos os tempos. Ao insculpir as quatro temáticas aqui coligadas (a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação) em uma Declaração Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, a OIT deu um importante passo à inserção definitiva dos direitos dos trabalhadores no rol dos direitos humanos – e, porque não dizer, no rol do *jus cogens* internacional.

Não se pode olvidar que os direitos à liberdade sindical e ao reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; à abolição efetiva do trabalho infantil; e à eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação constituem verdadeiros direitos humanos, matérias imperativas,

¹⁷⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 323.

¹⁸⁰ *Idem*. p. 323.

¹⁸¹ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. p. 69.

inerentes à própria ideia de dignidade da pessoa humana, sem a qual a existência adequada e plena não é possível.

Tais direitos devem ser oponíveis a todos os Estados-membros da OIT, no mínimo. Se considerarmos tais Convenções como extensão dos direitos insculpidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, torna-se defensável torná-los oponíveis aos Estados-membros das Nações Unidas, mesmo que não integrantes da OIT.

Caso se considere que tal afirmação contrariaria a segurança jurídica e mesmo a soberania nacional dos Estados, uma vez que estes não poderiam ser compelidos a observar compromissos na esfera internacional os quais não tenham soberanamente pactuado¹⁸², esses direitos seriam plenamente oponíveis a todos os membros da OIT, conforme estatui a literalidade texto da Declaração de 1998.

¹⁸² SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. p. 678.

3. Da Necessidade do Tratamento das Convenções Internacionais do Trabalho no Sistema Jurídico Brasileiro como Tratados de Direitos Humanos

Em geral, tem-se que os direitos humanos são os consagrados em tratados internacionais, de caráter universal, titularizados por todos os seres humanos pelo simples fato de serem humanos. Esses direitos serão as linhas mestras para a toda a atividade desenvolvida no concerto mundial pela sociedade internacional. Todos os atos internacionais deverão se pautar por eles.

Os direitos humanos decorrem em grande medida não mais do direito natural como outrora, cuja origem poderia ser divina, sobrenatural ou mera inspiração de um soberano absoluto, mas sim do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. A dignidade da pessoa humana reside no fato do ser humano ser considerado um fim em si mesmo, capaz de viver em plena autonomia, de acordo com a própria razão e com as leis que esta cria e edita, sempre com o fim de atingir a felicidade e a plena realização¹⁸³.

Este mesmo princípio foi eleito como valor fundamental de nossa nova ordem constitucional, com a promulgação da Constituição da República de 1988. Sentiu-se tal impacto em todo o texto constitucional, inclusive com a eleição da valorização do valor social do trabalho como um dos norteadores das atividades dos operadores do direito e dos administradores públicos.

No entanto, nem mesmo essa importante mudança em nosso ordenamento jurídico foi o suficiente para promover a revisão no entendimento do STF no tocante à hierarquia dos tratados quando de sua internalização. Conforme analisado no primeiro capítulo, desde o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977, a mais alta Corte nacional entendia que todo e qualquer tratado

¹⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 22.

ratificado pelo Brasil era integrado ao nosso ordenamento com o *status* de lei ordinária.

No julgamento da ADI 1480-3 DF, em 1997, STF decidiu que os tratados ou convenções internacionais serão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa constitucional. Caso transgridam, direta ou indiretamente, o texto da Constituição, nenhum valor normativo será conferido aos tratados internacionais.

Pelo entendimento do STF, nos casos aqui analisados, os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio teriam paridade normativa com as leis ordinárias nacionais. Interessante demonstração dos efeitos desse entendimento deu-se no caso da Convenção nº 158 da OIT, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, na referida ADI 1480-3 DF.

Segundo a posição da Suprema Corte, nos casos em que a Constituição Federal estabelecer a necessidade de lei complementar para regular determinada matéria, posterior tratado internacional não poderá fazê-lo.

O artigo 7º, inciso I, da CRFB/88 possui a mesma disposição trazida pela Convenção nº 158, requerendo, no entanto, lei posterior que a instrumentalizasse. Deste modo, quando referida Convenção foi ratificada, muitos entenderam que esta poderia suprir a ausência de lei que regulasse a proibição de dispensa imotivada.

Tal entendimento, contudo, não prosperou. Conforme acima mencionado, o STF compreendeu ser caso de matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. Portanto, tendo tratado internacional paridade com mera lei ordinária, não poderia ser aplicado ao caso em questão.

Assim, por entender que mesmo os tratados de direitos humanos, categoria na qual se incluem as Convenções da OIT, estariam no mesmo patamar das leis ordinárias, o Egrégio Tribunal acabou por cercear importante direito a milhões de trabalhadores brasileiros, qual seja: vedação da dispensa imotivada por parte do empregador.

Por outro lado, se tivesse prevalecido o entendimento de Celso Lafer¹⁸⁴, para quem os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45/04 formariam o chamado “bloco de constitucionalidade”, por serem materialmente constitucionais, muitos direitos que hoje não são garantidos aos trabalhadores brasileiros pelo legislador pátrio, seriam-no por intermédio das Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inovou a ordem constitucional pátria, ao estabelecer que tratados de direitos humanos internalizados pelo procedimento das emendas constitucionais têm força constitucional, nos moldes do art. 5º, parágrafo 3º, da CF/88. O Ministro Celso de Mello, no já analisado HC 87.585 / TO, de 2007, citando entendimento de Celso Lafer, defendeu a orientação que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, portanto, essa especial qualificação jurídica.

Esta não é, entretanto, a posição majoritária do STF, onde prevalece a posição defendida pelo Ministro Gilmar Mendes: a tese da supralegalidade - segundo a qual os tratados não internalizados conforme o rito de emenda constitucional teriam um *status* intermediário, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição.

Conforme explicitado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, nos autos do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, “(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico.

¹⁸⁴ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. pp. 15-18.

*Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.*¹⁸⁵

No julgamento do HC 96772-SP, de 2009, um dos pontos principais era a discussão sobre a possibilidade da interpretação judicial atuar como instrumento de mutação informal da Constituição. Nesta oportunidade, o STF analisou a possibilidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição, se e quando necessário compatibilizá-la com novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos econômicos, sociais e políticos característicos dos tempos atuais.

Ao fazê-lo, a Suprema Corte ressaltou a importância da adoção do critério da norma mais favorável na exegese dos tratados internacionais de direitos humanos no processo de adequação. Isso consiste em adotar a norma que conferir primazia à pessoa humana, garantindo-lhe a mais ampla proteção. Não se pode olvidar da condição de vulnerabilidade a que estão submetidos os trabalhadores em geral. Furtar-lhe o acesso a todo um arcabouço de normas protetivas seria perpetuar a iniquidade jurídica que lhes é imposta¹⁸⁶.

Justamente por isso entende-se que o iter do parágrafo 3º do artigo 5º representa salutar mudança de paradigma na esfera jurídica brasileira, ao prever a possibilidade de um tratado de direitos humanos ser internalizado com o *status* de emenda constitucional. Ocorre que, além de gerar questionamentos sobre a categoria nas quais se incluiriam os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45, referido dispositivo constitucional burocratiza desnecessariamente o acesso a uma extensa gama de garantias reconhecidas e tuteladas internacionalmente.

Posição diversa constitui verdadeiro retrocesso. Uma interpretação teleológica, inspirada no espírito civilizatório da Constituição da

¹⁸⁵ Em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 27/06/13, as 14h01.

¹⁸⁶ MENEZES, Cláudio A. C de; LOPES, Gláucia G. V.; CALVET, Otávio A. e SIVOLELLA, Roberta F. Direitos Humanos e Fundamentais. Os princípios da progressividade, da irreversibilidade e não regressividade social em um contexto de crise. *in Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém. v. 42 – n. 83 – Julho/Dezembro, 2009. pp. 57-76.

República de 1988, como a posição defendida por Celso Lafer, autoriza a aplicação imediata das Convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil. Ao defender que referidos tratados formam um conjunto normativo materialmente constitucional, o chamado “bloco de constitucionalidade”, é possível a sua adoção como parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, que amplia o universo dos direitos constitucionais previstos.

Depreende-se do julgado acima estudado que tratados e convenções internacionais, quando enunciadores de direitos humanos, devem influenciar o processo de colmatação da Constituição Federal à realidade atual. Insta que o texto constitucional esteja em constante evolução, tal qual um organismo vivo, a fim de inspirar e civilizar a sociedade.

Assim, no Brasil, além da Constituição de 1988 e seus artigos sobre os direitos fundamentais e sociais, também devem ser observadas as convenções internacionais, nos termos do artigo 5º, §2º, da Carta Magna. Considerando que os direitos dos trabalhadores são Direitos Sociais, da chamada segunda geração dos Direitos Humanos, os tratados que possuam matéria trabalhista devem ser considerados como integrantes do “bloco de constitucionalidade”, para que atinjam a máxima efetividade.

Observe-se que tal medida ainda é mais necessária para que atuem como um limite ao processo desenfreado de flexibilização dos direitos trabalhistas, de desregulamentação neoliberal. Mais importante é que seriam limites de ordem pública, do mais alto valor normativo. O Direito Universal dos Direitos Humanos estaria fora da disponibilidade dos poderes públicos, por estar consagrado no bloco de constitucionalidade.

Importante observar que, sendo certo, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que os direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata, não seria necessário criar leis para instrumentalizar e efetivar os tratados em questão. Seriam direitos autoaplicáveis.

Nas palavras de Arnaldo Süssekind, “ *...os instrumentos normativos que incidem sobre as relações de trabalho devem visar, sempre*

*que pertinente, à prevalência dos valores sociais do trabalho. E dignidade do trabalhador, como ser humano, deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições contratuais de trabalho.*¹⁸⁷

Coadunamos a posição do Ministro Lelio Bentes Corrêa, do Tribunal Superior do Trabalho, para quem “(...) *afigura-se razoável postular para os princípios fundamentais e direitos do trabalho um lugar entre aquelas normas definidoras de Direitos Humanos a que a comunidade internacional reconhece especial importância, adjetivando-as de ‘direito costumeiro internacional’ – o que importa a obrigatoriedade de sua observância por todos os Estados, independentemente de ratificação.*”¹⁸⁸

Jean-Michel Servais¹⁸⁹ levanta interessante questão: são necessários instrumentos legais para que convenções internacionais da OIT devidamente ratificadas sejam incorporadas ao sistema domésticos dos Estados-membros? Nos sistemas conhecidos como monistas, segundo o autor, a ratificação de um tratado o torna automaticamente parte da ordem jurídica nacional. Já nos regimes dualistas, a ratificação implicaria na adoção de medidas legislativas diversas.

Seguindo na mesma linha de raciocínio, o autor esclarece que para que passe a vigorar imediatamente nos sistemas monistas a convenção deve ser autoexecutável, ou seja, trazer em seu bojo os dispositivos que possibilitam sua aplicabilidade imediata. Caso contrário, ainda que esteja teoricamente incorporada ao sistema jurídico doméstico, serão necessárias medidas nacionais suplementares que viabilizem a efetividade de suas normas.

Relevante destacar que o artigo 19 da Constituição da OIT estabelece em seu parágrafo 8 que em nenhum caso a adoção da convenção (ou da recomendação) ou sua ratificação por um Estado deve afetar de maneira negativa qualquer lei, dispositivo, princípio, costume ou acordo que

¹⁸⁷ *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois.* p. 47. Para visão mais completa sobre o tema consultar: FINKELSTEIN, Cláudio. *Jus cogens como paradigma do metaconstitucionalismo de Direito Internacional.*

¹⁸⁸ CORRÊA, Lelio Bentes. *O papel da Organização Internacional do Trabalho no mundo globalizado: afirmando os direitos humanos dos trabalhadores.* Em *O Direito Material e o Processual do Trabalho dos Novos Tempos.* p. 416.

¹⁸⁹ SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Law.* p. 77.

assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores. Os patamares estabelecidos pela OIT são condições mínimas que podem e devem ser derogados se for para garantir condições mais benéficas aos trabalhadores. São, afinal, patamares mínimos civilizatórios.

Pode-se dizer que o papel do Poder Judiciário seria de destaque, configurando o meio mais adequado para a consecução de tal realidade a aplicação dessas normas de forma maciça pelos magistrados do trabalho. José Aparecido Santos aduz que *“o Poder Judiciário não se pode furtar de sua responsabilidade pelo avanço ou retrocesso social nem poderá atribuir apenas ao Legislativo o papel de construir mecanismos que importem em desarticular a profunda desigualdade da sociedade brasileira. Afinal, os tribunais constroem o âmbito da normatividade. A Constituição se constrói também pela concretização que os tribunais fazem das regras jurídicas postas, ou seja, não com base em abstrações que possam ser extraídas do texto, mas sempre com base na realidade concreta que se pretende alterar ou manter”*.¹⁹⁰

A fim de instrumentalizar a aplicação das Convenções da OIT na ordem jurídica pátria, os operadores do direito do trabalho deveriam pautar-se sempre pelo princípio da norma mais favorável, conforme entendimento do STF. Para tanto, poderiam utilizar diferentes teorias com o fito de resolver eventuais conflitos normativos, em especial a teoria da acumulação e a teoria do conglobamento.

De acordo com a teoria da acumulação, na esfera trabalhista a hierarquia das normas se dá de uma forma um tanto quanto diferenciada. Ao invés da clássica concepção piramidal de Kelsen, onde a norma primordial sempre será a Constituição, terá hierarquia superior a norma que assegurar melhor condição para o trabalhador, independentemente da forma que se revestir. Assim, caso um acordo coletivo preveja direitos superiores aos estabelecidos pela Constituição ou mesmo pela Consolidação das Leis Trabalhistas, no caso brasileiro, ele constituirá o vértice da pirâmide, em detrimento das normas constitucionais.

¹⁹⁰ SANTOS, José Aparecido. *apud* CORRÊA, Lelio Bentes. *O papel da Organização Internacional do Trabalho no mundo globalizado: afirmando os direitos humanos dos trabalhadores*. Em *O Direito Material e o Processual do Trabalho dos Novos Tempos*. p. 416.

Isso ocorre pela aplicação do princípio da norma mais favorável, segundo o qual deve prevalecer a norma mais benéfica ao empregado, ainda que esta esteja formalmente em posição de inferioridade à norma menos favorável.

Para determinar qual seria a norma mais favorável, é necessário que se compare as diferentes normas aplicáveis ao caso concreto. Segundo a teoria da acumulação, referido confronto deverá ser feito regra a regra, isoladamente. Assim, a norma a ser aplicada seria o resultado de um recorte de normas retiradas de diversas fontes, que, em determinado ponto, são consideradas mais favoráveis.

Husek esclarece que tal teoria “(...)conduz a uma postura analítica atomista, consubstanciada na soma das vantagens normativas extraídas de diferentes diplomas. É verdade que ela enseja o encontro de um saldo normativo favorável ao trabalhador. Contudo, não é menos verdade que o faz ao preço de liquidar a noção de Direito como sistema, tornando as operações de interpretação, integração e aplicação das regras jurídicas extremamente erráticas e verticalmente submetidas à formação ideológica particular de cada operador”.¹⁹¹

Conforme acima explicado, tal teoria é bastante criticável, justamente por levar à criação de uma “terceira norma”, oriunda dos retalhos de diversas outras normas, nos tópicos em que essas forem consideradas mais favoráveis ao trabalhador. Disposições tão fragmentárias tornam a aplicação do direito deveras difícil e atentam contra a segurança jurídica, já que as partes envolvidas no caso não saberiam de antemão as normas que disciplinariam a lide.

Já a teoria do conglobamento defende a aplicação da norma mais favorável pela comparação das fontes de forma global, devendo prevalecer a que, no conjunto, se mostre mais útil e benéfica aos trabalhadores. Assim, não haverá fracionamento de preceitos ou institutos

¹⁹¹ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. p.24.

jurídicos, excluindo a possibilidade de aplicação simultânea de regimes diferentes.

Godinho estabelece que *“A teoria do conglobamento é certamente a mais adequada à operacionalização do critério hierárquico normativo preponderante no Direito do Trabalho. A seu favor tem a virtude de não incorporar as apontadas distorções da teoria da acumulação, além de ser a única teoria a harmonizar a flexibilidade do critério hierárquico justralhista com a essencial noção de sistema inerente à idéia de Direito e de ciência”*.¹⁹²

Importante ainda dizer que a teoria do conglobamento está em sintonia com o Princípio da Complementaridade de Tutelas e da Soberania do Estado. Flávia Piovesan leciona: *“...essa sistemática é uma garantia adicional de proteção. Cabe ao Estado – isso está repetido dezenas de vezes nesse Estatuto – a responsabilidade primária com relação aos direitos humanos. A comunidade internacional [...]têm a responsabilidade subsidiária e complementar acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.*

*“Uma outra idéia que adiciono é a de o Estado, no livre exercício da sua soberania, aceitar esse monitoramento internacional. O Estado vai consentir no controle, na fiscalização do modo pelo qual implementa os direitos humanos. Insisto neste ponto: [...]só se aplica se o Estado se mostrar falho, omissos, incapaz de responder às violações de direitos humanos.”*¹⁹³

Portanto, ao contrário da teoria da acumulação, a presente teoria não permite ao jurista a criação de um novo sistema jurídico, que não existe, mero retalho de diferentes normas oriundas de fontes por vezes

¹⁹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 178.

¹⁹³ PIOVESAN, Flávia. *Princípio da Complementaridade e Soberania*. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Vide : <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/349/551>. Acesso em: 20/12/2012, as 10h43.

conflitantes. Conforme preceitua Husek, “(...)o favorecimento do empregado em um caso concreto não pode ser feito à custa de sacrificar o sistema jurídico”.¹⁹⁴

No mesmo sentido é o entendimento de Américo Plá Rodriguez, para quem “(...) o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior”.¹⁹⁵

Como um subtipo dessa teoria, ou como decorrência dela, temos a teoria do conglobamento orgânico ou por instituto, a qual apresenta como solução uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norma. Esta foi a escolha do legislador brasileiro, inclusive, no entender de Alice Monteiro de Barros¹⁹⁶, como se infere do art. 3º, II, da Lei 7064/82, que estatui: “a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria”.

Esta Lei 7064/82 foi reformada em 2009 e passou a regular a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, e não mais apenas os contratos referentes a engenharia, o que levou ao cancelamento da Súmula 207 do TST em 2012¹⁹⁷. Considerou-se, então, que tal modificação representava o reconhecimento do critério da norma mais favorável e da condição mais benéfica como os nortes do aplicador do direito do trabalho.

Segundo a relatora do processo (E-RR – 219000-93.2000.5.01.0019), ministra Maria Cristina Peduzzi¹⁹⁸, o princípio da

¹⁹⁴ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. p. 24.

¹⁹⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. p. 136.

¹⁹⁶ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 181.

¹⁹⁷ Súmula nº 207 do TST -CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA "LEX LOCI EXECUTIONIS" (cancelada) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012 A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

¹⁹⁸ O trabalhador estrangeiro no Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Vide: http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/o-trabalhador-estrangeiro-no-brasil?redirect=http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=101_INSTANCE_nD3Q&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=5. Acesso em: 18/06/2013, as 14h22.

territorialidade foi paulatinamente substituído pela aplicação da norma mais favorável ao trabalhador. Em 1985 o TST editou a Súmula nº 207, que consolidou a aplicação do princípio da territorialidade previsto no código de Bustamante. Antes disso, contudo, a Lei 7.064/82 já havia instituído importante exceção àquele princípio ao trabalhador de empresas de engenharia no exterior.

De acordo com a relatora, apesar de a lei se aplicar restritamente às empresas de engenharia, a jurisprudência do TST passou progressivamente a admiti-la a outras atividades. A ministra citou vários acórdãos nesse sentido e acrescentou que essa jurisprudência foi confirmada posteriormente por meio da Lei 11.962/2009, que alterou a redação da lei de 1982 e a estendeu expressamente a todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior.

Percebe-se das alterações legislativas e jurisprudenciais acima apontadas que a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador de fato permeia todo o sistema juslaboral brasileiro. Entendemos que a teoria do conglobamento por institutos, em sintonia com o princípio da complementaridade, é a maneira mais adequada de operacionalizar a aplicação das convenções internacionais do trabalho na esfera nacional. Tal aplicabilidade, a partir de premissa de que tais convenções constituem tratados de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade, será analisada adiante.

Para tanto, escolhemos três convenções internacionais do trabalho distintas que representam diferentes hipóteses e nos proporcionarão um amplo espectro de estudo e análise. Primeiramente, a Convenção n. 132 sobre as férias remuneradas, devidamente ratificada pelo Brasil, mas não plenamente aplicada para os que são dispensados por justa causa.

Em seguida, esmiuçaremos a Convenção n. 87 sobre a liberdade sindical, não ratificada pelo Brasil, mas incluída entre as convenções prioritárias da Organização Internacional do Trabalho e integrante do rol da Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho,

de 1998, e, portanto, oponível a todos os Estados-membros da OIT, independentemente de ratificação, conforme pretendemos demonstrar.

Por fim, analisaremos a ratificação e a denúncia da Convenção n. 158, sobre despedida de empregado por iniciativa do empregador, cujo julgamento ainda está pendente no Supremo Tribunal Federal (ADI 1625/DF). Este é um caso paradigmático, pois nos permite discutir desde a forma da contagem do prazo decenal para denúncia das convenções da OIT até a forma como esta deve ser operacionalizada internamente, passando pelo importantíssimo debate sobre a hierarquia dos tratados.

3.1. Convenção n. 132 e o direito às férias proporcionais em caso de dispensa por justa causa

O tema férias remuneradas foi primeiramente objeto de deliberação por parte da Conferência Internacional do Trabalho em 1936, quando adotou a Convenção n. 52, a Recomendação n. 47 e a Convenção n. 54, esta especificamente para os marítimos. Os trabalhadores agrícolas têm os direitos regulamentados pela Convenção n. 101, de 1952. Em 1954 foi adotada a Recomendação n. 98, que elevou para duas semanas o período mínimo de férias a que todo trabalhador deve ter direito após 12 meses de serviço¹⁹⁹.

Em 1970 as Convenções de 1936 e 1952 foram revistas, sendo aprovada a nova Convenção geral sobre as férias anuais n. 132. Este instrumento internacional é de aplicação geral, sendo excluídos apenas os trabalhadores marítimos. Em linhas gerais, ela estabelece que as férias anuais não poderão ser inferiores a três semanas por ano de serviço, proibindo que do período aquisito sejam descontadas as ausências involuntárias do empregado ao serviço.

Durante as férias o empregado deve receber, pelo menos, sua remuneração normal ou média, nela computada o valor das prestações *in natura*, salvo nos casos de utilidade fornecida permanentemente, inclusive no

¹⁹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 384.

período de gozo das férias. Assim, não basta que o empregado receba seu salário base, fazendo jus à globalidade percebida, incluídas as gorjetas, adicionais, comissões, etc., porventura existentes.

As férias poderão ser fracionadas, desde que um dos períodos não seja menor que duas semanas. Caberá ao empregador fixar a época de gozo, sempre consultando o empregado, salvo convenção coletiva, regulamento de empresa ou sentença normativa em contrário. Segundo a Convenção, a autoridade nacional competente ou os organismos apropriados podem adotar regras especiais visando impedir que o trabalhador em férias exerça atividade remunerada incompatível com a finalidade deste instituto jurídico.

Serão considerados nulos de pleno direito qualquer acordo ou renúncia que impeça o trabalhador de gozar o período de férias de pelo menos três semanas por ano de serviço. E ainda: quando da cessação do contrato de trabalho, o empregado fará jus a férias proporcionais ou a uma indenização compensatória, desde que haja cumprido o período mínimo de serviço exigido.

Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em 23/09/1998, sendo promulgada pelo Decreto n. 3197, de 5.10.1999, entrando em vigor nacionalmente a partir de 23.9.1999. Entende Husek que, preponderantemente, as leis brasileiras coadunam-se com a Convenção n. 132 e que esta se encontra “(...)plenamente vigente, por via transversa, porque tal Convenção dá o mínimo em matéria de direitos e com isso não contraria a legislação vigente no território nacional”²⁰⁰.

No entanto, conforme salienta o mesmo autor, permanece ainda um ponto fundamental de desacordo que deve ser observado e analisado. Enquanto a legislação brasileira, nos termos do artigo 146, parágrafo único, da Consolidação das Leis Trabalhistas, leva em conta o motivo da dispensa para determinar a obrigatoriedade ou não pagamento das férias proporcionais no momento da dispensa, a Convenção n. 132 leva em conta tão somente o tempo de serviço.

²⁰⁰ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. p. 140.

O Tribunal Superior do Trabalho endossa pacífica e majoritariamente o entendimento segundo o qual os empregados dispensados por justa causa não terão direito a perceber as férias proporcionais, conforme se depreende da Súmula nº. 171: “Súmula nº 171 do TST - FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO (republicada em razão de erro material no registro da referência legislativa), DJ 05.05.2004 Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT)”²⁰¹.

Maurício Godinho Delgado²⁰², ministro do TST, entende que a Convenção n. 132 da OIT respaldou a mudança de entendimento deste Tribunal no tocante ao cabimento das férias proporcionais em qualquer situação de pedido de demissão, independentemente do prazo do contrato, mesmo se inferior a doze meses, conforme nova redação da Súmula 261 do TST²⁰³.

No entanto, o autor silencia quanto à aplicação de tal Convenção à hipótese de dispensa por justa causa, entendendo de plano que neste caso o empregado não fará jus às férias proporcionais²⁰⁴. Este é o entendimento também de Alice Monteiro de Barros, que cita Olga Aina Joaquim Gomieri, para quem ninguém poderá valer-se da própria torpeza em benefício próprio²⁰⁵.

Creemos não ser esse, entretanto, o enfoque pelo qual tal questão deva ser analisada. Trata-se, em verdade, no nosso entender, de um

²⁰¹ Tribunal Superior do Trabalho. Vide: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-171. Acesso em: 18/06/2013, as 13h45.

²⁰² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1009.

²⁰³ Súmula nº 261 do TST. FÉRIAS PROPORCIONAIS. PEDIDO DE DEMISSÃO. CONTRATO VIGENTE HÁ MENOS DE UM ANO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O empregado que se demite antes de complementar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais. Vide: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-171. Acesso em: 18/06/2013, as 13h45.

²⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 1008.

²⁰⁵ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 736.

direito adquirido do trabalhador, que já despendeu a sua energia humana, em benefício do estabelecimento do empregador – energia esta que é irretornável e está intrinsecamente ligada a sua própria existência, a sua própria essência como ser humano que é.

Não se trata de prêmio ou castigo, mas sim de um direito que já integrava de forma irremediável o patrimônio jurídico do empregado. Ao prestar o serviço, ele terá o direito à devida contraprestação e ao descanso para restabelecer seu organismo. Ele apenas não o gozará devido ao término do contrato de trabalho. Assim, como explica Homero Batista Mateus da Silva, trata-se meramente de conversão em pecúnia de um título considerado inerente ao contrato de trabalho e que estava em vias de ser implementado para o descanso. E continua o autor: *“(...)impõe-se tratar a matéria o mais parecido possível com a realidade que teria acontecido caso a relação de emprego fluísse. É um conceito muito mais de Direito Civil – restituir as partes integralmente ao estado do qual não deveriam ter se afastado – do que propriamente de Direito do Trabalho”²⁰⁶.*

Portanto, o recebimento de tal verba não deveria estar atrelada à causa de rescisão do contrato de trabalho, posto que constitui um direito adquirido do empregado. Tanto isso é verdade que se a empresa conceder férias coletivas a seus empregados, aqueles que foram contratados há menos de doze meses também a gozaram, de forma proporcional, nos termos do artigo 140 da Consolidação das Leis Trabalhistas²⁰⁷.

Indubitavelmente, a norma da Convenção n. 132 que prevê a percepção das férias proporcionais independentemente da modalidade da dispensa é mais favorável do que a disposição da Consolidação das Leis Trabalhistas brasileira, encampada pela Súmula n. 171 do TST. No entanto, conforme supra analisado, entendemos que a teoria do conglobamento por institutos é a mais adequada para se determinar qual é o sistema jurídico mais adequado para regular determinada matéria, determinado instituto.

²⁰⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado – Jornadas e Pausas*. p. 328.

²⁰⁷ CLT, Art. 140 - Os empregados contratados há menos de 12 (doze) meses gozarão, na oportunidade, férias proporcionais, iniciando-se, então, novo período aquisitivo.

Tal cotejamento não poderá ser feito de forma isolada, com mera leitura literal dos textos normativos, sem uma sistemática e teleológica análise dos instrumentos normativos em tela. Ao comparar as normas, as disposições deverão ser encaradas de forma completa, não se podendo extirpar as partes que porventura sejam desfavoráveis.

Assim, relata Homero Batista Mateus da Silva que o sistema brasileiro se mostra mais favorável ao trabalhador quando interpretado de forma dinâmica e finalística. Isso porque, embora a Convenção seja mais benéfica para os empregados que sejam dispensados por justa causa, ela estipula que as férias proporcionais serão devidas somente a partir do sexto mês do contrato de trabalho. A CLT, por outro lado, não dispõe de nenhum patamar mínimo. A guisa de exemplo, um empregado que tenha apenas um mês de contrato de trabalho e deseje pedir demissão ou seja dispensado fará jus às férias proporcionais²⁰⁸.

A lógica do argumento apresentado pelo autor nos parece irrefutável, ainda que tenha se sacrificar um importante direito adquirido em nome da segurança jurídica e da lógica sistêmica. Há inegavelmente o choque entre importantíssimos valores e na ponderação entre eles cremos que um sistema jurídico confiável e adequado é mais salutar e relevante do que a percepção de uma verba trabalhista – que, repise-se, entendemos ser devida, mesmo em caso de dispensa por justa causa.

Caso adotássemos a teoria da acumulação, conforme acima explanada, seria possível defender a aplicação da Convenção n. 132 a fim de fundamentar a concessão das férias proporcionais em caso de dispensa por justa causa. No entanto, tal teoria peca pela falta de coerência interna, ao recortar dispositivos isolados de diferentes sistemas, formando um terceiro ordenamento jurídico que padece da falta de coesão e viabilidade.

²⁰⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado – Jornadas e Pausas*. p. 329.

3.2. A Convenção n. 87 e o Modelo Sindical Brasileiro

Levada a efeito depois de pedido do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a Convenção n. 87 sobre liberdade sindical e direito de sindicalização foi adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, em 1947, sendo considerado o mais importante tratado multilateral da OIT. A sua norma mais importante está insculpida em seu artigo, dela resultando o direito de sindicalização e o conceito de liberdade sindical.

Segundo esta disposição, os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, tem o direito, sem autorização prévia, de constituir organizações de sua escolha, assim como o de se filiar a estas organizações, à condição única de conformarem com os estatutos destas últimas. A única exceção prevista pela Convenção se refere aos membros das forças armadas e da polícia – não englobando essa ressalva os funcionários públicos, saliente-se.

O próprio Comitê de Liberdade Sindical, em seu verbete 220, esclarece que as normas dessa convenção se aplicam a todos os trabalhadores, sem nenhuma distinção, inclusive aos funcionários públicos. Ao pessoal civil das forças armadas, que trabalha em seus estabelecimentos industriais ou bancários, está assegurado o direito de sindicalização – nesse sentido são os verbetes 223 e 224 do supra mencionado Comitê²⁰⁹.

A liberdade sindical é configurada por dois elementos: a. liberdade sindical coletiva: assegura aos grupos de empresários ou de trabalhadores, unidos por interesses econômicos ou profissionais comuns, o direito de constituir o sindicato de sua escolha, com a representatividade qualitativa e a quantitativa que lhes convierem, independentemente da existência de outro sindicato com a mesma representatividade; b. liberdade sindical individual: faculta a cada empresário ou trabalhador filiar-se ao sindicato de sua preferência, representativo do grupo a que pertence, e dele

²⁰⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 326

desfiliar-se, não podendo ser compelido a contribuir para o mesmo, se a ele não estiver filiado.

Na Conferência de 1947, anteriormente, portanto, à adoção da Convenção n. 87, a OIT aprovou relevante resolução que definiu os elementos fundamentais à liberdade sindical: liberdade de se unirem os trabalhadores para organizar a entidade representativa de sua profissão ou classe; liberdade de elaborar seus estatutos de acordo com as leis gerais do País sem que entre elas exista qualquer uma com caráter de exceção restritiva para os sindicatos; liberdade de escolher seus dirigentes e de estabelecer as normas de administração, de acordo com seus estatutos e sem ingerência do poder executivo governamental; liberdade de filiação e desfiliação para o trabalhador; liberdade de constituir-se em federações e confederações; e necessidade de se estipular que tais organizações não possam ser dissolvidas por via administrativa²¹⁰.

A Convenção n. 87 entrou em vigor internacionalmente em 1950 e já foi ratificada por 108 países, mas não pelo Brasil. Em um primeiro momento a justificativa foi porque a Constituição de 1946 legitimou o exercício pelos sindicatos de funções delegadas pelo Poder Público, previstas na CLT. A mesma disposição foi mantida na Constituição de 1967 e instituiu-se, ainda, a arrecadação das contribuições instituídas para o custeio das atividades sindicais. Veio a Constituição de 1988 e não houve a esperada reforma: se impôs a unicidade de representação sindical em todos os níveis e manteve a contribuição compulsória²¹¹.

Vigora no Brasil o chamado sistema heterônimo (ou regulamentar), caracterizado pela presença do Estado na previsão, mediante lei, dos direitos sindicais. Essa legislação específica pode ser ampla ou restrita a alguns aspectos e ter diferentes graus de intensidade. Mesmo sendo oriundo de países comunistas e corporativistas, tal sistema pode conviver com os

²¹⁰ Idem. p. 327.

²¹¹ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. p. 136.

regimes democráticos, consagrando princípios e normas de respeito à liberdade sindical e a suas garantias jurídicas²¹².

Em contraponto a esse sistema, há o sistema autônomo (ou abstencionista), o qual, segundo Oscar Ermida Uriarte, citado por Arnaldo Sussekind, “(...)se esteia na circunstância de que o direito à liberdade sindical, enquanto direito humano fundamental, é preexistente ao direito positivo interno; este somente pode reconhecê-lo ou declarar sua existência, mas não concedê-lo, nem criá-lo”²¹³.

Este é justamente o espírito das disposições contidas na Convenção n. 87, cujo grande escopo é garantir a liberdade sindical em relação aos poderes públicos. Ressalte-se que este instrumento normativo é complementado pela Convenção n. 98, de 1949, referente ao direito de sindicalização e de negociação coletiva, tendo a finalidade de proteger os direitos sindicais dos trabalhadores perante os empregadores e suas organizações, garantir a independência das associações de trabalhadores em face as de empregadores, e vice-versa, e, assim, fomentar a negociação coletiva.

Interessante que diferentemente da Convenção n. 87, o Brasil ratificou esta última em 18.11.1952, tendo sido promulgada pelo Decreto n. 33196/53, com vigência nacional desde 18.11.1953. A explicação possível é que esta Convenção não regula o modelo adotado pelo Estado, mas sim as relações coletivas privadas entre empregados e empregadores.

A Convenção n. 98 determina que os trabalhadores devem gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a restringir a liberdade sindical, em relação a seu emprego, entendendo-se como tal condicionar o emprego à não filiação do trabalhador a um sindicato ou o seu desligamento, bem como aplicação de penalidade em virtude de filiação ou participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, se tiver havido consentimento do empregador, durante a jornada; as organizações de trabalhadores e de empregadores deverão ser protegidas contra qualquer ato

²¹² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 325.

²¹³ Idem. p. 325.

de ingerência de umas em relação às outras, quanto à constituição, funcionamento ou administração destas, quer direta ou indiretamente, por meio de seus agentes ou membros.

Estabelece ainda a Convenção n. 98 que deverão ser criados organismos, se necessários, para estimular e fomentar o uso dos procedimentos de negociação coletiva voluntária, com o fim de regular, por meio de contratos coletivos, as condições de empregos. Importante destacar que essas disposições não são aplicáveis aos funcionários públicos, mas não excluem direitos que estes porventura titularizem – inclusive os coligidos pela Convenção n. 87.

Tal ratificação constitui medida salutar e de fundamental importância para a consolidação e amadurecimento das instituições coletivas nacionais. Apenas com sindicatos fortes e verdadeiramente representativos de suas respectivas categorias é possível negociações coletivas equilibradas e efetivas, onde os direitos dos trabalhadores são efetivamente protegidos e tutelados.

Ocorre que um sistema heterônimo, com uma legislação bastante restrita, acaba por gerar instituições artificiais, em que a sindicalização una e a contribuição compulsória acabam por distorcer a representatividade do sistema, prejudicando a sua efetividade e comprometendo a sua legitimidade.

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto “[u]m conceito bastante correto para a OIT bem poderia ser um agente universalizador das condições fundamentais das relações de trabalho subordinado, através das propostas de normatividade homogênea por todos os seus países membros. (...) Em consequência, o sindicalismo e o sindicato tornam-se objeto de sua atenção prioritária, já que representam o conduto natural para a formação dessas regras de observância geral, mediante o processo de negociação coletiva”²¹⁴.

Jean-Michel Servais considera que o modelo de unicidade sindical é o mais indicado para o fortalecimento das relações sindicais, ainda

²¹⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. p. 68.

mais do lado dos trabalhadores, pois isso evitaria um dissipamento do poder e da representatividade que acabaria por enfraquecer o poder de barganha do movimento sindical. No entanto, ressalta o autor, essa escolha deve ser feita pelos próprios trabalhadores e empregadores, de acordo com as próprias realidades e circunstâncias que os cercam, sem qualquer interferência estatal²¹⁵.

Ao manter um modelo sindical estabelecido na década de 1940, durante um governo ditatorial, claramente baseado em uma legislação fascista²¹⁶, que estabelece verticalmente a forma que tão importante movimento social deverá se organizar e manter, a Constituição Federal de 1988 fez um desserviço ao amadurecimento da democracia brasileira, pois desestimulou o pleno engajamento da classe trabalhadora. O modelo sindical brasileiro é caracterizado pela artificialidade, com categorias determinadas à revelia dos atores sociais que as compõe.

Uma interpretação sistemática e teleológica da Carta Magna viabilizaria uma aplicação mais consentânea com a realidade de nosso modelo sindical. Conforme explana Georgenor de Sousa Franco Filho, o Ministro Marco Aurélio, do STF, entendeu em recente julgamento que a liberdade de associação, prevista no artigo 5º, XVII, da CF/88, mitigaria o princípio da unidade sindical. O artigo 8º da CF revela livre associação profissional ou sindical e encerra a desnecessidade da autorização do Estado para a criação de sindicato, remetendo ao registro no órgão competente, vedada a interferência e intervenção do poder público²¹⁷.

Um modelo mais adequado e consentâneo com a realidade brasileira – mais orgânico, por assim dizer -, seria mais eficaz na tutela dos direitos trabalhistas desta classe que é eminentemente hipossuficiente, como procuramos argumentar no decorrer de todo esse trabalho. Não se trata de mero direito de associação, como podem dizer alguns, mas sim um instrumento

²¹⁵ SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. p. 115.

²¹⁶ Para completo relato vide: SUSSEKIND, Arnaldo [et al.]. *Instituições de direito do trabalho*. p. 65.

²¹⁷ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Direito do Trabalho do STF*. Volume 15. p. 54.

para corrigir a desigualdade inerente a essa relação jurídica, representada pela disparidade econômica por vezes, ou mesmo pela existência de subordinação, em suas mais diferentes formas.

Como expõe Carlos Henrique Bezerra Leite “a demanda coletiva visa assegurar verdadeira igualdade de ‘armas’ entre os litigantes, concedendo um plus jurídico aos titulares de interesses metaindividuais, mediante autorização legal para que possam ser adequadamente defendidos por instituições ou organizações especializadas, na proporção inversa da, via de regra, superioridade econômica do causador das lesões a tais interesses”²¹⁸.

Ao incluir a Convenção n. 87 no rol de seus instrumentos prioritários, constantes da Declaração Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, a OIT sinalizou o quão imperiosa é sua aplicação irrestrita e imediata por todos os seus Estados-membros, inclusive por aqueles que não tenham ratificado tais convenções em um primeiro momento.

Consta de tal Declaração, em seu item 2, que a Conferência Internacional do Trabalho “Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções(...)”²¹⁹.

Tal disposição, juntamente com a previsão de tais direitos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo pensamos, autoriza a interpretação de que estamos diante de normas de *jus cogens* internacional e, portanto, oponíveis a todos os Estados integrantes da Sociedade Internacional – ou, no mínimo, de todos os Estados-membros da OIT.

²¹⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Metaindividuais*. p. 146.

²¹⁹ OIT. Declaração Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Vide: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf. Acesso em: 18/06/2013, as 11h27.

O Brasil estaria, portanto, obrigado a aplicar a Convenção n. 87 da OIT, mesmo não a tendo ratificado, por ter os direitos nela insculpidos a natureza de direitos humanos universais, oponíveis *erga omnes*, constituindo verdadeira disposição de ordem pública e, portanto, inderrogável. Cremos que o instrumental indicado no decorrer deste trabalho seria o adequado para viabilizar a aplicação deste importante instrumento internacional na esfera pátria.

Assim, a Convenção n. 87 claramente passa pelo crivo da teoria do conglobamento por institutos, sendo amplamente favorável aos trabalhadores brasileiros, ao permitir uma representatividade sindical genuína e orgânica, sem artificialidades e intervenções estatais indevidas. Sendo uma convenção internacional do trabalho, esta claramente constitui um tratado de direitos humanos, como procuramos demonstrar no presente estudo.

Portanto, tal instrumento internacional estaria apto a integrar o chamado “bloco de constitucionalidade”, pois ainda que não tenha sido formalmente internalizado pelo rito constitucional, a matéria nele contida é claramente constitucional, trazendo em seu bojo direitos humanos de natureza social. Não há que se falar que tal medida feriria a soberania brasileira, pois o país, enquanto integrante da sociedade internacional, está voluntariamente submetido às regras por ela estabelecidas – entre as quais o *jus cogens*.

Não nos parece adequado discutir a questão nestes termos, sob pena de perder o foco do que realmente importa: os direitos humanos e a dignidade da pessoa do trabalhador, que ao se reunir em uma instituição pela qual se sente genuinamente representado, estará apto a exercer os seus direitos de forma mais madura e a negociar coletivamente de forma mais isonômica.

3.3. O caso paradigmático da Convenção nº 158

A Conferência Internacional do Trabalho, órgão com caráter de assembleia geral da OIT, adotou em 1982 a Convenção n. 158, concernente à

despedida de empregado por iniciativa do empregador. Ela se aplica a todos os ramos da atividade econômica e a todas as pessoas empregadas, podendo o órgão competente do Estado que a ratificar, mediante prévia consulta às organizações dos empregados e trabalhadores interessadas, excluir do seu campo de incidência, total ou parcialmente, certas categorias especiais ou em condições específicas que justifiquem tal medida²²⁰.

O documento-base submetido à Conferência estabeleceu que os motivos válidos para a despedida referente à capacidade do trabalhador contemplam as seguintes hipóteses: a capacidade de qualificações ou de capacidade para cumprir o trabalho para o qual foi contratado; o trabalho deliberadamente deficiente ou incapacidade permanente para trabalhar resultante de enfermidade ou acidente²²¹.

Em relação à conduta do trabalhador objetiva-se punir a falta do empregado que importa em violação da disciplina. Há duas categorias de falta: a primeira compreende, em geral, um inadequado cumprimento das tarefas ajustadas; a segunda se refere, geralmente, a diversos tipos de comportamento inapropriado, que podem perturbar a ordem dos locais de trabalho ou prejudicar o cumprimento das tarefas. Já no que se refere às causas da despedida pertinente ao funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, compreendem motivos de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou similar²²².

A Convenção prescreve, ainda, que a despedida do trabalhador, motivada por sua conduta ou rendimento, não deverá ser efetivada antes que se lhe haja oferecida a possibilidade de defender-se das acusações formuladas contra ele, a menos que não seja razoável pedir-se ao empregador que lhe conceda essa possibilidade – não havendo consenso doutrinário sobre quais seriam essas hipóteses. Em caso de despedida, sempre será devido um aviso prévio ou uma indenização que lhe substitua²²³.

²²⁰ ILO – International Labour Office. *Rules of the Game – A brief introduction to International Labour Standards*. p. 48.

²²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 371.

²²² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 373.

²²³ Idem. p. 374.

O grande escopo da Convenção é a reintegração do trabalhador arbitrariamente despedido, anulando o ato patronal que não estiver relacionado entre os justos motivos. Contudo, a Conferência, sabedora da realidade de que em muitos países membros o trabalhador não tem o direito de retornar ao emprego quando imotivadamente despedido, teve de aprovar uma norma mais flexível. Assim, se as entidades de classe ou sindicatos estiverem autorizadas a anular a despedida e ordenar a readmissão, se considerada injusta a rescisão, deverão fazê-lo. Caso as circunstâncias sejam desfavoráveis ou as entidades não sejam competentes, deverá ser arbitrada uma indenização adequada ou outra reparação²²⁴.

Aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1982), entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985. O Brasil aprovou referida Convenção por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 16.09.1992, do Congresso Nacional; a ratificação se deu em 05 de janeiro de 1995 e sua promulgação através do Decreto n. 1.855, de 10.04.1996, tendo a vigência nacional iniciado em 05 de janeiro de 1996.

Ocorre que a mesma Convenção foi denunciada em menos de um ano²²⁵, pelo Presidente da República de forma unilateral, editando o Decreto n. 2.100, de 20.12.1996. Como vimos, na Convenção nº 158 se encontra vedação à dispensa arbitrária de empregados. Ocorre que artigo 7º, inciso I, da CRFB/88 possui a mesma disposição, requerendo, no entanto, lei posterior que a instrumentalizasse. Quando referida Convenção foi ratificada, muitos entenderam que poderia suprir a ausência de lei que regulasse a proibição de dispensa imotivada²²⁶.

²²⁴Idem. p. 376.

²²⁵ Conforme tratado no Capítulo 2, item 2.2.1., a denúncia das convenções internacionais do trabalho podem ocorrer dez anos após a entrada destas em vigência. A posição majoritária no âmbito da OIT entende que o decênio se conta da data em que teve início a vigência internacional da convenção. Sussekind, ao contrário, partindo de uma interpretação sistemática e teleológica, defende que o decênio concerne à vigência da ratificação nacional. Sustenta que afronta o bom senso admitir-se que um Estado possa denunciar um tratado que ratificou poucos dias antes pelo simples fato deste já vigorar no campo internacional há 10 anos. Concordamos com este entendimento e, portanto, a denúncia da Convenção nº 158 da OIT pelo Brasil seria inválida, a nosso ver. No entanto, esse posicionamento é minoritário e a própria OIT aceita a denúncia a partir dos dez anos contados da vigência internacional de suas convenções. Vide: SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 239.

²²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 1187.

Contudo, o STF compreendeu não ser possível tão aplicação, uma vez que o inciso I do art. 7º da CF/88 expressamente estatui ser caso de matéria sob reserva constitucional de lei complementar. Portanto, tendo tratado internacional paridade com mera lei ordinária, segundo seu entendimento majoritário, a Convenção nº 158 da OIT não poderia ser aplicada ao caso em questão²²⁷.

Assim, encontra-se em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT contra o Decreto 2100/96, por meio do qual o Presidente da República tornou pública a denúncia pelo Brasil da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Suprema Corte sinaliza para a inconstitucionalidade do decreto impugnado, sendo possível entender não caber ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional, embora autorizada doutrina entenda ser uma prerrogativa exclusiva do Chefe do Executivo²²⁸. Nenhuma das Constituições brasileiras tratou especificamente do tema relativo à denúncia de tratados internacionais e que os artigos 49, I e 84, VIII, da CF/88, embora não admitissem a participação do Congresso Nacional na denúncia dos tratados, também não seriam expressos ao vedar essa participação.

O papel do Legislativo na história constitucional brasileira não se limitaria a uma postura meramente passiva de aprovação ou reprovação de tratados, sendo certo que a Constituição de 1988 fortaleceu extremamente o papel do Poder Legislativo em várias áreas²²⁹, e que, por isso, parece inviável levar adiante um argumento de natureza constitucional que pretendesse dele retirar uma função relevante na denúncia de tratados, ante a ausência total de normas a respeito.

²²⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 91.

²²⁸ BASSO, Maristela. A convenção nº 158 da OIT e o direito constitucional brasileiro. In: *Trabalho & Doutrina*, nº 11. p. 34.

²²⁹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. p. 48.

3.3.1. O julgamento da denúncia da Convenção n. 158 da OIT e seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal aprecia ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores - CUT contra o Decreto 2.100/96, por meio do qual o Presidente da República torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT, relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

O Min. Joaquim Barbosa julgou o pedido integralmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do decreto impugnado por entender não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional²³⁰. Salientou, inicialmente, que nenhuma das Constituições brasileiras tratou especificamente do tema relativo à denúncia de tratados internacionais e que os artigos 49, I e 84, VIII, da CF/88, embora não admitissem a participação do Congresso Nacional na denúncia dos tratados, também não seriam expressos ao vedar essa participação.

Tendo isso em conta, reputou necessário analisar o papel que o Congresso Nacional possuiria historicamente na processualística dos tratados internacionais. No ponto, ressaltou que o papel do Legislativo na história constitucional brasileira não se limitaria a uma postura meramente passiva de aprovação ou reprovação de tratados, e citou ocasiões em que o Poder Legislativo aprovou tratado com ressalvas, ou até mesmo o emendou.

Em seguida, afirmou que a Constituição de 1988 fortaleceu extremamente o papel do Poder Legislativo em várias áreas, e que, por isso, seria inviável levar adiante um argumento de natureza constitucional que pretendesse dele retirar uma função relevante na denúncia de tratados, ante a

²³⁰ Vide: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em: 27/06/2013, as 16h02.

ausência total de normas a respeito. Aduziu, também, que o atual texto constitucional — ao estabelecer de maneira sistemática, pela primeira vez na história constitucional, princípios que regem as relações exteriores do Brasil (art. 4º) —, teria reforçado o papel do Parlamento em matéria de política exterior. Cumpriria a todos os Poderes, e não só ao Executivo, portanto, zelar por tais princípios, bem como fiscalizar a atuação da política externa.

Dessa forma, impedir que, por exemplo, o Congresso pudesse analisar o descumprimento de um dos princípios constitucionais pela denúncia de um tratado, significaria esvaziar por completo o conteúdo útil do referido art. 4º. Partindo de uma análise do Direito Comparado, aduziu que o fortalecimento do papel do Parlamento não seria fenômeno isolado no Brasil, e que Constituições de vários outros países já teriam estabelecido a possibilidade da participação do Poder Legislativo na denúncia de tratados internacionais²³¹.

Observou, ademais, que a tendência, cada vez mais crescente, de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados representaria o surgimento, no direito comparado, do princípio da “co-participação parlamento-governo em matéria de tratado”, segundo o qual é da própria essência do tratado que ele, para comprometer um Estado interna e externamente, precise da deliberação do órgão parlamentar e do órgão executivo, e que, sendo essa característica da essência do tratado, qualquer ato que vise à desvinculação voluntária deste por um Estado também precisa passar pelo crivo parlamentar.

Ressaltou, ainda, que a processualística dos tratados internacionais no Brasil e a função que o tratado exerce no direito interno brasileiro militariam a favor da tese de que a denúncia não poderia ser unilateral por parte do Poder Executivo, conforme se depreenderia, inclusive, da jurisprudência do Supremo. Salientou que, desde o julgamento do RE 80004/SE (DJU de 29.12.77), o Pleno da Corte consolidou entendimento de que os tratados possuiriam o mesmo nível hierárquico das leis, sendo o

²³¹ Vide: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em: 27/06/2013, as 16h02.

pressuposto para admitir essa identidade hierárquica que o tratado possuiria força de lei, ou seja, equiparar-se-ia materialmente às leis²³².

Assim, se os tratados possuem força de lei, eles somente poderiam ser revogados por um ato posterior de idêntica ou superior hierarquia. Por sua vez, reconhecer a possibilidade de um tratado ser denunciado unilateralmente pelo Presidente da República seria reconhecer que seu decreto que torna pública a denúncia teria força de lei. Isso, entretanto, seria contraditório, haja vista a Constituição de 1988 não reconhecer a existência de nenhum ato com força de lei em que o Parlamento não tivesse algum tipo de intervenção²³³.

Citou, ainda, o que decidido pela Corte na ADI 1480 MC/DF, no sentido de que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorre, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República (CF, art. 84, VIII), conforme acima analisado²³⁴.

Com base nesse entendimento, frisou que a intervenção do Parlamento no processo de aprovação dos tratados não decorreria apenas da previsão da existência de um controle a ser exercido sobre a atividade do Executivo, isto é, a aprovação, ou reprovação, seria ato de vontade concordante ao conteúdo disposto no tratado²³⁵, ponto de vista com o que concordamos e julgamos ser o mais consentâneo com o espírito da ordem constitucional de 1988.

Disso se retirariam pelo menos três consequências: 1) a intervenção parlamentar seria essencial para que o tratado existisse internamente e, sendo da própria natureza do tratado que o Parlamento atuasse na sua constituição, seria óbvio que também o fizesse na sua desconstituição; 2) se o tratado seria expressão da vontade do Parlamento, o exercício de tal vontade não ocorreria no vácuo, ou seja, quando o Congresso

²³² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 91.

²³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 469.

²³⁴ FELAMINGO, Fabrício. *A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos – uma análise a partir da EC 45/04*. p. 25.

²³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. p. 307.

aprovasse um tratado para futura ratificação e incorporação ao direito interno, ele aprovaria o próprio conteúdo de algo que se poderia chamar de “política convencional”. Reconhecer que o Parlamento seria árbitro de uma “política convencional” durante o processo de aprovação implicaria necessariamente que ele deveria ser árbitro dessa mesma “política convencional” durante o processo de denúncia; 3) seria preciso reconhecer que o tratado internacional a que um Estado se vincula seria expressão da vontade atual e efetiva dos órgãos envolvidos. Sendo autônomas as vontades do Executivo e do Legislativo, na formação, elas assim deveriam permanecer até que os dois Poderes, de maneira conjunta e ordenada, decidissem alterar tal vontade, cada um dentro de suas próprias atribuições²³⁶.

Esclareceu ainda o Ministro Joaquim Barbosa que a intervenção do Parlamento não significaria, entretanto, o esvaziamento por completo da atuação do Poder Executivo nesse campo, o qual continuaria com a prerrogativa de decidir quais tratados deveriam ser denunciados e o momento de fazê-lo²³⁷. Ao Congresso Nacional, por sua vez, caberia autorizar a denúncia do tratado que seria, ou não, feita pelo Chefe do Poder Executivo²³⁸.

Essa divisão de competências teria o condão de democratizar a processualística dos tratados internacionais. Além dessas razões, as circunstâncias concretas do caso deixariam mais evidente a necessidade de reconhecer que os tratados somente poderiam ser denunciados com anuência prévia do Congresso Nacional. Dentre elas, mencionou a forma com que o Congresso Nacional teria aprovado o texto da Convenção 158 da OIT e, ainda, o fato de essa Convenção versar sobre direitos humanos – fato esse já deveras salientado no decorrer no presente trabalho²³⁹.

Quanto à primeira circunstância, observou que o Decreto Legislativo 68/92 por meio do qual fora aprovada a Convenção 158 da OIT

²³⁶ Vide: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em: 27/06/2013, as 16h02.

²³⁷ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 104.

²³⁸ TORRES, Heleno Taveira. Aplicação dos tratados e convenções internacionais em matéria tributária no direito brasileiro. In: *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*, (AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do – coord.). p. 150.

²³⁹ POLITAKIS, George P. *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*.

conteria apenas dois artigos, sendo que o parágrafo único do seu art. 1º²⁴⁰ teria como objetivo não só impedir que o Poder Executivo viesse a concluir tratados que pudessem emendar ou alterar o tratado original sob a alegação de que se estaria a concluir um acordo do Executivo, mas, principalmente, resguardar a necessidade de o Congresso intervir nos casos de denúncia. Afinal, se o Congresso ressalva a necessidade de sua intervenção em caso de qualquer alteração, esta se fará ainda mais premente e necessária em caso de total extirpação de tal instrumento jurídico internacional da esfera pátria.

Quanto à segunda circunstância, estatuiu o Ministro Joaquim Barbosa que a Convenção sob análise não seria um tratado comum, mas um tratado que versa sobre direitos humanos, apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro²⁴¹. Nesse contexto, caberia cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004, a essa Convenção. No ponto, afirmou que, apesar de o Decreto que incorporou a Convenção ao direito brasileiro ser de 1996, ainda que não se admitisse a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 possuíssem estatura constitucional, seria plausível defender que possuíssem estatura supralegal, porém infraconstitucional²⁴².

Partindo da premissa do caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e considerando-se a Convenção 158 da OIT como um tratado de direitos humanos, concluir-se-ia não ser possível sua denúncia pelo Poder Executivo sem a intervenção do Congresso Nacional. Do contrário, permitir-se-ia que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo, e, ainda, que o Poder Executivo, por vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.

²⁴⁰ “São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares”.

²⁴¹ O Ministro cita nominalmente: ALSTOM, Philip. *Labour Rights as Human Rights*. Vide: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em: 27/06/2013, as 16h02.

²⁴² Voto paradigmático sobre a tese da supralegalidade vide: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 22/06/13, as 14h33.

Conforme posição por nós sustentada, a tese da supralegalidade acaba por gerar certa insegurança jurídica, ao criar diferentes hierarquias de tratados de direitos humanos, a depender do rito pelo qual foram internalizados ao ordenamento jurídico pátrio. Isso acabaria por enfraquecer o arcabouço de direitos fundamentais decorrentes de tratados direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse mesmo sentido é a posição de Fabrício Felamingo, para quem “[e]ssa incongruência, realmente, é indevida. Levando-se em consideração apenas, se fosse necessário, duas passagens da Constituição – arts. 4º, II e 5º, § 2º – poderíamos concluir pela hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A inclusão do § 3º ao art. 5º não pode, portanto, significar uma ‘redução’ no nível de proteção constitucional aos direitos humanos. Se é vedada emenda constitucional ‘tendente a abolir’ direitos e garantias fundamentais, a inclusão do § 3º, na interpretação de que, agora, somente após sua edição seriam possíveis tratados com hierarquia constitucional, significaria a retirada do rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais de uma série de normas protetoras, antes inclusas no corpo constitucional por força do § 2º. Assim, sem alegar inconstitucionalidade de emenda constitucional, no caso a EC 45, e mesmo sem entrar no mérito de tal questão, eminentemente de direito constitucional, a interpretação que resta a ser feita é a da mera distinção entre ‘forma’, pois na ‘matéria’, sempre teremos como de nível constitucional os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos. E com uma vantagem significativa. A partir da EC 45 extingue-se praticamente por completo a defesa, doutrinária ou jurisprudencial, sobre a impossibilidade de mudanças constitucionais pela via de tratado internacional. Mesmo os mais ferrenhos opositores à idéia de tal forma de inovação constitucional terão ao menos que reconhecer a via prevista no art. 5º, § 3º(...)”²⁴³. [destacado no original]

Assim, em consonância com a argumentação até aqui desenvolvida, a Convenção nº 158 da OIT traz em seu bojo direitos sociais inalienáveis, constituindo direitos humanos de 2ª dimensão, pelo o que nos

²⁴³ FELAMINGO, Fabrício. *A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos – uma análise a partir da EC 45/04*. pp. 83-84.

parece ser inegável sua natureza materialmente constitucional, integrando, portanto, o “bloco de constitucionalidade”, conforme entendimento esposado por Celso Lafer²⁴⁴ e defendido pelo Ministro Joaquim Barbosa em seu voto na ADI 1625²⁴⁵.

Embora defensável a tese os tratados ratificados antes da EC nº 45/05 – entre os quais as Convenções Internacionais do Trabalho, por não se constituírem tecnicamente em Emendas Constitucionais poderiam ter sua aplicação afastada, se conflitantes com lei federal, como nos explica Georgenor de Sousa Franco Filho²⁴⁶, entendemos que por tratarem de direitos humanos sua execução não poderá ser objetada, tendo preponderância sobre normas internas infraconstitucionais.

Flávia Piovesan entende que a grande diferença existente entre os tratados em geral e os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito do artigo 5º, §3º, da CF/88 – ou seja, com status de Emenda Constitucional, formalmente constitucionais -, é justamente a forma de denúncia. Enquanto os primeiros poderiam ser unilateralmente denunciados pelo Chefe do Executivo, os últimos, por sua inegável relevância, necessitariam da vontade conjugada dos Poderes Executivo e Legislativo para serem retirados do ordenamento jurídico pátrio²⁴⁷.

Por acreditarmos não haver diferença substancial que justifique a diferença de tratamento entre os tratados de direitos humanos materialmente e os formalmente constitucionais, propomos a extensão desse entendimento a todos os tratados que venham incrementar o rol de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, a Convenção nº 158 não poderia ter sido unilateralmente denunciada pelo Presidente da República. Nesse sentido é o voto do Ministro Joaquim Barbosa. Senão, vejamos.

²⁴⁴ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. pp. 17-18.

²⁴⁵ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em: 27/06/2013, as 16h02.

²⁴⁶ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Os tratados sobre direitos humanos e a regra do art. 5º, §3º, da Constituição do Brasil. *in Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém. v. 41 – n. 81 – Julho/Dezembro, 2008. pp. 33-40.

²⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos, *in* TAVARES, André, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro (coord.). *Reforma do Judiciário*. p. 67.

O Ministro julgou inadequada a solução de dar interpretação conforme ao Decreto impugnado, tal como feito pelo relator Min. Maurício Corrêa. Primeiro, reputou equivocado, tecnicamente, falar que a denúncia estaria condicionada à aprovação do Parlamento, visto que o Decreto impugnado não denunciaria o tratado internacional — por ser a denúncia um ato tipicamente internacional e, por isso, impassível de controle jurisdicional pelo Supremo —, mas sim tornaria pública a denúncia feita, a produzir seus efeitos em um determinado tempo.

Sendo a publicação de qualquer ato normativo pressuposto necessário para a sua obrigatoriedade, afirmou que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96 teria como consequência a retirada da publicidade do ato da denúncia, o que levaria a não obrigatoriedade da denúncia no Brasil, não obstante operativa no plano internacional, e à manutenção da vigência do Decreto que incorporou a Convenção 158 da OIT ao direito interno brasileiro. Assim, a conclusão do relator seria inviável por extrapolar o sentido do Decreto 2.100/96, levando a Corte a cumprir nítida função legislativa. Segundo, entendeu que o uso da técnica da interpretação conforme também seria equivocada por pretender interpretar um ato que violaria não materialmente, mas formalmente a Constituição.

Em razão de a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional, o Ministro Joaquim Barbosa apontou duas soluções, após a declaração de inconstitucionalidade: 1) a declaração de inconstitucionalidade somente teria o efeito de tornar o ato de denúncia não obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como consequência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT continuaria em vigor. Caso o Presidente da República desejasse que a denúncia produzisse efeitos também internamente, teria de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional; 2) a declaração de inconstitucionalidade somente atingiria o Decreto que deu a conhecer a denúncia, nada impedindo que o Presidente da República ratificasse novamente a Convenção 158 da OIT.

Conclusão

Durante o presente estudo procuramos demonstrar que o direito internacional do trabalho constitui espécie do grande gênero jurídico chamado direitos humanos, este ramo sobre o qual ainda parece haver pouco consenso conceitual, apesar de grande boa vontade na esfera dos discursos. Conforme visto, estes direitos são aqueles titularizados por todos os seres humanos sem exceção, em todo o tempo e espaço, não inalienáveis, indivisíveis, imprescritíveis, absolutos.

Entre esses direitos, didaticamente divididos em três dimensões, tratamos especificamente dos chamados direitos sociais – ainda que a ligação entre essas dimensões seja absolutamente simbiótica e a falta de prestação em uma das esferas impeça o pleno gozo dos direitos próprios das outras, como tivemos oportunidade de abordar. Assim, por exemplo, de nada adianta ter os direitos civis e políticos garantidos se não há o trabalho digno para viabilizar sua subsistência – e vice-versa.

Partindo da teoria geral dos tratados, enfocamos a relação existente entre esse importante instrumento jurídico próprio do direito internacional e os ordenamentos jurídicos internos, analisando inclusive a evolução do entendimento jurisprudencial do STF, desde a generalização de que todos os tratados teriam paridade com lei ordinária até a transformação gerada pela Emenda Constitucional nº 45/05 e a previsão de que tratados de direitos humanos internalizados pelo rito do §3º do art. 5º, da CF/88 teriam status de Emenda Constitucional, quando ganha corpo da mais alta Corte do país a tese da supralegalidade, encampada pelo Ministro Gilmar Mendes.

Segundo essa tese, hoje majoritária no STF, os tratados de direitos humanos ratificados antes da EC 45/04 teriam um status intermediário entre a legislação ordinária e a constituição, dado o seu conteúdo notadamente relevante. Assim, constituiriam uma legislação ordinária com uma qualificação especial: seriam supralegal. Esta é a saída escolhida por alguns doutrinadores, segundo demonstramos, para a dicotomia entre os tratados de direitos

humanos materialmente constitucionais e os formalmente constitucionais – sendo estes últimos apenas os que foram internalizados conforme o art. 5º, §3º, da CF/88.

A esse posicionamento se contrapõe o entendimento de Celso Lafer, para quem tal dicotomia não existe por assim dizer: ambas as classes de tratados de direitos humanos estariam abrangidos pelo chamado “bloco de constitucionalidade”, caracterizado pelas normas cujo conteúdo, cuja matéria seja afeta à constituição, por trazer em seu bojo direitos e garantias fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa humana – como o são, inegavelmente as Convenções Internacionais do Trabalho, verdadeiros tratados de direitos humanos.

E defendemos que como tal devem ser encaradas no sistema jurídico brasileiro. Para provar nossa hipótese escolhemos três convenções, ilustrando situações diferentes frente à nossa Constituição. Primeiramente, analisamos a Convenção n. 132 sobre férias remuneradas, devidamente ratificada pelo Brasil, mas não plenamente aplicada, por entender nossos doutrinadores e nossos julgadores que a parte concernente às férias proporcionais estaria em desacordo com nossa legislação.

Partindo-se do pressuposto de que as Convenções Internacionais do Trabalho são tratados de direitos humanos e em que caso de conflito com a legislação nacional devem ser aplicados os critérios balisadores da norma mais favorável e da teoria do conglobamento por institutos, devidamente esmiuçados no decorrer do trabalho, acabamos por concluir que a legislação brasileira é mais benéfica ao trabalhador – mas ressalvando, sempre, que um tratado de direitos humanos não pode deixar de ser aplicado sumariamente em caso de conflito.

Em seguida analisamos a Convenção n. 87 sobre liberdade sindical, jamais ratificada pelo Brasil, mas que integra o rol das convenções prioritárias da OIT, constantes da Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT de 1998, tornando-se, dessa forma, oponível a todos os Estados-membros desta Organização, entre os quais se insere o Brasil.

Tendo-se em mente que o tal Declaração, aliada à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que também tutela esses direitos, integra o chamado “jus cogens” internacional, constituindo norma de ordem pública internacional, obrigando a todos os países da sociedade internacional, cremos ser imperativo que o Brasil promova a reforma do art. 8º da sua Constituição, removendo a obrigatoriedade da unicidade sindical e extirpando o artificialismo do seu modelo sindical.

Por fim, analisamos o paradigmático caso da Convenção n. 158, versando sobre a vedação à dispensa arbitrária dos empregados. A grande questão envolvendo esse instrumento internacional foi sua denúncia – a nosso ver indevida e prematura, como tivemos oportunidade de argumentar, em especial em razão do decênio exigido pela OIT para tanto ser contado da vigência internacional e não da vigência interna, ressaltando que nosso posicionamento é isolado.

Esmiuçamos o voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa no bojo da ADI n. 1625/DF, onde ele defende a tese de que as Convenções Internacionais do Trabalho são tratados internacionais de direitos humanos e como tal não podem ser denunciadas unilateralmente pelo Chefe do Executivo, sem passar pelo crivo do Congresso Nacional, sendo tal conduta incompatível com a nova ordem constitucional inaugurada em 1988 e regida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Não poderíamos concordar mais com o posicionamento do Ministro. Entendemos que a denúncia dos tratados de direitos humanos – material e formalmente constitucionais - deverá ser efetuada de forma conjunta pelos Poderes Executivo e Legislativo, assim como sua ratificação.

Tais tratados, quando internalizados, trazem à nossa ordem constitucional uma série de direitos e garantias constitucionais que não podem ser livremente disponibilizadas por uma única pessoa, unilateralmente. Em verdade, tais garantias passam a integrar o rol de cláusulas pétreas, só podendo ser retiradas do nosso ordenamento quando substituídas por direitos e garantias ainda maiores.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ALSTOM, Philip. *Labour Rights as Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2005.

APIANO. *Historia Romana. Tomo I. Vol. II*. Madrid: Editorial Gredos, 1985.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BASSO, Maristela. A convenção nº 158 da OIT e o direito constitucional brasileiro. In: *Trabalho & Doutrina*, nº 11, dezembro de 1996.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2008.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e a ordem global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*. Em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf.

Acesso em: 01/07/2013, as 12h56.

CORRÊA, Lelio Bentes. O papel da Organização Internacional do Trabalho no mundo globalizado: afirmando os direitos humanos dos trabalhadores. Em *O Direito Material e o Processual do Trabalho dos Novos Tempos*. São Paulo: LTr, 2009.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

EICHENGREEN, Barry. *A Globalização do Capital – Uma história do sistema monetário internacional*. São Paulo: Editora 34, 2004.

FELAMINGO, Fabrício. *A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos – uma análise a partir da EC 45/04*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais, apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 3ª ed., vol. I, São Paulo, Saraiva, 2000.

FINKELSTEIN, Cláudio. *‘Jus cogens’ como paradigma do metaconstitucionalismo de Direito Internacional*. Tese de Livre-Docência em Direito Internacional Público, apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Direito do Trabalho do STF. Volume 15*. São Paulo: LTr, 2012.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Os tratados sobre direitos humanos e a regra do art. 5º, §3º, da Constituição do Brasil. *in Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém. v. 41 – n. 81 – Julho/Dezembro, 2008. pp. 33-40.

GRANT, Edward. *Historia da Filosofia Natural*. São Paulo: Madras, 2009.

HEPPLE, Bob. *Labour laws and global trade*. Hart Publishing: Oxford, 2005.

HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções, 1789-1848*. 25.ed. São Paulo: Paz e Terra. 2011.

HUIZINGA, JOHAN. *O Outono da Idade Média*. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2009.

ILO – International Labour Office. *Rules of the Game – A brief introduction to International Labour Standards*. Revised Edition. Geneva: ILO Publications, 2009.

KAUFMANN, Christine. *Globalisation and Labour Rights – The conflict between core labour rights and international economic law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992.

MENEZES, Cláudio A. C de; LOPES, Gláucia G. V.; CALVET, Otávio A. e SIVOLELLA, Roberta F. Direitos Humanos e Fundamentais. Os princípios da progressividade, da irreversibilidade e não regressividade social em um contexto de crise. *in Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém. v. 42 – n. 83 – Julho/Dezembro, 2009. pp. 57-76.

MERCOSUL.

<http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/sociolaboralPT.pdf>. Acesso em: 17/06/2013, as 17h53.

MONTANHANA, Beatriz. A constitucionalização dos direitos sociais: a afirmação da dignidade do trabalhador. In FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de (org.). *Direito do Trabalho: Direitos Humanos*. São Paulo: BH Editora, 2006. pp. 63-110.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Declaração Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Vide: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf. Acesso em: 18/06/2013, as 11h27.

PENNINGS, Fran. *The Protection of Working Relationships – A Comparative Study*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Princípio da Complementaridade e Soberania*. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Vide : <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/349/551>. Acesso em: 20/12/2012, as 10h43.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos, in TAVARES, André, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

POLITAKIS, George P. *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*. Geneva: ILO, 2007.

RAMANDIER. *Conventions ET recommandations de L´ Organization du Travail in Droit Social*, Paris, 1951, p. 598. apud SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2002.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTR, 2002.

RODRIGUEZ, Americo Plá. *Los Convenios Internacionales del Trabajo*. Montevideo: Faculdade de Derecho, 1965.

SANTOS, José Aparecido. apud CORRÊA, Lelio Bentes. O papel da Organização Internacional do Trabalho no mundo globalizado: afirmando os

direitos humanos dos trabalhadores. Em *O Direito Material e o Processual do Trabalho dos Novos Tempos*. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERVAIS, Jean-Michel. *Internacional Labour Law*. Third revised edition. Kluwer Law Internacional BV: The Netherlands, 2011.

SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado – Parte Geral*. Vol I. Rio de Janeiro: Elsevier: 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado – Jornadas e Pausas*. Vol. II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (coord.). *Direitos Humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Vide: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 27/06/13, as 14h01.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Vide: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601192>. Acesso em: 21/06/2013, as 12h35.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Vide: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em: 27/06/2013, as 16h02.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. – São Paulo: LTr, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo [et al.]. *Instituições de direito do trabalho. Vol I*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Os direitos constitucionais trabalhistas*. In *Direitos Sociais na Constituição de 1988 - Uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORRES, Heleno Taveira. Aplicação dos tratados e convenções internacionais em matéria tributária no direito brasileiro. In: *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*, (Amaral, Antonio Carlos Rodrigues do – coordenador). São Paulo: Lex Editora, Aduaneiras, 2005.

Tribunal Superior do Trabalho (org.). *Forum Internacional Sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2004.

Tribunal Superior do Trabalho. Vide: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-171. Acesso em: 18/06/2013, as 13h45.

Tribunal Superior do Trabalho. O trabalhador estrangeiro no Brasil. Vide: http://www.tst.jus.br/home/-/asset_publisher/nD3Q/content/o-trabalhador-estrangeiro-no-brasil?redirect=http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=101_INSTANCE_nD3Q&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=5. Acesso em: 18/06/2013, as 14h22.

Tribunal Superior do Trabalho. Texto integral: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=HC%20-%203331-19.2010.5.00.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAJQ6AAB&dataPublicacao=07/05/2010&query=pedro%20and%20paulo%20and%20manus>.

Acesso em: 27/06/2013, as 10h14.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. *A nova dimensão do direito internacional – A Convenção de Viena de 1986 sobre o direito dos tratados entre Estados e Organizações Internacionais e entre Organizações Internacionais: estado atual da matéria*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003.

VOSKO, Leah F. *Managing the margins – gender, citizenship, and the international regulation of precarious employment*. New York: Oxford University Press, 2010.