

O controle difuso de convencionalidade das leis na justiça do trabalho com base nas convenções da organização internacional do trabalho: caminhos para a internacionalização do direito

The diffuse control of conventional laws in the court of the work on the basis of the convention of the international labour: paths to internationalization of the law

Jânia Maria Lopes Saldanha*

Lucas Pacheco Vieira**

Resumo

O Supremo Tribunal Federal concedeu status de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil em decisão histórica de 2008. Esta decisão viabilizou o controle difuso de convencionalidade das leis, ou seja, os juízes e tribunais brasileiros devem verificar a compatibilidade das leis ordinárias com os tratados de direitos humanos regularmente ratificados, com a consequência de que as normas de estatura legal terão sua eficácia paralisada caso contrariem uma convenção de direitos humanos. A partir dessa constatação, buscou-se examinar se as convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil podem ser consideradas tratados de direitos humanos. Por fim, discutem-se as questões que nasceram da reflexão sobre o controle difuso de convencionalidade das leis na Justiça do Trabalho com base nas convenções da Organização Internacional do Trabalho em vigor no país.

* Doutora em Direito. Docente do Curso de Direito da UFSM. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Direito da UNISINOS. Este artigo foi produzido no âmbito da pesquisa intitulada “Entre o neoliberalismo e a democratização: os relatórios do Banco Mundial e os impactos para a Reforma do Poder Judiciário brasileiro confortados ao imperativo da desfuncionalidade estrutural”, realizado sob os auspícios do CNPQ. E-mail: jantiasaldanha@gmail.com

** Graduando do 6º Semestre da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Santa Maria. Pesquisador do Grupo de Estudos sobre a Internacionalização do Direito.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Supralegalidade. Tratados de direitos humanos. Controle difuso de convencionalidade das leis. Justiça do Trabalho. Organização Internacional do Trabalho.

Abstract

The Supreme Federal Court granted supra-legal status to international human rights treaties ratified by Brazil in historic decision in 2008. This decision enabled the conventionality control of the laws, in other words, brazilian judges and courts must check the compatibility of ordinary laws with human rights treaties regularly ratified, with the consequence that the rules which have legal stature will have their effectiveness paralyzed if contrary to a human rights convention. From this finding, we sought to examine whether the conventions of the international labour organization ratified by Brazil could be considered human rights treaties. Finally, we discuss the issues that were born from the reflection on the conventionality control of the laws in Labour Justice based on conventions of the international labour organization valid in the country.

Keywords: *Supreme Federal Court. Supralegality. Human Rights Treaties. Judicial review of conventions. Labour Justice. International Labour Organization.*

Introdução

Este artigo nasce de uma pergunta, cresce na reflexão de precedentes do Supremo Tribunal Federal e culmina na indicação de um caminho técnico novo para as decisões que se relacionem com normas oriundas de convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil.

A referida pergunta é a seguinte: “se tivermos um tratado que tutele determinado direito tido por “humano” ao qual o Brasil adere, o que devemos fazer?” (HC 87.585), feita pelo Ministro Cezar Peluso a seus pares durante discussão do Habeas Corpus 87.585/TO, em 03 de dezembro de 2008. O Ministro Celso de Mello prontamente respondeu:

Devemos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos e domésticos, em ordem de

impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.” (HC 87.585).

O posicionamento do Ministro Celso de Mello sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, de equiparação às normas constitucionais, não prevaleceu, vencendo a tese da supralegalidade, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal. Apesar disso, o tema do controle de convencionalidade foi posto em evidência.

Em seguida, refletimos a respeito do que podem nos dizer os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a admissão de tratados internacionais. Ponderamos se é possível considerar os direitos trabalhistas como direitos humanos e, desta forma, qualificar as convenções da Organização Internacional do Trabalho como tratados de direitos humanos, de maneira a alcançarem patamar de supralegalidade no ordenamento pátrio.

O caminho técnico novo é a realização do controle difuso de convencionalidade das leis por juízes e tribunais do trabalho com base nas convenções da OIT. Muito mais do que mera técnica, a realização do controle de convencionalidade pelas jurisdições nacionais, em verdade, consiste na correspondência dos atos da jurisdição a uma das expressões da internacionalização do direito, que é a constitucionalização do direito internacional. São abordadas questões como a forma de efetuar o mencionado controle, a mudança que a concessão de status supralegal às referidas convenções provoca na fundamentação das decisões e os efeitos e momento processual adequado para realizar o controle difuso de convencionalidade.

1 A pergunta que abriu as portas para o debate

No dia 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente o Habeas Corpus 87.585, o Recurso Extraordinário 349.703 e o Recurso Extraordinário 466.343-1. O tema dos três casos é a prisão civil do depositário infiel. Durante longo período o Supremo Tribunal Federal se posicionou favoravelmente à prisão civil do

depositário infiel¹, ressaltando-se que como forma de coerção processual e não de pena. Porém, neste julgamento, a Corte Suprema consolidou entendimento contrário, que começou a despontar com maioria no começo do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, em 22 de novembro de 2006, como registra o informativo 450 do STF. Nesta data, o Ministro Gilmar Mendes já perfilhava seu posicionamento também na questão da supralegalidade dos tratados de direitos humanos:

Entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior

¹ Citamos alguns julgados. Sob a vigência da Constituição de 1946: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 31.423. Relator: Min. Luis Gallotti. Brasília, 13 de dezembro de 1950. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2010. Sob a vigência da Constituição de 1967: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 44.947. Relator: Ministro Victor Nunes. Brasília, 01 abr. 1968. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2010. Sob a vigência da Constituição de 1969: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 69.404. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, 05 de junho 1970. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 49.664. Relator: Min. Bilac Pinto. Brasília, 28 de setembro de 1972. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2010. Sob a égide da Constituição de 1988: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.625. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 22 de outubro de 1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81.813. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 11 de junho de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 92.257. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 25 de fevereiro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2010 - este foi o último julgado encontrado que reconheceu a legalidade da prisão civil de depositário infiel.

ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/1969, assim como em relação ao artigo 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso, 2008).

A importância do julgamento conjunto do dia 03 de dezembro de 2008 para este trabalho reside exatamente na criação de um precedente judicial no Supremo Tribunal Federal que afirma a hierarquia dos tratados de direitos humanos como supralegal, ou seja, acima das leis internas e abaixo da Constituição Federal. O principal defensor dessa corrente foi o Ministro Gilmar Mendes, seguido dos Ministros Carlos Britto, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. A corrente minoritária, que concedia equiparação com as normas constitucionais, foi defendida pelo Ministro Celso de Mello, seguido dos Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau. O Ministro Marco Aurélio preferiu não se manifestar sobre o tema e o Ministro Joaquim Barbosa também não se posicionou.

O Ministro Gilmar Mendes expressou com precisão o significado do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da **supralegalidade** dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna. [...] Não podemos nos esquecer que o Brasil está inserido nesse contexto latino-americano, no qual estamos todos submetidos a uma ordem comunitária em matéria de direitos humanos; uma ordem positiva expressada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), cuja proteção jurídica segue avançando a passos largos pelo profícuo trabalho realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso, 2008). (Grifo original).

A tese vencida foi defendida pelo Ministro Celso de Mello com base principalmente no conceito de bloco de constitucionalidade, “que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados” (HC 87.585), conforme definição

do decano da Corte e que pode ser entendido, mais largamente, como o conjunto de direitos da pessoa assegurado pelas Constituições e pelo direito internacional dos direitos humanos, seja derivado das fontes convencionais, dos costumes, do *jus cogens* ou dos direitos implícitos expressamente incorporados aos sistemas jurídicos internos por força do que dispõe o artigo 29, letra “c”² da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, limites esses que se constituem em afirmação de compromissos do Estado na seara internacional. Então, antes de fragilização da soberania podem ser entendidos como afirmação dela própria. Foi neste julgamento conjunto, mais especificamente no *Habeas Corpus* 87.585, que o Ministro Celso de Mello respondeu à pergunta que deu ensejo para este artigo, feita pelo Ministro Cezar Peluso: “se tivermos um tratado que tutele determinado direito tido por “humano” e ao qual o Brasil adere, o que devemos fazer?” (HC 87.585). A solução proposta foi a promoção, se for o caso, do controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos.

Antes ainda do questionamento do Ministro Cezar Peluso, o Ministro Celso de Mello já havia comentado, ao esclarecer seu posicionamento para o Ministro Carlos Britto, sobre a possibilidade do exercício do controle de convencionalidade das leis:

Proponho que se reconheça **natureza constitucional** aos tratados internacionais, **submetendo**, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos **a um duplo** controle de ordem jurídica: *o controle de constitucionalidade e, tam-*

² “Art. 29 – *Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*” Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.> Acesso em: 29 jul. 2010.

bém, o *controle de convencionalidade*, **ambos** incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 87.585. Relator: Min. Marco Aurélio, 2008).

Apresentado o controle de convencionalidade das leis pelo Ministro Celso de Mello no Supremo Tribunal Federal, torna-se necessário fazer uma análise mais detida do tema, tanto jurisprudencial como doutrinária.

O controle de convencionalidade surgiu, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, no Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em 26 de setembro de 2006. Naquele julgamento a Corte de San José transmitiu uma mensagem clara aos magistrados nacionais:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, sentencia de 26 de septiembre de 2006).

Ainda no ano de 2006, a CIDH salientou no Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* que os órgãos judiciais nacionais deveriam também um controle de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção

Americana sobre Direitos Humanos. Neste mesmo caso, o juiz Sergio García Ramírez expandiu o horizonte de aplicação do referido controle para todos os tribunais nacionais em seu voto, aventando a possibilidade de um controle difuso:

12. Este '*control de convencionalidad*', de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener -- como ha sucedido en algunos países -- carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. (CIDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006).

No Brasil, o controle de convencionalidade foi defendido pela primeira vez por Valerio Mazzuoli (2009, p. 355) em sua tese de doutorado, no ano de 2008. Segundo o doutrinador,

a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.

o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos pelo Estado e em vigor no território nacional. (MAZZUOLI, 2009, p. 355).

E qual seria a consequência da declaração por um órgão jurisdicional interno de que uma norma doméstica não está em conformidade com um tratado de direitos humanos em vigor no país? "A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte invalida a produção normativa doméstica, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico." (MAZZUOLI, 2009, p. 357). Essa nova dinâmica reforça, seguramente, o impacto dos textos internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil

seja signatário no espaço interno, como demonstra o caso recente da criação da Súmula Vinculante nº 25³, que proibiu a prisão do depositário infiel.

O referido doutrinador defende que, desde a Constituição Federal de 1988, existe no Brasil autorização para que seja feito o controle de convencionalidade difuso. O argumento é fundamentado na ideia de que as normas internacionais de direitos humanos têm status de norma constitucional em virtude do que prevê o art. 5º, §2º. Diz o texto:

§2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

A interpretação que Mazzuoli (2009, p. 350-354) faz é a de que, em primeiro lugar, a redação prevê direitos implícitos na parte “outros [direitos] decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” entre os quais pode ser incluído o princípio internacional *pro homine*. Em segundo lugar, haveria evidente equiparação com as normas constitucionais no trecho “ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (MAZZUOLI, 2009, p. 350-354).

Com isso, desde o texto constitucional de 1988, as leis infraconstitucionais deveriam passar por um controle difuso de convencionalidade material, afinal, não havia ainda mecanismo de equiparação formal, por meio de emenda constitucional, das normas convencionais de direitos humanos com as normas constitucionais, o que permitiria o controle concentrado. Dessa forma, desde 1988, os juízes e os tribunais internos deveriam realizar o controle de convencionalidade, ou seja, adaptar ou conformar os atos ou leis internos aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional.

Com a inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição Federal, que prevê forma de reconhecimento do caráter formal de constitucionalidade das

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2010.

normas de convenções de direitos humanos, teria sido criado o controle concentrado de convencionalidade das leis para os casos em que houver aprovação segundo o trâmite previsto. Como diz o doutrinador: “O que o art. 5º, §3º do texto constitucional fez foi tão-somente atribuir “equivalência de emenda” a tais tratados, e não o *status* de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5º, §2º da Constituição.” (MAZZUOLI, 2009, p. 360). E continua:

uma vez aprovado o tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, §3º da Constituição, tal tratado será *formalmente constitucional*, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle da legislação infraconstitucional. (MAZZUOLI, 2009, p. 360).

Em suma, os tratados não aprovados pelo quorum qualificado do art. 5º, §3º, têm status de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, §3º, estes tratados servirão também de paradigma do controle concentrado de convencionalidade.

Quanto à hierarquia de tratados internacionais é preciso mencionar que Valerio Mazzuolli (2009) qualifica como supralegais apenas os tratados comuns de direitos internacionais, vale dizer, os que não versam sobre direitos humanos. Como não é este o tema tratado no presente estudo, não faremos observações aprofundadas sobre a hierarquia dos tratados comuns.

A tese de Valerio Mazzuolli (2009) se encaixa na corrente que defende o caráter constitucional dos diplomas internacionais⁴ desde a Constituição de 1988, capitaneada por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Destaque-se que foi o Professor Cançado Trindade quem propôs à Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do §2º ao art. 5º no texto constitucional que estava sendo construído.

⁴ No direito comparado, esta tese é vigente, por exemplo, na Argentina (art. 75 (22) da Constituição Argentina) e na Venezuela (art. 23 da Constituição Venezuelana).

Os doutrinadores que se filiam a essa corrente entendem o §2º do art. 5º da Constituição como cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Com a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria atribuindo a esses diplomas a hierarquia constitucional, e o §1º do art. 5º asseguraria a tais normas a aplicabilidade imediata. Eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito, tarefa de tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Assim, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante diálogo de fontes com o propósito comum de defesa e proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, existe a corrente que defende o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos⁵, que pode ser bem representada doutrinariamente pelo Ministro Gilmar Mendes. O Ministro aduz que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Em termos práticos, a inclusão do §3º ao art. 5º seria uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Como constitucionalista, o Ministro Gilmar Mendes defende a supremacia da Constituição da República sobre os tratados internacionais, dado que, em nosso sistema jurídico, o primado da Constituição é oponível ao princípio do *pacta sunt servanda*. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 375). Os tratados sobre direitos humanos também são infraconstitucionais, consistindo sua diferenciação em terem lugar especial reservado no ordenamento jurídico, estando abaixo do texto constitucional e acima das leis em geral. Desta forma, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante tem sua

⁵ Esse é o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos na Alemanha (art. 25 da Lei Fundamental), na França (art. 55 da Constituição Francesa) e na Grécia (art. 28 da Constituição Grega).

eficácia paralisada, a exemplo do que ocorreu com o art. 652 do Código Civil de 2002 após os citados julgamentos de 03 de dezembro de 2008.

A defesa do ministro Gilmar Mendes da supralegalidade é feita com base em (a) novas interpretações das Cortes Constitucionais sobre o tema, que cada vez mais aderem ao direito internacional e comunitário na aplicação do direito⁶; (b) na doutrina do “Estado Constitucional Cooperativo”, de Peter Häberle; e (c) no argumento de que a Emenda nº 45 acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os estados, “conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.” (RE 466.343).

Uma terceira tese doutrinária⁷, que busca conciliar as duas correntes que foram expostas acima, é a defendida por Luiz Flávio Gomes. O autor segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e aduz que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem nível (apenas) supralegal. (MAZZUOLI, 2009, p. 12). Levando em consideração que não contam com valor constitucional, eles servem de paradigma (somente) para o controle difuso de convencionalidade, visto que o Supremo Tribunal Federal exige norma de status constitucional para fazer controle concentrado de norma. Na visão de Luiz Flávio Gomes (2009), o controle difuso de convencionalidade deve ser levantado em linha de preliminar, em cada caso concreto, cabendo ao juiz respectivo a análise dessa matéria antes do exame do mérito do pedido principal.

⁶ “A jurisprudência das Cortes vem reconhecendo essa superioridade normativa da ordem jurídica internacional. O Prof. Malcolm Shaw anota os seguintes ordenamentos que prevêem a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis internas: França (Caso Café Jacques Fabre, Cour de Cassation, 16 Common Market Law Review, 1975); Holanda (Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien 74, International Law Review, ILR); Itália (Canadá v. Cargnello, Corte de Cassação Italiana, 114 ILR); Chipre (Malachtou v. Armefti and Armefti, 88 ILR); e Rússia (art. 5º da Lei Federal Russa sobre Tratados Internacionais, adotadas em 16 de Julho de 1995). [SHAW, Malcolm N. International Law. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pp. 151-162].” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Min. Marco Aurélio, 2008. Aditamento ao Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 4.

⁷ Neste artigo tratamos apenas das correntes relevantes para a aplicação do controle de convencionalidade das leis no Brasil, deixando de lado, por exemplo, a corrente doutrinária que concede aos tratados internacionais caráter supraconstitucional. Na doutrina pátria, quem defende essa tese é o Professor Celso de Albuquerque Mello. No direito comparado, Bidart Campos.

Em relação aos tratados aprovados pela maioria qualificada do §3º do art. 5º da Constituição Federal, servirão de paradigma ao controle de constitucionalidade concentrado, perante a Corte Suprema, ou difuso, perante qualquer juiz, incluindo-se os do Supremo Tribunal Federal. Avançando mais sobre esse tema, Luiz Flávio Gomes (2009) argumenta que em sede de controle de constitucionalidade concentrado cabe admitir o uso de todos os instrumentos desse controle perante o Supremo Tribunal Federal para o controle de convencionalidade, sendo possível ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de inconstitucionalidade e inconvenção), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com a norma internacional com valor constitucional), ou até mesmo de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

Como refere Delmas-Marty, se a justiça se “mundializa” em face da abertura das jurisdições nacionais ao diálogo com seus pares nacionais e do reconhecimento da importância da internacionalização do direito, ela é confrontada pelo desafio de determinar qual o sentido dessa internacionalização. O dilema, portanto, é compor uma internacionalização “ética”, comprometida com os direitos humanos e que depende da atuação ativa dos Estados e a globalização econômica que se caracteriza pelo aumento de seus poderes. Então, de um lado a ideia de universalismo e solidariedade, e de outro o crescimento da competição e da eficiência. Sendo os direitos trabalhistas direitos humanos, a jurisdição trabalhista tem um relevante papel a cumprir nesse contexto.

2 As convenções da Organização Internacional do Trabalho podem servir como parâmetro para o controle de convencionalidade?

Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, nos quais se decidiu e discutiu a respeito da hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, foram a base para a análise desta questão. Não se buscou por ementas ou acórdãos, que em regra conduzem as pesquisas à formulação de concepções genéricas e simplistas, mas pelos fundamentos dos debates e votos dos Ministros da

Corte Suprema. Eis que somente assim se pode verificar racionalmente a solidez dos argumentos da nossa proposição, de aplicar o controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho com base nas convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Evidentemente, fica reduzido, com esta abordagem, o horizonte para se fazer uma crítica teórica de maior amplitude, que poderia envolver até mesmo o questionamento da posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, a intenção de escrever balizado pelo entendimento corrente da Corte Suprema é alvitrar caminhos passíveis de aplicação prática imediata do controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho. Destarte, privilegiou-se o exame do “trabalho do direito” ou “trabalho da concretização”, definido assim por Friedrich Müller (2009, p. 276-277):

O que se pode ler nos códigos (e nas constituições), são somente os *textos da norma* – dito de outro modo, textos que ainda devem, pela concretização [*Rechtsarbeit*], ser transformados em normas jurídicas. O direito normativo encontra-se nos textos dos julgamentos e não já naquilo que produz o poder legislativo; Esses textos de normas são somente um *ponto de partida* da concretização e, por terem sido criados por um poder democrático, também um *limite* para um ato de concretização legal e legítimo.

Dividiu-se a resposta à questão sobre a aplicação das convenções da OIT como base para a efetivação do controle de convencionalidade das leis na Justiça do Trabalho em três linhas argumentativas. O elemento comum é que todas foram extraídas de julgados do Supremo Tribunal Federal. Pretende-se, deste modo, demonstrar que fundamentos de precedentes da própria Corte Suprema avalizam o emprego das convenções da Organização Internacional do Trabalho com a finalidade de verificar a convencionalidade das leis no âmbito da Justiça do Trabalho.

A primeira linha argumentativa é a de que os tratados são leis especiais que revogam leis anteriores e não são passíveis de revogação por leis posteriores. Ela está ancorada na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nas décadas de 1940 e 1950. Pode-se extraí-la do voto do Ministro Lafayette de Andrada, na Apelação Cível 9.587, de 21.08.1951. O caso referia-se à aplicabilidade dos dispositivos do

decreto-lei 7.404, de 1942, em face de tratado de comércio celebrado entre Brasil e Estados Unidos. A União pedia a aplicação deste decreto-lei de maneira que poderia receber impostos de consumo não pagos pela Companhia Radio Internacional do Brasil na importação de válvulas para aparelhos rádio-receptores e rádio-transmissores. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de desprover a apelação da União, pois o tratado fazia menção expressa a não elevação de tributos sobre, entre outros produtos, válvulas e tubos para tais aparelhos. Destarte, prevaleceu o tratado internacional sobre o direito interno, como se pode observar nas palavras do Ministro Lafayette de Andrada:

Já sustentei [...] que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente a exclusão dessas mesmas leis. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 9.587. Relator: Min. Lafayette de Andrada, 1951).

E conclui o Ministro Lafayette de Andrada:

Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 9.587. Relator: Min. Lafayette de Andrada, 1951).

A tese de que os tratados internacionais constituem leis especiais que não podem ser revogadas por leis posteriores e revogam leis anteriores é bastante próxima, senão um fundamento daquela que conferiu hierarquia de supralegalidade para os tratados de direitos humanos, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, de 03.12.2008. Veja-se o excerto do voto do Ministro Menezes Direito:

Daí a solução prática trazida, inspirada em tempos de antanho pelo Ministro **Orozimbo Nonato**, de estabelecer um degrau de ingresso dos tratados e convenções, que ele chamou de 'leis especiais' [...] Esses atos não são supralegais, mas, sim, especiais, isto é, são atos de hierarquia diferenciada na medida em que oriundos de um plano que está além, pela própria natureza do seu conteúdo substantivo, da

hierarquização doméstica. Eles ficam no plano legal, mas com hierarquia superior, porquanto ingressam de forma diferente da produção normativa doméstica. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Min. César Peluso, 2008. Voto do Ministro Menezes Direito).⁸

A solução trazida pela Apelação Cível 9.587, de 21.08.1951, prevê tratamento de lei especial para os tratados internacionais em geral, diferentemente da atual orientação da Corte Suprema, que é de conceder apenas aos tratados de direitos humanos a qualidade de lei especial. Portanto, a apreciação da respectiva Apelação Cível não serve para conceder às convenções da Organização Internacional do Trabalho o status de lei especial na situação presente, mas apenas para o propósito, que não é suficiente aqui, de sugerir que o Supremo Tribunal Federal reconsidere seu posicionamento hodierno sobre a hierarquia dos tratados internacionais com base em seus próprios precedentes.

A segunda linha argumentativa é diversa da primeira na medida em que não se ocupa em determinar um local específico para os tratados, mas na afirmação fundamentada constitucionalmente de que a aprovação definitiva do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária. O Ministro Oswaldo Trigueiro, no Recurso Extraordinário 71.154, de 25.08.1971, foi quem defendeu esta linha de pensamento:

O art. 64, I, da Constituição de 1946 incluiu na competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados, com Estados estrangeiros, pelo Presidente da República. O princípio foi reproduzido pela Constituição de 1967 (art. 47, I) e mantido pela vigente Emenda Constitucional nº 1 (art. 44, I).

⁸ O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, da mesma forma que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, afirma que o Relator da Apelação Cível 9.587, de 21.08.1951, era o Ministro Orosimbo Nonato. Neste artigo citamos que o Relator era o Ministro Lafayette de Andrada porque, feita a pesquisa de jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal, na página 28 do referido julgamento, o Ministro Orosimbo Nonato consta como Presidente da Corte, enquanto o Ministro Lafayette de Andrada, como Relator.

Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A prevalecer esse critério, o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, porém não no âmbito do direito interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 71.154. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, 1971).

A Constituição Federal de 1988 contém, no art. 49, I, dispositivo similar aos citados art. 64, I, da Constituição de 1946; art. 47, I, da Constituição de 1967; e art. 44, I, da Emenda Constitucional nº 1. Desta forma, o raciocínio do Ministro Oswaldo Trigueiro permanece válido em relação à Constituição de 1988. Quanto às dúvidas sobre o procedimento de ratificação dos tratados não ser compatível com o processo de aprovação das leis, o Ministro Oswaldo Trigueiro é lapidar:

Acresce que a aprovação dos tratados obedece ao mesmo processo de elaboração da lei, com a observância de idênticas formalidades de tramitação. É certo que se dispensa a sanção presidencial. Mas esta seria desnecessária, porque, quando celebra um tratado e o submete à aprovação legislativa, o Presidente obviamente manifesta sua concordância. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 71.154. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, 1971).

Ademais, o art. 105, III, a) da Constituição de 1988, na parte em que se refere a tratado, ficaria esvaziado caso a aplicação dos tratados dependesse de novo ato legislativo para incorporar o texto à lei interna. É o que o Ministro Oswaldo Trigueiro também observava:

Por outro lado, a Constituição inclui, na competência do Supremo Tribunal, a atribuição de julgar, mediante recurso extraordinário, causas oriundas de instância inferior, quando a decisão for contrária à letra de tratado ou de lei federal.

A meu ver, essa norma consagra a vigência dos tratados, independentemente de lei especial. Porque, se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa de vigência do tratado, exigindo para a validade deste a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto de legislação interna. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 71.154. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, 1971).

Por fim, remata o Ministro Oswaldo Trigueiro:

Quanto ao direito brasileiro, não me parece razoável que a validade dos tratados fique condicionada à dupla manifestação do Congresso, exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu. Por outro lado, acho que, em virtude dos preceitos constitucionais anteriormente citados, a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 71.154. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, 1971).

Como o julgamento se referia à aplicação imediata da Lei Uniforme de Genebra, a conclusão do Ministro era pela revogação das leis ordinárias contrárias a um tratado internacional geral. Consoante esta linha de pensamento, as convenções da Organização Internacional do Trabalho, desde que ratificadas pelo Brasil, revogariam leis ordinárias contrárias a ela, tornando possível o controle difuso de convencionalidade na Justiça do Trabalho. É um caminho interessante, devido a sua referência constante à Constituição e por ser um fundamentado precedente da Suprema Corte, porém, da mesma forma que a primeira linha argumentativa, não é suficiente para permitir que seja feito controle difuso de convencionalidade das leis com base nas convenções da Organização Internacional do Trabalho, tendo-se em vista a atual orientação do Supremo Tribunal.

A terceira linha argumentativa é a de que as convenções da Organização Internacional do Trabalho são dotadas de status supralegal, por serem tratados internacionais de direitos humanos. Poder-se-ia optar por defender a supralegalidade de todos os tratados internacionais,

como na primeira linha argumentativa, ou por sustentar a revogação das leis internas anteriores independentemente do status dos tratados internacionais, conforme a segunda linha argumentativa. Ao revés, preferiu-se o caminho mais pragmático, ou seja, investigar se os direitos trabalhistas compõem o rol dos direitos humanos para, então, afirmar a ideia que as convenções da Organização Internacional do Trabalho também são tratados internacionais de direitos humanos, possibilitando a imediata aplicação dessas convenções com o propósito de permitir a execução do controle de convencionalidade pelos juízes e tribunais do trabalho.

Os direitos trabalhistas estão na gênese do processo de internacionalização dos direitos humanos. Embora se costume considerar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como o marco jurídico inicial da proteção aos direitos humanos, na verdade, foram a Organização Internacional do Trabalho, as convenções de Direito Humanitário e a Liga das Nações os precedentes de fato do processo de internacionalização dos direitos humanos. A Organização Internacional do Trabalho foi criada após a Primeira Guerra Mundial, na parte XIII do Tratado de Versalhes, com a finalidade de promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar. Na visão de Louis Henkin, “a Organização Internacional do Trabalho foi um dos antecedentes que mais contribuiu à formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.” (HENKIN *apud* PIOVESAN, 2008, p. 111). O impacto da criação da OIT foi brilhantemente descrito por Arnaldo Sússekind, (1987, p. 104) ao afirmar que “Um tratado internacional de remarcado relevo consagrava, assim, o *Direito do Trabalho* como um novo ramo da ciência jurídica; e para universalizar suas normas, criava a *OIT* [...]”.

Em relação à qualificação dos direitos trabalhistas como direitos humanos, anifestou-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Ricardo Baena Vs. Panamá*, julgado em 2 de fevereiro de 2001, da seguinte forma:

158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos. (CIDH, Caso Ricardo Baena y otros Vs. Panamá, Mérito, Reparaciones e Custas, sentencia de 2 de febrero de 2001).

Posteriormente a CIDH utilizou a expressão *derechos humanos laborales* na Opinião Consultiva nº 18, emitida em 17 de setembro de 2003, que tratava dos direitos dos trabalhadores migrantes ilegais. Assim se pronunciou Corte de San José:

137. No basta con hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores migrantes, sino que es también pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y terceros. (CIDH, Opinião Consultiva nº 18, 17 de setembro de 2003).

Portanto, nossa proposta de que os direitos trabalhistas, inscritos nas Convenções da OIT no plano internacional, compõem o *corpus* dos direitos humanos é uma realidade na jurisprudência de uma importante Corte Internacional. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha atribuído status de mera legalidade às Convenções da OIT na ADI 1.480, julgada em 04 de setembro de 1997, e decidido que os tratados internacionais não podem substituir lei complementar (no caso, a Convenção nº 158), posicionamo-nos no sentido que as normas internacionais de direitos humanos, a partir do reconhecimento de sua supralegalidade, estão acima, inclusive, das leis complementares, podendo preencher lacuna decorrente da não edição destas leis.

Da Constituição Brasileira podem-se extrair direitos trabalhistas que têm estatura de direitos humanos, tais como: a) direito a salário mínimo (incisos IV, VI, VII, art. 7º); b) direito a jornada de trabalho compatível com a dignidade dos trabalhadores (XIII, XIV, art. 7º); c) direito a repouso semanal remunerado (XV, art. 7º); d) direito ao gozo de férias anuais remuneradas (XVII, art. 7º); e) direito a licença remunerada e com estabilidade para as gestantes (XVIII, art. 7º); f) direito a ambiente de trabalho seguro e saudável (XXII, XXIII, art. 7º); g) direito a remuneração adicional do trabalho noturno, insalubre, penoso ou perigoso (IX, XXIII, art. 7º); h) direito a aposentadoria (XXIV, art. 7º); i) direito de igualdade na admissão e na fixação de salário (XXX, XXXI, art. 7º). O descumprimento de qualquer destas normas atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos humanos e valor maior do Estado Democrático de Direito.

Destarte, fica claro que as normas trabalhistas possuem qualidade de normas de direitos humanos, e, por consequência, permitem dar status supralegal às convenções da Organização Internacional do Trabalho, como convenções de direitos humanos que são. Impõem, portanto, conforme a jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, o controle de convencionalidade, que na dicção de Rey Cantor (2008, p. LII) “é a adequação material das leis internas ao estabelecido pela Convenção Americana” mas que indiscutivelmente deve ser estendido a qualquer marco normativo internacional sobre direitos humanos.

3 O exercício do controle difuso de convencionalidade das leis pelos juízes e tribunais do trabalho

O Poder Judiciário, em tempos de expansão dos direitos fundamentais no plano internacional, tem o dever de promover, em todas as instâncias, a concretização dos direitos dos cidadãos, garantidos tanto na Constituição Federal quanto nas convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil. Esta responsabilidade é extraordinária, visto que a medida da efetividade dos direitos fundamentais é o critério por excelência para se aferir o patamar de civilidade em que uma nação democrática se encontra. Seguramente pode ser dito que os juízes são os agentes mais ativos da internacionalização do Direito, verdadeiros engenheiros da transformação que este processo acarreta. (ALLARD; GARAPON, 2008, p. 8). A atenção por parte dos juízes nacionais à jurisprudência das Cortes regionais, como por exemplo, da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, é algo que aos poucos se percebe da própria jurisprudência das Cortes Supremas.⁹

Com efeito, a tarefa dos juízes e tribunais do trabalho de promover o controle difuso de convencionalidade das leis, com base nas convenções Internacionais do Trabalho, reveste-se deste espírito do moderno Poder Judiciário, protagonista da aplicação das liberdades

⁹ Como ocorreu com a Suprema Corte Americana, por ocasião do julgamento do processo *Lawrence vs. Texas*, em que a jurisprudência americana se abriu às normas estrangeiras. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007, p. 47.

fundamentais da pessoa humana reconhecidas na Constituição Federal e dos direitos estabelecidos em tratados internacionais com os quais o Brasil tenha se comprometido. Destarte, o Judiciário Brasileiro confere maior credibilidade à palavra empenhada pelo país nos compromissos internacionais, além de permitir que o Brasil exija dos outros pactuantes a efetivação dos direitos inscritos nos textos das convenções.

O controle difuso de convencionalidade das leis na Justiça do Trabalho deve ser realizado tendo como parâmetro as convenções da Organização Internacional do Trabalho, da seguinte forma: (a) faz-se o exame da compatibilidade de determinada convenção com a Constituição Federal; (b) verifica-se a compatibilidade das leis trabalhistas com as previsões da convenção; (c) constatada a contrariedade com o texto convencional, a respectiva lei trabalhista tem sua eficácia paralisada, sendo, então, aplicado o dispositivo da convenção.

A primeira etapa, o exame de constitucionalidade, que, em verdade, antecede o controle de convencionalidade propriamente dito, é fundamental porque o princípio que impera no ordenamento jurídico nacional é o da supremacia da Constituição. O respeito a esse princípio é vital para assegurar a segurança jurídica no direito pátrio. A segunda e a terceira etapa podem ser ilustradas com o caso da convenção nº 132, da Organização Internacional do Trabalho.

A referida convenção foi concluída em Genebra, em 24 de junho de 1970, tendo entrado em vigor internacionalmente em 30 de junho de 1973. No Brasil, o Congresso Nacional aprovou-a por meio do Decreto Legislativo nº 47, de 23 de setembro de 1981, e o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação em 23 de setembro de 1998, passando a convenção a vigorar no país em 23 de setembro de 1999. A promulgação sobreveio com o Decreto nº 3.197, de 5 de outubro de 1999.

A convenção nº 132, da Organização Internacional do Trabalho, dispõe sobre as férias anuais remuneradas e alguns de seus artigos estão em conflito com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Neste caso, os juízes e tribunais do trabalho devem aplicar o controle difuso de convencionalidade para impor efeito paralisante aos dispositivos da CLT que contrariem previsões da convenção nº 132. Uma das normas que tem sua eficácia paralisada é o art. 147 da CLT, cujo programa exclui o direito à proporcionalidade para o dispensado por justa causa. A razão

é que o art. 11, da convenção nº 132, dispõe que todo trabalhador que tiver prestado serviço por um período mínimo de seis meses terá direito ao recebimento de férias proporcionais, desvinculando, assim, o instituto das férias do motivo da rescisão contratual.

Os juízes e tribunais do trabalho já aplicam a convenção nº 132, como se pode observar em algumas decisões.¹⁰ Por meio de excerto do voto do Desembargador Milton Varela Dutra, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no Recurso Ordinário 0070000-85.2009.5.04.0741, de 10.02.2010, pode-se explicitar os fundamentos que são empregados para aplicar a convenção nº 132 em detrimento da CLT:

De referir, também, que as convenções internacionais, uma vez ratificadas pelo Brasil, como é o caso da convenção em comento, passam a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio como lei infraconstitucional, mais especificamente como lei ordinária. Quanto ao aspecto, ensina Carmem Camino ('in' Direito Individual do Trabalho. 3.ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 489) que A promulgação da Convenção 132 implicou introduzi-la no plano da ordem interna com o mesmo grau de hierarquia das leis ordinárias. Portanto, quando as disposições da Convenção forem incompatíveis com as disposições legais já existentes, especialmente, a CLT, há revogação destas últimas. A Convenção, contudo, não prevalece quando dispõe 'in pejus', porque o direito internacional adota o princípio da prevalência da norma interna mais favorável, vale dizer: quando um país ratifica convenção ou tratado internacional, este atua como norma mínima,

¹⁰ As seguintes decisões ilustram a aplicação desta Convenção no ponto: RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho. Região 04. Recurso Ordinário: 00093.009/02-0, Relatora: Juíza Ione Salin Gonçalves. Porto Alegre, 28 de agosto de 2002. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 25 jul. 2010. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho. Região 04. Recurso Ordinário 0067900-38.2008.5.04.0404, Relator: Juiz Convocado Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 29 de julho de 2009. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 25 jul. 2010. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho. Região 04. Recurso Ordinário 0070000-85.2009.5.04.0741, Relator: Des. Milton Varela Dutra. Porto Alegre, 10 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 25 jul. 2010.

nada impedindo que, na ordem interna, esse mesmo país amplie a tutela do mesmo direito (reafirma esse princípio o art. 19.8 da Constituição da OIT)”. Por conseguinte, seja em face do que dispõe o inciso XVII do art. 7º da CF, seja em razão do que preceitua o art. 11 da Convenção 132 da OIT – norma esta que, inequivocamente, é mais favorável ao empregado despedido por justa causa do que a norma prevista no art. 146, parágrafo único, da CLT [...] é irrefutável conceber revogado o parágrafo único do art. 146 da CLT, não se verificando a apregoada afronta ao art. 5º, II, da CF. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho, RO 0070000-85.2009.5.04.0741, Relator: Des. Milton Varela Dutra, 2010).

Aceitas as ideias preconizadas neste brevíssimo estudo, a extraordinária decisão do Desembargador não seria mudada, apenas os fundamentos seriam outros. Sintetizando as mudanças práticas sugeridas: (a) a convenção nº 132, assim como todas as outras da Organização Internacional do Trabalho, tem valor supralegal; (b) as normas da CLT incompatíveis com a convenção nº 132 não são revogadas, mas têm sua eficácia paralisada; (c) não se faz necessário argumentar, de agora em diante, pelo princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, tendo em vista que as normas convencionais têm hierarquia superior às normas da CLT.

Quanto aos aspectos processuais, os efeitos da decisão em sede de controle difuso de convencionalidade são os mesmos do controle difuso de constitucionalidade, ou seja, efeitos entre as partes, ou subjetivos. Justifica-se esse posicionamento na medida em que a diferença entre as duas formas de verificação é apenas o referencial de controle, tendo os dois controles o mesmo regramento procedimental por força de regularem o mesmo corpo normativo inferior.

Em relação ao momento processual adequado para invocar a verificação de convencionalidade, a nosso ver, o procurador da parte deve fazê-lo na própria inicial ou no recurso ordinário, enquanto os juízes poderão realizar o controle de convencionalidade quando provocados (pela petição inicial) ou compatibilizar as normas internas às convencionais na própria decisão de mérito. Em nível de Tribunal do Trabalho, o controle de convencionalidade far-se-ia quando provocado o Tribunal (no recurso ordinário) ou na apreciação do mérito de recurso.

Em ambos os casos propõe-se a movimentação da jurisdição em sede de controle difuso de convencionalidade nas formas por excelência de provocar a decisão das duas instâncias, ou seja, a petição inicial, para o primeiro grau, e o recurso ordinário, no segundo grau. A razão desta opção é evitar a insegurança jurídica, que adviria caso seja permitido aos procuradores das partes demandarem em outros momentos processuais além destes. Outra observação é a concessão, novamente às duas instâncias, para compatibilizarem os dispositivos meramente legais às aludidas convenções quando da decisão do mérito da lide. É a prática reiterada e bem sucedida dos juízes e tribunais, na aplicação das convenções, nesta fase processual, argumento suficiente para a defesa desta proposição, haja vista que o trabalho prático deve sempre guiar as reflexões sobre a processualística.

Conclusão

O controle difuso de convencionalidade das leis é um instrumento que permite aos juízes e tribunais verificar a compatibilidade da legislação ordinária com os tratados internacionais de direitos humanos e assim cumprir a importante função de agentes ativos da internacionalização do Direito. A autorização para a aplicação dele provém dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que concederam, em 03 de dezembro de 2008, o status de supralegalidade a esta modalidade de tratados internacionais.

Então, refletiu-se sobre a possibilidade de se considerar as convenções da Organização Internacional do Trabalho como tratados internacionais de direitos humanos. Para isso, lançou-se mão de precedentes do Supremo Tribunal Federal relacionados à hierarquia dos tratados internacionais. A análise destes julgados contribuiu para a formulação da ideia de que as normas trabalhistas, por serem normas de direitos fundamentais nacionais e internacionais, também integram o rol das normas de direitos humanos. Destarte, as convenções da Organização Internacional do Trabalho são convenções Internacionais de Direitos Humanos e, por consequência, têm status supralegal.

Esta constatação tem o condão de introduzir fundamentos modernos às decisões de juízes e tribunais do trabalho na seara convencional, consentâneos com a tendência internacional de fortalecer

tanto a eficácia quanto a juridicidade dos direitos humanos, e apresentar uma ferramenta processual relativamente nova no cenário jurídico nacional, qual seja o controle difuso de convencionalidade das leis, que pode ser aplicada imediatamente pela jurisdição trabalhista de primeiro e segundo graus, conforme os fundamentos expostos no percurso do texto.

Reconhecem-se as enormes dificuldades de uma verificação de convencionalidade difusa das leis trabalhistas com parâmetro nas convenções da Organização Internacional do Trabalho, porém enfrentar este desafio é imperioso se aspiramos realmente à construção de uma sociedade livre e justa. Na verdade, o valor do esforço de examinar constantemente a compatibilidade entre as normas jurídicas nacionais e internacionais reside justamente na dificuldade desta complexa empreitada e que terá seu sucesso na maior ou menor abertura da jurisdição à emancipação de seus juízes em relação ao direito nacional, por um lado, e à emulação, ou seja, o estímulo que recebem da jurisprudência das Cortes internacionais e regionais, rumo à chamada “internacionalização progressiva”¹¹, que deverá ter a sabedoria de combinar as competências nacionais com as normas internacionais.

Por fim, o Judiciário brasileiro tem, a partir da Constituição Federal de 1988, a tarefa de concretizar os direitos e garantias do ser humano, sejam eles fundados no plano nacional ou internacional, a fim de assegurar a condição da dignidade da pessoa humana como pedra angular do nosso sistema constitucional, que vive um processo crescente de adequação à moderna tendência de internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

¹¹ A expressão é de DELMA-MARTY, Mireille. Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 50.

Referências

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1.480**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Apelação cível 9.587**. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Brasília, DF, 21 de agosto de 1951. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 87.585/TO**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 72.131**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 349.703**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 466.343-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 71.154**. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Brasília, DF, 25 de agosto de 1971. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. Região 04. **Recurso Ordinário 0070000-85.2009.5.04.0741**. Relator: Desembargador Milton Varela Dutra. Porto Alegre, 10 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 28 jun. 2010.

CIDH. Caso **Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**: exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf> Acesso em: 2 ago. 2010.

_____. Caso **Ricardo Baena y otros Vs. Panamá**: mérito, reparações e custas. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf> Acesso em: 2 ago. 2010.

_____. Caso **Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru**: exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf> Acesso: 5 ago 2010.

_____. **Opinião Consultiva**, n. 18, 17 setembro 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf> Acesso em: 5 ago. 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Études juridiques comparatives et internationalisation du droit**. Paris: Fayard, 2003.

_____. **Les forces imaginantes Du droit**: La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2033, 24 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12241>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

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

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista da Ajuris**, ano 36, n. 113, p. 334-340, mar. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

REY CANTOR, Ernesto. **Control de la convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México: Porrúa, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1987.

Recebido em: 15/09/10

Avaliado em: 30/11/10

Aprovado para publicação em: 07/12/10