



**TRABAJO FINAL DEL**

**MÁSTER UNIVERSITARIO EM DERECHO CONSTITUCIONAL**

TÍTULO

**A APLICABILIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

AUTOR

**EVANDRO PAULO BRIZZI**

TUTOR

**ABRAHAM BARRERO ORTEGA**

CURSO

**2018/2019**

Vº Bº del tutor/a	Sello de la Secretaría del Centro
Fdo.	

## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

#### **1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

1.1. DEFINIÇÕES TERMINOLÓGICAS E CONCEITUAIS

1.2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.4. OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

1.5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

#### **2. A APLICABILIDADE INTERNA DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

2.1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

2.2. A INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO.

2.3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.4. A APLICABILIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### **CONCLUSÃO**

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

### **INTRODUÇÃO**

A evolução da proteção dos direitos fundamentais no plano interno dá-se sobretudo desde a segunda metade do século XVII, sendo acompanhada, de alguma forma, especialmente, a partir de aproximadamente a metade deste percurso, pela expansão dos direitos humanos no plano internacional. Neste trilhar, os dois planos influenciam-se reciprocamente, de maneira que tanto os direitos positivados nas constituições nacionais inspiram o direito internacional dos direitos humanos, como este retroalimenta as constituições nacionais.

Apesar disso, a harmonização destes dois planos de proteção ainda desafia uma mais ampla compreensão, especialmente no caso brasileiro, em face da aplicação de normas internacionais diretamente ao ordenamento interno ainda

ser vista com ares de novidade. Assim, o presente estudo visa responder questionamentos que nos desafiam há tempos, e que ganharam ímpeto com as lições de direitos fundamentais do presente programa de mestrado, qual seja em que medida é cabível a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, com ênfase naquelas voltadas à tutela de direitos de natureza social e econômica, como as normas internacionais do trabalho, constantes de instrumentos como as convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT, dentre outras, e se tais podem de alguma forma ser instrumentos de eficácia dos direitos fundamentais no plano interno.

A fim de enfrentar as questões utiliza-se o método de abordagem dedutivo, partindo de um panorama geral para entender aspectos específicos. Os métodos de procedimento utilizados são o histórico e o monográfico, primeiro a fim de traçar uma perspectiva histórica e o segundo no intuito de a partir de casos específicos, tecer generalizações. Como técnicas de pesquisa, adota-se a análise doutrinária e jurisprudencial.

Para tanto, parte-se primeiramente de algumas definições conceituais e terminológicas, passando pela evolução e da internacionalização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, com ênfase no caso brasileiro, para verificar a possibilidade de enquadramento dos direitos sociais como direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

Também pretende-se analisar a integração dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário ao direito interno, abordando brevemente os meios de controle de constitucionalidade e de controle de convencionalidade, identificando a hierarquia de tais normas no ordenamento constitucional brasileiro e as diferentes correntes no Supremo Tribunal Federal quanto ao tema. E compreendida a aplicabilidade interna da doutrina do controle da convencionalidade, tentar responder em relação ao ordenamento brasileiro, àquela questão instigada no módulo de direitos fundamentais do presente curso, que dentre tantas de relevante importância, elegemos para o presente trabalho final, qual seja, se em alguma medida, o direito internacional está contribuindo para o respeito, proteção e garantia dos direitos fundamentais - em especial,

aqueles de cunho social e econômico, notadamente ligados às relações de trabalho - no ordenamento jurídico interno brasileiro.

Ao final pretendemos, explorar as seguintes hipóteses formuladas dentro do ordenamento jurídico brasileiro: se os direitos econômicos e sociais, especialmente aqueles de proteção ao trabalho são enquadráveis como direitos fundamentais; se as convenções da OIT podem ser considerados tratados internacionais de direitos humanos; qual o status interno dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; se os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem servir de paradigma para o controle de constitucionalidade e/ou de convencionalidade, e quais os requisitos para tanto; em alguma medida, o direito internacional está contribuindo para o respeito, proteção e garantia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno brasileiro, quanto aos direitos humanos em geral e aqueles de caráter social e econômico no ordenamento jurídico interno brasileiro.

## **1. DIREITO HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

As expressões Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais estão cercadas de uma diversidade terminológica: Direitos Individuais, Direitos Humanos, Direitos Humanos Fundamentais, Direitos da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais, Direitos do Homem. São apenas algumas das expressões utilizadas para referir-se a um rol determinado de direitos, qual seja àqueles direitos inerentes à existência com dignidade dos quais toda pessoa humana é titular, pelo simples fato de pertencer à espécie humana, conforme pontua Fábio Konder Comparato: “trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.”<sup>1</sup>

### **1.1. DEFINIÇÕES TERMINOLÓGICAS E CONCEITUAIS**

As diversas expressões antes elencadas são utilizadas, não raro, sem maior rigor semântico ou dogmático, havendo no que tange às expressões direitos humanos e direitos fundamentais uma certa cizânia na doutrina, quanto ao

---

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 71.

significado de tais expressões, sendo que alguns doutrinadores tratam estas expressões como sinônimas, definindo-as como “aqueles bens elementais inerentes à dignidade da pessoa humana e assegurados pela Constituição a cada indivíduo e à coletividade”.<sup>2</sup> Em síntese, “Direitos Humanos” seriam aqueles direitos e garantias de que deveriam gozar todas as pessoas humanas, pelo simples fato de sê-lo. Entende-se, todavia, que tal vertente não estabelece as diferentes dimensões de proteção, qual seja o direito interno e o direito internacional.

Assim, entende-se que a expressão “Direitos Humanos”, parece ser aquela que, por sua amplitude, melhor expressa tal categoria de direitos no plano internacional, sendo, sem dúvidas, a expressão mais corrente no direito internacional, observando ainda que a doutrina costuma apontar uma distinção entre esta e a expressão “Direitos Fundamentais”, atribuindo um caráter mais Jusnaturalista e internacional à primeira, enquanto à última reservar-se-ia aos direitos positivados internamente nos ordenamentos nacionais.<sup>3</sup>

Ademais, a expressão Direitos Humanos não se confunde, embora possua escopo semelhante, qual seja a proteção da pessoa humana, com o denominado Direito Humanitário ou Direito Internacional Humanitário, pois este último visa limitar os efeitos deletérios dos conflitos armados.

Nesse sentido, aliás, a expressão Direitos Fundamentais foi a opção adotada em diversas constituições vigentes além daquela do Brasil, também a adotam as atuais constituições de Portugal, Espanha e Alemanha, sendo importante a influência destas três constituições na atual constituição brasileira, e da última em relação às outras duas.<sup>4</sup>

Por fim, também tentar-se-á evitar a expressão “Direitos do Homem”, pelo fato de que tal expressão diz respeito a uma visão menos jurídica e mais filosófica e jusnaturalista<sup>5</sup> a que tal se refere, mas não somente por isso. Também pela razão de que, em que pese o gênero gramatical masculino possa ser utilizado de

---

<sup>2</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 48.

<sup>3</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 542.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33.

<sup>5</sup> Op cit. p.517.

maneira genérica, permitindo designar ambos os gêneros, temos que tal não é a mais adequada para tratar destes direitos nos dias que correm, pois acaba implicando na reafirmação de uma linguagem impregnada de uma prevalência do gênero masculino sobre o feminino a ser definitivamente superada por uma nova linguagem afirmativa da igualdade<sup>6</sup>, garantida tanto internamente<sup>7</sup> como no plano internacional<sup>8</sup>.

Apesar da Constituição de 1988, ter adotado o termo Direitos e Garantias Fundamentais em seu Título II, nem o texto constitucional escapa desta imprecisão conceitual e terminológica, como bem esclarece Sarlet,

Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais, a título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art.4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (Epígrafe do título II e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc LXXI); d) direitos e garantias individuais (art. 6º, § 4º, inc IV).<sup>9</sup>

Dito isto, ao longo do presente trabalho tentar-se-á evitar essa mencionada multiplicidade de expressões. Assim, no presente trabalho, opta-se pela utilização da expressão Direitos Fundamentais, para fazer referência especificamente aos direitos positivados no ordenamento jurídico interno, e pela expressão Direitos Humanos, para referir-se à mencionada gama de direitos no sentido de sua projeção e proteção internacional.

## 1.2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

---

<sup>6</sup> INSTITUTO DE POLÍTICA PÚBLICAS EM DERECHOS HUMANOS MERCOSUR. **Manual Pedagógico sobre el uso de lenguaje inclusivo y no sexista**. Disponível em: < <http://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/manual-pedagogico-sobre-el-uso-del-lenguaje-inclusivo-y-no-sexista/>>. Acesso em: 7 ago. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 9 ago. 2019.

<sup>8</sup> A Carta das Nações Unidas de 1945 reafirma a igualdade de direitos entre Homens e Mulheres; Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todos tem direitos iguais a proteção contra a discriminação; O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 garante a homens e mulheres igualdade dos direitos nele enunciados; O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, dispõe que os signatários devem garantir que não haja discriminação de qualquer espécie para o exercício dos direitos nele garantidos; A Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelece a obrigação dos signatários de respeitar as liberdades e direitos, sem nenhuma discriminação; Ainda, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33.

Os antecedentes históricos dão conta que foi entre oitocentos e duzentos anos anteriores à era cristã, período em relação ao qual o filósofo alemão Karl Theodor Jaspers consolidou a denominação de “Era Axial”<sup>10</sup>, quando a filosofia e as religiões moldariam uma visão do ser humano sobre o mundo, sobre a divindade e sobre si mesmo, mais racional e menos mitológica. Tal visão impregna as concepções contemporâneas de mundo, sendo que basicamente são, em linhas gerais, aquelas vigentes até os dias de hoje.

Entre nós Fábio Konder Comparato, bem extraiu as consequências de tais transformações para o campo do direito,

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje. No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o “século de Péricles”), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade.<sup>11</sup>

Nesse período as religiões passariam por grandes transformações, que seriam essenciais ao processo civilizatório, deixando de serem apenas tão ritualísticas e tornando-se um pouco menos ligadas ao universo da fantasia, ainda que permanecendo permeadas por elementos impalpáveis, e adquirindo mais e mais um caráter de códigos de ética da convivência entre os homens. Não é que o elemento transcendental, divino e esotérico tenha desaparecido, pois ele é próprio da religiosidade e da espiritualidade, todavia à importância daquele elemento, acrescentar-se-ia outro, também importante, o elemento humano, o respeito ao próximo passaria a ser tônica em praticamente todas as grandes religiões, desta maneira, poder-se-ia dizer que este seria o começo do surgimento uma incipiente noção de direitos ligados à dignidade da pessoa humana, com a própria noção de humano, que levaria dezenas de séculos para se consolidar.

---

<sup>10</sup> A expressão período ou era axial, são as mais utilizadas em português, ou timpo-eje na tradução em espanhol, é recorrente no primeiro capítulo da obra. Assevera o autor que neste período: El hombre ya no está ocluido en sí mismo. Está incierto de sí mismo y, por tanto, abierto para nuevas e ilimitadas posibilidades. Puede escuchar y comprender lo que hasta entonces nadie ha preguntado o ni nadie ha declarado. Lo nunca oído se hace manifiesto. En su mundo y en sí mismo, el hombre percibe e ser, pero no definitivamente: e l problema perdura. Por primer a vez hay filósofos. Los hombres se atreven a considerarse como individuos(...) En sí mismo descubre el punto de partida desde el cual se alza sobre sí mismo y sobre el mundo. Jasper, Karl Theodor. Origen y meta de la historia. Versión española de Fernando Vel. Alianza Editorial. Madrid. 1980. Título original: Vom Ursprung und Ziel des Geschichte.

<sup>11</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 23.

Neste sentido também, Comparato afirma:

Na linha dessa tendência à racionalização, durante o período axial, as religiões tornam-se mais éticas e menos rituais ou fantásticas. Em lugar dos antigos cultos da natureza, ou da adoração dos soberanos políticos, busca-se alcançar uma esfera transcendental ao mundo e aos homens; ou então, como na China, desenvolve-se a veneração aos antepassados como modelos éticos para as novas gerações. Algumas ideias cardeais do ensinamento de Zaratustra – a imortalidade da alma, o Julgamento Final, a atuação divina sobre o mundo através do Espírito Santo – são assimiladas pelo judaísmo e, por intermédio deste, passam ao cristianismo e ao islamismo.<sup>12</sup>

Branco também ressalta a importância da religião para esta nova visão, em que o ser humano assume aos poucos a centralidade. Ressaltando sobretudo as influências do cristianismo:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideias de que Deus assumiu a condição humana para redimi-lo imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a própria elaboração do direito positivo.<sup>13</sup>

De outra banda, os grupamentos humanos passaram a inter-relacionar-se, para além de simplesmente guerrearem entre si, o que possibilitou algum nível de interação, e até mesmo algum entendimento recíproco entres os diferentes grupamentos, o que foi essencial inclusive ao desenvolvimento do comércio, da cultura e da sociedade, também aqui vale-se da lição do ilustre Professor Catedrático da Universidade de São Paulo:

Por outro lado, em meio à multidão dos miniestados e das cidades-Estados da época, com culturas locais próprias e em perpétua guerra entre si, começam a ser tecidos laços de aproximação e compreensão mútua entre os diversos povos. Confúcio e Moti fundam as primeiras escolas, às quais acorrem alunos de todas as partes da China. Buda inicia seus longos périplos pelo vasto continente indiano. Os filósofos gregos viajam pela bacia do Mediterrâneo como exploradores e conselheiros de governantes. As primeiras escolas de filosofia instalam-se na Grécia, atraindo discípulos de toda a Hélade. Heródoto narra suas viagens, comparando os diferentes costumes e as tradições dos povos, o que ensejou a compreensão da relatividade das civilizações. Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para

---

<sup>12</sup> Ibid. p.23.

<sup>13</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 134.



a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.<sup>14</sup>

Aduz, ainda:

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.<sup>15</sup>

De fato, entre a incipiência daqueles direitos inerentes à pessoa humana da antiguidade clássica, a humanidade passaria por toda a idade média, assistiria ao renascimento, passaria pela expansão da cultura europeia para outros continentes e do comércio através das grandes navegações, assistindo ao reiterada negação dos direitos humanos muitas vezes praticados em nome da religião<sup>16</sup>, pela revolução industrial, para chegar ao Século XIX, sem uma consolidação efetiva do respeito aos direitos humanos.

Foi somente no interregno de cerca de um século entre a metade do século XIX e a metade do século XX, marcado por tragédias de profundo desrespeito e notória agressão aos direitos humanos, que paradoxalmente, deu lugar ao desenvolvimento e a internacionalização dos Direitos Humanos. Tratam-se, aliás, de fenômenos históricos intimamente ligados, sendo o segundo, em grande medida, consequência do primeiro.

De fato, é impossível negar que os horrores das práticas cruéis e desumanas levadas à cabo sob o escrutínio e império da lei, contra minorias e

---

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 26.

<sup>15</sup> Ibid. p. 27.

<sup>16</sup> Ibid. p. 33, registra que: Mas essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. Ao se iniciar a colonização moderna com a descoberta da América, grande número de teólogos sustentou que os indígenas não podiam ser considerados iguais em dignidade ao homem branco. No famoso debate que o opôs a Bartolomeu de Las Casas, no concílio de Valladolid em 1550, perante o imperador Carlos V, Juan Ginés de Sepúlveda sustentou que os índios americanos eram “inferiores aos espanhóis, assim como as crianças em relação aos adultos, as mulheres em relação aos homens, e até mesmo, pode-se dizer, como os macacos em relação aos seres humanos”.

perpetradas em alguns casos por nações até então tidas como razoavelmente civilizadas e com sistemas jurídicos em pleno funcionamento, que foram inteiramente engolfados pela cegueira deliberada das maiorias, impingida pelas ideologias supremacistas e totalitárias, acabaram por despertar na humanidade a necessidade de pactuar normas com princípios e valores que pudessem evitar, ou pelo menos mitigar a possibilidade da repetição de tais tragédias. Era preciso criar normas, que pelo menos tentassem, estar acima dos estados nacionais soberanos que pudessem conferir proteção aos direitos humanos.

A primeira fase de internacionalização dos direitos humanos vai desde a metade do século XIX até a Segunda Guerra Mundial, quando são firmados tratados de direito humanitário dos conflitos armados, pelo fim da escravidão e pela garantia dos direitos trabalhistas. O direito humanitário, refere-se às leis de guerra, visando mitigar o sofrimento de combatentes feitos prisioneiros, doentes e feridos, bem como das populações civis atingidas pelos conflitos armados, destacando-se dentre as normas, a Convenção de Genebra de 1864, desta fase é a criação da Cruz Vermelha Internacional, em 1880.

Finda a Segunda Guerra Mundial, depois de ter assistido, em pouco mais de trinta anos, a ruína de impérios centenários, a ascensão e queda de regimes totalitários, e de ter experimentado dois dos mais sangrentos e cruéis conflitos de sua história parece que a humanidade, pelo menos por algum tempo, despertou para a necessidade de dar uma proteção a tais direitos, mais ampla do que o direito nacional permite, neste sentido:

A humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.<sup>17</sup>

Assim em dezembro de 1948, no âmbito da Organização das Nações Unidas, foram aprovadas a Declaração Universal do Direitos Humanos e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, marcos iniciais de uma nova fase na história da humanidade. A partir de então, como registra Comparato, foram pactuadas:

---

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 67-68.

Dezenas de convenções internacionais, dedicadas à matéria, foram firmadas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais, e mais de uma centena foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade. Dois Pactos Internacionais, celebrados no quadro das Nações Unidas, em 1966, compendiarão o conjunto dos direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>18</sup>

O Brasil é signatário da ampla maioria dos tratados internacionais de direitos humanos cuja a adesão, até por questões geográficas, lhe seria possível, como registra Valério Mazzuoli,

Atualmente já se encontram ratificados pelo Brasil (estando em pleno vigor entre nós) praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global de proteção dos direitos humanos (também chamado de sistema das Nações Unidas). São exemplos desses instrumentos (já incorporados ao direito brasileiro) a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1967), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional- (1998), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000) e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como *Convenção de Mérida* (2003). Isso tudo sem falar nos tratados sobre direitos sociais (*v.g.*, as convenções da OIT) e em matéria ambiental, também incorporados ao direito brasileiro e em vigor no Estado.<sup>19</sup>

No âmbito laboral, que é o mais relevante para o presente estudo, a internacionalização teve como instrumento inicial o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, estabeleceu, todavia sem efetividade, as primeiras regras interestatais reprimindo o tráfico de escravos, revista em 1926, por uma Convenção celebrada em Genebra, no âmbito da Liga das Nações. A instituição de normas internacionais de proteção ao Trabalho dá-se sobretudo a partir da

---

<sup>18</sup> Ibid. p. 69.

<sup>19</sup> Ibid. p 68.

criação da Organização Internacional do Trabalho- OIT, como parte do Tratado de Versalhes de 1919, que selou o fim da Primeira Grande Guerra Mundial.

Como leciona Flávia Piovesan:

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. (...)para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional.<sup>20</sup>

A OIT, desde 1946 integra a Organização das Nações Unidas como uma agência especializada. Desde a sua fundação, tal agência funciona com uma representação tripartite – de governos, organizações de trabalhadores e empregadores – de cada um dos, atualmente, 183 Estados-Membro, sendo o Brasil um dos membros fundadores, participando da Conferência Internacional do Trabalho, que se realiza anualmente, desde a primeira edição.<sup>21</sup>

Tendo, assim, logo na sua fundação, adotado seis convenções que atendiam as demandas do movimento operário e das organizações sindicais da época, estabelecendo limitação da jornada laboral, proteção à maternidade e contra o desemprego, idade mínima para o trabalho e proibição do trabalho noturno para mulheres e menores de 18 anos. Em 1944, a Conferência Internacional do Trabalho adotou a Declaração de Filadélfia, que constitui sua carta de princípios e objetivos e que serviu de referência para adoção da Carta das Nações Unidas, de 1946, e para Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A OIT formula e aprova nas suas Conferências Internacionais do Trabalho, normas internacionais em matéria de relações laborais, denominadas resoluções, recomendações, declarações e convenções, como bem aponta a obra mais clássica do Direito do Trabalho brasileiro.

O conjunto de normas consubstanciadas nas convenções e recomendações, constitui o que a OIT denomina “Código Internacional do Trabalho”, figurando as resoluções e outros documentos como seus

---

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e os Direito Constitucional Internacional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.203.

<sup>21</sup> Disponível em: < <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm> >. Acesso em: 14 ago. 2019.

anexos. Não se trata, porém, de um código na acepção técnica da palavra, uma vez que suas normas integram a legislação nacional de cada um dos Estados-Membros da OIT, na medida que foram ratificadas as correspondentes convenções e transformadas em lei as respectivas recomendações.<sup>22</sup>

As recomendações, resoluções e declarações são definidas pela própria OIT<sup>23</sup>, com as seguintes características:

Não têm caráter vinculante em termos legais e jurídicos. Uma recomendação frequentemente complementa uma convenção, propondo princípios reitores mais definidos sobre a forma como esta poderia ser aplicada. Existem também recomendações autônomas, que não estão associadas a nenhuma convenção, e que podem servir como guias para a legislação e as políticas públicas dos Estados-Membros.

...

As resoluções representam pautas destinadas a orientar os Estados-Membros e a própria OIT em matérias específicas. Já as declarações contribuem para a criação de princípios gerais de direito internacional. Ainda que as resoluções e declarações não tenham o mesmo caráter vinculante das convenções e dos protocolos, os Estados-Membros devem responder à OIT quanto às iniciativas e medidas tomadas para promover seus fins e princípios.<sup>24</sup>

Assim as recomendações, resoluções e declarações, têm a importante função de estabelecer orientações e diretrizes ao legislador interno, porém não têm caráter vinculante, não emanando eficácia interna imediata. Já as convenções emanam eficácia interna, pelo seu caráter vinculante, portanto após a ratificação pelo Estado Membro, assumem o nítido caráter de tratado internacional, como se lê na definição da própria OIT,

As convenções são tratados internacionais que definem padrões e pisos mínimos a serem observados e cumpridos por todos os países que os ratificam. A ratificação de uma convenção ou protocolo da OIT por qualquer um de seus 187 Estados-Membros é um ato soberano e implica sua incorporação total ao sistema jurídico, legislativo, executivo e administrativo do país em questão, tendo, portanto, um caráter vinculante.<sup>25</sup>

No mesmo sentido a clássica lição de Arnaldo Süssekind,

As convenções constituem tratados multilaterais, abertos à ratificação dos Estados-Membros, que, uma vez ratificados, devem integrar a respectiva legislação nacional. Já as recomendações se destinam a sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho, embora visem, basicamente, ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT. Em relação aos dois instrumentos, há, contudo, uma obrigação comum: devem ser

---

<sup>22</sup> SUSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol 2. 22 ed. São Paulo, LTr, 2005. p. 558.

<sup>23</sup> Disponível em: < <https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/lang--pt/index.htm> >. Acesso em 16 ago. 2019.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

submetidos à autoridade nacional para aprovar a ratificação da convenção ou para adotar as normas constantes da recomendação. A obrigação, no entanto, é de natureza formal, porquanto essa autoridade é soberana na deliberação que julgar conveniente tomar, tendo em vista os interesses do país. Daí acentuar Ramadier que a convenção “cria uma obrigação internacional a cargo do Estado que a aceita”, enquanto, por meio da recomendação, a Conferência “convida os Estados-Membros para adotar medidas ou, ao menos, certos princípios, porém não cria nenhum vínculo de direito.”<sup>26</sup>

Assim as convenções da OIT são legítimos tratados internacionais. Mais do que isso, na medida que tutelam direitos de proteção ao trabalho humano, protegem direitos humanos de caráter econômico e social, e como adiante veremos, tais direitos, têm no ordenamento jurídico brasileiro status de direitos fundamentais. Portanto, as convenções da OIT, para o direito brasileiro, são legítimos tratados internacionais de direitos humanos, sendo tal constatação, como adiante se verá, essencial ao objeto do presente trabalho.

Registre-se que, além das normas oriundas da OIT, outras normas internacionais de proteção ao trabalho estão dispersas em tratados de âmbito global, regional ou bilateral sejam de direitos humanos em geral ou afetos a outras matérias. Exemplos destes são Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador de 1988, do qual o Brasil é signatário desde 1999, e a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, de 1998 e sua atualização de 2015, ou mesmo tratados de um nível menos abrangente, como os Protocolos sobre relações de trabalho no âmbito do Tratado de Itaipu, para exploração conjunta da hidrelétrica de mesmo nome na fronteira e em condomínio com o Paraguai. Todavia como é cediço, sendo o Brasil signatário destes, as normas de direito internacional do trabalho neles constantes também se integram ao ordenamento jurídico nacional, como tratados de direitos humanos.

### 1.3. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A evolução da proteção dos direitos fundamentais confunde-se com a evolução do próprio Direito Constitucional, sendo elemento essencial que fez

---

<sup>26</sup> SUSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol 2. 22 ed. São Paulo, LTr, 2005.

este ramo do direito avançar, a ponto que ao mesmo tempo que avançava a proteção dos direitos fundamentais, avançava a ideia de que tais direitos deveriam constar num instrumento jurídico de máxima força e importância no ordenamento jurídico.

O avanço do direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção que os valores mais caros à existência humana merecem ser resguardados em documento jurídico com força vinculante máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.<sup>27</sup>

Porém, a trajetória histórica da afirmação dos Direitos Fundamentais foi longa, passando pela experiência da reverência ao império da lei pelos gregos na antiguidade clássica, sobretudo pela democracia ateniense, e ainda pela república romana, como exemplos de experiências incipientes na construção de um Estado de Direito, pressuposto para a existência e efetividade dos Direitos Fundamentais e do respeito aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, passando pela idade média, com a queda e esfacelamento do Império Romano, marcada pela fragmentação política e econômica e pelo advento do feudalismo.

Somente no avançar da idade média, e com a reorganização das forças políticas, alguns soberanos passaram a buscar reconcentrar o poder de forma absoluta. Foi por exemplo o que aconteceu na Inglaterra ao final do século XII. Tal movimento levou à insurgência por parte dos “barões”, qual seja, aqueles senhores de terras que reivindicavam o respeito aos seus direitos individuais em face do soberano monarca. Este seria o embrião dos direitos fundamentais, porém os direitos estariam ainda muito restritos a pequenos grupos.

Mais uma vez esclarecedora a lição de Comparato:

Foi justamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215.

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a

---

<sup>27</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 133.

nobreza –, com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo.

Este último, aliás, passa a tomar contornos mais definidos com a ascensão social dos comerciantes, em razão da progressiva abertura das vias de comunicação marítima, após a longa dominação árabe sobre a bacia do Mediterrâneo. À margem dos castelos medievais, os burgos novos ou burgos de fora (*forisburgus*, termo do qual surgiu o *faubourg* do francês atual) tornam-se, rapidamente, os locais de concentração das grandes fortunas mercantis e os centros de irradiação do primeiro capitalismo. Foi nas cidades comerciais da Baixa Idade Média que teve início a primeira experiência histórica de sociedade de classes, onde a desigualdade social já não é determinada pelo direito, mas resulta principalmente das diferenças de situação patrimonial de famílias e indivíduos.<sup>28</sup>

Sarlet aponta o caráter “estamental” desses direitos, razão pela qual é de considerar-se que seriam meros antecedentes dos direitos fundamentais, pois limitavam-se à apenas determinados seguimentos sociais, numa sociedade altamente desigual.<sup>29</sup>

Também nesse sentido é a preclara lição de Perez Royo e Carrasco Durán,

Es cierto que muchos siglos antes de la Revolución se hace uso del término <<derechos>> o <<libertades>> em casi todos los países europeos. En Inglaterra em primer lugar con la Magna Carta de 1215, pero también en el continente poco después: la Goldone Bulle de Andres II em Hungría em 1222, al *Confirmatio fororum et libertatum* em 1283 y el *Privilegio de la Unión* de 1287, ambos em Aragón, las *Bayerische Freiheitsbriefe und Landesfreiheitserklärungen* desde 1311, la *Joyeuse Entrée de Brabante* de 1356 y um largo etcétera.

Ahora bien, em teles documentos los términos derechos y libertades no se refieren a derechos individuales de todos los habitantes del territorio, sino unicamente a los <<derechos>>, <<libertades>>, o por mejor dicer, <<priviegios>> de uma parte de ellos. El concepto de <<derecho>> es um concepto particular, que singulariza a um determinado sector de la población y lo diferencia de outro. No se trata, por tanto, de um concepto general que se predica de toda la población sin distinguir entre uno individuo y otros, sino que es um instrumento de desigualdade y de jerarquización político de la comunidad.

Tales <<derechos>> y <<libertades>> se enmarcan dentro de los llamados *Herrschaftsverträge*, esto es, dentro de los pactos sucritos entre el monarcos y los estamentos del reino, mediante los cuales a cambio de determinadas prestaciones de tipo económico dichos estamentos venían reconocidos y assegurados determinados <<derechos>> de tipo corporativo. No es el individuo el titular del derecho, sino el estamento o la corporación de la que el individuo forma parte. Aunque tales documentos están en el origen del proceso histórico que conduciría a

---

<sup>28</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 59.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.



las Declaraciones de Derechos, el parecido entre aquéllos y éstos es prácticamente inexistente.<sup>30</sup>

Não restam dúvidas de que tais antecedentes, foram uma etapa importante do que ao longo dos séculos seguintes iria se fortalecendo como uma esfera de direitos. Todavia, o que podemos chamar de direitos fundamentais nos termos e na amplitude que hoje são concebidos, só restariam amplamente elencados pela Declaração de Virgínia de 1776 e pela Declaração Francesa de 1789, e as respectivas cartas constitucionais supervenientes que realmente inauguram declarações de direitos, que sem sombra de dúvidas podem ser nominar de direitos fundamentais.

No mesmo sentido Branco:

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratuais vem enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribuí ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de certo número de direitos preexiste ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – O Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhe garantir os direitos básicos.

Essas ideias tiveram decisiva influência sobre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração francesa, de 1789. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o Bill of Rights de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente.<sup>31</sup>

Menciona-se, ainda, Pérez Royo e Carrasco Durán:

Las Declaraciones de Derechos son los documentos a través de los cuales los derechos <<se presentan em sociedade>>. Las fechas de dicha presentación son conocidas: 1776 y 1789. 1776 marca la ruptura con la metrópolis y el inicio de una nueva forma de organización política independiente en el caso de las 13 colonias americanas. 1789 marca de la ruptura con el Antiguo Régimen y la génesis del Estado Constitucional em el continente europeo.

De manera más o menos consciente tanto el constituyente americano de 1776 como el francés de 1789, en el momento de formular las primeras Declaraciones de Derechos, lo que estaban haciendo era proceder a la definición del elemento personal de la nueva forma de organización política, esto es, *la problación del Estado*.

---

<sup>30</sup> ROYO, Javier Pérez; DURÁN, Manuel Carrasco. **Curso de Derecho Constitucional**. 16 ed. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 183.

<sup>31</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 134.

Las Declaraciones de Derechos son los instrumentos a través de los cuales se define constitucionalmente la probación del Estado. Es esto lo que diferencia a la probación del Estado de la probación de todas las demás formas políticas preestatales. El reconocimiento de los derechos es lo que convierte al individuo em ciudadano. Y uma probación compuesta íntegramente por ciudadanos no ha existido em la historia de la convivencia humana antes de la Revolución.<sup>32</sup>

Esses direitos civis e políticos, atuam como liberdades públicas em face do Estado. Têm caráter individual e subjetivo, e são nitidamente antiestatais no sentido de impedirem a ação do Estado em interferir especialmente na liberdade e na propriedade do indivíduo. São os direitos típicos daquele Estado Liberal nascente do final do Século XVIII que dominaria todo o Século XIX e só encontraria seu ocaso já no marchar do Século XX, quando da crise do liberalismo nasceria o Estado Social, que ampliaria aquele rol de direitos.

Como Ensina Bonavides:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>33</sup>

E prossegue: “Assim os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber os direitos civis e políticos.”<sup>34</sup>

A partir de então é que vão se consolidando o que a melhor doutrina<sup>35</sup> tem denominado diferentes gerações de direitos fundamentais, ou como preferem alguns as diferentes dimensões, pois a crítica que se faz ao sistema dito “geracional”, seria a impressão de tais direitos seriam sucessivos, quando na verdade são cumulativos, pois a “geração” superveniente não sucede, não suprime a existência, nem faz desaparecer a “geração” anterior.<sup>36</sup>

Despiciendo discutir os conceitos de gerações, ou dimensões dos direitos fundamentais, tampouco se tal classificação se sustenta do ponto de vista dogmático, diante do inegável valor didático e a simbologia de tal conceito, em

---

<sup>32</sup> ROYO, Javier Pérez; DURÁN, Manuel Carrasco. **Curso de Derecho Constitucional**. 16 ed. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 182.

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 562

<sup>34</sup> *Ibid*, p.562.

<sup>35</sup> *Ibid*. p. 563.

<sup>36</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 36

especial no que tange à ideia de historicidade e de progressividade, já arraigada na cultura jurídica brasileira, e na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>37</sup>

Por fim, não ignora-se a afirmação de novas gerações de direitos fundamentais, tais como aquelas que tutelam direitos difusos e coletivos – ditos de terceira geração<sup>38</sup>, como, por exemplo, o meio ambiente saudável, direito ao desenvolvimento de cada pessoa humana, com acesso à saúde e alimentação adequadas, à paz, à comunicação, e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, ou ainda uma quarta geração<sup>39</sup>, e também de uma eventual quinta geração de direitos fundamentais <sup>40</sup>, quais sejam os direitos à democracia, à informação. Porém em face da importância para a presente dissertação dos direitos fundamentais de segunda geração, proceder-se-á à análise mais aprofundada apenas destes, com escopo de não se perder o foco.

#### 1.4. OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.

Se as revoluções liberais burguesas foram suficientes para reconhecer aqueles direitos e garantias individuais de enfrentamento aos poderes do Estado, como a liberdade, propriedade e igualdade no sentido formal, o mesmo não se deu com a igualdade no sentido material. Se para o liberalismo todos os homens eram livres e iguais, havendo liberdade de contrato, as forças do livre mercado deveriam ser suficientes para que fosse alcançado o equilíbrio nas relações jurídicas. Todavia essa igualdade assegurada apenas no plano formal, nas relações travadas entre partes economicamente desiguais, revelou-se uma fonte de conflitos, exploração e miséria. Nas relações de trabalho o efeito dessa igualdade, apenas em sentido formal, foi perverso.

Sem uma equidade no plano material, essa liberdade acabava tratando igualmente os desiguais, sem tomar em conta os fatores que os desigualavam, e

---

<sup>37</sup> RE 482.611, rel. Min. Celso de Mello, j. 23-03-2010, dec. Monocrática, DJE de 07/04/2010. Uma das primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal a fazer menção à teoria da geração de direitos.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 569

<sup>39</sup> Ibid. p. 570

<sup>40</sup> Ibid. p. 579. Menciona, ainda, a existência de quinta geração de direitos fundamentais, sendo essa o direito à paz.

essa falta de equidade substancial, revelou-se um perverso potencializador das desigualdades materiais. Ao tratar pobres e ricos, patrões e empregados, como partes livres e iguais para estipular salários, sem reconhecer a desigualdade intrínseca entre estas partes contratantes, essa igualdade falsa, aviltou salários e condições de trabalho, enriqueceu poucos e gerou a miséria de multidões.

Neste sentido, o Professor Emérito de Universidade de São Paulo, Fábio Konder Comparato, assevera que:

Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança. O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora.<sup>41</sup>

Assim, aquela liberdade apregoada como uma panaceia, que resolveria todos os problemas da humanidade, com um livre mercado regulando oferta e demanda e estabelecendo o preço justo, revelou que a desigualdade dos contratantes seria uma fonte de injustiças, revolta e instabilidade social. O indivíduo atomizado na condição de trabalhador que vendia sua força de trabalho era demasiadamente frágil diante do capital para que pudesse contratar com liberdade. Poucos ilustraram tão bem os efeitos da igualdade entre desiguais como o gênio francês de Lacordaire, em tradução livre: “Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.<sup>42</sup>

Também na doutrina brasileira ecoaram severas críticas àquele sistema perverso, como já asseverava com propriedade Evaristo de Moraes no alvorecer

---

<sup>41</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 64-65.

<sup>42</sup> LACORDAIRE, Henri Dominique. Sagnier Et Bray, 1848. p. 246.

do Século XX, naquela que, publicada em 1901, é um marco inicial do Direito no Trabalho pátrio:

Os economistas clássicos mantêm ainda, contra a evidência dos fatos, no interesse do capitalismo moderno, a crença nas virtudes da liberdade de trabalho, não admitindo regras, nem normas legais, que fixem as bases do contrato entre o empregador e o empregado, ou (como se diz na linguagem jurídica brasileira) entre o *locatário* e o *locador de serviços*. O homem é livre – argumentam; tem o direito de vender o trabalho pelo preço e nas condições que quiser. Mas, na vida industrial moderna, essa liberdade de trabalho só tem gerado a opressão e a miséria, a exploração do operariado e o seu rebaixamento progressivo. Hoje, já ninguém contesta quanto influi a inexorável lei da concorrência na remuneração do trabalho operário – e isso basta para desfazer o encanto ilusório da “liberdade do trabalho”. Recentemente, Paul Bureau, lente da Faculdade Livre de Direito de Paris, deixou fora de dúvida – numa excelente monografia acerca do contrato de trabalho – que “a remuneração de todos os trabalhadores manuais, que por qualquer forma e em qualquer proporção de esforço se empregam na produção de uma mercadoria determinada, está sujeita à lei da concorrência.”<sup>43</sup>

O domínio absoluto da propriedade capitalista garantida pelo Estado Liberal que gerava péssimas condições de trabalho e de vida à massa de trabalhadores gerou nas classes operárias reações desde as greves até movimentos mais violentos e organizados <sup>44</sup>, também despertou alguns seguimentos mais esclarecidos para a importância da luta política, como ensina Huberman<sup>45</sup>, foi alvo de críticas nas instâncias filosóficas como o Marxismo<sup>46</sup> e religiosas como a encíclica *Rerum Novarum*<sup>47</sup>. Só depois de uma longa e intensa luta, é que alguns direitos operários começaram a ser positivados nas declarações das constituições, iniciando-se pelas Constituições do México e de Weimar<sup>48</sup>, até que se espalham pela maioria das constituições ocidentais na Segunda Metade do

---

<sup>43</sup> MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. 3 ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 9.

<sup>44</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esq**, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. “O fato histórico que inspira e impulsiona os direitos humanos de 2.a dimensão é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social”. p. 1167.

<sup>45</sup> HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**: Tradução de Waltensir Dutra. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

<sup>46</sup> Karl Marx publica “*Das Capital*” (O Capital) em 1867 e conjuntamente com Fredrick Engels “*Manifest der Kommunistischen Partei*” (O Manifesto do Partido Comunista) em 1848.

<sup>47</sup> SUSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol 2. 22 ed. São Paulo, LTr, 2005. p. 39. “Ao terminar o século, o Papa Leão XIII, publica a Encíclica “*Rerum Novarum*” e proclama a necessidade da união entre as classes do capital e do trabalho, que têm “imperiosa necessidade uma da outra: não pode haver capital sem trabalho e trabalho sem capital. A concorrência traz consigo a ordem e beleza; ao contrário de um conflito perpétuo, não podem resultar senão confusão e lutas selvagens.”

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**, p. 183, 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Século XX, criando leis de proteção ao trabalho, e incorporando direitos econômicos e sociais, como uma vez mais registra Comparato,

A Constituição francesa de 1848 retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.<sup>49</sup>

Essa nova concepção também ampliaria o campo de incidência dos direitos fundamentais, para ultrapassar aqueles limites iniciais de proteção, quando eram tidos como oponíveis apenas contra a autoridade estatal, mantendo a eficácia tanto vertical com a qual nasceram, e ampliando-se para o plano horizontal que foram adquirindo ao longo da sua consolidação. Assim, o respeito aos direitos fundamentais hodiernamente é exigível tanto do Estado quanto dos demais cidadãos, uma vez que também tem eficácia entre particulares, neste último caso incumbindo também ao Estado salvaguardá-los.

Neste sentido a lição da professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari: "o Estado não deve apenas deixar de violar os direitos fundamentais, mas também proteger seus titulares de lesões ameaçadas ou perpetradas por terceiros, isso porque podem ser violados, ainda, por particulares".<sup>50</sup>

A estes direitos de segunda geração ou dimensão, mais uma vez é precisa a lição de Bonavides,

Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o Século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou da coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois de germinarem na obra da ideologia e da reflexão antiliberal só século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 64-65.

<sup>50</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 557.

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 564.

Como ensina Mauricio Godinho Delgado a hegemonia do pensamento liberal subsistiu intocada, desde a que o sistema capitalista passou a se firmar como preponderante, no século XVIII até meados do século XIX, a partir de quando o Estado Liberal passa a ser duramente questionado: “O surgimento do Direito do Trabalho, aliás, neste período final do século XIX, já traduzia um revés imposto à plena dominância do liberalismo radical”.<sup>52</sup>

Assim, ao longo do Século XX, os direitos sociais foram logrando uma maior eficácia e concretude. As modernas constituições da última metade daquele, aprimoraram não somente o rol de direitos, mas também os instrumentos de sua proteção e promoção.

Tais garantias enfrentariam sucessivas ameaças que se somam durante as últimas décadas. Iniciando-se a partir das crises econômicas dos anos 70, houve uma certa retomada do discurso liberal sob nova roupagem, o chamado neoliberalismo, sendo o Reino Unido de Margaret Thatcher ou os Estados Unidos de Ronald Reagan, os exemplos mais emblemáticos.<sup>53</sup> Tal movimento teve sua força ampliada a partir da derrocada do sistema político e econômico das nações socialistas nas décadas de 1980 e 1990, cuja ameaça de expansão obrigava o *establishment* a fazer concessões.<sup>54</sup> Por outro lado, a reorganização da produção mediante intensa descentralização e terceirização<sup>55</sup>, tornou nebuloso o conceito de categoria profissional, essencial à defesa de interesses comuns, com conseqüente enfraquecimento dos sindicatos. Não bastasse, a tais se somou-se, o chamado processo de globalização da economia e a revolução digital dos últimos anos, resultando num cenário bastante adverso, como bem anota, Comparato,

Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo o mundo.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 104.

<sup>53</sup> Ibid. p. 104.

<sup>54</sup> Ibid. p. 407.

<sup>55</sup> Ibid. p. 403.

<sup>56</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 67.

O processo de globalização da economia implementado mais intensamente a partir das últimas décadas do século XX, permitiu a mobilidade de capitais e a liberalização das condições de investimento. Assim, as fronteiras nacionais deixaram de ser um obstáculo ao capital como fator de produção, e o local da produção deixa de ser fator relevante para o acesso aos mercados, em virtude da queda das barreiras comerciais.

Tal circunstância, aliada às novas tecnologias de produção e comunicação criaram condições extremamente favoráveis para as empresas funcionarem em praticamente, todo e qualquer lugar do planeta. Esses mesmos fatores acabam por reduzir a necessidade de mão de obra e tornam cada vez menos relevante o local da prestação do trabalho, e muitas vezes engendram novas formas de contratação da força de trabalho, escapando dos moldes já legalmente regulamentados.

Tal realidade, trouxe sérios desafios aos direitos econômicos e sociais, especialmente, às relações de trabalho pois o fator de produção trabalho, apesar da existência de normas internacionais de proteção, permaneceu majoritariamente regulamentado por normas nacionais, agora sob constantes pressões por reformas precarizantes. Tal implica também na redução do poder de negociação por parte dos sindicatos de trabalhadores organizados nacionalmente e não em âmbito global, pois as empresas podem buscar salários mais baixos em outros países, sem comprometer o mercado para seus produtos. E assim as organizações sindicais e os movimentos de massa, que foram fundamentais para a construção do Estado de Bem-Estar Social em grande parte do ocidente no decorrer do século XX, não tiveram até o momento a força suficiente para enfrentar o processo de globalização e assegurar a manutenção dos mesmos paradigmas de proteção do trabalho.

Neste sentido:

Ambos os processos – a globalização e a integração regional-, tendem a exigir o redimensionamento do sistema de relações laborais. Com efeito, um sistema nacional de relações laborais – o mesmo que o Estado nacional – vai revelando-se cada vez mais impotente para incidir em um terreno que está além dos seus limites físicos.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> URIARTE, Oscar Ermida. Globalización y Relaciones Laborales. Revista **Relaciones de Trabajo**, Santiago, 2000, vol. II, N° 29.



Não tardariam para que em muitos países ( p. ex. Espanha<sup>58</sup>, Hungria<sup>59</sup> e França<sup>60</sup>), fossem implantadas reformas que “flexibilizam” as relações entre capital e trabalho, sob pretexto de gerar competitividade, e que implicam na progressiva redução dos direitos sociais, e alterando profundamente a própria lógica do sistema de relações de trabalho construído ao longo do século XX. O Brasil não escaparia de tal lógica com o movimento de reforma trabalhista iniciado em 2017 e ainda em curso.

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela neves Delgado apontam que a recente reforma:

Desnatura o conceito de direito fundamental ao trabalho digno ao dificultar a inclusão social regulada e protegida do obreiro no mercado de trabalho, circunstância que potencializa os contornos de mercantilização do trabalho humano, em franco desrespeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Declaração de Filadélfia que, nos idos de 1944, asseverou não ser o trabalho uma mercadoria.

(...)

Desnatura o conceito de justiça social - meta da OIT direcionada ao amplo acesso à justiça e aos direitos trabalhistas e que se encontra alicerçada nos princípios da proteção, da progressividade social e da vedação do retrocesso.<sup>61</sup>

Apontam ainda que a novel legislação afronta outras normas internacionais, como por exemplo, o art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ao art. 7º, "d", do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e ao art. 5º da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1993, ao permitir a adoção de jornada de trabalho flexível ao ponto de afetar a saúde e segurança do trabalhador. Igualmente que desrespeita os direitos de sindicalização e negociação coletiva, em descumprimento ao que determinam as Convenções 98 e 154 da OIT, relaxa

---

<sup>58</sup> Disponível em: < [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487\\_352960.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html) >. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>59</sup> Disponível em: < <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,presidente-da-hungria-sanciona-polemica-lei-trabalhista-que-gerou-protestos,70002653672> >. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>60</sup> Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/09/1920875-apesar-de-protestos-macron-aprova-reforma-trabalhista-na-franca.shtml> >. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>61</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 73.

as medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador em descompasso com a Convenção 155 da OIT, igualmente ratificada pelo Brasil em 1994.<sup>62</sup>

### 1.5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

Antes mesmo de proclamada a independência de Portugal em 07 de setembro 1822, o Brasil já havia deflagrado um processo constitucional que seria decisivo para a emancipação de Portugal. Bonavides preleciona: “Em junho daquele ano um fato decisivo viria acrescentar-se a esse quadro claramente separatista: A convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte”. E acrescenta, “a Assembleia Nacional Constituinte representou, portanto, um elemento decisivo no processo de independência. Ela está intimamente ligada à constituição do Brasil como Nação Independente.”<sup>63</sup>

Declarada a independência, pelo então Príncipe Regente, herdeiro do trono de Portugal, Dom Pedro I, descendente das casas Bourbon e Bragança, o Brasil permaneceria uma monarquia sob a Coroa dos descendentes da Família Real Portuguesa, até 1889, como leciona na obra referência sobre o tema, Bonavides:

Mas ao contrário de muitos outros países das américas, o Brasil não caminhou no sentido republicano. Um movimento que poderia ter sido fortemente influenciado pelas novas ideias liberalizantes acabou preso às circunstâncias europeias, que eram então de retorno ao absolutismo monárquico e de enfraquecimento dos parlamentos. Essas circunstâncias históricas se tornaram muito poderosas para serem ignoradas. Só uma figura forte como o monarca poderia garantir o processo de separação de Portugal com mínimos de traumas e violência.<sup>64</sup>

A nova nação independente teria a sua primeira Carta Constitucional em 1924, outorgada pelo imperador, após a dissolução da Assembleia Nacional Constituinte, e que concentrava expressiva parcela de poder nas mãos do soberano que exercia o Poder Moderador, para além e por cima dos demais Poderes de Estado. A Constituição do Império se equilibrava entre os anseios do

---

<sup>62</sup> Ibid. p. 73.

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004. p.99

<sup>64</sup> Ibid. p.99

liberalismo e os elementos do conservadorismo monárquico. O primeiro descendente da Revolução Francesa, o segundo do absolutismo.<sup>65</sup>

Assim, no que tange aos direitos fundamentais a constituição do império tinha um viés flagrantemente elitista, sendo emblemático do seu caráter liberal classista, o fato de que os direitos políticos estavam baseados no sufrágio censitário progressivo<sup>66</sup>, neste sentido a magistral lição, também de Bonavides:

Não era somente na forma de regular a função representativa, fazendo-a em larga parte um privilégio da burguesia, em razão da maneira como organizava o sufrágio – o votar e ser votado – que a Constituição do Império sem disfarces se revelava uma carta de sustentação dos interesses do chamado terceiro estado, aquele que na Europa fizera a Revolução Francesa, e aqui, em sua versão patriarcal, patrocinava a monarquia constitucional. Também a propriedade “garantida em toda a sua plenitude” preenchia basicamente essa finalidade. Com efeito, a propriedade, ao lado da liberdade e da segurança individual, a base da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos (art. 179). Convertera-se, portanto, no instituto mais apto a corroborar que a lei maior da monarquia se fizera com uma coluna de liberdade individualista, um sólido esteio dos grandes interesses do patriciado rural.<sup>67</sup>

Em 1889, seria Proclamada a República e o Brasil teria em 1991 sua primeira Constituição promulgada, resultado de uma assembleia constituinte, que abandonava a monarquia parlamentar e estado unitário para implantar uma república federativa presidencialista com os três poderes independentes, mas que mantinha seu caráter elitista, estendendo o sufrágio apenas aos homens alfabetizados que não vivessem na mendicância, numa época em que dois terços da população era analfabeta.<sup>68</sup>

Com maestria mais uma vez leciona Bonavides,

A declaração de direitos trouxe, por sua vez, inovações consideráveis. Explicitou-se que a República não admitia privilégios de berço ou foros de nobreza. Igualmente extinguiram-se “as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselhos.”<sup>69</sup>

Ainda, do mesmo autor são as precisas lições,

---

<sup>65</sup> Ibid. p.104-105

<sup>66</sup> Arts. 92 a 95 da Constituição de 1824.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004. p.108-109

<sup>68</sup> Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE – Censo do ano 1900. Disponível em: <<http://inep.gov.br/documents/186968/485745/Mapa+do+analfabetismo+no+Brasil/a53ac9ee-coco-4727-b216-035c65c45e1b?version=1.3>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

<sup>69</sup> Op cit. p. 259.

A República instituiu o casamento civil, de celebração gratuita, secularizou os cemitérios, laicizou o ensino nos estabelecimentos públicos, separou o Estado da Igreja, de tal modo que não houvesse subvenção oficial a culto ou Igreja nem relações de dependência ou aliança das profissões religiosas com o Governo da União ou dos Estados; aboliu a pena de morte, criou o Habeas Corpus, o mais célebre instrumento de proteção judicial do indivíduo sob iminente perigo de padecer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Muitos outros direitos e garantias, já constantes da Constituição imperial foram também incorporados à lei maior da República. Entre estes a isonomia, a livre manifestação de pensamento, a liberdade de associação e o direito de reunião, a inviolabilidade da casa como asilo do indivíduo e a instituição do júri.

O aperfeiçoamento liberal de garantia dos direitos da pessoa humana culminou com o artigo 28 da Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, segundo o qual a declaração não excluía “outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governos dos benefícios que consigna. A essência desse dispositivo, como pedra angular do Estado de Direito, tem-se reproduzido em todas as constituições republicanas subsequentes derivadas de poder constituinte legítimo. Com tal energia que há consentido uma latitude admirável ao exercício jurisdicional de proteção das liberdades fundamentais.<sup>70</sup>

Os avanços trazidos pela Constituição da República, todavia limitar-se-ia ao plano formal, não chegando a se tornar uma realidade amplamente difundida na sociedade. Bem distante daquela extensa declaração de direitos, durante a chamada “República Velha”, preponderou o coronelismo das elites rurais, e a baixa intensidade democrática do “voto à cabresto”, e imperou a desigualdade social, como uma vez mais pontua Bonavides:

Mas uma cousa foi a ordem constitucional formalmente estabelecida pela vontade da Assembleia Constituinte, onde se patenteara o primado da ideologia da elite da classe burguesa – que já recuara para posições comodamente conservadoras de sustentação dos seus interesses – e outra cousa muito diferente, a realidade e a organização social da nação republicana, proveniente da crise do cativo e da derrubada das instituições imperiais.

[...]

Entre a Constituição Jurídica e a Constituição sociológica havia enorme distância: nesse espaço se cavara também o fosso social das oligarquias e se descera ao precipício político do sufrágio manipulado, que fazia a inautenticidade da participação do cidadão no ato soberano de eleição dos corpos representativos.<sup>71</sup>

Assim, a primeira constituição da república impregnada pelo positivismo liberal, foi mais formal do que real, refletindo de certo modo uma nação que ainda não construía por completo suas instituições e sua identidade. A mesma sina

---

<sup>70</sup> BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004.

p.259

<sup>71</sup> Ibid. p. 259

marcava os direitos fundamentais, enunciados formalmente, mas solenemente ignorados na realidade.

A chamada revolução de 1930, conduziria Getúlio Vargas ao Poder<sup>72</sup>, e o Brasil teria sua terceira constituição em 1934, a segunda resultante de um processo constituinte e a primeira com algum viés social, com a previsão de direitos trabalhistas, limite de jornada de oito horas diárias e quarenta e oito semanais, descanso semanal e férias anuais remuneradas. Do ponto de vista político, em que pese ter um viés mais centralizador e enfraquecer o federalismo, ela estabelecia o voto secreto e obrigatório aos homens e mulheres, maiores de 18 anos, alfabetizados e que não vivessem da mendicância, e ampliava os instrumentos para garantia dos direitos individuais, com ações constitucionais como o mandado de segurança e ação popular.

Conforme, a sempre valiosa lição de Bonavides,

Seguindo uma certa tendência européia do pós-guerra, que na verdade só iria se firmar definitivamente ao término da Segunda Grande Guerra, alguns dos preceitos do chamado “Welfare State”, foram consagrados no texto. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes. Uma legislação trabalhista garantia a autonomia sindical, a jornada de oito horas, a previdência social e os dissídios coletivos.<sup>73</sup>

Assim a breve carta de 1934, inspirava-se no espírito daquele tempo no Constitucionalismo Social da efêmera Constituição de Weimar de 1919, e na Constituição Mexicana de 1917, inaugurando o Estado Social no Brasil.

O Brasil não passaria imune ao florescimento das ideologias totalitárias então reinantes, Getúlio Vargas, o líder da revolução de 1930, que com ela se tornara Presidente da República, daria um golpe de Estado assumindo poderes ditatoriais, e outorgaria, sem assembleia constituinte e com inspiração no totalitarismo fascista, a Constituição de 37 conhecida como “polaca”, por assimilar muitos elementos do autoritarismo que assolava a Europa<sup>74</sup>, dita carta, suspendeu os partidos políticos e criou poderes ditatoriais, instituindo a pena de

---

<sup>72</sup> Disponível em: < <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37> >. Acesso em: 17 ago. 2019.

<sup>73</sup> BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004. p.259

<sup>74</sup> Ibid. p.337

morte, suprimindo as atividades e as liberdades individuais e políticas, e a liberdade de imprensa, acabou com a independência dos Poderes.

Todavia, se houve flagrante retrocesso no campo dos direitos individuais, o mesmo não se deu no campo dos direitos sociais, seja pela orientação da ideologia fascista, com o objetivo de manter-se as massas de trabalhadores dependentes e controladas pelo Estado, seja com o escopo de preservar o futuro político do então ditador, que a partir de 1942, adota um tom menos autoritário e mais populista. Neste contexto ocorre um significativo aumento do salário mínimo e a adoção de uma legislação trabalhista mais abrangente em 1943 com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, com um nível de proteção social bastante avançado para a época, em plena vigência do Estado Novo, se consolidariam avanços sociais iniciados na já então revogada Carta de 1934.

Como bem registra Sussekind,

A Consolidação das Leis do Trabalho, enfeixando num único texto todas as normas disciplinares das relações individuais e coletivas de trabalho, além das concernentes a procedimentos administrativos e à Justiça do Trabalho, proporcionou o conhecimento global dos direitos e obrigações trabalhistas, não só aos intérpretes e aplicadores das Leis, mas, sobretudo, aos seus destinatários: empregadores e empregados.

A CLT cumpriu assim, importante missão educativa, a par de ter gerado um clima propício à industrialização do País, sem conflitos trabalhistas violentos. Invoco mais uma vez mais o depoimento insuspeito do notável filósofo do Direito Orlando Gomes – adversário confesso e ferrenho de Getúlio Vargas: “a CLT deu generoso passo para a integração dos trabalhadores no círculo dos direitos fundamentais do homem, sem o qual nenhuma civilização é digna desse nome.”<sup>75</sup>

Assim, embora o Estado Novo tenha ceifado direitos políticos, houve avanços em direitos sociais. Esses avanços tiveram o condão de acalmar as massas operárias em uma sociedade que iniciava em alguns determinados centros, um processo de urbanização e industrialização.

Em 1946 um processo constituinte promulgaria uma nova constituição retomando o viés democrático da carta de 1934, sendo restabelecido os direitos individuais, acabando com a censura e com a pena de morte, restabelecendo a

---

<sup>75</sup> SUSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol 2. 22 ed. São Paulo, LTr, 2005. p. 67

separação e independência dos poderes e o federalismo, estabelecendo o direito de greve e de associação sindical, e a função social da propriedade.

Como ensina a melhor doutrina, à qual mais uma vez explicita o magistério de Bonavides:

Em 1946, a Constituição, mais conservadora em alguns aspectos, teve, contudo, recuos e avanços que nada comprometeram a estrutura já formalmente implantada do Estado social brasileiro.

O Estado social também alargava as suas conquistas, com a norma programática endereçada ao legislador acerca da participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, com as instituições do repouso semanal remunerado, o reconhecimento do direito de greve, a aposentadoria facultativa com 35 anos de serviço e a inserção da Justiça do trabalho na esfera do Poder Judiciário.<sup>76</sup>

As disputas geopolíticas da Guerra Fria, que resultariam em regimes autoritários de distintos matizes ideológicos, em distintas regiões do globo, e em especial na América Latina, aliadas aos interesses das elites conservadoras nacionais, culminaram na ruptura democrática em 1964, e conseqüente cassação de direitos políticos e garantias individuais, proscrição de movimentos sociais, estudantis e sindicais, censura à imprensa e violações aos direitos humanos.<sup>77</sup>

Neste período de exceção o Brasil teve a Constituição de 1967, objeto de reforma em 1969, e que enfraqueceu o federalismo, aboliu eleições diretas para presidente, diminuiu a independência do judiciário, assim como foram adotados diversos atos institucionais que davam verniz legal aos atos autoritários do regime, acabando por dar poderes absolutos ao regime, com o fechamento do congresso, suspensão do direito de reunião, censura às artes e aos meios de comunicação, decretação do estado de sítio e suspensão do *habeas corpus* para os denominados crimes políticos.

Os direitos individuais durante a ditadura, adquirem o caráter apenas formal, sem qualquer relação com a realidade social e política, que mal cobria a gritante face autoritária do Poder. Como bem assinala Bonavides: “A Constituição

---

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004. p.417

<sup>77</sup> Disponível em: < <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964> >. Acesso em: 18 ago. 2019.

de 1967 manteve formalmente os mesmos direitos e garantias individuais, mas a prática contestou o texto adotado...”.<sup>78</sup>

Neste cenário, ocorrem retrocessos na proteção dos direitos sociais, como o fim da estabilidade no emprego, criando a possibilidade de despedida imotivada pelo empregador, sem o pagamento de indenização, com a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Lei 5.107/1966), também com a chamada Lei de Estágio (Lei 6.494/1977), que na prática possibilitava a contratação de trabalhadores estudantes, sem uma série de direitos, e ainda houve a redução da idade mínima para o trabalho fixada em 1934 em 14 anos para 12 anos de idade (CF/67 – EC/69, art. 158, inc. X).

Ocorreram, todavia, alguns raros avanços como a extensão de direitos aos trabalhadores rurais e domésticos de alguns direitos até então garantidos apenas aos trabalhadores urbanos. Excepcionava alguns direitos, sem, contudo, destoar da proteção dos trabalhadores urbanos, como bem ressalta Amauri Mascaro do Nascimento:

Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, cujo critério é o da extensão, pura e simples, ao trabalhador rural, da legislação trabalhista aplicável ao trabalhador urbano, com algumas restrições, o que não alterou substancialmente o seu elenco de direitos.<sup>79</sup>

...

Os empregados domésticos foram excluídos do âmbito da aplicação da CLT desde a sua aprovação pelo Decreto-lei n. 5.452/43, conforme art. 70, a. Apenas em 1972, a Lei n. 5.859 tratou desses empregados, fixou como direitos dos domésticos a anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, férias anuais de 20 dias, salário mínimo, décimo terceiro salário, bem como a inclusão na Previdência Social.<sup>80</sup>

Ademais, se não houve uma maior precarização em termos legislativos, a falta de liberdade sindical que impediam greves, instrumento importante para a negociação coletiva na busca de melhores salários, e o processo inflacionário, resultado do aumento da dívida externa para uma política de estímulos econômicos que produziria o “Milagre Econômico Brasileiro” do início dos anos

---

<sup>78</sup> BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004. p.447

<sup>79</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 958

<sup>80</sup> Ibid. p. 978.



1970<sup>81</sup> e da crises do petróleo resultariam numa brutal crise econômica e social<sup>82</sup>, que achataram em muito os salários, definhando o poder de compra dos trabalhadores.

Já no final da década de 1970, com a vitória do democrata Jimmy Carter, com uma pauta um pouco mais voltada para os Direitos Humanos, o regime perderia o apoio dos Estados Unidos, sendo ponto culminante da perda de tal aliado, a denúncia no Congresso Norte Americano por parlamentares governistas das graves violações aos direitos humanos praticadas por agentes do regime militar brasileiro.<sup>83</sup>

Assim, a crise econômica, social e a perda do apoio político tornariam insustentável a manutenção do regime. Em 1979, após 15 anos de regime de exceção, é aprovada a Lei da Anistia e centenas de brasileiros retornam do exílio no exterior, iniciando-se a chamada “abertura”, processo de transição lento e gradual, e que seria precipitado em seus últimos atos, pela massiva adesão popular na campanha por eleições diretas para Presidente da República em 1985, o chamado movimento pelas “Diretas já”, que embora derrotado no seu objetivo imediato, foi vitorioso no despertar da cidadania para a democracia, culminando na convocação de uma assembleia nacional constituinte eleita em 1986, e tendo como apoteótico encerramento de tal processo de abertura, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Ainda, Paulo Bonavides, aponta:

Com efeito, foi ela a primeira Constituição Brasileira que não se originou de uma ruptura anterior das instituições: esta, portanto, a primeira constatação que a mais superficial análise histórica de nosso passado prontamente descobre. Mas é constatação, sem dúvida, apenas aparentemente, porquanto, se a Carta Magna não foi precedida de um ato de independência, como a Carta Política do Império, de 1824, ou da queda de um império, como a de 1891, ou do fim de uma república oligarquia - a chamada Pátria Velha carcomida, posta abaixo pelas armas liberais da Revolução de 1930 - como a Constituição de 1934, ou da ruína de uma ditadura e dissolução do Estado Novo, como a de 1946, ou até mesmo de um Estado que aniquilou com um violento ato institucional uma república legítima, qual o fez a de 1967, nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente só quadro constituinte instalado em

---

<sup>81</sup> Disponível em: < <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/milagre-economico-brasileiro> >. Acesso em 19 ago. 2019.

<sup>82</sup> Disponível em: < <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/PacoteAbril> >. Acesso em 19 ago. 2019.

<sup>83</sup> GREEN, J. N. Clerics, Exiles, and Academics: Opposition to the Brazilian Military Dictatorship in the United States, 1969-1974. **Latin American Politics and Society**, 45, no. 1 (2003): 87-117.

1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas: aquela noite de 20 anos sem parlamento livre e soberano, debaixo da tutela e violência de atos institucionais, indubitavelmente um sistema de exceção, autoritarismo e ditadura cuja remoção a Constituição se propunha fazê-lo, como em rigor o fez, promulgando a Constituição ora vigente.<sup>84</sup>

Ressalte-se que a Carta Magna de 1988, também denominada Constituição Cidadã pelo então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães, nascia dos anseios sociais, políticos e econômicos de uma nação que emergia de um longo período de exceção no campo político, e que vivia uma profunda recessão econômica.

A força normativa da Constituição de 1988 e o sentimento nela expresso de desejar pôr em marcha a construção um novo ordenamento político, social e jurídico. Por outro lado, em que pese os muitos interesses antagônicos que permearam os debates constituintes, a Carta Cidadã de 1988 foi capaz de expressar os consensos então concertados na sociedade brasileira, que se materializavam naquela carta constitucional, é expresso por Bonavides, “nunca, porém, uma lei magna no Brasil esteve tão perto de refletir as forças reais do poder, de que fazia menção Lassale, na segunda metade do século passado”<sup>85</sup>.

A Constituição de 1988, de forma já um pouco tardia, retoma e principalmente aprofunda, o Estado de Bem Estar Social. Em razão disso são positivados com status constitucional uma série de direitos sociais, tais como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social.<sup>86</sup>

José Afonso da Silva<sup>87</sup>, aponta que a Constituição Federal de 1988, reconheceu direitos classificados em cinco grupos: direitos individuais; direitos à nacionalidade; direitos políticos; direitos sociais; direitos coletivos e direitos solidários.

---

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004. p.455.

<sup>85</sup> Ibid. p.489.

<sup>86</sup> Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.186.

Dentre os direitos sociais, garantiu aos trabalhadores urbanos e rurais uma série de direitos trabalhistas e previdenciários.<sup>88</sup> Assim, é extrema de

---

<sup>88</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembléia geral fixará a

dúvidas que os direitos sociais, para o constituinte de 1988, assumem a figura de Direitos Fundamentais, uma vez que são positivados no texto constitucional. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que:

A Constituição Federal, [...] foi a primeira na linha constitucional brasileira a prever um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais – Título II -, onde foram consagrados direitos sociais básicos e de caráter mais geral, bem como foi previsto um extenso elenco de direitos dos trabalhadores, igualmente sediado no capítulo dos direitos sociais. Embora na evolução constitucional precedente já houvesse previsão de algumas normas – especialmente no âmbito da ordem social e econômica da Constituição - versando sobre justiça social e mesmo de alguns direitos sociais (com destaque para os direitos dos trabalhadores), foi apenas no texto promulgado em 05.10.1988, que os direitos sociais foram efetivamente positivados na condição de direitos fundamentais[...].<sup>89</sup>

No mesmo sentido:

O Texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais. [...] Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Desse modo, não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.<sup>90</sup>

---

contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer. Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 610.

<sup>90</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e os Direito Constitucional Internacional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.112.

Também na mesma linha Alexandre de Moraes. Que muito bem ressalta o escopo destes direitos:

[...] caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.<sup>91</sup>

Não destoa Maurício Godinho Delgado,

Protege os direitos e garantias fundamentais, isto é, aqueles direitos e garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como sói ocorrer com os direitos individuais e sociais trabalhistas.<sup>92</sup>

Assim, a Constituição de 1988 elevou à categoria de direitos fundamentais os direitos sociais, com especial ênfase aqueles direitos de proteção ao trabalho humano. Ademais, como adiante veremos com mais ênfase e profundidade, a mesma Lei Suprema contém uma amplíssima cláusula de abertura ao direito internacional dos direitos humanos, servindo-se portanto de três diferentes fontes de positivação dos direitos fundamentais, quais sejam, os direitos e garantias expressamente assentados na Constituição já aqui elencados, bem como os direitos e garantias que logicamente decorram do regime e dos princípios adotados pela Constituição, mas ainda e mais importante para o presente trabalho, dos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil.

## **2. A APLICABILIDADE INTERNA DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

Feitas até aqui as necessárias considerações conceituais sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais, bem como traçada uma evolução histórica do tratamento dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e da consolidação dos tratados sobre direitos humanos no plano internacional, chega-se à problemática do nosso tempo, qual seja os desafios à efetividade dos direitos.

Ora, o desafio que se apresenta para garantia dos direitos fundamentais não é mais de caráter conceitual ou normativo, pois não faltam elementos ou fundamentações teóricas ou históricas ou até mesmo no mais das vezes

---

<sup>91</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.202.

<sup>92</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p.33.

positivação legislativa para dar supedâneo a tais direitos, mas sim falham os sistemas jurídicos e políticos em dar-lhes efetividade, como aliás assevera Bobbio,

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais ou quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.<sup>93</sup>

Assim, se no Século XX as conquistas democráticas nos levaram à consolidação dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro, o nível de efetividade ainda deixa a desejar, tendo como uma de suas possíveis causas a incompleta maturação da cultura constitucional nacional, como bem registra Manoel Jorge e Silva Neto,

E, por outro lado, a inadequação do procedimento interpretativo produz efeitos altamente desastrosos, inclusive no que se relaciona à própria efetivação dos direitos fundamentais, cujos problemas de concretização estão umbilicalmente presos à falta de consciência constitucional. Como referimos anteriormente, os direitos fundamentais são bastante atingidos pela ausência de cultura constitucional e concepção tardia do constitucionalismo. Deveras, o modo de interpretar a constituição produz inequívocos efeitos na ausência de efetividade dos enunciados normativos jusfundamentais.<sup>94</sup>

Àquele desafio se soma a "pregação neoliberal", que preconiza a liberdade de mercado e o enfraquecimento dos sistemas de proteção social, como bem assinala o Mestre Português,

O regresso a uma teorização defensivo-liberal do Estado de direito sugere o abandono do conjunto de direitos económicos, sociais e culturais, conquistados ao cabo de complexas lutas sociais e políticas. O Estado de direito da pós-modernidade não pode ser o Estado de direito da modernidade: num garante-se a sociedade civil perante o autoritarismo do Estado; noutro «aspira-se à respiração» do indivíduo e do privado, depois de asseguradas estadualmente as dimensões inelimináveis da socialidade, igualdade e fraternidade. Num foi necessária a regra do direito contra a ordem autoritária e ingerente; noutro impõe-se o «regresso à regra» como forma de redução da complexidade prestacional do Estado, a fim de impedir a juridicização total da vida e a rigidificação planificante das estruturas autónomas da sociedade.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25

<sup>94</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília : ESMPU, 2016. p. 50 e 57.

<sup>95</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

Tais inclinações neoliberais implicam em grandes desafios à efetividade dos direitos fundamentais, cuja o alcance de concretização é ainda baixo, e passa a enfrentar um movimento de precarização dos direitos sociais, que antes já mencionamos. A par disso, em nível internacional não se experimentam ainda retrocessos significativos até o momento presente, até pelos interesses econômicos, diplomáticos e comerciais em jogo, como se evidencia nas recentes tratativas de acordo comercial entre Mercosul e União Européia<sup>96</sup>.

Retomando o que antes fora registrado, é possível afirmar que a indagação de Norberto Bobbio, pudesse encontrar um caminho para a construção de uma resposta condizente à partir da lição do Jurista Alemão Konrad Hesse, que leciona que:

A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como do seu pressuposto fundamental, a vontade da constituição, essa tarefa foi confiada a nós.

Assim à uma pergunta tão desafiadora, parece haver uma resposta bastante objetiva e assertiva. A resposta de Hesse parece fornecer um norte seguro para a construção da necessária resposta à pergunta de Bobbio, embora dita resposta não se dirija necessariamente àquela pergunta, até mesmo pela eventual impossibilidade cronológica, análise que não interessa ao presente trabalho, que na verdade busca apenas extraí-lhes a essência, apta a concluir qual o melhor caminho para que as declarações de direitos ultrapassem o campo das belas palavras palavras vazias dos discursos diplomáticos que em pouco ultrapassam o campo etéreo das boas intenções.

Ora, onde poder-se-ia buscar melhor resposta para a efetividade do Estado Social e Democrático de Direito, do que na própria norma suprema de tal Estado? Se, do ponto de vista estritamente jurídico, é da constituição que derivam os direitos fundamentais, onde melhor buscar garantias para tais direitos que da superioridade da norma constitucional?

---

<sup>96</sup> O Acordo de Associação entre MERCOSUL e União Europeia prevê: O capítulo de Comércio e Desenvolvimento Sustentável tem por objetivo reiterar o compromisso das partes na proteção das condições de trabalho e do meio ambiente. Consagra o respeito aos princípios fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os objetivos de desenvolvimento sustentável da agenda 2030, de acordo com as capacidades nacionais das partes. Disponível em: < [http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019\\_07\\_03\\_-\\_Resumo\\_Acordo\\_Mercosul\\_UE.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf) >. Acesso em 22 ago. 2019.

Não parece haver sido até o presente momento engendrada resposta mais efetiva no campo jurídico que a supremacia da constituição. Aliás, não destoaria de tal resposta a clássica lição de Hans Kelsen, que situava a Constituição no ápice da pirâmide jurídica.

Entre os Constitucionalistas brasileiros colhe-se a seguinte lição:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta<sup>97</sup>.

Assim, para que prevaleça a força normativa da constituição, é que ganha importância o controle de constitucionalidade, que situa a constituição no ápice do sistema jurídico, norma jurídica suprema de um ordenamento jurídico, em relação à qual todas as demais normas devem guardar reverência e coerência.

Neste sentido, sobressai a importância de buscar potencializar a abertura do sistema constitucional brasileiro às normas internacionais de direitos humanos, em especial das normas internacionais de proteção ao trabalho, não apenas como instrumento potencializador da efetividade dos direitos fundamentais mas sobretudo como um anteparo de proteção que possa mitigar os riscos de retrocesso decorrentes das maiorias de ocasião. Tal abertura, ao contrário de significar uma mitigação da supremacia da constituição, reafirma tal supremacia, pois dela deriva, como adiante veremos.

## 2.1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Limita-se o presente trabalho em virtude de seu objeto de análise a tratar do controle de constitucionalidade brasileiro apenas em seus aspectos mais elementares e necessários para a compreensão do tema central do presente estudo. Assim não se pretende exaurir a discussão sobre o controle de constitucionalidade, mas apenas trazer elementos mínimos que permitam uma aproximação com o tema principal.

---

<sup>97</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.123.



O conceito clássico de controle de constitucionalidade que nos, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, é ao mesmo tempo objetivo e abrangente:

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais — subjetivos, como a competência do órgão que o editou — objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição — quanto dos requisitos substanciais — respeito aos direitos e as garantias consagrados na Constituição — de constitucionalidade do ato jurídico.<sup>98</sup>

A principal função do controle de constitucionalidade é a garantia da coerência e organicidade do sistema normativo, partindo-se da supremacia da constituição da pirâmide normativa de Kelsen aliada à rigidez constitucional, preservando a Constituição como referencial e elemento jurídico positivo de validade para todas as normas do sistema jurídico.

Dessa forma, qualquer dispositivo infraconstitucional em confronto com os ditames constitucionais é eivado de inconstitucionalidade, devendo ser banido do ordenamento jurídico. Nessa linha de entendimento encontra-se a ponderação apresentada por Celso Barbi, citado por Ivo Dantas, ao lecionar que:

Todavia, não se pode negar que os argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade das leis são irresponsáveis, apesar de sua simplicidade: se a Constituição é lei fundamental, de categoria mais alta, e a ela deve subordinar-se o legislador ordinário, não se pode admitir a validade de lei ordinária, não se pode admitir a validade de lei ordinária contrária à Constituição. Se o fizéssemos, estaríamos admitindo a reforma da Constituição fora do processo estabelecido para isto, e negando a supremacia constitucional.<sup>99</sup>

A constituição Federal de 1988 classifica-se como rígida, pois, demanda, em termos formais, um processo especial de revisão, além de contar com dispositivos que não são passíveis de revisão, as determinadas cláusulas pétreas<sup>100</sup>. Nesse sentido, conforme destacado por Ivo Dantas:

Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superiores àquelas que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às

---

<sup>98</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo : Saraiva, 2015. p.62.

<sup>99</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil**. Belo Horizonte, 1972, p.177, apud DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p.33.

<sup>100</sup> Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos, etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos<sup>101</sup>.

Cumprir registrar que o controle de constitucionalidade se relaciona direta e concomitantemente tanto a rigidez constitucional, quanto à Supremacia da Constituição, bem como à tutela dos direitos Fundamentais<sup>102</sup>. A Constituição de 1988 adota um sistema de controle de constitucionalidade misto, pois são previstos no ordenamento brasileiro tanto o controle concreto e difuso, no qual qualquer Juiz ou Tribunal, dentro de sua atribuição jurisdicional territorial e material e respeitadas as questões processuais pertinentes, tem tanto o poder como o múnus de, exercendo o controle de constitucionalidade, deixar de aplicar norma conflitante com a Constituição, declarando a sua a inconstitucionalidade, sendo a discussão sobre tal declaração, esgotadas as instâncias ordinárias, passível de ser levada até o Supremo Tribunal Federal pela via do Recurso Extraordinário,

Veja-se o que prescreve o art. 102 III da Constituição Federal,

Compete ao STF: III- julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

É certo que por sua natureza excepcional, o Recurso Extraordinário exige para sua admissibilidade não só o esgotamento de instância, como também o prequestionamento da questão constitucional, ou seja, a questão deve ter sido expressamente enfrentada e por fim, em razão da Emenda Constitucional nº45 ter acrescentado o § 3º ao mencionado artigo, que seja demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais discutidas, como bem explica Luiz Guilherme Marinoni,

A admissibilidade do recurso extraordinário é subordinada ao chamado “esgotamento de instância”. Ou seja, o recurso extraordinário apenas é cabível quando não existe outro recurso para impugnar a decisão perante o tribunal. Exige-se, ainda, para o conhecimento do recurso extraordinário, o chamado prequestionamento. Ou seja, a questão constitucional, objeto do extraordinário, já deve ter sido decidida....O

---

<sup>101</sup> DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p.29.

<sup>102</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 721.

STF exige que a questão, para ser considerada prequestionada, tenha sido expressamente abordada pela decisão recorrida, embora dispense que a norma afirmada violada tenha sido citada.

(...)

A norma instituiu a “repercussão geral” da questão constitucional discutida no caso como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, outorgando, ao mesmo tempo, poder para o STF recusá-la por dois terços dos seus membros. Em poucas palavras, atribuiu-se ao STF o poder de selecionar os casos que deve julgar.<sup>103</sup>

Todos estes requisitos previstos na constituição tornam bastante restritiva a admissibilidade do Recurso Extraordinário. Ao fim e ao cabo cada vez mais a apreciação da admissibilidade de tal recurso tem ficado ao alvedrio do Supremo tribunal Federal.

O ordenamento jurídico brasileiro adota ainda o controle concentrado e abstrato por órgão jurisdicional, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal, pelas vias da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com ampla legitimidade ativa.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1063/4.

<sup>104</sup> Constituição Federal: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; (...) § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Art.

Essa diversidade de possibilidades de controle é bem sintetizada por Manuel Gonçalves Ferreira Filho:

É, em princípio, de caráter difuso o controle judiciário no Brasil. Perante qualquer juiz pode ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado. Trata-se, pois, de controle incidental, de efeito inter partes. Observe-se que, se todo juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade, os tribunais só o podem fazer pela maioria absoluta de seus membros (art. 97).

Prevê a Constituição, porém, o controle por ação direta, inclusive da inconstitucionalidade por omissão.<sup>105</sup>

São estes, sinteticamente os principais aspectos do controle de constitucionalidade no Brasil. Interessam especialmente ao presente trabalho para a compreensão do controle de convencionalidade, como adiante se verá.

## 2.2. A INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO.

O atual estágio de desenvolvimento da humanidade, especialmente do ponto de vista tecnológico que possibilita intenso trânsito da comunicação e das informações que ultrapassam em frações de segundo quaisquer barreiras geográficas, e facilitam o comércio eletrônico e o fluxo de mercadorias, bem como a própria organização social, política e jurídica, faz com que, até mesmo os atos mais mezinhos da vida cotidiana, já não caibam inteiramente nos espaços confinadas à realidade de apenas um Estado soberano.

---

103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

<sup>105</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo : Saraiva, 2015. p.68.

Assim, estas amplas mudanças havidas nas últimas décadas impactaram a vida da sociedade humana não apenas em aspectos culturais, mas também modificaram hábitos de consumo e relações comerciais e de trabalho, e ainda promoveram uma transformação na organização jurídica estatal e do próprio Direito Constitucional que ultrapassaram as barreiras estanques das fronteiras dos Estados Nacionais Soberanos. Em que pesem subsistirem com pleno vigor os modelos constitucionais daqueles, não mais o fazem como entes isolados uns dos outros, especialmente num ambiente de intensa cooperação e interação internacional, ainda que por vezes essa interação seja quase que involuntária é, dados os fatos até mesmo inevitável, com crescente circulação e intercâmbio de pessoas, capitais e interesses, muitos dos quais encampam pautas de interesse de toda a humanidade. Neste sentido cabe trazer à colação a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

São os próprios elementos do Estado constitucional que indicam o modelo de cooperação internacional. Os procedimentos de concretização das democracias, a independência da jurisdição – principalmente da jurisdição constitucional – e os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos são decisivos para a consagração de um modelo de cooperação entre os Estados.

A imagem da comunidade universal dos Estados constitucionais evidencia que o Estado constitucional não mais terá suas referências apenas em si, mas nos seus semelhantes, que serão como espelhos a refletir imagens uns dos outros para a identificação de si próprios. A manifestação desse fenômeno ocorrerá por meio de princípios gerais, notadamente os que consagrarem direitos humanos universais (como aquelas de objetivos educacionais, paz mundial, proteção ao meio ambiente, amizade, cooperação e ajuda humanitária). Evidente, portanto, a relação direta entre a concepção de um Estado constitucional cooperativo e a temática da proteção dos direitos humanos.<sup>106</sup>

Reflexo de tal tendência é previsão que consta logo no artigo 4º da Constituição de 1988 que determina que a República Federativa do Brasil "buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações", tal dispositivo deixa clara a intenção do constituinte originário de promover a integração do Brasil em organismos supranacionais, tais como a Organização dos Estados Americanos, e submeter-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de igual maneira tal intenção reforçada pelo constituinte

---

<sup>106</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1119.

reformador ao acrescentar com a Emenda Constitucional n 45º, de 2004 que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Gilmar Mendes ainda acrescenta, com clareza:

Há uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos fundamentais do homem. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.<sup>107</sup>

Assim, a partir da universalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e da tendência do Direito Constitucional a respaldar e prestigiar esses direitos, é que eles passam a ter a sua integração no direito interno dos diferentes ordenamentos, que paulatinamente vai sendo respaldada pelas próprias constituições. Neste cenário, os ordenamentos jurídicos nacionais passam a recepcionar e a integrar tais normas, como ocorre hoje com as Constituições mais recentes, como é o caso da Constituição de 1988.

Neste sentido, cabe trazer à colação a lição de Luigi Ferrajoli<sup>108</sup>:

Desde siempre, por lo demás, la filosofía política y la cultura jurídica han desempeñado un papel decisivo en la construcción de las instituciones jurídicas y políticas. Hoy este papel se encuentra inscrito, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, en el código epistemológico impuesto a la ciencia jurídica por la nueva estructura asumida por el derecho, no sólo constitucional sino también internacional.

El conflicto entre ser y deber ser del derecho, entre normatividad axiológica y efectividad concreta, entre justicia y derecho, entre idealismo y realismo, entre racionalidad sustancial y racionalidad formal, que hasta el momento ha gravado la cultura jurídica internacionalista, se ha desplazando en realidad, a través de las cartas internacionales de derechos, al cuerpo mismo del derecho internacional positivo. Se ha transformado en una antinomia jurídica entre normas positivas, recorriendo nuevamente el proceso de formación que había dado lugar, a través de la constitucionalización de los derechos naturales, al Estado constitucional de derecho y a nuestras democracias. En otras palabras, gracias a esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo disponemos ya de una embrionaria constitución mundial.

---

<sup>107</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1127.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 156.

Tal é a tendência das constituições modernas da segunda metade do século XX, como aliás bem aponta Comparato,

Assim, na Europa, a Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 25), que faz prevalecer as normas de direito internacional sobre a lei interna; a Constituição portuguesa de 1976, que manda incluir na enumeração dos direitos humanos “quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis do direito internacional”, determinando ainda que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (art. 160). Da mesma forma, na América Latina, as Constituições da Guatemala de 1985, da Nicarágua de 1987 e do Chile de 1989 integram as normas internacionais de direitos humanos ao direito interno em nível constitucional.<sup>109</sup>

O mesmo ocorre na Constituição de 1988, que além de elencar um extenso rol de direitos, vai além. Asseverando estar garantidos não só aqueles direitos positivados em seu texto, como também em tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, conforme a expressa previsão dos § 2º do art. 5º da referida Carta Magna:

§ 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.

Trata-se de dispositivo bastante inovador para a cultura constitucional brasileira de até então, com muita propriedade Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>110</sup> destaca: “o dispositivo atualmente em vigor foi acrescido da referência aos tratados internacionais, inovando significativamente em relação à tradição constitucional anterior”. Trata-se assim de disposição que, na tendência que se observa internacionalmente de integração do Estado constitucional às ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, contém uma verdadeira cláusula de abertura que possibilita a constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos, recepcionando-os no bloco de constitucionalidade.

Desta forma, o constituinte originário brasileiro ampliou-se aquilo que é definido pela melhor doutrina como Constituição material. Canotilho define tal

---

<sup>109</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 74.

<sup>110</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentário ao artigo 5º, § 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.516.

conceito como aquele “conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais donde estas normas são oriundas”<sup>111</sup>.

Aliás os conceitos de constituição formal e constituição material não se revelam antinômicos, como bem assevera Giuseppe de Vergotini ao lecionar que, este último conceito emerge de decisões do Conselho Constitucional Francês para ampliar o entendimento daquilo que pode considerar-se como norma constitucional, não limitando-se à própria constituição, mas abrangendo também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e as declarações do o preâmbulo e os princípios das leis da República,

Constituzione formale e costituzione sostanziale non sono necessariamente un contrasto, potendosi limitare la seconda a integrare la prima. Ma è certo che pretendere de limitare la costituzione a solo dato formali significherebbe, in genere, voler ignorare aspeti importanti o fondamentali di un ordinamento.

Un esempio di ciò che può intendersi per costituzione in senso sostanziale è offerto dalla elaborazione giurisprudenziale ad opera dei Conseil Constituinnel del c.d. bloc deconstitutionnalité. In tema di verifica preventiva della conformità delle leggi alla costituzione vigente (dal 1958) era evidente que l'esame esperibile dal Consiglio sarebbe stato particolarmente ristretto. Infatti nella costituzione formale non esisteva una normativa organica e esplicita in tema de diritti di libertà. Il Consiglio tuttavia in alcune famose pronuncie (del 16 luglio 1971 in tema di libertà si associazione, de 28 novembre 1973 in tema della libertà personale, de 27 dicembre 1973 in tema di tassazione) ha deciso che il raffronto delle norme di legge da esaminarsi andava fatto non solo rispetto al testo costituzionale formale ma anche tenendo conto della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, dei preamboli delle costituzione del 1946 e del 1958 e del principi fondamentali riconosciuti delle leggi della Repubblica, tutti ricompresi nel "blocco di costituzionalità" formate quindi diritto costituzionale in senso sostanziale.<sup>112</sup>

Neste sentido, é materialmente constitucional, ou seja, integram o bloco de constitucionalidade, não apenas o texto da Lei Maior. Também todo o arcabouço jurídico constitucional, que abrange além dos direitos constitucionalmente positivados, também outros que sejam decorrentes do regime democrático e republicano e dos princípios pela constituição adotados, dentre os quais se sobressaem valores tais como, a dignidade da pessoa humana,

---

<sup>111</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 67.

<sup>112</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale Comparato**. 5 ed. Pádua: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1999. p. 146.



o valor social do trabalho e a função social da propriedade, mas ainda os direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais, entre outros direitos humanos e fundamentais garantidos por acordos e convenções internacionais das quais o Brasil seja parte.

Não é outra a conclusão de Flávia Piovesan, ao referir que,

[...] ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais”, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.<sup>113</sup>

Todavia a questão que há muito discute-se na doutrina e na jurisprudência é que, se havendo conflito entre a lei ordinária ou outra norma infraconstitucional e o tratado internacional, qual norma haverá de prevalecer. No que tange às relações travadas entre o direito interno e o direito internacional existem duas teorias clássicas. A teoria dualista, para a qual as duas ordens jurídicas são completamente independentes, só podendo o direito internacional ser aplicado internamente se a ele for internalizado mediante a edição de norma interna, e a monista, que se divide em duas vertentes, a do monismo nacionalista que aceita a interação dos dois planos, todavia com preponderância do direito interno, e aquela do monismo internacionalista, que sustenta a prevalência do direito internacional. Hodiernamente, a maior parte da doutrina, aceita um monismo internacionalista moderado, bem definido nos excertos da lição Jorge Miranda,

Já numa linha mais mitigada, poderá dizer-se que a relação entre normas de Direito interno e normas de Direito Internacional não se reconduz forçosamente a uma relação de validade; a desconformidade entre lei interna e tratado, por exemplo, não acarreta invalidade da lei, podendo acarretar simplesmente ineficácia ou então a responsabilidade internacional dos Estados. Por outro lado, haverá sempre que discernir Direito ordinário e Direito constitucional: a Constituição do Estado não tem que ser conforme toda e qualquer norma de Direito Internacional e, ao invés, é ela que regula o modo

---

<sup>113</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e os Direito Constitucional Internacional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.130.

como as normas internacionais adquirem relevância ou são recebidas na ordem interna.

(...)

Em primeiro lugar, e com poucas exceções, parece clara a adesão que vão obtendo, desde há décadas, as correntes monistas – e, evidentemente, de monismo com primado do Direito Internacional.

(...) o alargamento das matérias objecto de regulamentação pelo Direito Internacional, o aparecimento e o papel crescente das organizações internacionais, a irrupção do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, a emanção de normas internacionais que só fazem sentido enquanto aplicáveis na ordem interna (como as constantes das convenções da OIT, de convenções de protecção dos direitos do homem e de regulamentos das Comunidades Europeias). Perante a realidade da vida jurídico internacional, seria impensável negar a interligação sistemática das normas de Direito Internacional e das normas de Direito interno.

(...)

A doutrina largamente maioritária pronuncia-se em favor de um monismo moderado, visto que um monismo absoluto pressuporia um federalismo jurídico sem base (pelo menos, no horizonte actual) e que, a ser alcançado, representaria a convolução do Direito Internacional num quid novo e diferente.<sup>114</sup>

Também neste sentido é indispensável também trazer à colação a clássica lição de Hans Kelsen, que advogava pioneiramente um monismo internacionalista mais aprofundado,

Em primeiro lugar, podem as normas de direito internacional ser utilizadas como critério de controle? De fato, é possível que um dos atos cuja regularidade é submetida ao controle esteja em contradição não com uma lei ou com a Constituição, mas com um tratado internacional ou com uma regra de direito internacional geral. Uma lei ordinária que contradiga um tratado internacional anterior também é irregular, porque, autorizando certos órgãos a firmar tratados internacionais, esta faz deles um modo de formação da vontade estatal; ela exclui, portanto, em conformidade com a noção de tratado que adotou, sua ab-rogação ou sua modificação por lei ordinária. Uma lei contrária a um tratado é, por conseguinte - pelo menos indiretamente - inconstitucional. Mas para poder afirmar que mesmo uma lei constitucional que viole um tratado é irregular, é necessário colocar-se de um ponto de vista superior ao da Constituição. do ponto de vista do primado da ordem jurídica internacional porque somente aí o tratado internacional aparece como ordem parcial superior aos Estados contratantes, e entrevê-se a possibilidade de que os atos estatais, em particular as leis, regulamentos, etc., submetidos ao controle da jurisdição constitucional, podem violar não apenas as regras particulares de um tratado internacional, e por conseguinte, indiretamente, o princípio do respeito aos tratados, mas também outros princípios do direito internacional geral. Deve-se permitir que o tribunal constitucional também anule atos estatais submetidos a seu controle por contrariarem o direito internacional?

---

<sup>114</sup> MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão da 4. ed. portuguesa, com adaptações à Constituição de 1988. p. 127.

Contra a anulação das leis ordinárias contrárias aos tratados- ou dos atos equivalentes ou subordinados a essas leis - não se pode levantar nenhuma objeção séria. De fato, essa competência se moveria absolutamente no terreno da Constituição, que é - não se deve esquecer - o terreno da justiça constitucional. O mesmo vale para a anulação das leis ou dos atos equivalentes ou inferiores à lei, por violação de uma regra de direito internacional geral, supondo que a Constituição reconheça expressamente essas regras gerais, isto é as integre na ordem estatal...Com efeito a vontade da Constituição é que tais normas sejam respeitadas também pelo legislador; portanto é preciso assimilar completamente às leis inconstitucionais, as leis contrárias ao direito internacional. A solução é a mesma, tenham essas normas sido acolhidas pela Constituição no nível de leis constitucionais ou não. Porque, em ambos os casos, sua acolhida significa que elas não podem ser afastadas por uma lei ordinária.<sup>115</sup>

A melhor doutrina brasileira não destoa dos mestres europeus acima citados,

No terreno dos chamados direitos fundamentais, isto é, os direitos humanos reconhecidos expressamente pela autoridade política, existe uma hierarquia normativa? O direito internacional prevalece sobre o direito interno, ou trata-se de duas ordens jurídicas paralelas? Nesta última hipótese, como resolver os eventuais conflitos normativos entre o direito internacional e o direito interno? Assinale-se, aliás, a tendência crescente na atualidade no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional.<sup>116</sup>

Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli salientam que apesar de não haver unanimidade na doutrina nacional sobre referido tema: "Foi, no entanto, a jurisprudência do STF que sedimentou a posição conservadora de que as leis ordinárias e os tratados ocupariam o mesmo patamar jurídico (inferior) no que concerne à hierarquia das normas"<sup>117</sup>.

Neste sentido conservador, refletindo o espírito da época, pois o país vivia um regime de exceção, foi que, revertendo a jurisprudência até então consolidada no Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do em 04 de agosto de 1971 do Recurso Extraordinário nº 71.154/PR<sup>118</sup>, que reconhecia à unanimidade a

---

<sup>115</sup> Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, p. 164-166.

<sup>116</sup> Comparato, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 73/74.

<sup>117</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira. Gomes, Luiz Flávio. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. Revista Jurídica **UNIGRAN**. Dourados, MS. v. 12. 24 ed. jul./dez. 2010.

<sup>118</sup> Lei uniforme sobre o cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo que modificarem a legislação interna. Recurso Extraordinário conhecido e

prevalência do Direito internacional, no caso de conflito, sobre a ordem jurídica interna, passou à tese diametralmente oposta, no sentido da prevalência absoluta do direito interno no julgamento em 1º de julho de 1977, do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE<sup>119</sup>,

A doutrina criticava ferrenhamente tal posicionamento, sendo relevante colacionar neste sentido o veemente rechaço de Celso de Albuquerque Mello,

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. (...) O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso Triepel. Na verdade, o STF errou e não tem coragem de corrigir quando afirmou que as convenções de direito uniforme são aplicadas nas relações entre brasileiros. De agora em diante o STF ficará fazendo remendos desse tipo. A decisão é das mais funestas, vez que o STF não viu a consequência do seu acórdão que poderá influenciar os juízes nos mais diferentes locais do Brasil. Por outro lado, faltou a ele sensibilidade para o momento atual em que o Brasil intensifica as relações internacionais. 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.<sup>120</sup>

O advento da Constituição Federal de 1988 e a vigência do seu § 2º do art. 5º, em pouco alteraria a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal. Veja-se que decisão no mesmo sentido daquela anterior à vigência da Constituição de 1988 foi proferida no Habeas Corpus nº 72.131-RJ<sup>121</sup>, de 22 de novembro de 1995

---

provido.(STF - RE: 71.154 PR, Relator: OSWALDO TRIGUEIRO, Data de Julgamento: 04/08/1971, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 27-08-1971 )

<sup>119</sup> Convenção de Gênêbra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias-Aval aposto na nota promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a convenção de Gênêbra que previu uma Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec. Lei nº 427/69, que institui registro obrigatório da Nota Promissória em repartição fazendária, sob pena de invalidade do título. Sendo o aval um instituto cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE: 80004 SE, Relator para o acórdão Min. Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 01/06/1977, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-12-1977 PP-09433 DJ 19-05-1978 PP-03468 EMENT VOL-01083-02 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809).

<sup>120</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 119.

<sup>121</sup> Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (STF - HC: 72.131 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento:

ou seja, passados mais de sete anos da promulgação da nova Constituição. Tal decisão teve como Relator o Ministro Celso de Mello, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Veloso.

Todavia, merece relevante destaque o voto vencido do Ministro Carlos Veloso, que demonstra que começava a haver uma mudança de entendimento, embora ainda minoritário, no sentido de reconhecer status constitucional aos direitos reconhecidos nos tratados internacionais de direitos humanos, destacando que os direitos e garantias fundamentais na Constituição derivam de três vertentes: “a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados firmados pelo Brasil (C.F. art.5º, § 2º).”

Nesta linha evolutiva, merece destaque-se ainda o voto proferido algum tempo mais tarde pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no Recurso em Habeas Corpus nº 79.785-RJ<sup>122</sup> que em que pese não aceitar o status constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, entendeu tratar-se de norma supralegal. Esta posição aliás parece ter sido

---

23/11/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650).

<sup>122</sup> Em processo criminal da competência originária do Tribunal de Justiça, não é possível a interposição de recurso para o STJ objetivando o reexame da matéria de fato. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso em *habeas corpus* em que se pretendia o seguimento de “recurso inominado” com força de apelação junto ao STJ — em favor de condenada por suposta prática de crime contra o INSS, julgada originariamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ante a prerrogativa de um dos co-réus, juiz de direito — com base no princípio da isonomia e no duplo grau de jurisdição, conforme dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2: “*Toda pessoa acusada de delito tem ...*” *h*: “*direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.*”). O Tribunal considerou que a CF enumera taxativamente os recursos cabíveis para o STF e o STJ e que a Convenção possui natureza de lei ordinária, não estando a CF, portanto, obrigada a observar as disposições nela contidas, além do que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional. Vencido o Min. Marco Aurélio, que entendia ser possível, na espécie, o seguimento do recurso, por aplicação analógica do art. 105, II, *a*, da CF, o qual atribui ao STJ o julgamento, em recurso ordinário, de *habeas corpus* decididos em única instância pelos tribunais dos Estados, e, por fundamento diverso, o Min. Carlos Velloso, por entender que a CF consagra como direitos fundamentais aqueles reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, por expressa disposição do art. 5º, § 2º da CF (“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”). Precedentes citados: ADInMC 1.480-DF (julgada em 4.9.97, acórdão pendente de publicação; v. Informativo 82) e HC 72.131-RJ (julgado em 22.11.95, acórdão pendente de publicação; v. Informativo 14). RHC 79.785-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 29.3.2000. Informativo do STF, nº. 187, de 29.03.2000. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo187.htm>. > Acesso em 15 ago. 2019.

embrionária na tese que viria a prevalecer tempos depois no Supremo Tribunal Federal.

A tese da supralegalidade aliás, se coaduna com a previsão do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969, e que estabelece normas sobre a vigência e validade dos tratados e convenções internacionais, e determina que: "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Todavia, já na vigência de tal convenção, o sentido de tal dispositivo passou a ser interpretado no sentido de que o descumprimento dos tratados sob a alegação de previsão diversa na lei interna, poderia sujeitar o país às sanções internacionais pelo descumprimento dos tratados internacionais, sem contudo conferir-lhes eficácia interna.

Todavia, se nos parece que o mandamento constitucional era claro no sentido de que os direitos os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem, e portando incluem, entre os direitos constitucionalmente garantidos, aqueles previstos nos tratados internacionais a que o Brasil tenha aderido, tal não era o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que apresentava teses bastantes restritivas quanto à aplicabilidade de tal dispositivo, como já vimos anteriormente.

Com efeito, até a Promulgação da Emenda Constitucional nº 45, vinha prevalecendo de forma majoritária no Supremo tribunal Federal a tese de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, independentemente da matéria, não ostentavam qualquer status distintivo da norma comum. Ou seja, tanto os que versassem sobre direitos humanos, com sobre qualquer outro tema, tinham, segundo entendia o Supremo Tribunal Federal à época, posição na hierarquia normativa equivalente às leis ordinárias, como também já registrado acima.

Passados mais de dezesseis anos da promulgação da Constituição de Federal de 1988, sobreveio a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que em que pese a expressa previsão dos § 2º do art. 5º da CF/88, acrescentou o §3º, com a seguinte redação:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Sempre uma referência na matéria, o Catedrático da Universidade de São Paulo, vislumbra um intencional retrocesso conservador adotado em oposição à tendência de dar caráter constitucional aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Neste sentido,

É evidente que esse retrocesso foi imposto pelo grupo oligárquico dominante, o qual, submetido à crescente pressão internacional, não quis abrir mão do seu tradicional privilégio de impunidade ao desrespeitar os direitos humanos dos mais fracos e pobres.<sup>123</sup>

Tal entendimento não deixa de ter razão pois passando-se a exigir um quórum qualificado e ainda a aprovação em dois turnos, criou-se relevante e evidente dificuldade para a aprovação de tais tratados de forma que se se insiram no ordenamento brasileiro com este status privilegiado de emendas constitucionais. Tal argumento ganha relevo quando os direitos decorrentes de tratados internacionais já estavam albergados pelo Constituinte originário, como acima se registrou.

De outra parte Valério de Oliveira Mazzuoli tem um pouco menos de desconfiança quanto à real motivação da Emenda Constitucional nº45, apontando seu escopo de dirimir a cizânia quanto à aplicabilidade dos tratados internacionais no direito interno brasileiro. Neste sentido,

Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o fito de pôr termo às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se então um parágrafo subsequente ao § 2º do art. 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, proveniente da PEC 29/2000 chamada de “Reforma do Judiciário”. A alteração do texto constitucional, sob o pretexto de acabar com as discussões referentes às contendas doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, veio causar graves problemas interpretativos relativos à integração, eficácia e aplicabilidade desses tratados no nosso direito interno, sendo certo que o primeiro e mais problemático deles foi de ter feito tábula rasa da interpretação correta do § 2º do art. 5º da Constituição, que já vinha se fortalecendo na doutrina humanista mais abalizada e na jurisprudência de vários tribunais nacionais.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 74

<sup>124</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentário ao artigo 5º, § 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.519/520.

O mesmo Valério de Oliveira Mazzuoli, em que pese entender que os motivos que levaram à promulgação da multicitada Emenda, não são tão pouco nobres quanto aqueles pelo outro antes apontado, não destoa no tom crítico ao resultado,

A redação do dispositivo induz à inicial conclusão de que apenas as convenções assim aprovadas teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a esta matéria, serem aprovados sem este quórum, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional ordinária. Como o texto proposto, ambíguo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais (que poderão preterir o tratado a fim de aplicar a legislação “mais recente”), o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e a seu talante, decidir qual a hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade. O nosso poder reformador, ao conceber este § 3º em comento, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do referendun congressual do art. 49, inc. I, da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que tem igual fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que tem o mesmo conteúdo ético.<sup>125</sup>

De fato, a Emenda Constitucional nº 45 cria uma situação *sui generis*, que traz consigo uma série de perguntas, como por exemplo, qual seria o status dos tratados de direitos humanos até aqui aprovados sem o quórum qualificado. Embora não haja unanimidade na doutrina, Rezek entende que as normas anteriores à Emenda Constitucional nº 45, teriam sido recepcionadas com status de normas aprovadas de forma qualificada,

É sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código

---

<sup>125</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentário ao artigo 5º, § 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.520.



Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.<sup>126</sup>

Por outro lado, há quem entenda, que independentemente do quórum, todos os tratados de direitos humanos teriam o status de norma constitucional, com a diferença de que aquelas aprovadas com o quórum qualificado não seriam apenas formalmente, neste sentido Valério de Oliveira Mazzuoli sintetiza:

Em resumo: *materialmente constitucionais* os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à EC n.º 45) já são, independentemente de qualquer aprovação qualificada; *formalmente constitucionais* somente serão se aprovados pela maioria de votos estabelecida pelo art. 5.º, § 3.º, da Constituição (caso em que serão *material e formalmente constitucionais*), quando então tornar-se-ão, *de facto e de jure*, insuscetíveis de denúncia pelo Presidente da República.<sup>127</sup>

Até os dias que correm foram aprovados pelas duas casas legislativas em dois turnos e com quórum qualificado os seguintes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, que tem vigência equivalente às emendas constitucionais, a Convenção de Nova Iorque, de 30 de março de 2007, sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, e o Tratado de Marraqueche, de 28 de junho de 2013, sobre o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso ao texto impresso, no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Embora a questão ainda esteja longe de restar pacificada na doutrina, no julgamento em plenário realizada no dia 13 de setembro de 2019, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.760/DF, o Supremo Tribunal reconheceu à unanimidade, pela primeira vez, que os tratados internacionais de direitos humanos integrados ao ordenamento interno pelo rito e quórum estabelecidos pelo §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, são integrantes do bloco de constitucionalidade, e portanto patamar para o controle de constitucionalidade das normas, a decisão histórica não poderia ser mais enfática ao afirmar que: “A Convenção de Nova York, a qual tratou dos direitos das pessoas com

---

<sup>126</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2018. p.142.

<sup>127</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p 102.

deficiência, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional(...), nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal”.<sup>128</sup>

Assim, o que vai se sedimentando na jurisprudência constitucional brasileira é o entendimento no sentido de que, independentemente de serem apenas materialmente constitucionais, ou também o serem formalmente, os tratados de direitos humanos são indubitavelmente normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e portanto, ostentam caráter de suprallegalidade, estando portanto acima das leis ordinárias.

Em que pese tal discussão não se inserir no escopo principal do presente trabalho, reputam-se necessárias algumas considerações no que tange ao termo inicial da aplicabilidade dos tratados de direitos humanos, já que a Constituição estabeleceu ainda no § 1º do art. 5º, que: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Parte da doutrina nacional, aliás bem escudada na melhor doutrina estrangeira, entende que a aplicabilidade imediata não prescindirá da atividade legislativa necessária à concretização daquele direito, como ensina Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Ao determinar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o constituinte de 1988 copiou o art. 18 da Constituição portuguesa, o que segundo Canotilho, não quer dizer que tais direitos se aplicam independentemente de intervenção legislativa, mas que valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a com a Constituição, o que implica na inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da Constituição que consagram e afirmam direitos, liberdades e garantias de forma análoga.

...

Quando o § 1º do art. 5º da CF fala em direitos e garantias fundamentais, não só restringe ao campo dos direitos individuais, abarcando também os direitos de cunho social, econômico e político.<sup>129</sup>

Interpretando tal dispositivo constitucional no que tange à aplicabilidade imediata dos tratados internacionais ao direito interno, parte da parte da doutrina entende, que os tratados de direitos humanos teriam aplicação

---

<sup>128</sup> ... 5. Ação Direta julgada procedente. ADIN 5.760/DF Relator Ministro Alexandre de Moraes. DJE 26/09/2019 – ata nº 141/2019. DJE nº 210, divulgado em 25/09/2019.

<sup>129</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 547.

imediate, desde a ratificação, independentemente do cumprimento do iter procedimental estabelecido na própria Constituição para a sua incorporação ao direito interno,

Por fim, registre-se ainda que além de o novo § 3.º do art. 5.º não prejudicar o *status* constitucional que os tratados de direitos humanos (em vigor no Brasil) já têm de acordo com o § 2.º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação *imediate* dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo nosso país no futuro. Isso porque a regra constitucional que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, insculpida no § 1.º do art. 5.º da Carta...

...

Tal significa que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser *imediatamente aplicados* pelo nosso Poder Judiciário, com *status* de norma constitucional, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra do § 3.º do art. 5.º. Se a promulgação e publicação de tratados têm sido exigidas para os tratados *comuns*, tais atos são dispensáveis quando em jogo um tratado de *direitos humanos*. Ora, a Constituição diz (no art. 5.º, § 2.º) que os direitos nela expressos *não excluem* outros decorrentes dos tratados (de direitos humanos) dos quais a República Federativa do Brasil “seja parte”. A Constituição não diz o que significa *ser parte* em um tratado internacional, mas a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, sim. Segundo o texto de Viena, ser “parte” significa *ratificar um tratado em vigor* (art. 2.º, § 1.º, alínea g); assim, por autorização de uma norma (a Convenção de Viena de 1969) que o Brasil *ratificou* (no ano de 2009) e que *integra a coleção das normas jurídicas nacionais*, e que, além disso, *complementa* o sentido da expressão constitucional “seja parte”, é que se entende devam ser os tratados de direitos humanos *imediatamente aplicados* pelo Poder Judiciário, independentemente de promulgação e publicação oficiais.<sup>130</sup>

Tal, porém não tem sido o entendimento mais chancelado pelo Supremo Tribunal Federal pelo menos até o momento,

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo

---

<sup>130</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p 103.

Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a exequibilidade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno...(Medida Cautelar na ADIN 1480/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.06.2001, DJ 08.08.2001, pp-00003).

No mesmo sentido:

A recepção dos tratados ou convenções internacionais em geral, e dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul, está sujeita à disciplina fixada na Constituição da República. AgR em CR nº 8.279/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.06.1998, DJ 10.08.2000.

Assim, o que se pode afirmar até aqui, lastreando-se na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é que os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, são normas no mínimo materialmente constitucionais, e também poderão ser formalmente constitucionais se aprovados, com o mesmo rito e quórum das emendas constitucionais, na forma do art. 5.º, § 3.º da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº45. Ademais, também de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, independentemente da aprovação, com o rito e quórum de emenda constitucional, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, e que tenham sido incorporados ao ordenamento interno cumprido o iter processual constitucionalmente estabelecido, são normas supralegais, portanto jazendo acima das leis internas. Não se desconsidera também que respeitadas vozes da doutrina consideram que mesmo sem o rito e quórum qualificado acima citado, tais normas teriam natureza constitucional, todavia, como dito, até o momento tal não tem sido o entendimento da Corte Constitucional, que optou pelo que podemos chamar de caminho intermediário da supralegalidade, ou seja, com força normativa inferior à Constituição, mas superior às leis internas.

Neste cenário, é que vai se incorporando ao sistema jurídico de diferentes países, entre os quais o brasileiro, aquilo que na da Corte Interamericana de Direitos Humanos vem sendo nominado de controle de convencionalidade, que é o que o que passamos a analisar de maneira mais profunda e com mais enfoque a seguir.

### 2.3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente na discussão quanto à aplicação das normas internacionais de direitos humanos é que é cunhada a expressão controle da convencionalidade na França, durante os anos 70, como bem anota Mazzuoli,

De origem francesa, a expressão “controle de convencionalidade” data do início da década de 1970, quando o Conselho Constitucional francês – na Decisão n.º 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975 – entendeu não ser competente para o exame da conformidade de uma lei (tratava-se da recém-aprovada lei de interrupção voluntária da gestação) com um tratado internacional de direitos humanos em vigor na França (a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950).<sup>1</sup> Naquela ocasião, ao declinar da competência de controle, o Conselho Constitucional consignou não poder controlar a *convencionalidade* preventiva de leis internas, senão apenas, nos termos do art. 61 da Constituição francesa, a sua *constitucionalidade*.<sup>131</sup>

A expressão apareceria mais tarde no julgamento do contencioso da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano versus Chile*<sup>132</sup>, nos seguintes termos:

Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 1541 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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

A partir de então o controle de convencionalidade foi se sedimentando no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a sucessivas decisões

---

<sup>131</sup> Ibid. p.23.

<sup>132</sup> Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad. Disponível em < <http://www.corteidh.or.cr/publicaciones.html> > Acesso em 08/08/2019.

daquela instância, incubiram-se de ir lhe esculpindo os contornos . Sendo hoje farta a jurisprudência da Corte Interamericana sobre o tema<sup>133</sup>.

Enquanto isso, no âmbito interno, o Supremo Tribunal Federal, depois de mais de duas décadas da vigência dos dispositivos da Constituição de 1988 que indiscutivelmente acolhem os tratados de direitos humanos, e somente após a promulgação da da Emenda Constitucional nº45, em 03 de dezembro de 2008, na sessão em que houve o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP<sup>134</sup> e do Habeas Corpus 87.585/TO<sup>135</sup>, relativo à prisão civil de depositário infiel ao apreciar dispositivo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tendo como voto condutor aquele proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, viria a consagrar o entendimento de *no sentido de que* os tratados de direitos humanos inserem-se no Direito interno, com status de supralegalidade, sendo normativamente inferiores que a Constituição, mas com força normativa superior àquelas própria das leis internas.

Duas correntes se formaram naquele julgamento, aquela já citada e que sagrou-se vencedora e majoritária naquele debate histórico, qual seja aquela capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, e aquela minoritária liderada pelo Ministro Celso de Mello que entendia que os tratados de direitos humanos,

---

<sup>133</sup> Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad. Disponível em < <http://www.corteidh.or.cr/publicaciones.html> > Acesso em 08/08/2019.

<sup>134</sup> PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.(STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

<sup>135</sup> DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Decisão: O Tribunal, por votação unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008. DJE 26/06/2009 - ATA Nº 20/2009. DJE nº 118, divulgado em 25/06/2009. Destaca-se que no relatório do julgamento consta o seguinte diálogo: Ministro Cezar Peloso pergunta – “Sim, mas, se tivermos um tratado que tutele determinado direito tido por “humano” e ao qual o Brasil adere, o que devemos fazer”? O Ministro Celso de Mello, responde: “Deveremos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos”.

independentemente de aprovação qualificada pelo art. 5º, § 3º, da Constituição, ostentam o mesmo valor normativo da norma constitucional. De qualquer maneira, tendo votado nove ministros dos onze que compõe o Supremo tribunal Federal, todos deixaram assentada a superioridade normativa dos tratados de direitos humanos em relação às leis internas.

Cabe trazer à colação parte da fundamentação e a conclusão do voto vogal do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no já mencionado RE 466.343,

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.

...

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, 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), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para 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 ou posterior ao ato de ratificação.

Destaque-se que o voto deixa patente a preponderância da norma internacional "efeito de paralisar", neutralizar, ou seja, tornar sem efeito, a norma interna. Esses dois entendimentos jurisprudenciais, regional e interno, viriam de forma conjunta a provocar uma profunda alteração no tratamento das normas internacionais de direitos humanos, como muito bem ressaltam Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli,

Passamos do modelo de justiça “legal” para os modelos “constitucional”, “internacional” e “universal”: o objetivo central dessa constante evolução não é outro senão a criação de uma arquitetura (desenhada pelo Estado Constitucional e Humanista de Direito) que possa proteger com a maior efetividade possível os direitos (humanos) fundamentais (assim como evitar os desvios que conspurcam contra eles). Esse, aliás, é o papel das “garantias”: o de maximizar a tutela dos Direitos e dos valores que sustentam o Estado Constitucional e Humanista de Direito.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. GOMES, Luiz Flávio. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. Revista Jurídica **UNIGRAN**. Dourados, MS. v. 12. 24 ed. jul./dez. 2010.

Saliente-se, hodiernamente no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece à unanimidade que os tratados de direitos humanos têm valor superior às leis internas, de modo à paralisar e neutralizar a eficácia destas, sobrepujando-as. Embora o tribunal divida-se entre duas tendências de entendimento, uma minoritária no sentido de que tais tratados têm o mesmo valor das normas constitucionais e uma maioria que entende que tem valor supralegal, não há divergência de que tais tratados tem força normativa reconhecida, repita-se, de forma unânime, superior às leis internas.

Emblemático neste sentido é que com supedâneo neste entendimento de supralegalidade dos tratados de direitos humanos o Supremo Tribunal Federal emitiu em 2009, a Súmula Vinculante 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".(DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1. DOU de 23/12/2009, p. 1.)

Tal mudança de entendimento é histórica e extremamente relevante, ao ponto de provocar profundas alterações na compreensão do ordenamento jurídico brasileiro, pois revoluciona a escala normativa até então vigente no entendimento jurisprudencial do Supremo tribunal Federal. Assim, na aplicação do direito não dever-se-á observar mais somente a constituição e as leis, mas abaixo da primeira e acima da segunda espécie normativa deverão ser observados os tratados internacionais que tutelam direitos humanos, bem como a sua aplicação tomará como referência a interpretação dada ao direito internacional dos direitos humanos pelos tribunais internacionais, abrindo-se uma espécie de diálogo entre as instâncias nacional e internacional. Registre-se aqui uma ressalva, aqueles tratados internacionais de direitos humanos aprovados com rito e quórum qualificado igual aqueles exigidos para aprovação das emendas constitucionais, na forma do art. 5º, § 3º da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional nº45, incorporar-se-ão ao ordenamento jurídico brasileiro com força de norma constitucional.

Por outro lado, tal conceito foi aos poucos se incorporando no ordenamento interno brasileiro, operando também uma profunda transformação na justiça constitucional, pois não há mais apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade, mas também o controle da convencionalidade e/ou da



supralegalidade dos tratados internacionais que tutelam direitos humanos. Tais mudanças são muito bem apontadas pela doutrina,

A temática do controle de convencionalidade passou a ser estudada no Brasil especialmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, que possibilitou (no art. 5º, § 30, da Constituição) sejam os tratados de direitos humanos “equivalentes as emendas constitucionais”, desde que aprovados pelo Poder Legislativo (e, posteriormente, ratificados pelo Executivo) por três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos. Na jurisprudência recente, o tema ganhou relevo a partir das decisões do STF que elevaram o status dos tratados de direitos humanos a patamar superior ao das leis ordinárias.

Em suma, se os tratados de direitos humanos podem ser (a) equivalentes as emendas- das constitucionais ou, ainda, (b) supralegais, o certo é que, estando acima das normas infraconstitucionais, hão de ser também paradigma de controle da produção normativa doméstica. Assim, para além do controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro atual de controle comporta controle de convencionalidade das normas domesticas. Daí ter o Ministro Celso de Mello proposto que se submetessem as normas que integram o ordenamento positivo interno “a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico”.<sup>137</sup>

Um dos reflexos destas transformações operadas a partir do reconhecimento do status, no mínimo supralegal dos tratados de direitos humanos, é que hodiernamente, para a sempre almejada melhor e mais justa aplicação do direito, impõe-se múltiplas formas de controle das diferentes espécies normativas internas para que sejam concretizados, não só os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, pela via do controle da constitucionalidade. Mas além disso também é imperiosa a observância dos direitos e garantias inscritos nos tratados firmados pelo Brasil, a ser efetivada pela via do controle da convencionalidade.

Assim se antes se entendia que no nosso regime de Justiça Constitucional havia apenas o clássico controle de constitucionalidade, admitindo-se como hoje a prevalência do direito internacional dos direitos humanos sobre a legislação interna, surge inexoravelmente a necessidade do chamado controle de convencionalidade das leis para cumprir a vontade da constituição de aqueles

---

<sup>137</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1123.

direitos e garantias derivados dos tratados internacionais sejam tornados efetivos.

Neste sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli, após como registrado acima, afirmar que no ordenamento jurídico brasileiro, todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, não importando se anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 45, podendo também vir a ser, também formalmente constitucionais, caso vierem a ser incorporados ao direito interno mediante os critérios estabelecidos pelo art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal, leciona:

No primeiro caso (tratados apenas *materialmente* constitucionais), serão eles paradigma do controle *difuso* de convencionalidade, ao passo que no segundo caso (tratados *material e formalmente* constitucionais), serão também paradigma do controle *concentrado* (ou da fiscalização *abstracta*) de convencionalidade.<sup>138</sup>

Esse dever de observar a dupla compatibilidade vertical<sup>139</sup>, dando cumprimento à constituição e aos tratados de direitos humanos afeta todas as esferas do poder público, e no que interessa ao presente trabalho, especialmente ao Poder Judiciário no seu papel de guardião da ordem jurídica, tendo de ser aplicado inclusive de ofício. Neste sentido, aliás, é o entendimento da Corte Interamericana em farta e remansosa jurisprudência:

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEBE SER REALIZADO EX OFFICIO Y EN EL MARCO DE LAS COMPETENCIAS Y REGULACIONES PROCESALES CORRESPONDIENTES Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 1586 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En el mismo sentido: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; Caso Radilla Pacheco Vs. México.

---

<sup>138</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 102

<sup>139</sup> Ibid. p. 18.

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.219; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151. <sup>140</sup>

Todavia, como temos reiteradamente afirmado ao longo do presente, sem desconsiderar a doutrina considera todos os tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil tenha aderido teriam natureza constitucional, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, reserva tal status somente aqueles aprovados com o mesmo quórum e rito de emendas constitucionais, á partir da vigência do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição, reservando a todos os demais força supralegal, ou seja, força normativa inferior à Constituição, mas superior às leis internas. Aliás neste sentido o Supremo Tribunal Federal, decidiu com repercussão geral, por unanimidade, assentar a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponente à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Merecendo destacar que no voto do relator, fica ressaltado que:

Vale sublinhar, nesse passo, que, a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo. (...) existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais - de eficácia plena e aplicabilidade imediata - daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado. A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder, que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. [STF. RE 592.581, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 13-8-2015, DJE de 1º-2-2016.

---

<sup>140</sup> Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad. Disponível em < <http://www.corteidh.or.cr/publicaciones.html> >. Acesso em 08 ago. 2019.

Assim, o Supremo tribunal Federal, vem se firmando de maneira muito consistente o entendimento da primazia dos tratados de direitos humanos sobre e legislação interna, podendo citar-se também neste sentido a determinação da realização obrigatória de audiência de custódia, garantia ao preso de ser apresentado à autoridade judicial competente, não prevista na legislação nacional, mas garantida pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos,

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. [STF. ADPF 347 MC, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 9-9-2015, DJE de 19-2-2016.]

Ainda no mesmo sentido, foi a decisão de determinar que os estrangeiros residentes no Brasil também devem ser beneficiários dos programas oficiais de assistência social, afastando qualquer discriminação fundada na origem nacional, também em função

E devemos lembrar que o Brasil é signatário de tratados internacionais, pelos quais se repudia qualquer discriminação fundada na origem nacional e se exige a adoção de medidas que progressivamente assegurem a efetividade de direitos econômicos e sociais. Por exemplo, cite-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (...). [STF. RE 587.970, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 20-4-2017, DJE de 22-9-2017.

Assim, se até aqui o controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tem servido como importante potencializador para a efetividade dos direitos humanos que tutelam liberdades individuais, como a vedação da prisão civil por dívida do depositário infiel e garantia de audiência de custódia com a autoridade judicial competente do indivíduo privado de liberdade, bem como dos direitos sociais prestacionais, como a garantia da prestação de assistência social independentemente de nacionalidade ou origem. Adiante passaremos ao escopo último do presente trabalho, qual seja identificar o impacto das normas internacionais de trabalho no ordenamento interno brasileiro.

## 2.4 A APLICABILIDADE INTERNA DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO NO BRASIL

Para contextualizar o panorama da aplicação dos tratados de direitos humanos que tutelam condições de Trabalho no Brasil, cumpre primeiramente tecer breves considerações sobre algumas peculiaridades nacionais. A primeira é que o Brasil conta, assim como muitos outros países<sup>141</sup>, com uma Justiça do Trabalho Especializada, com Varas do Trabalho que conhecem dos processos em primeira instância, Tribunais Regionais do Trabalho, instância ordinariamente recursal, e considerando a forma federativa de Estado adotada pelo Brasil, sua multitudinária população e suas dimensões continentais, um Tribunal Superior do Trabalho como última instância infraconstitucional, com a missão de unificar a interpretação da legislação laboral e a jurisprudência trabalhista. O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, está dividido em oito Turmas julgadoras, cada uma composta por três ministros, as turmas têm a atribuição de apreciar recursos de revista, agravos, agravos de instrumento, agravos regimentais e recursos ordinários em ação cautelar. Das decisões das Turmas, em alguns casos, como quando há divergência na jurisprudência de diferentes turmas, pode haver recurso à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1).

As discussões no âmbito da Justiça Trabalhista quanto à incidência de normas internacionais se concentram, até o presente momento, preponderantemente em dois temas anteriores ao advento da Lei nº 13.467/2017, que aparelhou uma profunda reforma trabalhista que, conforme já citado, conteria dispositivos em contradição com normas internacionais, e no contexto do que até aqui foi exposto, faria com que incumbisse aos magistrados trabalhistas realizar além do controle difuso de constitucionalidade, também o controle de convencionalidade de referida norma, que começam a despontar nos julgamentos dos tribunais.

Dos temas anteriores à Reforma Trabalhista de 2017, o primeiro que abordaremos, pois talvez seja o que mais gerou dissenso jurisprudencial e doutrinário, é que diz respeito a questão da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, diante da previsão art. 193, §2º da CLT que

---

<sup>141</sup> Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-mito-da-jabuticaba-a-justica-do-trabalho-no-mundo-30112017> >. Acesso em: 21 ago. 2019.

estabelece a necessidade de o trabalhador optar por um dos dois adicionais, portanto vedando sua cumulatividade e do disposto no art. 8, item 3, da Convenção nº 148 da OIT:

Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.

Ainda, no art. 11, item b da Convenção nº 155 da OIT: "deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes", em relação aos quais o Tribunal Superior do Trabalho chegou a sinalizar uma maior abertura por parte de uma de suas turmas, como se nota no seguinte julgado, com os nossos grifos:

**RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira 81 consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço**

**para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT.** Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST – RR: 1072-72.2011.5.02.0384, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data do Julgamento: 24/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014).

Todavia, aquela decisão do órgão fracionário do Tribunal, em sede de recurso interno visando a uniformização de jurisprudência dentro do próprio tribunal, já que haviam decisões díspares sobre o tema entre duas ou mais turmas diferentes, acabou sendo cassada e revertendo a expectativa de que a Justiça do Trabalho, através da sua superior instância, consagrasse o controle de convencionalidade, e a prevalência dos tratados de direitos humanos, sendo firmado o seguinte posicionamento que também grifamos:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO ART. 193, § 2º, DA CLT ANTE AS CONVENÇÕES Nº 148 E 155 DA OIT. É vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade ante a expressa dicção do art. 193, § 2º, da CLT. **Ademais, não obstante as Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tenham sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, elas não se sobrepõem à norma interna que consagra entendimento diametralmente oposto, aplicando-se tão somente às situações ainda não reguladas por lei.** Sob esse fundamento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e no mérito, por maioria, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, Augusto César de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre Agra Belmonte. (TST – E – ARR – 1081 - 60.2012.5.03.0064, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 28.4.2016).

Não tardaram as críticas bastante contundentes em relação a esta última decisão, como por exemplo,

Parece inacreditável que um tribunal superior consiga dizer, especialmente no momento atual de engajamento cada vez maior do país na seara internacional, que os tratados de direitos humanos (que são tratados especiais) não se sobrepõem às normas internas menos benéficas, e que, ademais, as normas da OIT de proteção dos trabalhadores configuram apenas códigos de conduta incapazes de criar obrigações para as partes.

Trata-se, como salta aos olhos, de exemplo a não ser seguido. Decisão dessa índole, que despreza anos de conquistas dos direitos dos trabalhadores e toda a evolução da doutrina sobre a matéria, configura verdadeiro contrassenso – desde o desconhecimento da jurisprudência do STF que aloca os tratados de direitos humanos em nível supralegal, até a desarrazoada referência de que os tratados de direitos humanos apenas “ostentam conteúdo aberto, de cunho genérico” – capaz de responsabilizar o Estado brasileiro na seara internacional. Que o TST possa refletir sobre essa catastrófica decisão, que além de demonstrar desconhecimento das regras mínimas de interpretação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, desprezou por completo o

princípio basilar da Justiça do Trabalho da primazia da norma mais favorável ao trabalhador.<sup>142</sup>

A reação também não tardaria, todavia não seria a esperada pelos que ansiavam pela aplicação das normas internacionais mais benéficas ao direito interno. O Tribunal Superior do Trabalho seguiria decidindo na mesma linha, tendo apenas alterado as razões de decidir, que passaram a ser diametralmente opostas às anteriores. Ou seja, inverteram-se as razões, mas restou mantida a mesma linha de decisão. Assim, continua-se negando a aplicação da norma internacional, sustentando agora não haver previsão expressa em referida norma, daquilo que antes afirmara expressamente previsto e inaplicável diante da alegação da prevalência da norma interna. Assim, de uma forma ou de outra vai interpretando-se as convenções internacionais no sentido de que delas não se extraia nenhum direito não positivado expressamente na norma interna, como adiante se lê,

ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART. 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE 1 . No Direito brasileiro, as normas de proteção ao empregado pelo labor prestado em condições mais gravosas à saúde e à segurança deverão pautar-se sempre nos preceitos insculpidos no art. 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal: de um lado, a partir do estabelecimento de um meio ambiente do trabalho equilibrado; de outro lado, mediante retribuição pecuniária com vistas a "compensar" os efeitos nocivos decorrentes da incontornável necessidade de exposição do empregado, em determinadas atividades, a agentes nocivos à sua saúde e segurança. 2 . No plano infraconstitucional, o art. 193 da CLT, ao dispor sobre o direito à percepção de adicional de periculosidade, assegura ao empregado a opção pelo adicional de insalubridade porventura devido (§ 2º do art. 193 da CLT). 3 . A opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Os preceitos da CLT e da Constituição, nesse ponto, disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas: enquanto o art. 193, § 2º, da CLT regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo, o inciso XXII do art. 7º impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. O inciso XXIII, a seu turno, cinge-se a enunciar o direito a adicional "de remuneração" para as atividades penosas, insalubres e perigosas e atribui ao legislador ordinário a competência para fixar os requisitos que geram direito ao respectivo adicional. **4 . Igualmente não se divisa descompasso entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções nos 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a**

---

<sup>142</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. No artigo TST desrespeita tratados internacionais ao julgar pagamento de adicionais, publicado na Revista **Consultor Jurídico**, Texto atualizado às 15h50 do dia 25/7/2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-13/valerio-mazzuoli-tst-desrespeita-tratados-adicionais> >. Acesso em: 21 ago. 2019.



**uma pluralidade de agentes de risco distintos. Não há, pois, em tais normas internacionais preceito em contraposição ao § 2º do art. 193 da CLT.** 5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir. 6. Solução diversa impõe-se se se postula o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, concomitantemente, com fundamento em causas de pedir distintas. Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais - arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Do contrário, emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido a dois ou mais agentes nocivos, díspares e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional. Assim, se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo, em tese há direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais. 7. Incensurável, no caso, acórdão de Turma do TST que nega a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade se não comprovada, para tanto, a presença de causa de pedir distinta. 8. Embargos do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento" (E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 17/06/2016). (**grifo nosso**).

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho acabou unicamente alterando a motivação das suas decisões, não mais negando a aplicação das normas internacionais, que antes negava, mas agora passando à negar que houvesse contradição ou antinomia entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho, o que antes afirmava, acabando por afirmar que as Convenções nos 148 e 155 da OIT não teriam a obrigação explícita de pagar cumulativamente os adicionais de periculosidade e insalubridade, contrariando, repita-se, aquilo que anteriormente afirmara textualmente.

Em síntese, o Tribunal Superior do Trabalho, que antes negava a aplicabilidade interna das normas de direito internacional do trabalho com primazia sobre a legislação interna, não mais o nega. Todavia, interpreta que das normas de direito internacional do trabalho não emergem direitos mais amplos que aqueles decorrentes da legislação interna.

Parece caminhar nesta senda a recentíssima decisão sobre a matéria proferida em sessão do dia 26 de setembro de 2019, cujo acórdão ainda não foi publicado<sup>143</sup>, nela a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento de incidente de recurso repetitivo, aplicável portanto a todos os casos idênticos que tramitem na Justiça do Trabalho, decidiu por maioria, vencidos seis ministros dos catorze que compõe o órgão julgador, que não é cabível cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos sob o argumento de que o §2º do art. 193 da CLT, que estabelece a necessidade de opção por apenas um deles, não colide com a Constituição de 1988, e teria sido recepcionado por esta.

De outra banda uma mais ampla aplicação das normas internacionais é o entendimento minoritário vencido por escassa maioria, no sentido de que tal vedação não teria sido recepcionada diante da previsão dos incisos XXII e XXIII do artigo 7º da Constituição de 1988, que estabelecem como direitos fundamentais dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho e do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, e também que tal vedação à cumulação contida §2º do art. 193 da CLT contraria a Convenção nº 155 da OIT, norma internacional que tutela direitos humanos de dimensão social e econômica, e portanto de hierarquia superior à legislação interna antes citada.

Outra questão recorrente nos tribunais trabalhistas diz respeito à aplicação da Convenção da OIT nº 132, que garante ao empregado férias proporcionais (art. 4, 1), que devem ser pagas (art. 11), podendo o Estado parte fixar um período mínimo de trabalho, não superior a seis meses, para ter esse direito proporcional (art. 5, 1 e 2), que garantiria assim férias proporcionais ao empregado após seis meses de trabalho e que são excluídas, no caso de demissão por justa causa, pela lei interna (art. 146, da CLT).

Quanto ao referido tema também há grande dissenso entre os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho. Para se ter uma ideia, exemplifica-

---

<sup>143</sup> Disponível em: [http://tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset\\_publisher/NGo1/content/tst-afasta-possibilidade-de-cumulacao-de-adicionais-de-insalubridade-e-de-periculosidade?inheritRedirect=false](http://tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/tst-afasta-possibilidade-de-cumulacao-de-adicionais-de-insalubridade-e-de-periculosidade?inheritRedirect=false). Acesso em 13 out. 2019.

se com o fato de que o TRT da 4ª Região, recentemente, em 11 de dezembro de 2018, unificou sua jurisprudência, inclusive editando súmula, no sentido de que é aplicável a norma internacional, como se lê a seguir:

ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 139 DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS: A dispensa por justa causa do empregado não afasta o direito ao pagamento das férias proporcionais. FUNDAMENTOS DETERMINANTES: São devidas as férias proporcionais, com respaldo no artigo 7º, incisos VIII e XVII, da Constituição Federal, que não cogita da limitação estabelecida na legislação ordinária (parágrafo único do art. 146 da CLT) e, ainda, nos termos da Convenção 132 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio.

Enquanto isso o Tribunal Superior do Trabalho, entendia, mais preteritamente, de forma diametralmente oposta (grifamos):

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. PAGAMENTO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS ACRESCIDA DO TERÇO CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO Nº 132/OIT E ARTIGO 146 DA CLT. CONFLITO DE NORMAS. SÚMULA Nº 171/TST. **Os tratados internacionais devem ser interpretados à vista do princípio da especialidade das leis, segundo o qual certas normas de direito interno não podem ser derogadas in absoluto pelo conteúdo do tratado, ainda que sejam aparentemente conflitantes entre si. Tal hipótese verifica-se quando as leis - (nova e anterior) forem gerais, ou especiais. No conflito entre o artigo 146, parágrafo único da CLT, e os artigos 4º e 11 da Convenção nº 132/OIT deve se considerar que se tratam de normas de idêntico valor, não havendo necessariamente a prevalência de uma sobre a outra. Portanto, em ocorrendo a concomitância de normas disciplinando a mesma matéria, a escolha deverá considerar o confronto entre o conjunto normativo relativo a cada quaestio iuris apresentada a exame e a realidade fática dos autos.** Desse modo, "a percepção da norma mais favorável faz-se considerando-se seu sentido no universo do sistema a que se integra" (in Maurício Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 1.396), disso resultando que a escolha não pode recair sobre dispositivos específicos de uma e outra norma, considerados isoladamente mais benéficos. **Considerando as peculiaridades de que se reveste a Convenção nº 132 da OIT, no ordenamento jurídico brasileiro, este Tribunal Superior do Trabalho solucionou a questão por meio da reedição da Súmula nº 171 que se posicionou no sentido de que o empregado dispensado por justa causa não tem direito às férias proporcionais.** Recurso de revista conhecido e provido" (ARR - 967-81.2011.5.04.0403, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 14/06/2013).

O Tribunal Superior do Trabalho viria a reiterar tal posicionamento, agora sob novo fundamento, sem afirmar, contudo, a prevalência do direito interno, sustentando assim, a inexistência de previsão expressa na norma internacional de pagamento de férias proporcionais, quando a demissão se der por justa causa:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA AUTORA. RECURSO DE REVISTA. DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL. A questão do cabimento de férias proporcionais nas hipóteses de dispensa com justa causa é dirimida pela aplicação da Súmula 171 do TST, que nega o direito à parcela quando da ocorrência de justa causa como causa terminativa da relação de emprego. **O entendimento sumulado prevalece mesmo após a ratificação da Convenção 132 da OIT pelo Decreto 3.197/99, que não previu expressamente o cabimento das férias proporcionais no caso de dispensa com justa causa.** No que concerne ao décimo terceiro salário proporcional, a parcela foi instituída pela Lei 4.090/62, que em seu art. 3º restringiu o pagamento da verba, no caso de rescisão contratual, ao trabalhador despedido sem justa causa. Precedentes desta Corte. A decisão regional coaduna-se, portanto, com o entendimento reiterado desta Corte Superior. Despicienda a análise dos julgados, frente ao óbice do artigo 896, §4º, da CLT (lei 9756/98). Agravo de instrumento conhecido e desprovido” (ARR-1242-33.2011.5.04.0305, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 1/12/2017).

Veja-se, que à exemplo do que ocorre com o conflito entre a norma internacional e o direito interno na questão da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade dá-se a interpretação no sentido de não haver conflito entre a norma interna e a norma de direito internacional também na questão das férias proporcionais no caso de demissão por justa causa. Se ao proclamar a primazia da norma interna sobre a norma internacional o Tribunal Superior do Trabalho ia contra a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao negar o conflito entre a norma interna e a norma de direito internacional o Tribunal Superior do Trabalho vale-se da sua prerrogativa de último interprete da legislação infraconstitucional trabalhista, para manter seu entendimento sedimentado, apenas alterando o fundamento para assim decidir.

Outra questão que emerge mais recentemente nos tribunais trabalhistas diz respeito ao acesso à justiça, em decorrência do confronto entre o art. 844, 2º da CLT, com a redação dada pela Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017 e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e o artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, devidamente subscritos pelo Brasil, que asseguram o direito ao amplo acesso à justiça, enquanto, exemplificativamente os Tribunais Regionais têm decisões como a que segue:

**ARTIGO 844, PARÁGRAFO 2º, DA CLT. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 13.467/2017. OBSTÁCULO IMPOSTO AO PRINCÍPIO DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA (ART. 5º, XXXV, DA CR/88). AFASTAMENTO DE SEUS EFEITOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE/SUPRALEGALIDADE.** O art. 844,

parágrafo 2º, da CLT, incluído pela Lei 13/467/2017, dispõe que, no caso de arquivamento do processo pela ausência do autor na audiência inaugural, *"este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável"*. **Contudo, o referido dispositivo legal não pode ser aplicado no ordenamento jurídico pátrio, face à clarividente ofensa aos termos do art. 5º, XXXV, da CR/88, que dispõe sobre a inafastabilidade da jurisdição. O STF conferiu caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil, razão pela qual se aplicam o artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e o artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, devidamente subscritos pelo Brasil, que asseguram o direito ao amplo acesso à justiça. Trata-se de direito humano, fundamental, alçado pelo STF ao status de supralegalidade, prevalecendo, assim, sobre as leis ordinárias, como o é a Lei 13.467/2017. Inaplicável, portanto, a norma inserta no art. 844, parágrafo 2º, da CLT, de hierarquia inferior, sendo devido ao autor, beneficiário da justiça gratuita, a isenção do pagamento das custas processuais fixadas na origem.** (TRT da 3.ª Região; PJe: 0012044-11.2017.5.03.0143 (RO); Disponibilização: 12/06/2018, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 2217; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Marcelo Lamego Pertence, 07.06.2018, Sétima Turma.

Em pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal Superior do Trabalho não se encontra decisão que tenha enfrentado a matéria sob o prisma da aplicabilidade da norma de direito internacional dos direitos humanos em confronto com a norma interna, pois o tribunal tem adotado decisões afirmando a validade dos mesmos dispositivos, sem, contudo, pronunciar-se sobre a questão da supremacia da norma de direitos humanos, neste sentido, por exemplo, a recente decisão da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT. 1. A Reforma Trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467/2017, sugere uma alteração de paradigma no direito material e processual do trabalho. **No âmbito do processo do trabalho, a imposição pelo legislador de honorários sucumbenciais ao reclamante reflete a intenção de desestimular lides temerárias. É uma opção política. 2. Por certo, sua imposição a beneficiários da Justiça gratuita requer ponderação quanto à possibilidade de ser ou não tendente a suprimir o direito fundamental de acesso ao Judiciário daquele que demonstrou ser pobre na forma da Lei. 3. Não obstante, a redação dada ao art. 791, § 4º, da CLT, demonstrou essa preocupação por parte do legislador, uma vez que só será exigido do beneficiário da Justiça gratuita o pagamento de honorários advocatícios se ele obtiver créditos suficientes, neste ou em outro processo, para retirá-lo da condição de miserabilidade. Caso contrário,**

**penderá, por dois anos, condição suspensiva de exigibilidade. A constatação da superação do estado de miserabilidade, por óbvio, é casuística e individualizada. 4. Assim, os condicionamentos impostos restauram a situação de isonomia do atual beneficiário da Justiça gratuita quanto aos demais postulantes. Destaque-se que o acesso ao Judiciário é amplo, mas não incondicionado.** Nesse contexto, a ação contra majoritária do Judiciário, para a declaração de inconstitucionalidade de norma, não pode ser exercida no caso, em que não se demonstra violação do princípio constitucional de acesso à Justiça. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. TST-AIRR-2054-06.2017.5.11.0003. 3ª Turma. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento: 28/05/2019. Publicação: 31/05/2019. (Grifamos)

Relevante destacar que embora as duas jurisprudências colacionadas supra tratem de dois temas aparentemente diferentes, a primeira de custas e a segunda de honorários, ambas tratam dos mesmos efeitos de uma novidade na Justiça do Trabalho brasileira, que é a possibilidade do empregado vir a ser condenado a pagar custas e honorários de sucumbência, caso não logre comprovar a razão de seu pedido. Logo, vemos que uma vez mais há descompasso no que entendem os Tribunais Regionais, que como no exemplo acima, entende com base na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e o artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, do qual o Brasil é subscritor, que o acesso é amplo, e aplica o controle de convencionalidade, e o Tribunal Superior do Trabalho, que sem se pronunciar sobre o tratado, resolve afirma que “o acesso à justiça é amplo, mas não incondicionado”.

De sua parte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando há uma questão constitucional apta a fazer com que a discussão chegue àquela corte, vêm caminhando para aplicar também as normas internacionais de trabalho com primazia sobre o direito interno, neste sentido merece registro a recente decisão, com repercussão geral, cujo acórdão foi publicado no corrente ano de 2019, e que trata da estabilidade provisória da trabalhadora gestante, como se lê na ementa que segue:

DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em

um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa. RE 629.053. Relator Ministro Alexandre de Moraes. DJE 27/02/2019 – ata nº 19/2019. DJE nº 40, divulgado em 26/02/2019.

Em que pese não constar da ementa acima citação expressa às normas internacionais do trabalho, dito julgamento com repercussão geral ancora-se em precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, e que aplicaram o direito internacional do trabalho com primazia ao direito interno brasileiro, fazendo alusão explícita em sua motivação à Convenção 103 da OIT de 1952, vejamos primeiramente a decisão do ano de 2010, citada no recente julgamento supra mencionado,

EMPREGADA GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, "b") – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR – ESPECIFICAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS À EMPREGADA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS . - O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103/1952, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção a maternidade e ao nascituro, estabeleceu, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória (ADCT, art. 10, II, "b"). - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se irrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede

de negociação coletiva. Precedentes.” (AI-ED 448.572/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16.12.2010).

Em 2011, o Supremo tribunal Federal reafirmaria tal posicionamento em decisão unânime, ainda que sem repercussão geral, assentando que tal garantia se estendia àquelas gestantes contratadas temporariamente, ou por prazo certo, como se lê na decisão que restou assim ementada, também citada no julgamento com repercussão geral,

“SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, “b”) – CONVENÇÃO OIT N° 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO N° 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT n° 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes” (RE 634.093/DF, Rel. Min. Celso de Mello DJE 07/12/2011 - ATA N° 189/2011. DJE n° 232).

Assim, o Supremo Tribunal Federal acabou dando uma interpretação mais ampla do escopo do dispositivo constitucional que garantia a estabilidade provisória à gestante, adotando uma posição que preconiza uma concretização mais abrangente da proteção do direito fundamental, inclusive lastreada no Direito Internacional do Trabalho, neste caso na Convenção 103 da OIT. Veja-se que a Corte Constitucional, em que pese não haver aqui conflito entre a norma nacional e o direito internacional do trabalho, foi buscar no direito internacional



o fundamento para potencializar a garantia do direito fundamental à proteção do emprego, sustento e meio de vida da gestante, e por consectário lógico, da própria criança que está por nascer.

Enquanto isso, pelo menos até então, a posição sumulada da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho impunha uma interpretação mais restritiva, entendendo não haver direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato temporário, como o de experiência, sob o argumento de que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constituiria dispensa arbitrária ou sem justa causa. Veja-se que tais decisões do Supremo Tribunal Federal de 2010 e 2011, ainda que não tivessem repercussão geral, tiveram, à toda evidência, como reflexo a revisão da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema em 2012, sendo sumulado o seguinte Enunciado 244 do Tribunal Superior do Trabalho,

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Assim a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso da estabilidade provisória da gestante, deu uma interpretação mais amplamente garantidora do direito fundamental à proteção social da maternidade, buscando fundamentos no direito internacional do trabalho, ao passo que o Tribunal Superior do Trabalho, em que pese acolher a mesma amplitude na proteção social não alude explicitamente à aplicabilidade da norma de direito internacional.

Por fim, no julgamento em plenário realizada no dia 13 de setembro de 2019, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.760/DF, o Supremo Tribunal reconheceu à unanimidade, pela primeira vez, que os tratados internacionais de direitos humanos integrados ao ordenamento interno pelo rito e quórum estabelecidos pelo §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, acrescido pela

Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, são integrantes do bloco de constitucionalidade, e portanto patamar para o controle de constitucionalidade das normas, veja-se a decisão,

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16-A DA LEI 7.573/1986, INSERIDO PELO ART. 1º DA LEI 13.194/2015. CONVENÇÃO DE NOVA YORK. EXCLUSÃO DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS EMBARCADOS DO CÁLCULO PARA APURAÇÃO DAS VAGAS RESERVADAS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (ART. 93 DA LEI 8.213/1991) EM EMPRESAS DE NAVEGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL OU CONVENCIONAL AO TRABALHO DE PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA EM EMBARCAÇÕES. PROTEÇÃO E INTEGRAÇÃO SOCIAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ISONOMIA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

1. A Convenção de Nova York, a qual tratou dos direitos das pessoas com deficiência, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional (Decreto 6.946/2009), nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal. 2. A deficiência física, por si só, não incapacita generalizadamente o trabalhador para o desempenho de atividades laborais em embarcações, não existindo exigência legal ou convencional de plena capacidade física para toda e qualquer atividade marítima. A eventual incompatibilidade entre determinadas atividades e certas limitações físicas não justifica a exclusão do trabalho marítimo do alcance da política pública de inclusão social das pessoas com deficiência. 3. A exclusão de postos de trabalho marítimo embarcado do cálculo destinado a apurar o número de vagas destinadas aos deficientes (art. 93 da Lei 8.213/1991) é desprovido de razoabilidade e desproporcionalidade, caracterizando-se como diferenciação normativa discriminatória. 4. A previsão dificulta arbitrariamente o acesso de pessoas com deficiência ao trabalho nas empresas de navegação, pois diminui a disponibilidade de vagas de trabalho para pessoas com deficiência. 5. Ação Direta julgada procedente. ADIN 5.760/DF Relator Ministro Alexandre de Moraes. DJE 26/09/2019 – ata nº 141/2019. DJE nº 210, divulgado em 25/09/2019.

Assim, até os dias que correm, enquanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica a primazia do direito internacional dos direitos humanos sobre a norma interna tanto para ampliar o escopo protetor das liberdades públicas, quanto para amparar direitos econômicos sociais e culturais, o mesmo não se dá com a Justiça do Trabalho, especialmente em sua última instância.

Enquanto nas instâncias iniciais e recursais colhe-se uma aplicação mais intensa das normas internacionais, a jurisprudência da mais alta corte social do País, o Tribunal Superior do Trabalho ainda não tem aplicado o controle de convencionalidade de uma maneira que potencialize a eficácia das normas internacionais do trabalho ao direito interno, em que pese tenha chegado a uma posição que não nega a prevalência dos tratados de direitos humanos, o Tribunal

Superior do Trabalho tem tangenciado a aplicação dos tratados, ao interpretar, por vezes de maneira duvidosa sob o prisma da melhor interpretação do direito.

Trata-se de uma posição que tem merecido críticas sob muitos aspectos, seja por ignorar a mais abalizada doutrina de direitos humanos e de direito internacional público. Seja por igualmente ignorar a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a prevalência dos tratados de direitos humanos acima exposta, que é matéria constitucional, e que, portanto, deve ser analisada pela Supremo Tribunal Federal. Seja por desconhecer toda a construção teórica sobre as distintas gerações e dimensões de direitos humanos, e os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, extensamente acima demonstrados, e aos quais nos reportamos para evitar tautologias, fazendo tábula rasa do art. 5º, § 2º da Constituição Federal e desconsiderando que, extreme de dúvidas, as convenções da OIT, verdadeiros tratados de direitos humanos de cunho social e econômico, são normas supraleais, jazendo acima das leis ordinárias internas.

Ademais tal posicionamento não contempla os princípios mais comezinhos do Direito do Trabalho que é o da aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador, bem o princípio geral do Direito Internacional da primazia da interpretação *pro homine*, como ensinam Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flavio Gomes,

No campo dos direitos humanos, no entanto, a supremacia não é necessariamente da Constituição (brasileira) e sim da norma *mais favorável* ao ser humano (em homenagem ao princípio *pro homine*). Esta norma mais favorável pode ser uma norma *internacional* ou *constitucional* ou até mesmo *legal*. O princípio da supremacia da Constituição, no âmbito dos direitos humanos, deve conviver com o princípio hoje reconhecido pelos tribunais regionais de direitos humanos (v.g., Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) chamado de princípio *pro homine* (que apregoa a supremacia da norma mais favorável ao ser humano).<sup>144</sup>

Trata-se de princípio consagrado no art. 29, b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de (...) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou

---

<sup>144</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. GOMES, Luiz Flávio. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. Revista Jurídica **UNIGRAN**. Dourados, MS. v. 12. 24 ed. jul./dez. 2010.

liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

Ora, como o Tribunal Superior do Trabalho tem a palavra final sobre a interpretação da legislação trabalhista infraconstitucional, acabou adotando uma solução que desanimadoramente tangencia a questão da aplicação das normas internacionais. Assim, do entendimento mais recente do Tribunal Superior do Trabalho, poder-se-ia afirmar que se não reconhece a primazia dos tratados de direitos humanos, pelo menos não mais afasta tal primazia, todavia essa seria uma visão um tanto quando otimista, para não dizer ingênua.

Acontece que, ao que parece, o Tribunal Superior do Trabalho vem adotando uma estratégia que deliberadamente evitar o debate quanto às antinomias entre a norma interna e a norma internacional, simplesmente dando uma interpretação que nega tais antinomias, que por vezes são flagrantes, literais e explícitas. É, bem verdade que no mais recente julgamento da corte que acima mencionamos, quanto à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, esta tese ainda prevaleceu, mas com uma já escassa maioria.

Desta maneira, até aqui, dito tribunal, valendo-se da sua legítima prerrogativa constitucional de ser o mais elevado interprete da legislação infraconstitucional brasileira em matéria trabalhista, dizendo a última palavra sobre a interpretação de tal legislação, adota uma postura de manter sua jurisprudência inerte às normas internacionais do trabalho, mantendo a mesma linha decisória que nega a aplicação dos tratados sem dizê-lo explicitamente. Desta forma, acaba tangenciando a aplicação dos tratados ao interpretar que o seu conteúdo não conflita com a legislação interna, e sendo assim aplicar a legislação interna, desta forma o Tribunal mantém a sua jurisprudência já sedimentada não confrontando, pelo menos de maneira expressa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tal posicionamento que não explicita a não aplicação dos tratados internacionais, ainda dificulta a possibilidade de Recurso Extraordinário ao próprio Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de recurso cuja admissibilidade é bastante restrita, como vimos anteriormente.

Esse apego ao principal diploma legal de seu mister, qual seja a Consolidação das Leis do Trabalho, que já fez, em outros tempos, com que tal

ramo fosse chamada jocosamente de “justiça da CLT”, talvez possa ser explicado pela origem administrativa e pelo fato da Justiça do Trabalho ser uma justiça especializada com diploma de direito material e processual próprios, no qual boa parte das discussões dizem mesmo respeito à aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho, tratando-se de legislação de vigência bastante longa. Todavia, cumpre aqui lembrar que tal fenômeno não se dá apenas em detrimento das normas internacionais do trabalho, mas da própria constituição federal. Veja-se que esse tardio apego à letra da Lei em detrimento da Constituição, em especial quando a última é que contém uma ampla cláusula de abertura ao Direito Internacional do Trabalho, faz parecer que aquela vetusta cultura jurídica que ignora que a Constituição situa-se no topo da pirâmide normativa, que já parecia superada, por vezes reapareça na jurisprudência da mais alta corte da especializada, como se vê na prevalência da Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo diante de novas alterações flagrantemente inconstitucionais ou inconvencionais, como aliás vem ocorrendo no tema de acesso à justiça.

Impossível não saltar aos olhos o paradoxo que deriva do fato de que o direito internacional do trabalho foi um dos primeiros a despontar no cenário internacional, com a criação da já centenária OIT, que aliás, extirpando de dúvidas, trata-se de um marco na internacionalização do direito, e que a mais alta corte social brasileira negue a aplicação interna das convenções internacionais do trabalho, ignorando a abertura das novas constituições democráticas ao direito internacional dos direitos humanos, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desde a vigência da Constituição Federal de 1988 o Tribunal Superior do Trabalho já demonstrava alguma dificuldade de extrair e aplicar o direito diretamente da Constituição Federal, diante da constitucionalização de muitos

direitos laborais. Exemplo emblemático disso era o Enunciado 310<sup>145</sup> daquele tribunal, que vigeu por dez anos, e que limitava a legitimidade sindical para representar judicialmente os integrantes da categoria profissional, contra a expressa disposição do art. 8º, III da Constituição Federal: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Incrivelmente, o mencionado Enunciado, já revogado há mais de 15 anos, e consolidado cinco anos após a vigência da Constituição federal de 1988, estabelecia: “O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato”.

Assim, trata-se de uma visão que ignora a importância destes direitos fundamentais, ao que parece, não tendo em conta que os direitos humanos insertos nas normas internacionais de trabalho tutelam direitos que são fundantes do Estado Democrático e Social de Direito, em vista de que o direito ao trabalho digno é um dos pilares para a concreção de uma vida humana com de mínimas condições materiais para desenvolvimento do sujeito. Assim, desconsiderar a aplicação das normas internacionais, é deixar de avançar no terreno dos direitos humanos para a concretização dos direitos fundamentais.

Cumprir trazer à colação a lição de Silvio Beltramelli Neto, cuja palestra proferida em simpósio abordando aspectos da reforma trabalhista e o sistema

---

<sup>145</sup> **SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO;** I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989. III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios. Súmula cancelada - Res. 119/2003, DJ 01.10.2003. Redação original - Res. 1/1993, DJ 06, 10 e 12.05.1993.

internacional de proteção aos direitos humanos promovido pela Escola Superior do Ministério Público da União em Brasília entre nos dias 6 e 7 de novembro de 2017, nos despertou para a importância do tema, e em muito me inspirou para seguir a presente linha de pesquisa,

Existe, portanto, um espaço importante de interação entre os sistemas internacionais de proteção e as instâncias jurídicas e políticas nacionais que pode e deve ser fomentado em favor dos direitos humanos por todos os profissionais do Direito, tendo como horizonte a tão desejada efetividade. Sob a ótica desse espaço interativo, o controle de convencionalidade, sobretudo o difuso ou nacional, afigura-se um instrumento decisório que cumpre uma função específica e importante de controle de atos estatais normativos em desacordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, deste modo, deve ser compreendido e utilizado.

Por certo, se a comunidade jurídica doméstica suplanta a ótica dualista das fontes do Direito, notadamente das normas voltadas à salvaguarda da dignidade da pessoa humana, e compreende como único e interrelacionado o arcabouço jurídico pertinente aos direitos humanos, o controle de convencionalidade perfaz-se naturalmente, uma vez que a compatibilização das normas nacionais e internacionais sobre o tema passa a ser exercício hermenêutico subjacente à práxis dos autores jurídicos.<sup>146</sup>

Assim, até o presente momento, especialmente para os direitos sociais e no âmbito da Justiça laboral, o potencial de interação do direito interno com o direito internacional dos direitos humanos ainda não logrou ter aproveitado todo o seu potencial. Jaz, portanto, diante de nós o desafio de buscar tal integração, para maximizar a potencialidade de efetividade dos direitos fundamentais, por uma interpretação e aplicação mais ampla do direito internacional dos direitos humanos, especialmente aqueles de cunho econômico, social e cultural, e no particular as normas internacionais de trabalho, para fazer frente ao delicado momento pelo qual atravessam tais direitos, cada vez mais ameaçados de precarização, neste início de milênio.

## CONCLUSÃO

---

<sup>146</sup> BELTRAMELLI NETO, Silvio. Hierarquia das Convenções Internacionais do Direito Interno e o Controle de Convencionalidade das normas Internacionais do Trabalho. In: DA ROCHA, Cláudio Janotti; LUDOVICO, Giuseppe; PORTO, Lorena Vasconcelos; BORSIO, Marcelo; DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. (Cord). **Direito Internacional do Trabalho: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador**. 1 ed. São Paulo, 2018. p. 453-465.

A evolução da proteção dos direitos fundamentais no plano interno quanto dos direitos humanos no plano internacional, seguem no último século, cursos que guardam certo paralelismo na maior parte da sua trajetória o que faz com que dialoguem influenciando-se reciprocamente. Se a luta pelos direitos acompanha a própria história da humanidade desde que as civilização humana desenvolveu um pensamento racional, foi só a partir do final do Século XVIII que se pode falar em direitos fundamentais, uma vez que tais passaram a fazer parte de declarações de direitos de toda a cidadania, abandonando o primitivo estado estamental inerente aos seus tempos de incipiência.

Assim os direitos fundamentais, ditos de primeira geração, consolidam-se a partir do final do Século XVIII até o final do Século XIX, para garantir liberdades públicas com caráter individual e subjetivo, para garantir impedir que o Estado interferisse na liberdade e na propriedade individual, este Estado Liberal embora proclamasse também a liberdade como um de seus valores, foi incapaz de gerar liberdade para além do sentido meramente formal. Os movimentos sociais, políticos, filosóficos e até mesmo religiosos, moldaram os direitos fundamentais ditos de segunda geração, que se consolidaram ao longo do século XX, gerando uma profunda alteração especialmente nas relações de trabalho, que passaram contar com proteções legais, para assegurar direitos e proteções mínimos ao trabalhador, o que foi um dos aspectos do Estado Social, e que mais interessa à presente reflexão. Todavia a partir dos anos 1970, as sucessivas crises, a ruína do sistema socialista, a globalização e a revolução digital colocam sob forte pressão esta legislação protetiva, fazendo com que eclodam reformas laborais precarizantes, situação da qual não escapa o Brasil, onde tal alteração legislativa ocorreu em 2017.

Por outro lado a internacionalização dos Direitos Humanos, incipiente desde o final do Século XIX, se consolida de maneira notável na segunda metade do Século XX, como resposta às atrocidades cometidas nas duas grandes guerras mundiais, uma vez que a humanidade restara convencida da necessidade de proteger os direitos inerentes à pessoa humana para além das fronteiras dos Estados Nacionais, pois tais atrocidades foram cometidas sob império e escrutínio das leis internas, e portanto os ordenamentos internos se provaram incapazes de proteger os direitos humanos. Neste cenário são criados organismos



internacionais como a Organização da Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho das quais o Brasil é ativo participante, o no âmbito de quais firma uma gama de tratados de direitos humanos. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se experimenta um retrocesso tão acentuado na proteção laboral nos últimos anos, até mesmo pelos interesses comerciais que envolvem, emblemático neste sentido é que a recente minuta de acordo entre o Mercosul e a União Europeia traz previsão de cumprimento de metas e normas da Organização Internacional do Trabalho.

Aliás, as convenções da Organização Internacional do Trabalho são verdadeiros tratados de direitos humanos, uma vez que tutelam direitos humanos ditos de segunda geração, quis sejam aqueles que tratam de direitos econômicos, sociais e culturais do cidadão e são essenciais a uma vida digna. Existem ademais outros tratados internacionais de direitos humanos na esfera laboral, tais como o Protocolo de São Salvador, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, bem como normas laborais internacionais dispersas em outros tratados não especificamente de Direito Internacional do Trabalho, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e os tratados relativos aos Direitos da Criança que incorporam normas que proíbem o trabalho de crianças e adolescentes em determinadas atividades.

O momento presente, mostra-se especialmente desafiador para os direitos sociais, diante das transformações do cenário nacional e internacional quanto ao trabalho em face da globalização, da transnacionalização do capital, e do neoliberalismo, e das reformas legislativas precarizantes, sendo importante perquirir como o direito internacional dos direitos humanos pode contribuir para a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais no cenário brasileiro nesta fase especialmente delicada para os direitos sociais, que tem sido este início de século.

A trajetória dos Direitos Fundamentais no Brasil confunde-se com a história dos quase dois séculos do país como nação independente. Compreender

tal história nos permite constatar o quanto a democracia ainda é frágil, como os avanços são lentos e duramente conquistados, e como muitas vezes são abruptamente solapados por restaurações oligárquicas. Tal resgate histórico nos permite compreender que se trata de uma sociedade com profunda desigualdade que se refletirá na tutela dos direitos sociais.

A par disso, o caminho percorrido não destoa em muito dos grandes movimentos mundiais, - tendo a constituição do império a marca do absolutismo monárquico, a da república positivava o Estado Liberal, a de 1934 inaugurava o Estado Social, interrompida pela de 1937 que refletia a ideologias nacionalistas e totalitárias do entreguerras, a de 1946 a derrota das ideologias Nazifascistas, pelo o Capitalismo e pelo Socialismo, então aliados, que em Guerra Fria pelo domínio geopolítico do globo resultaria na constituição retrógrada e autoritária de 1967, tornada ainda mais retrógrada e autoritária em 1969. Os direitos sociais não floresceriam para as grandes massas antes de 1934, porém excluía uma imensa legião de trabalhadores domésticos e rurais, que só viriam a ser, paradoxalmente, incorporados às normas trabalhistas em plena obscura década de 1970. Todavia, os direitos dos trabalhadores urbanos já sofriam o primeiro revés, com a perda de alguns importantes direitos, como a estabilidade, e a criação de outras possibilidades de precarização. Somente a constituição de 1988, resultante de um processo social, político ímpar, em que pese não imune a imperfeições é que positivou mais amplamente direitos sociais aos trabalhadores, sem, contudo, conseguir recuperar, pelo menos na sua inteireza, aqueles direitos ceifados na década de 1970.

A constituição de 1988, na mesma senda das constituições modernas, além de garantir um extenso rol de direitos, contém uma cláusula de abertura bastante ampla para albergar direitos humanos reconhecidos no plano internacional dos direitos humanos, pois consagrou as chamadas três vertentes dos direitos fundamentais, quais sejam, os direitos e garantias expressos na Constituição; os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e ainda, os direitos e garantias inscritos nos tratados firmados pelo Brasil.

Em que pese não haver um consenso na doutrina, há uma notável maioria que defende o status constitucional dos tratados de direitos humanos, todavia tal

não é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconhece à unanimidade que os tratados de direitos humanos têm valor superior às leis internas, dividindo-se, entretanto, entre duas correntes, uma minoritária no sentido de que tais tratados têm o mesmo valor das normas constitucionais e uma maioria que entende que tem valor supralegal. Portanto, não há no Supremo Tribunal Federal divergência de que tais tratados tem força normativa reconhecida, reitere-se, de forma unânime, acima das leis internas.

A partir do reconhecimento do status, no mínimo supralegal dos tratados de direitos humanos, impõe-se múltiplas formas de controle das diferentes espécies normativas internas para que sejam concretizados, não só os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, pela via do controle da constitucionalidade. Mas além disso também a observância dos direitos do tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, a ser efetivada pela via do controle da convencionalidade.

Assim, os tratados de direitos humanos em vigência, independentemente da época da aprovação ou de terem sido ou não aprovados com quórum de três quintos em dois turnos em cada casa legislativa, exigidos pelo novel § 3.º do art. 5.º da Constituição, são no mínimo normas supralegais e serão paradigma do controle difuso de convencionalidade, por sua vez aqueles tratados aprovados cumprindo os requisitos § 3.º do art. 5.º da Constituição serão além de materialmente constitucionais também formalmente, serão paradigma do controle concentrado de constitucionalidade. Assim, todos os órgãos jurisdicionais têm o dever de observar essa “a dupla compatibilidade vertical”, zelando tanto pelo cumprimento da Constituição quanto dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, incumbindo tal controle ademais do Poder Judiciário, a todas as esferas do poder público.

O direito internacional dos direitos humanos tem contribuindo de maneira importantíssima para o respeito, proteção e garantia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno brasileiro, no que tange aos direitos fundamentais denominados de primeira geração, quais sejam aqueles direitos de liberdade, e até de igualdade perante o Estado. No que tange aos direitos fundamentais de segunda geração, quais sejam os direitos sociais, culturais e econômicos, especialmente no que se refere aqueles ligados à proteção da relação

laboral e suas condições, a contribuição é ainda bastante tímida, tendo encontrado mais guarida nas decisões em discussões que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, do que naquelas que se travam na instância final da Justiça do Trabalho. Isso ao nosso ver deriva em grande parte de uma falta de cultura constitucional e de proteção aos direitos humanos em todas as suas gerações e dimensões.

Assim, se até aqui o controle de convencionalidade tem servido de potencializador para a efetividade dos direitos humanos que tutelam liberdades e inclusive direitos sociais prestacionais no Brasil naquelas discussões que logram chegar ao Supremo Tribunal Federal, a mesma sorte não tem tido os direitos sociais decorrentes das relações laborais, nas discussões que se travam no Tribunal Superior do Trabalho, onde há ainda uma escassa maioria que mantém o entendimento da supremacia da norma interna sobre o direito internacional, embora já não o diga explicitamente como outrora, continua não aplicando a norma internacional, interpretando-a de forma a dela não extrair nenhum direito não positivado na legislação infraconstitucional nacional, valendo-se para tanto da sua prerrogativa de último interprete da última. Isto ao nosso ver reflete a falta de uma mais ampla cultura constitucional e de direitos humanos, por parte da Justiça do Trabalho, que diga-se com justiça, começa a florescer nas decisões das instâncias primárias e recursais e numa honrosa minoria na instância superior, todavia ainda é ausente ou tangenciada na já escassa maioria da instância superior, dita posição aliás não é novidade, diante de algumas interpretações contra a letra expressa da constituição que chegaram a ser sumuladas, como jurisprudência uniforme daquela corte, felizmente canceladas, o que renova nossas esperanças, de que o marchar da história, do qual tanto desfrutamos ao elaborar o presente trabalho, faça com que esta posição evolua para um entendimento que cumpra o mandamento constitucional de dar guarida no nosso ordenamento ao direito internacional dos direitos humanos.

A evolução deste cenário dependerá dos operadores jurídicos, Advogados, Juízes, Membros do Ministério Público, e especialmente dos estudantes do direito em seus diferentes níveis de formação, que ao mergulharem no universo dos direitos humanos venham a perscrutar suas origens, sua evolução e trajetória histórica, para que possam entender seu potencial e suas limitações ao ponto de

sustentar sua primazia no direito interno, como elemento indissociável do cumprimento da vontade da Constituição. Também é importantíssimo o papel dos professores na formação dessas novas gerações de juristas voltadas para uma cultura constitucional mais sedimentada que resulte no respeito e aplicação do Direito Internacional do Direitos Humanos que mais amplamente promova os Direitos Fundamentais, extraindo de ambos sistemas os substratos para a construção de uma sociedade mais justa, humana e solidária, como preconizou o Constituinte no preambulo da Magna Carta Brasileira de 1988.

Espero por fim que estas modestas reflexões, que beberam na fonte da melhor doutrina, da mais atualizada jurisprudência, mas também se alimentaram dos nossos sonhos e esperanças de dias melhores e mais justos, possam contribuir de alguma forma para tal mister.

Outubro de 2019.

## REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil**. Belo Horizonte, 1972.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. Hierarquia das Convenções Internacionais do Direito Interno e o Controle de Convencionalidade das normas Internacionais do Trabalho. In: DA ROCHA, Cláudio Janotti; LUDOVICO, Giuseppe; PORTO, Lorena Vasconcelos; BORSIO, Marcelo; DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. (Cord). **Direito Internacional do Trabalho: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador**. 1 ed. São Paulo, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo.; ANDRADE, Paes De. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. São Paulo: OAB, 2004.

BRASIL. **Acordo de associação Brasil e União Europeia**. Disponível em: < [http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019\\_07\\_03\\_-\\_Resumo\\_Acordo\\_Mercosul\\_UE.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf) > Acesso em: 6 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 9 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad**. Disponível em < <http://www.corteidh.or.cr/publicaciones.html> >. Acesso em 8 ago. 2019.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho.; DELGADO, Gabriela Neves.; **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei nº 13467/2017**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

EL PAÍS. **A Reforma da Espanha que inspirou Temer: mais empregos (precários) e com menores salários**. 27 abr. 2017. Disponível em: < [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487\\_352960.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html) > Acesso em: 6 ago. 2019.

ESTADÃO. **Presidente da Hungria sanciona polêmica lei trabalhista que gerou protestos**. 20 dez. 2018. Disponível em: < <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,presidente-da-hungria-sanciona-polemica-lei-trabalhista-que-gerou-protestos,70002653672> >. Acesso em: 12 ago. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 156

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

FGV. **Fatos e Imagens**: artigos ilustrados de fatos e conjunturas do Brasil. Disponível em: < <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/PacoteAbril> >. Acesso em: 15 ago. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Apesar de protestos, Macron aprova Reforma Trabalhista na França**. 22 set. 2017. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/09/1920875-apesar-de-protestos-macron-aprova-reforma-trabalhista-na-franca.shtml> >. Acesso em: 17 ago. 2019.

GREEN, J. N. Clerics, Exiles, and Academics: Opposition to the Brazilian Military Dictatorship in the United States, 1969-1974. **Latin American Politics and Society**, 45, no. 1 (2003): 87-117.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**: Tradução de Waltensir Dutra. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

IPPDH. **Manual Pedagógico sobre el uso de lenguaje inclusivo y no sexista**. Disponível em: < <http://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/manual-pedagogico-sobre-el-uso-del-lenguaje-inclusivo-y-no-sexista/> >. Acesso em: 7 ago. 2019.

JASPER, Karl Theodor. **Origen y meta de la historia**. Tradução Fernando Vel. Madrid. Alianza Editorial. 1980.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esq**, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. “

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentário ao artigo 5º, § 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.516.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 36

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. GOMES, Luiz Flávio. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. Revista Jurídica **UNIGRAN**. Dourados, MS. v. 12. 24 ed. jul./dez. 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar. Franco; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão da 4. ed. portuguesa, com adaptações à Constituição de 1988.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. 3 ed. São Paulo: LTr, 1986.
- OIT. **Conheça a OIT**. Disponível em: < <https://www.ilo.org/brasil/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm> >. Acesso em: 11 ago. 2019.
- OIT. **Normas Internacionais de Trabalho**. Disponível em: < <https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm> >. Acesso em: 16 ago. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas de 1945**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/carta/> >. Acesso em: 10 ago. 2019.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e os Direito Constitucional Internacional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília : ESMPU, 2016.
- SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SUSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol 2. 22 ed. São Paulo, LTr, 2005.
- SUSSEKIND, Arnaldo.; MARANHÃO, Délio.; VIANNA, Segadas.; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol 1. 22 ed. São Paulo, LTr, 2005.
- URIARTE, Oscar Ermida. Globalización y Relaciones Laborales. Revista **Relaciones de Trabajo**, Santiago, 2000, vol. II, N° 29.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale Comparato**. 5 ed. Pádua: Cedam, 1999.



## **JURISPRUDÊNCIA CITADA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.**

Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006.

Caso Aguado Alfaro e outros Vs. Perú. Sentença de 24 de novembro de 2006.

Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentença de 12 de agosto de 2008.

Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentença de 23 de novembro de 2009.

Caso Fernández Ortega e outros. Vs. México. Sentença de 30 de agosto de 2010.

Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Sentença de 31 de agosto de 2010.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentença de 30 de janeiro de 2014.

## **JURISPRUDÊNCIA CITADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.760/DF. DJE 26/09/2019.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 347

HABEAS CORPUS nº 72.131/RJ. DJ 01/08/2003

HABEAS CORPUS nº 87.585/TO. DJE 26/06/2009.

RECURSO EM HABEAS CORPUS nº 79.785-RJ. Informativo do STF, nº. 187, de 29.03.2000.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo187.htm>.> Acesso em 15.08.2019.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 71.154/PR. DJ 27/08/1971.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 80.004/SE. DJ 29/12/1977.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 466.343/SP DJE 05/06/2009.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº RE 592.581/RS. DJE de 1º/02/2016.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 587.970/SP. DJE de 22/09/2017.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 482.611. DJE de 07/04/2010.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 634.093. DJE 07/12/2011.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 629.053. DJE 27/02/2019

RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 587.970. DJE de 22-9-2017

SÚMULA VINCULANTE nº 25. DJE de 23/12/2009. DOU de 23/12/2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 448.572/SP DJe 16.12.2010).

## **JURISPRUDÊNCIA CITADA DOS TRIBUNAIS DO TRABALHO**

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO ENUNCIADO 310

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO ENUNCIADO 244

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA-2054-06.2017.5.11.0003. 3ª Turma. DJ. 31/05/2019.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 3.ª Região; RECURSO ORDINÁRIO: 0012044-11.2017.5.03.0143 (RO); DEJT/TRT3/Cad.Jud.: 12/06/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA 1242-33.2011.5.04.0305, DEJT 1/12/2017)

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 139 DO DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA - 967-81.2011.5.04.0403, DEJT 14/06/2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - RECURSO DE REVISTA: 1072-72.2011.5.02.0384,: DEJT 03/10/2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA – 1081 - 60.2012.5.03.0064, SBDI-I,DJe, 28.4.2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, DEJT 17/06/2016