

**DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA
INTERNACIONAL: CONTRIBUIÇÕES PARA UMA APLICAÇÃO
(CRIATIVA) DA TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE
CONVENCIONALIDADE E DE LEGALIDADE DAS LEIS TRABALHISTAS**

***DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX DANS LA PERSPECTIVE
INTERNATIONALE: CONTRIBUTIONS À L'APPLICATION (CRÉATIVE)
DE LA THÉORIE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA
CONVENTIONALITÉ ET DE LA LÉGALITÉ DES LOIS DU TRAVAIL***

Tarcísio Corrêa de Brito*

A legislação infraconstitucional, quando da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos que nela se encontram implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito neste desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material. Os direitos implícitos no texto constitucional, também chamados de direitos decorrentes, provêm ou podem vir a provir do regime ou dos princípios adotados pela Constituição. E aqui teríamos então mais uma subdivisão: (a) a obediência ao direito implícito proveniente do regime adotado pela Carta; e (b) a obediência ao direito implícito decorrente dos princípios constitucionais por ela adotados.

(MAZZUOLI. *Teoria geral do controle de convencionalidade*. 2009. p. 125.)

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento

* Juiz do Trabalho do TRT3 desde 1998. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá, 2002; Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, 2002; Mestre em relações internacionais, opção política internacional pela Universidade de Paris II, Panthéon-Assas, 2004; Estudos doutorais em Direito Internacional Público pela Universidade de Paris II, Panthéon-Assas, 2004-2010.

de la existencia de las normas , esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalid (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. [...] las condiciones sustanciales de validez de la leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

(FERRAJOLI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 2007. p. 83.)

RESUMO

A atual reforma trabalhista brasileira impõe ao intérprete, na conformação da norma legal ao sistema constitucional protetivo dos direitos fundamentais sociais, considerar o alcance e os limites de uma teoria do controle de convencionalidade das leis, preservando as conquistas do Estado democrático social de direito. A jurisprudência atual poderá oferecer indicações para uma reconstrução dos direitos sociais à luz do ordenamento jurídico internacional.

Palavras-chaves: Direitos sociais internacionais. Teoria do controle de convencionalidade das leis. Vedação do retrocesso social. Patamar mínimo civilizatório. Interpretação *pro homine*. Eficácia horizontal dos direitos humanos.

INTRODUÇÃO

Para compreender o alcance da Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017, é necessário perceber que “[...] a verdade sobre o mundo não pode ser contida numa única filosofia ou num único sistema de ideias.”¹ Na verdade, encontramos-nos imersos em uma sociedade

¹ John Gray complementa essa ideia afirmando que sente temor e suspeita de qualquer projeto, de natureza intelectual ou política, que objetiva unificar e harmonizar o pensamento humano ou a vida humana em um único sistema. *In* SPITZCOVSKY, 2016, p. 114. “O que não percebermos é que muitas das ideias que hoje são tidas como novas, originais e promissoras, na verdade foram desenvolvidas 50, cem ou 150 anos atrás, e eram de fato, na época, erros, mitos ou falácias.” *Ibidem*, p. 118. “O dinheiro hoje parece atingir as pessoas num nível irracional,

pós-democrática², singular e fragilmente inclusiva.³ Como já tivemos a oportunidade de discutir em outro estudo, um Estado de direito substancial pressupõe a adesão a um conjunto de princípios e de valores que se beneficiam de uma consagração jurídica explícita, na confluência entre a necessidade de segurança jurídica, na perspectiva neoliberal, e o reconhecimento dos direitos fundamentais que demandam a devida proteção⁴, a serviço da coesão social⁵ e da materialização das promessas da modernidade, em todos os domínios da atividade jurisdicional.

sendo inadmissível qualquer argumentação que passeie por fora de sua constatação como um dogma, um fato irrefutável, uma condição *sine qua non* da existência humana. Isso parece mostrar que o crimatocentrismo (centrismo no dinheiro) teria uma conexão muito forte com uma postura atual definida pelo Dicionário Oxford como pós-verdade (*post-truth*). Eleita a palavra do ano de 2016, a pós-verdade é definida como 'relativa à circunstância em que fatos objetivos são menos importantes e têm menos importância para emplacar na opinião pública do que o apelo emocional e as crenças pessoais.' (tradução livre) (*Oxford Dictionaries*, 2017)." RIBEIRO, 2017, p. 78.

² BAUMAN, 2016, p. 166 e ss. Para o autor, entre os efeitos que caracterizam a pós-democracia podem ser listados: a desregulamentação, enquanto fenômeno generalizante; a insipiente participação dos cidadãos na vida política; o retorno ao liberalismo econômico; o declínio do Estado de bem-estar social; a prevalência de *lobbies*, o que aumenta o poder privado e conduz a política na direção por eles desejada; o *show business* na política, quando técnicas de propaganda são empregadas para produzir consenso; a redução de investimentos públicos; e a preservação dos aspectos formais da democracia. *Ibidem*, p. 167-168.

³ "Le contradiction au sein du salariat ne peuvent plus être considérées comme secondaire. Cadres et fonctionnaires ont effectivement intérêt à ce que le travail peu qualifié devienne moins coûteux et plus flexible pour que leur femme de ménage, leur pavillon de banlieue ou leurs repas au restaurant coûtent moins cher." DUVAL, 2003, p. 138. "La transformation et le démontage de l'État social sont la conséquence directe d'une politique économique orientée vers l'offre, visant à la fois à déréguler les marchés, à réduire les subventions et à améliorer les conditions de l'investissement, tendance liée à une politique anti-inflationniste ainsi qu'à une baisse des impôts directs, à la privatisation des entreprises publiques et à d'autres mesures du même type. Or, en mettant fin au compromis de l'État social, on fait resurgir les crises qu'il avait permis de contenir. D'où l'apparition des frais sociaux qu'une société libérale risque d'être incapable de supporter. Les indicateurs signalant l'augmentation de la pauvreté et de la précarité sociale, liées à la disparité croissante de revenus, sont sans ambiguïté; on ne saurait non plus méconnaître les tendances à la désintégration sociale. [...] Or, une telle désolidarisation détruira inévitablement, à plus long terme, la culture politique libérale sans laquelle les sociétés à Constitution démocratique ne peuvent guère développer l'universalisme qui les caractérise." HABERMAS, 2003, p. 28-29. "Se lançarmos um olhar em torno do mundo no final do século XX, podemos ver razão para otimismo e pessimismo mais ou menos em igual medida. A expansão da democracia é um exemplo relevante. A julgar pelas aparências, a democracia é uma flor frágil. Apesar de sua difusão, regimes opressivos abundam, enquanto direitos humanos são rotineiramente ludibriados em estados do mundo todo. [...] Nosso mundo em desgoverno não precisa de menos, mas de mais governo - e este, só instituições democráticas podem prover." GIDDENS, 2000, p. 90-91.

⁴ BRITO, 2004, p. 76.

⁵ "[...] ao definir seus próprios limites de alteração, o Direito confere legitimidade ao conjunto das relações de propriedade, assegurando, no limite, a própria existência das relações de produção capitalistas." *In*: AVRITZER, 2013, p. 419.

No contexto da Reforma, pode-se perceber que os desafios sociais que hoje se apresentam, como reflete Marcelo Braghini em seu diálogo com Roberto Lyra Filho, exigem e exigirão “respostas inovadoras do sistema de normatização das condutas sociais”⁶, inspirando-se no artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 que exorta os Estados-partes a estabelecer melhores condições de trabalho justas e favoráveis, tanto assegurando uma existência decente aos trabalhadores e aos membros de suas famílias⁷ quanto “igualizando” situações sociais desiguais.

Nessa gramática dos direitos humanos contemporâneos, como nos ensina Valerio Mazzuoli, esses direitos, enquanto considerados o núcleo-chave da normatividade pós-moderna, impõem que todas as normas vigentes interna e internacionalmente sejam interpretadas em conformidade com os direitos humanos, a partir, inclusive, da construção jurisprudencial dos tribunais internacionais enquanto *res interpretata*.⁸ Nessa ordem de ideias, afirmar que o Direito do Trabalho é a condição de possibilidade da existência formalizada do direito fundamental ao trabalho digno⁹ e decente significa concordar com Gabriela Delgado, no sentido de que:

[...] considerando o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais e coletivas.¹⁰

Desde o Parecer Consultivo n. 18/2003, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) reconheceu que a obrigação de respeito e de garantia dos direitos humanos projeta seus efeitos na relação trabalhista privada, na qual o empregador e os tomadores de serviços devem respeitar os direitos humanos de seus trabalhadores e de todos aqueles que lhes prestam serviços. Dessa maneira, acabam por ser resguardados os direitos de liberdade, de privacidade e da dignidade da pessoa¹¹, na tensão entre os

⁶ BRAGHINI, 2017, p. 36.

⁷ MAEDA, 2017, p. 57.

⁸ MAZZUOLI, 2017, p. 36-37.

⁹ DELGADO, 2015, p. 27.

¹⁰ *Ibidem*, p. 2.011

¹¹ “No Brasil, a dignidade da pessoa humana figura como ‘fundamento da República’, no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira. O princípio já foi apontado pela nossa doutrina como o ‘valor supremo da democracia’, como a ‘norma das normas dos direitos fundamentais’, como o ‘princípio dos princípios constitucionais’, como o ‘coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana’. O reconhecimento da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana é recorrente na jurisprudência brasileira, tendo o STF afirmado que se trata do

direitos fundamentais específicos dos trabalhadores e os direitos fundamentais inespecíficos (que preservam a noção de cidadania na empresa).

Como forma de implementação dessas garantias nos Estados, sabe-se que as normas internacionais do trabalho (NITs), aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1919, e os tratados de direitos humanos *lato sensu* podem ser aplicados no ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Podem ser utilizados, por exemplo, para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas legislativas, axiológicas e ontológicas; como norma mais favorável na interpretação *pro homine* proposta pelo artigo 29 do Pacto de São José da Costa Rica de 1969; e como instrumentos para invalidação de um dispositivo interno incompatível, quando incorporados sob a égide dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da CF/88, o último introduzido no texto constitucional por intermédio da EC 45/04.

A expansão axiológica do Direito é um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas, inclusive a Constituição do Brasil de 1988, que assinala, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário militar para a democracia. Por esta razão, a Constituição brasileira de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos. Caracteriza-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira. (LAFER. *A internacionalização dos direitos humanos*. 2005. p. 13.)

Deve-se atentar para o fato de que, desde a Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, de 23 de novembro de 2007, a relevância quanto ao tema da aplicação das normas internacionais do trabalho

‘verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país’. E são cada vez mais frequentes as decisões judiciais que invocam o princípio da dignidade da pessoa humana. Só no Supremo, por ocasião da finalização da 2ª edição desta obra, eram nada menos do que 315 acórdãos, 2.940 decisões monocráticas e 89 decisões da Presidência invocando o princípio. No STJ, por sua vez, foram 934 acórdãos e 28.544 decisões monocráticas. Essas cifras são ainda pálidas quando comparadas aos números espantosos do TST: nessa corte superior, há menção à ‘dignidade humana’ ou à ‘dignidade da pessoa humana’ em nada menos que 103.372 acórdãos e 8.003 decisões monocráticas! Isso corresponde a quase 4% de todas as decisões proferidas pelo referido tribunal, disponíveis no seu sítio eletrônico de pesquisa. Essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório. Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e de opressão. Portanto, é promissor que tal princípio tenha passado a desempenhar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.” SARMENTO, 2016, p. 14-15.

já havia sido reconhecida, considerando-se os Enunciados n. 3¹² e 16, I¹³, aprovados naquela ocasião.

Ademais, a jurisprudência trabalhista já vinha problematizando o tema, como se observa no voto de relatoria do Ministro Vieira de Mello do TST, no processo TST-RR-772-2007-019-12.00.5 (24/2/2012), quando, ao analisar a aplicação pelo ordenamento jurídico interno brasileiro das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, afirmou o Ministro Relator que, embora ainda não fosse habitual a utilização de normas de direito internacional como causa de pedir nas ações trabalhistas, ou como fundamento de sentenças e de acórdãos proferidos, encontrava-se consagrada a sua aplicabilidade para a solução das controvérsias judiciais no âmbito interno brasileiro. Reafirmou, inclusive, que as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), referentes à integração ao ordenamento jurídico nacional do Pacto de São José da Costa Rica, consolidaram o reconhecimento da relação de interdependência existente entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, implicando a incorporação à legislação interna das normas internacionais então ratificadas, de acordo com os processos legislativo e constitucional vigentes.

Igualmente, o Ministro Lélvio Bentes Corrêa do TST tem sido enfático defensor da aplicação das convenções da OIT na realidade do direito do trabalho brasileiro, como se observa na fundamentação do RR 50300-60.2004.5.23.0001, de sua Relatoria, publicado no DEJT de 28 de outubro de 2011.

Com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista instrumentalizada pela Lei n. 13.467/17, em novembro de 2017, torna-se necessário abordar o tema dos direitos sociais internacionais como parâmetro para o potencial

¹² 3. FONTES DO DIREITO - NORMAS INTERNACIONAIS. I - FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O direito comparado, segundo o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito pátrio regulando a matéria. II - FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais emanadas da Organização Internacional do Trabalho constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as convenções não ratificadas e as recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.

¹³ 16. SALÁRIO. I - SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, *caput* e 7º, inciso XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT.

exercício do controle de convencionalidade ou de supralegalidade da referida legislação “inovada”, resgatando, do ponto de vista doutrinário, os ensinamentos de Valério Mazzuoli na matéria.

Afinal, imersa em um efetivo pluralismo jurídico, a análise dos novos dispositivos da CLT ensejará um constante diálogo das fontes, considerando-se que a legislação trabalhista não pode ser interpretada como um *outsider* dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, negligenciando as contribuições do direito constitucional, do direito civil, do direito internacional público e do direito internacional privado para a compreensão do alcance e dos limites discursivos de seus dispositivos. Ademais, a própria Reforma impõe considerar que a regulamentação do mundo do trabalho, a partir de novembro de 2017, conviverá com uma variabilidade de formas heteronormativas e autocompositivas de produção normativa (legislação, acordo individual, deliberações das comissões de empresa, acordos coletivos, convenções coletivas e dissídios coletivos) que deverão ser harmonizadas e compatibilizadas por obra do intérprete judicial.

Por certo, e, principalmente, a legislação trabalhista não pode ser apreendida fora do contexto de inserção do Brasil na sociedade internacional de Estados, bem assim de todas as regras jurídicas vigentes no ordenamento jurídico internacional que impactam e pautam a conduta dos negócios públicos e privados¹⁴ *in terrae brasilis*. Previsibilidade e segurança jurídica nas decisões impõem o amadurecimento da argumentação e o aperfeiçoamento da *obter ratio decidendi* dos julgados, o que é necessário à conservação do próprio sistema como um todo e não o silêncio ensurdecido do aplicador que não interpreta, sob o pretexto de ignorar, sem a problematização devida, o contexto e os pressupostos nos quais a pretendida modernização das relações do trabalho encontra-se inserida.

Para tanto, o presente estudo propõe analisar a doutrina referente aos direitos humanos e aos direitos sociais internacionais, para, esboçando os contornos gerais de uma teoria de controle de convencionalidade, tal como proposta por Valério Mazzuoli, apresentar a problematização da jurisprudência atual dos tribunais nacionais sobre o tema.

¹⁴ Ao longo de décadas, é inegável perceber que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a legislação esparsa incorporaram inúmeros direitos e princípios que tiveram sua origem na consolidação do direito do trabalho, por intermédio da iniciativa política e normativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Para Mauricio Godinho o texto constitucional deveria assegurar: normas constitucionais em geral - previsão de um rol mínimo de disposições fundamentais em matéria trabalhista - artigo 7º da CF/88; normas de tratados e de convenções internacionais - expressando um patamar civilizatório próprio do mundo ocidental; e as normas legais infraconstitucionais que devem assegurar patamares de cidadania ao indivíduo que trabalha. BRAGHINI, 2017, p. 40.

Ainda que se discuta que os direitos sociais não estejam protegidos como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988¹⁵, a teor do § 4º do artigo 60 do texto constitucional, é inegável que o Título I da mesma Carta Política estabelece a dignidade do ser humano como fundamento da República, bem assim o valor social do trabalho, o estabelecimento de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, indicando que os direitos fundamentais sociais integram a essência da concepção de estado acolhida pela Constituição.

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou defesa - *Abwehrrecht*) mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). [...] A análise desse elenco (artigo 7º da CF/88) de direitos sugere que o constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta. [...] Nesses casos, não se pode falar, *a priori*, em um direito subjetivo em face do empregado, mas, mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela administração. É possível que tais deveres estejam a reclamar continuamente normas de organização e procedimento.¹⁶

É importante recordar-nos de que Konrad Hesse reconhece que a essência da norma constitucional concretiza-se, necessariamente, na realidade, enquanto pretensão de eficácia, de acordo com as concepções sociais de concreção e de valoração que influenciam no esclarecimento e na conformação das regras do ordenamento jurídico. A Constituição, nessa concepção, passa a representar a “ordem geral objetiva” do complexo de relações de vida, pautando-se a hermenêutica pelo princípio da ótica

¹⁵ Flávia Piovesan, na visão de Braghini, chega a destacar a topografia constitucional (simbólica) dos direitos fundamentais, que, elevados à condição de cláusulas pétreas, possibilitam modelar e definir os limites do poder institucionalizado “[...] definindo, de modo paradigmático, a construção orgânica do Estado subsequente, algo semelhante ao que ocorre com o direito do trabalho ao expressar a natureza de indisponibilidade das normas de proteção do trabalhador, conteúdo mínimo do contrato de trabalho expresso por meio de condições do trabalho, que passam ao largo da liberdade de contratar das partes, e precedem a própria disciplina do contrato de trabalho [...]”. BRAGHINI, 2017, p. 39. “Os direitos humanos, com lastro nos valores universais da dignidade da pessoa, liberdade, igualdade e fraternidade que figuram como conquistas históricas definitivas da humanidade, reclamam uma tutela vigorosa. Relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais se exige ainda uma realização sempre progressiva, razão pela qual acerca destes direitos não se pode admitir o retrocesso.” MURADAS, 2010, p. 126.

¹⁶ MENDES, 2012, p. 678-695.

concretização da norma, para além da mera subsunção lógica e da reconstrução conceitual.

É nesse contexto, aliás, que dois parâmetros devem ser apreendidos para nortear a atividade judicial: (a) a garantia de um padrão mínimo social aos cidadãos ou a preservação de um patamar mínimo civilizatório; e,

(b) a preservação do direito do favor *libertatis*, quando se procura maximizar e otimizar a força expansiva e a eficácia dos direitos fundamentais em seu conjunto, em função dos valores que os informam.

Chega-se, assim, à necessidade de garantia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano das relações jurídico-privadas, objetivando-se, como já afirmado por Perez Luño, manter a plena vigência dos valores incorporados nos direitos fundamentais, em todas as esferas do ordenamento jurídico internacional e nacional, em busca da coerência interna e externa da ordem jurídica interestatal. Afinal, o exercício do poder empregatício é, de fato, o exercício de um poder social com relevância jurídica, diante do papel social da empresa e da valorização do trabalho como fundamento constitucional da ordem econômica e do Estado de direito, na concretização da norma protetora. Essa matriz disciplinar valorativa é padrão tanto para a construção de uma jurisprudência em conformidade com a Constituição e com o ordenamento jurídico internacional, no qual o Estado encontra-se inserido, quanto para a instrumentalização, formal e materialmente vinculativa, da *práxis* dos Poderes Legislativo e Executivo.

Lanço, desde já, à reflexão o seguinte fragmento das reflexões de Lênio Streck, em sua leitura de Ronald Dworkin:

[...] quando mais de uma solução se apresentar a partir de uma dada “conduta interpretativa”, o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta concreta para o caso concreto.¹⁷

Caso contrário, que ressoe o alerta de Guimarães Feliciano quando enfatiza:

A hipótese de um Poder Judiciário não criativo, com um corpo de magistrados que apenas repita os textos de lei e adapte a vontade histórica do legislador aos casos concretos, em modo de pura subsunção formal, não atende aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito. Sob tais circunstâncias, torna-se irrelevante a maior ou menor acessibilidade à população (instrumental ou sociologicamente). A Magistratura torna-se incapaz

¹⁷STRECK, 2012, p. 281.

de refletir a diversidade e a pluralidade do pensamento jurídico. E é menos apta a preservar as minorias contra os ímpetos das majorias políticas, que ditam os textos de lei. É que tampouco a “lei” é um fenômeno empiricamente abstrato ou neutro, na exata medida em que “(o) Estado, nos seus vários níveis, não é neutro. Ele sofre pressão de grupos extremamente fortes que atuam dentro das burocracias estatais, nas secretarias, nas assembleias [...]”. Daí por que, estresando Scharfman, “(uma) boa receita para produzir o pior dos mundos é aplicar com máximo zelo todas as leis vigentes. Assim reservar ao juiz o papel de mero enunciador da lei é, em verdade, retirá-lo do jogo “*checks and balances*”, vergastando um dos mais importantes mecanismos da forma republicana de governo. E, mais do que isso, é manietar o próprio “*procedural due process*”, por combalir a independência judicial.¹⁸

Trata-se de reflexão preliminar, sem caráter exaustivo, que objetiva contribuir com as discussões que procuram resguardar a integridade do sistema de proteção social que se encontra implícita e explícita no texto constitucional e nos princípios norteadores do Estado Democrático e Social de Direito, no contexto da inserção do Brasil na sociedade internacional de Estados.

O debate será longo. Os parâmetros interpretativos vinculantes, com base nas normas do ordenamento jurídico internacional de direitos humanos *lato e stricto sensu*, tornam-se um caminho assertivo. A escolha da trilha dependerá da intenção de cada intérprete, mas ela influenciará certamente o futuro dos direitos sociais internacionalmente tutelados ou argumentativamente precarizados, na positividade do discurso jurídico a prevalecer.

CAPÍTULO I - DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS: ASPECTOS GERAIS

Le droit international public va même aujourd'hui jusqu'à placer parmi ses objectifs le développement de la démocratie dans le monde, sa défense en tous les cas dans certaines hypothèses où elle est gravement menacée. [...] Corrélativement - [...] - c'est à des questions de droit interne - classiquement considérées comme telles, tout au moins - que le droit international public étend son champ de préoccupations, dans toute la mesure où il s'intéresse à la foi au sort des individus et groupes privés, aussi bien que lorsqu'il en vient à se pencher sur le caractère démocratique des régimes. Son objet est alors de droit fiscal, pénal, social ... voire constitutionnel.¹⁹

¹⁸ FELICIANO, 2016, p. 544-545.

¹⁹ AUBY, 2003, p. 116.

É fato que, na visão do professor Jean-Sylvestre Bergé²⁰, encontramos-nos imersos em um forte pluralismo jurídico mundial²¹ que permite interações normativas nos níveis local, nacional, regional e internacional, intensificando um efetivo fenômeno de internormatividade, quando se problematiza, por exemplo, a aplicação do direito internacional no âmbito interno dos Estados.

²⁰ O tema é abordado pelo autor em dois textos que podem ser facilmente consultados nos seguintes sítios da rede mundial de computadores: *L'application du droit national, international et européen*, 2013. Disponível em: <<http://www.universitates.eu/jsberge/wp-content/uploads/2012/11/MDD-Ecrit-jsb-version-d%C3%A9finitive-pour-blog.pdf>> e *Legal application, global legal pluralism and hierarchies of norms*, 2011>; <<http://www.ejls.eu/9/118UK.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

²¹ O francês Jean B. Auby identifica três bases do pluralismo jurídico: normativa - a autonomia das ordens jurídicas regionais ou transnacionais decorre da aceitação, do favorecimento ou da tolerância pela/da ordem estatal; institucional - o pluralismo surge da pluralidade de instituições; e sociológica - emana dos usos jurídicos de grupos sociais particulares, possibilitando forjar modos particulares de organização de suas relações jurídicas. Assim, conclui: "*Le pluralisme juridique de la globalisation est plutôt à la fois normatif et sociologique. Il est normatif dans toute la mesure où il se développe sur la base, même indirecte ou tacite, du consentement des États à la pluralité: "des ordres transnationaux ne peuvent exister en dernière instance que parce que les États acceptent, favorisent, tolèrent ou même parfois ignorent leur existence", écrit Charles Leben. Il peut-être plus encore sociologique. Ce qui le pousse à exister, ce n'est que formellement la volonté des États: ce qui le pousse réellement à exister, c'est l'existence et la densité des liens économiques, sociaux, culturels, transnationaux qui se tissent chaque jour davantage un peu plus dans le monde contemporain.*" (Auby, p. 144). Esse pluralismo já vem sendo reconhecido no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro, como se observa na seguinte codificação, mesmo antes da discussão trazida pela EC 45/04, como se verá no decorrer deste estudo: a.1 Código Tributário Nacional: Artigo 96 - "A expressão 'legislação tributária' compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes." Artigo 98 - "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha"; a.2 Código Penal: Artigo 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional; a.3 Código de Processo Penal: Artigo 1º: O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional; a.3 Código Civil: Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais; a.4 Código Brasileiro de Aeronáutica: Artigo 1º. O Direito Aeronáutico é regulado pelos tratados, convenções e atos internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar. § 1º: Os tratados, convenções e atos internacionais, celebrados por delegação do Poder Executivo e aprovados pelo Congresso Nacional, vigoram a partir da data neles prevista para esse efeito, após o depósito ou troca das respectivas ratificações, podendo, mediante cláusula expressa, autorizar a aplicação provisória de suas disposições pelas autoridades aeronáuticas, nos limites de suas atribuições, a partir da assinatura. Artigo 14: No tráfego de aeronaves no espaço aéreo brasileiro, observam-se as disposições estabelecidas nos tratados, convenções e atos internacionais de que o Brasil seja parte (artigo 1º, § 1º), neste Código (artigo 1º, § 2º) e na legislação complementar (artigo 1º, § 3º). § 1º: Nenhuma aeronave militar ou civil a serviço do Estado estrangeiro e por este diretamente utilizada (artigo 3º, I) poderá, sem autorização, voar no espaço aéreo brasileiro ou aterrissar no território subjacente"; e, a.5 Regulamento da Previdência Social: Artigo 382. Os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes e que versem sobre matéria previdenciária serão interpretados como lei especial.

Se, por um lado, é fácil perceber que o direito, em uma de suas concepções, representa um modo de regulação das relações sociais no âmbito interno dos Estados, por outro, não se pode negar que o Direito Internacional (D.I.) vem regular as relações internacionais (RIs). A ciência jurídica não pode ser apreendida fora do contexto social e cultural a que visa ordenar, no propósito de valorar determinadas condutas comissivas ou omissivas dos agentes sociais. Não se negligenciam, igualmente, os aspectos econômicos e políticos dessas mesmas interações que, dependendo do seu âmbito espacial de produção de efeitos, podem colocar em confronto ordens jurídicas diversas, na tensão entre o mundo dos fatos e o mundo do direito. Nesse sentido, as relações interestatais terão o “seu próprio direito” que, inclusive, impactará o conteúdo da produção normativa no âmbito interno dos Estados-membros da sociedade internacional (S.I.).

Na perspectiva da sociedade e do ordenamento jurídico-internacionais, o direito próprio a essa ordem interestatal deverá ser, pois, para a própria coerência e para a estabilidade desse sistema jurídico, o resultado da ação conjunta dos Estados formalmente iguais e soberanos que integram a S.I. (produção coletiva daqueles que para ela concorrem), considerados isoladamente (em suas relações bilaterais ou trilaterais), ou no seio de um conjunto mais amplo de Estados (no âmbito multilateral, principalmente, das organizações internacionais por eles constituídas). Esses sujeitos clássicos das R.Is não negligenciam a possibilidade de atuação de outros atores internacionais, tais como, as organizações sindicais internacionais, as empresas transnacionais as organizações não governamentais, a sociedade civil internacional e a própria pessoa humana, no embate entre as lógicas de efetividade e de representatividade que permeiam ditas relações, com base no Realismo que insiste por prevalecer.

Diante desse contexto, parece correto afirmar, desde já, que o direito internacional público é o direito produzido formalmente pelo concurso de dois ou mais Estados. Do ponto de vista conceitual, esse ramo do direito define-se não por seu objeto, mas, sim, por sua origem: obedece ao critério formal de definição, tendo em vista que emana do livre consentimento dos Estados em se obrigarem internacionalmente.

A S.I é formada, precipuamente, por Estados igualmente soberanos, inexistindo um direito superior que lhes imponha a sua vontade: será soberana essa ordem no sentido da inexistência de um poder legal superior que possa ser exercido sobre determinado Estado, do ponto de vista jurídico. Contudo, não se pode perder de vista que são os interesses particulares dos Estados que animam a sua ação, ou melhor, a representação que se possa fazer deles. (A) Apenas pelo consentimento (expresso pela assinatura, pela troca de instrumentos que constituam um tratado, pela ratificação, pela aceitação, pela aprovação, pela adesão ou por qualquer outra forma convencionada

clássica - nos termos do artigo 11 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969²², no momento da celebração de um tratado) e, em geral, (B) pela conclusão do processo de ratificação do tratado no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados, nos termos e nos limites de sua própria Constituição; e (C), pelo depósito dos referidos instrumentos de ratificação, é que os Estados são considerados obrigados internacionalmente perante a S.I. No caso de violação da regra convencional a que se obrigaram, observados os pressupostos anteriores, podem ser, inclusive, responsabilizados internacionalmente, diante da potencial configuração de um ilícito internacional, desde que implementados os requisitos dos artigos 102²³ e seguintes da Carta da ONU, quanto ao registro do tratado no âmbito daquela Organização.

²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>.

²³ Artigo 102 da Carta da ONU: 1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer Membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do § 1º deste Artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas; Artigo 103 No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta. Recentemente, o chanceler Uruguai Rodolfo Nin Novoa manifestou o interesse de o Uruguai solicitar uma reunião especial de avaliação pelo Mercosul sobre os efeitos da Reforma Trabalhista nas regras de competitividade dentro do bloco, com base na Declaração Sócio-Laboral de 2015. (Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/08/17/uruguai-quer-reuniao-do-mercosul-para-discutir-lei-trabalhista-do-brasil/>>.) Para Flávia Piovesan, considerando-se que as constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que possibilitam a integração entre as ordens constitucional e internacional, ampliando e expandindo, em matéria de direitos humanos, o bloco de constitucionalidade, 10 (dez) desafios são impostos ao fortalecimento do diálogo global e regional: promoção da ampla ratificação dos tratados internacionais dos direitos humanos da ONU e da OEA; fortalecimento da incorporação dos tratados de direitos humanos com um *status* privilegiado na ordem jurídica doméstica; fomento de uma cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade das leis; assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam sua justiciabilidade; garantia de prioridade orçamentária para a implementação dos direitos sociais; aplicação de indicadores para avaliar a progressividade na aplicação de direitos sociais; impulso ao componente democrático no processo de implementação dos direitos sociais; fortalecimento do princípio de cooperação internacional em matéria de direitos sociais; e avanço nos diálogos vertical e horizontal de jurisdições. (PIOVESAN, 2017, p. 203-2.012). Aliás, o artigo 20 da Declaração de 2015 respalda a solicitação do governo uruguai quando especifica que: "ARTIGO 20. Diálogo social. 1. Os Estados Partes comprometem-se a fomentar o diálogo social em âmbito nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis para o crescimento econômico sustentável e com justiça social na região e à melhoria das condições de vida de seus povos. 2. A consulta permanente, praticada com base efetiva no tripartismo previsto na Convenção 144 da OIT, deve permitir o exame conjunto de questões de interesse mútuo, a fim de alcançar, na medida do possível, soluções aceitas de comum acordo. 3. A consulta tem por objetivo geral incentivar a compreensão mútua e as boas relações entre as autoridades públicas e as organizações mais representativas de empregadores

Quando se analisam as regras jurídicas internacionais, sem a tentativa de abordar a sua complexidade de forma reducionista, observa-se que as obrigações daí decorrentes poderão apresentar uma normatividade atenuada, como no caso das *soft laws*, tendo como exemplos, para o Direito do Trabalho, as recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem assim as declarações ou as atas finais de conferências internacionais, os comunicados estatais comuns, todos eles desprovidos de força obrigatória, mas podendo gerar efeitos jurídicos no âmbito da S.I. Outras normas internacionais, entretanto, podem apresentar uma normatividade acentuada, sendo obrigatórias na medida do consentimento dos Estados, como as *hard laws*, sendo exemplos os tratados em geral, as convenções internacionais da OIT e o costume internacional.²⁴

e de trabalhadores, bem como entre as próprias organizações, visando à promoção do diálogo social e à possibilidade de gerar acordos-marco de trabalho, como elementos essenciais para a consolidação de uma sociedade democrática, plural e justa.” Inclusive, o artigo 2º (Trabalho Decente) estabelece os compromissos dos Estados Partes à Declaração de que se comprometeram a: a) formular e pôr em práticas políticas ativas de trabalho decente e pleno emprego produtivo, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores articuladas com políticas econômicas e sociais, de modo a favorecer a geração de oportunidades de ocupação e renda; b) elevar as condições de vida dos cidadãos; c) promover o desenvolvimento sustentável da região; 2. Na formulação das políticas ativas de trabalho decente, os Estados Partes devem ter presente: a) a geração de empregos produtivos em um ambiente institucional, social e economicamente sustentável; b) desenvolvimento de medidas de proteção social; c) promoção do diálogo social e do tripartismo; e d) respeito, difusão e aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho. (Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasil-17-de-julho-de-2015>>.)

²⁴ Produto do século XX, vêm sendo reconhecidas e aceitas, igualmente, as normas de caráter imperativo que resguardam certos princípios internacionais, de *jus cogens* ou de direito imperativo. Nesta última categoria, destacam-se a proibição do uso da força, na busca da solução pacífica das controvérsias internacionais; as regras de direito humanitário referentes às leis de guerra; a proibição contra o genocídio, a luta contra a escravidão e contra a discriminação racial, a título de exemplos. Representam, de fato, um corpo de princípios peremptórios ou de normas inderrogáveis, enquanto fundamentais para a manutenção da ordem jurídica internacional, a elas se referindo a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, nos artigos 53 (Tratados em conflito com uma norma imperativa do direito internacional geral - *jus cogens*) e 64 (Superveniência de uma nova norma imperativa do direito internacional geral - *jus cogens*). Entretanto, sua aceitação pela sociedade internacional de Estados vem sendo relativizada, não cedendo facilmente à teoria do consensualismo de base realista. “De fato, o reconhecimento de que existe um domínio normativo obrigatório e inderrogável para todos os Estados é indiscutível desde a positivação da ideia de *jus cogens* pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, e apesar das dúvidas e discordâncias na definição do exato conteúdo material e alcance do *jus cogens*, é inegável que os direitos humanos fazem parte desse domínio. Há uma relação intrínseca e quase peremptória entre normas cogentes e direitos humanos, e não por acaso a maior parte da jurisprudência em que o conceito de *jus cogens* foi invocado está relacionada com os direitos humanos.” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. Os direitos econômicos, sociais e culturais como categoria do *jus cogens* internacional: estudo sobre o entendimento jurisprudencial da corte interamericana de direitos humanos. In: MORAIS, 2015, p. 198.

Nas duas perspectivas anteriores, uma vez que representam essas regras tanto o produto do consentimento dos Estados que as ratificam quanto a formalização de princípios gerais de e do Direito Internacional, sua observância não se reduz a mera cortesia internacional; mas elas devem vincular valorativa e positivamente a ação normativo-política dos Estados no âmbito de seu ordenamento jurídico interno e de suas relações internacionais.

Em matéria de proteção à pessoa humana, quando problematiza o “*droit global des droits fondamentaux*”²⁵, o professor Jean Bernard Auby, por exemplo, reconhece que sua influência nos vários sistemas jurídicos “*réside dans la constitution progressive de standards internationaux, d’une sorte de patrimoine commun d’identification des principes à sauvegarder et des violations à combattre*”²⁶, estabelecendo, ainda, um determinado “[...] *noyau dur de principes communs*”²⁷, que permite um efeito de compenetração crescente entre esses universos normativos. No mesmo sentido, é a necessidade de proteção dos direitos sociais, nos planos internacional e interno:

Cada Estado é membro da comunidade internacional, e como tal não pode deixar de levar em conta as exigências fixadas no âmbito internacional com vistas no incremento das condições dos trabalhadores e das soluções normativas, que, também, naquele plano, apresentem-se visando à solução dos problemas políticos e econômicos, abreviados na expressão “questão social”. Em outros termos, não pode deixar de ter em conta os contornos de um direito do trabalho internacional.²⁸

²⁵ Jacques Chevalier afirma que “[...] *dans tous les pays libéraux, le socle de l’État de droit est désormais censé être constitué par un ensemble de droits fondamentaux, inscrits dans des textes de valeur juridique supérieure.*” (CHEVALLIER, 2003, p. 104) concluindo que “[...] *par le jeu de ce double processus de constitutionnalisation et d’internationalisation on est en présence d’un bloc de droits fondamentaux, bénéficiant d’une double reconnaissance, constitutionnelle et internationale, [...]. Le processus d’internationalisation a dans tous les cas favorisé la consolidation et l’homogénéisation progressives de ces droits. [...] Ces bloc s’est constitué à partir de plusieurs strates: au noyau originaire des libertés individuelles et politiques est venu s’ajouter au xxe siècle un ensemble de droits économiques et sociaux; et l’intervention des juridictions [...] entretient une dynamique constante d’élargissement et d’approfondissement de chacun de ces droits. Le concept de ‘droits fondamentaux’ permet de dépasser cette diversité, en intégrant les différentes générations de droits et libertés.*” (*Ibidem*, p. 109-110). Desde já, é importante destacar que, para uma governança da mundialização, na concepção de Jean Christophe Graz, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade social das empresas, não apenas afirmando-se o respeito às normas internacionais do trabalho no âmbito da OIT, mas de outros instrumentos de natureza intergovernamental ou quase intergovernamental, sob os planos regionais e internacional. GRAZ, 2004, p. 76.

²⁶ AUBY, 2003, p. 58.

²⁷ *Ibidem*, p. 59.

²⁸ PERONE, Giancarlo. Direitos do trabalhador como indivíduo. Os direitos sociais. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro; SILVESTRE, Rita Maria. *Os novos paradigmas do direito do trabalho*. 2001. p. 70.

Sedok Belaid considera que esse processo forja-se, no plano internacional, a partir do estabelecimento de um patrimônio constitucional comum que se apoia na adesão à democracia pluralista, tal como proclamada em diversos tratados.²⁹ Não é por menos que a Declaração final da II Conferência Mundial das Nações Unidas dos Direitos Humanos de 1993 confirmou a universalidade dos direitos humanos, na promoção e na proteção da pessoa humana, enquanto preocupação legítima da comunidade internacional.³⁰

Aprofundando o tema e distinguindo as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais”, Gomes Canotilho afirma que os primeiros são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista - invioláveis, intemporais e universais), enquanto os segundos são direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente e vigentes em uma ordem jurídica concreta.³¹ Trata-se de direitos subjetivos que acabam por especificar limites à soberania dos povos e às instituições internas de cada Estado. Seu respeito passa a ser condição necessária da legitimidade de um Estado Democrático de Direito e do conteúdo moral de sua ordem legal, representando, como já mencionou Celso Lafer, determinado reconhecimento axiológico do ser humano como fim e não como meio.

Certo é que, no caso do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana³² é adotado pelo texto constitucional, concomitantemente, como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III) e como fim da ordem econômica (artigo 193 da Carta), constituindo, enquanto princípio,

²⁹ AUBY, 2003, p. 121.

³⁰ A distinção entre Sociedade e Comunidade na Sociologia originou-se nos trabalhos de Ferdinand Tönnies (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887). Para ele, as formas societárias são baseadas em elementos associativos que não são o resultado de uma vontade dirigida a consagrar um fim ou um objetivo comuns, com membros que guardam sua independência e personalidade autônomas e cujos interesses próprios subsistem em sua integralidade. Já as formas comunitárias implicam a institucionalização do reconhecimento da existência de um objetivo comum a todos os seus membros, ideia essa herdeira da “*Res Publica Christiana*” ou da “*Christianitas medieval*”. A contribuição mais importante da época foi exatamente a ideia da universalidade da comunidade internacional que supunha, via de consequência, um Direito Internacional também universal. Desse aporte insuperável que é a consequência de conceber a Humanidade em seu conjunto como um âmbito no qual se dão relações jurídicas que regulam a conduta de suas partes entre si e com respeito ao todo, nasceu o Direito Internacional atual. ESPIEL, 1986, p. 547-548. A concepção da comunidade internacional acaba por resgatar o ensinamento de Hugo Grotius que entendia que o indivíduo é o destinatário final, o objetivo e o pressuposto da existência dessa Comunidade Internacional, sendo o direito geral da humanidade a contrapartida da sociedade do gênero humano.

³¹ CANOTILHO, 2000, p. 387.

³² Tanto pode ser considerado como princípio político constitucionalmente conformador (artigo 1º da CF/88 - Canotilho) ou como princípio constitucional impositivo (artigo 170 da CF/88 - Canotilho).

ao lado do direito à vida e do direito ao trabalho, o núcleo essencial dos direitos humanos. Esse aspecto constitutivo da República brasileira impõe que a prática dos direitos humanos possua força suficiente para desencadear uma dinâmica de democratização, na concepção do grande mestre Alberto Warat, “[...] assegurando a ultrapassagem permanente do instituído, abrindo o social à dignidade das margens, ao ‘outro’ que não tem estatuto de sujeito por não ter acesso à regra [...]”³³:

A relação entre direitos fundamentais e democracia assenta-se no fato de que é pela atuação das normas de direitos fundamentais que se torna possível uma liberdade comunicativa para a prática da cidadania e o preenchimento das necessidades públicas. A prática democrática encontra seus limites no campo interno da sociedade, pois depende do grau de generalização dos direitos fundamentais que possibilitam o exercício da soberania do povo. Por outro lado, somente a distribuição do poder exercido na sociedade pode garantir a distribuição dos direitos fundamentais na sociedade.

[...]

Os direitos fundamentais devem construir na prática da vida pública o que eles apresentam na teoria. Do mesmo modo como as normas de direitos fundamentais são edificadoras do aspecto teórico-jurídico da sociedade, a efetivação dos direitos fundamentais deve satisfazer o indivíduo e se revelar edificadora da vida pública, da vida social.³⁴

Ademais, no plano nacional, Celso Lafer reconhece que o inciso II do artigo 4º da CF/88 impacta na convergência entre o “externo” e o “interno”, em matéria de direitos humanos, ao estabelecer a prevalência dos direitos humanos na condução das relações internacionais do Brasil, reafirmando a constituição de um Estado democrático de direito, “[...] institucionalizado pela Constituição de 1988, que consagra a perspectiva *ex parte populi* dos direitos humanos como princípio de convivência coletiva, tanto no plano interno quanto no internacional.”³⁵

³³ WARAT, 1997, p. 93.

³⁴ DERANI, Cristiane. Direitos fundamentais e democracia. In: MELLO, Celso D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Diret.). *Arquivos de direitos humanos*. 1999. p. 68-69.

³⁵ LAFER, 2005, p. 2. Assevera, ainda, que: “O art. 4º aponta, assim, para a complementaridade entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional e indica a irradiação de conceitos elaborados no âmbito do Direito das Gentes no plano do Direito Público Interno. [...]. Este princípio (prevalência dos direitos humanos) afirma uma visão do mundo, que permeia a Constituição de 1988 - na qual o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva da cidadania. É representativa da revolução copernicana por meio da qual, para usar as palavras de Bobbio, a relação política numa democracia passa a ser considerada não mais *ex parte principis*, mas, sim, *ex parte civium*.” (*Ibidem*, p. 14.)

De forma idêntica, para Flávia Piovesan, o Direito Internacional dos Direitos Humanos acaba por reforçar a imperatividade das garantias constitucionais, no sentido de complementá-las, de estendê-las, de adicionar direitos não previstos pela ordem jurídica interna, de

[...] aprimorar e de fortalecer, nunca a restringir ou a debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. [...], (por intermédio de uma) hermenêutica vocacionada aos direitos humanos inspirada na prevalência da norma mais favorável [...].³⁶

A partir da Constituição de 1988 intensificam-se a interação e a conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de Constitucionalização do Direito Internacional.³⁷

³⁶ PIOVESAN, 2012, p. 165-167.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. O sistema internacional de direitos humanos e o direito interno: a emergência de um novo paradigma jurídico. In: SARLET *et al.* *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional*. 2014. p. 198. Para Antonio Augusto Cançado Trindade: "Ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção. As duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986 respectivamente) proíbem (artigo 27) que uma parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado. É esse um preceito, mais do que do direito dos tratados, do direito da responsabilidade internacional do Estado, firmemente cristalizado na jurisprudência internacional. Segundo esta, as supostas ou alegadas dificuldades de ordem interna são um simples fato e não eximem os Estados-Partes em tratados de direitos humanos da responsabilidade internacional pelo não cumprimento das obrigações internacionais contraídas. A interpretação das leis nacionais de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção seria um meio de evitar o descumprimento daquelas obrigações internacionais. Os tratados, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno, obrigam a todos, inclusive aos legisladores, podendo-se, pois, presumir o propósito de cumprimento de tais obrigações de proteção por parte do Poder Legislativo (da mesma forma que dos Poderes Executivo e Judiciário). Em matéria de direitos humanos isto implica o dever geral de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção (seja regulamentando os tratados para assegurar-lhes a eficácia no direito interno, seja alterando as leis nacionais para harmonizá-las com as disposições das convenções internacionais) - dever este que se encontra expressamente consignado nos tratados de direitos humanos (a exemplo do artigo 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Em virtude do caráter especial dos tratados de direitos humanos, impõe-se, com ainda maior força, a adequação do ordenamento jurídico interno às disposições convencionais." TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Diret.). *Arquivos de direitos humanos*. 1999. p. 36-37 - destaque inexistente no original.)

CAPÍTULO II - O PAPEL DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO E DAS NORMAS DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O professor mineiro Pedro Gravatá Nicoli, em inspirada tese de doutoramento publicada em 2016, defende “[...] a afirmação da pertinência da justiça social como objetivo amplo da regulação de relações trabalhistas em escala global [...]”³⁸, considerando-se a “[...] inserção igualitária de sujeitos de direito à condição de razão de existência do econômico, do político e do jurídico.” Na confluência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Trabalho³⁹, reflete o jurista mineiro:

Reage-se, de plano, à simplificadora visão de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, com ele, o Direito Internacional do Trabalho constituiriam um espaço de expressão de intenções amadurecidas na experiência histórica que, contudo, restariam esvaziadas de importância real pelas deficiências em sua força vinculante, decorrentes de fatores como a inexistência ou a timidez nas sanções e pela prevalência dos interesses econômicos. Se é certo que esta é uma percepção que pode ser nutrida *prima facie* pelos dramas reais da hiperexploração do trabalho, a servir de alerta permanente à teorização e à prática nesta dimensão, o derrotismo ou a simples desistência do que há de global nas estratégias escondem um potencial devastador. Isso porque, como visto, a evidência é farta de que, para o capital, o espaço mundial é unitário e, operacionalmente, as suas grandes linhas de controle nesta arena. E sem o contraponto necessário, a assimetria se agiganta e o risco para as práticas internas é potencializado.⁴⁰

Desde 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) vem objetivando promover os princípios fundamentais e o direito do trabalho, por intermédio de um sistema de supervisão e de aplicação das normas internacionais do trabalho (NITs), tais como a garantia de melhores

³⁸ NICOLI, 2016, p. 17.

³⁹ Para Mazzuoli, o objetivo do DIT é de estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional, visando a assegurar padrões mais condizentes de dignidade e de bem-estar social. (MAZZUOLI, 2013, p. 1.058-1.059.)

⁴⁰ NICOLI, 2016, p. 18-19. “*Le développement des nouvelles technologies, la montée en puissance de la finance internationale et l’émergence d’un nouveau régime capitaliste vont de pair avec de profondes mutations de la société et des rapports sociaux. En d’autres termes, la transformation du mode de production capitaliste, a partir de la fin du XXe siècle, entraîne la formation progressive de structures sociales et d’inégalités nouvelles. [...] Les nouvelles pratiques en oeuvre sur le marché du travail sont à l’origine de l’émergence d’un statut éclaté du travail, dû en grande partie à la recherche de flexibilité par les entreprises.*” PLIHON, 2003, p. 92-93.

oportunidades de emprego e de renda para homens e mulheres em condição de livre escolha; a não discriminação e a dignidade; a ampliação da abrangência e da eficácia da proteção social; bem assim o fortalecimento do tripartismo e do diálogo social. Na Declaração de Filadélfia de 1944, parte integrante da Carta da OIT, ao lado dos princípios fundamentais que formalizou⁴¹, restou estabelecido, gradativamente, um programa de ação envolvendo: o pleno emprego e a elevação do nível de vida; as ocupações garantindo a plena satisfação e o bem-estar comum; a concretização de um sistema de garantias adequadas; a participação justa nos frutos do progresso em termos de salários, da duração e das condições de trabalho; o reconhecimento do direito de negociação coletiva e da cooperação para melhoria contínua da organização e da produção; a ampliação das medidas de segurança social e de assistência médica; a proteção da vida e da saúde dos trabalhadores; a proteção da infância e da maternidade; o nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura; e a igualdade de oportunidades na educação e no emprego.

Para Gravatá Nicoli, com a Declaração de 1944, a pauta da OIT passou a envolver uma série de eixos de ação, prevalecendo a proteção da pessoa humana em suas formas de sociabilidade⁴², incorporando o amadurecimento de um patrimônio ético e jurídico vazado de dinâmica historicidade, e colocando em evidência a concorrência dos sistemas normativos internacional e interno.⁴³ Dignas de referência, ainda, são: a Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 1998⁴⁴ (*core labour standards* ou normas fundamentais do trabalho); a Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e política social, de 1977, revista em 2000 e 2006; e a Declaração da OIT sobre a justiça social para uma globalização justa, de 2008.⁴⁵

⁴¹ O trabalho não é uma mercadoria; a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para o progresso constante; a pobreza constitui um perigo para a prosperidade de todos; a luta contra a necessidade por intermédio do esforço internacional contínuo e organizado de representantes dos trabalhadores, dos empregadores e dos governos.

⁴² NICOLI, 2016, p. 103.

⁴³ Idem, p. 121.

⁴⁴ Essa Declaração reafirma a obrigação de os Estados-membros da OIT respeitarem os princípios concernentes aos direitos fundamentais e reconhece a obrigação que incumbe à OIT de auxiliar os Estados-Membros a alcançar tais objetivos, por intermédio da cooperação técnica e de serviços de aconselhamento.

⁴⁵ Objetivou fortalecer a capacidade da OIT para o Programa do trabalho decente: promoção do emprego em um entorno institucional e econômico sustentável; adoção e ampliação das medidas de proteção social (saúde, segurança e seguridade); promoção do diálogo social e do tripartismo; respeito, promoção e aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais no trabalho.

Nessa perspectiva, as normas internacionais do trabalho (NITs)⁴⁶ podem ser conceituadas como sendo os instrumentos jurídicos elaborados pelos mandatários da OIT - governos, empregadores e trabalhadores, em sua composição tripartite - definindo princípios e direitos mínimos a serem observados nas relações trabalhistas em todos os Estados signatários. São elaboradas no âmbito da Conferência Internacional do Trabalho, órgão da OIT. O Estado que as ratifica deve aplicá-las na prática, além de ter a obrigação de apresentar relatórios sobre a respectiva aplicação, em intervalos regulares, sob pena de utilização dos procedimentos de reclamação e de queixa perante os comitês específicos da Organização. Essas normas internacionais objetivam estabelecer um padrão jurídico mínimo internacional para os direitos sociais, formalizando um efetivo bloco de constitucionalidade

⁴⁶ As Convenções internacionais (hard law) são tratados juridicamente obrigatórios que podem enunciar princípios fundamentais que devem ser aplicados pelos Estados que os ratificarem. As Recomendações internacionais (soft law) são princípios diretores mais precisos sobre a forma como uma convenção poderá ser aplicada ou autônomos. Acabam por orientar a política, a legislação e a prática dos Estados-membros. Os Protocolos, a partir dos anos de 2000, passaram a ser utilizados para adoção de um plano integrado para melhorar a coerência, a pertinência e o impacto das atividades normativas da OIT, podendo estender ou revisar parcialmente determinadas convenções, acrescentando novas disposições a convenções mais antigas. Os protocolos são abertos à ratificação dos Estados que já estão obrigados por determinada convenção a que se referem, podendo ser os dois instrumentos ratificados simultaneamente. Acabam por introduzir uma maior flexibilidade às convenções correspondentes e, ainda, podem prever a extensão das obrigações nelas constantes. As Resoluções são instrumentos não vinculativos que fornecem diretrizes pormenorizadas relativas às estruturas conceituais, às definições operacionais e aos métodos de produção e de disseminação das estatísticas do trabalho. Objetivam orientar os Estados a desenvolver ou a rever os seus programas de estatística do trabalho nacional, bem como aprimorar a sua comparabilidade internacional. "Considerando que as convenções internacionais do trabalho são tratados de direitos humanos em sentido estrito, o certo é que, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional e ratificadas pelo Poder Executivo, passam a integrar a nossa ordem jurídica com status materialmente constitucional, por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição. Se, por sua vez, forem aprovadas pelo quórum do § 3º do artigo 5º, tornam-se formalmente constitucionais, tendo, porém, em qualquer dos casos, aplicação imediata, desde a sua ratificação. Assim, devem os juízes utilizar as convenções da OIT afastando a lei interna (menos benéfica) contrária à norma internacional, no exercício do controle difuso de convencionalidade. Importante notar que há regras próprias previstas na Constituição da OIT no que se refere ao conflito entre as convenções internacionais do trabalho e normas internas. O artigo 19(8) do tratado constitutivo da Organização prevê que, "em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação". Em outras palavras, a Constituição da OIT determina sejam aplicadas sempre as normas mais favoráveis aos cidadãos, não importando sejam elas internacionais ou internas." (MAZZUOLI, Valerio; FRANCO FILHO, Georgeton. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. In: MAZZUOLI, Valerio; FRANCO FILHO, Georgeton (Org.). *Direito internacional do trabalho*. 2016. p. 17. Voltaremos ao tema no Capítulo III deste estudo.

dos direitos sociais, na expressão de Hector Hugo Barbagelata.⁴⁷ Devem ser incluídos na constelação dos valores da paz, a que se referiu o professor Gerson de Britto Mello Boson⁴⁸ em seus estudos sobre a constitucionalização do direito internacional.

Certo é que as NITs refletem princípios universalmente reconhecidos, levando em consideração a cultura, a história, os sistemas jurídicos e os níveis de desenvolvimento econômico dos Estados. Inclusive, esses Estados, uma vez tendo ratificado uma convenção internacional, no limite de seu consentimento primário, têm a obrigação de observá-la na prática e de elaborar relatórios sobre a sua aplicação a intervalos regulares para a OIT. Ademais, ainda que as NITs possam conter cláusulas de flexibilidade que permitam-lhes matizar sua aplicação no âmbito interno, não servem, de maneira estratégica, de parâmetro a fixar regras insuficientes de proteção social, fora da teleologia da própria normativa e dos princípios da OIT. Muito menos, deveriam essas cláusulas ser utilizadas como instrumento de retrocesso social ao patamar mínimo civilizatório já reconhecido por determinado Estado que as recepcionou, por mera alegação de mudança da “ideologia político-econômica” dominante, em se considerando o momento da assinatura e da efetiva produção de efeitos, concluído o processo de ratificação perante o ordenamento jurídico interno.

Além das normas internacionais do trabalho especiais da OIT (convenções, recomendações, protocolos e resoluções), ainda se destacam as normas vigentes nos vários sistemas de proteção internacional dos direitos humanos⁴⁹, ratificadas (ou não) pelo Brasil, integrando o referido bloco de constitucionalidade, a título exemplificativo:

⁴⁷ NICOLLI, 2016, p. 122. Christiana Damasceno entende que, “No Brasil, no que toca ao bloco de constitucionalidade, ainda figura mais pujante a vertente restritiva, embora não tenha sido ilidida a aplicabilidade da concepção ampliativa. Tem-se, contudo, que a acepção ampliativa afigura-se mais consentânea, já que o bloco de constitucionalidade, como parâmetro a ser invocado para confronto constitucional, volta-se para a maximização dos preceitos de direitos fundamentais, sendo mecanismo viável de proteção e fiscalização de tais direitos para que não tenham conotação meramente nominal, a fim de que seja potencializada sua efetividade e, na hipótese de violação, sejam eles restaurados por intermédio de tal paradigma de confronto. Assim, almeja-se evitar que fiquem os direitos fundamentais, especialmente nas relações de trabalho, desassistidos e vulneráveis à atuação do legislador e à esfera administrativa, assim também à autonomia privada e coletiva em sentido deletério. Como se nota, há relação do instituto com os conceitos da cláusula da vedação do retrocesso e também com a intangibilidade dos direitos fundamentais (cláusulas pétreas).” (destaque inexistente no original) (OLIVEIRA, 2010, p. 335.)

⁴⁸ BOSON, 1996, p. 276.

⁴⁹ Cançado Trindade afirma, citado por Nicoli, que “[...] a operação dos mecanismos internacionais de proteção não pode prescindir da adoção e do aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação, porquanto destas últimas [...] depende em grande parte a evolução futura da própria proteção internacional.” (NICOLLI, 2016, p. 121.)

Sistema da Organização das Nações Unidas (ONU);

- Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁵⁰;
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966⁵¹;
- Outros tratados de direitos humanos no âmbito da ONU: repressão às práticas cruéis e degradantes; combate ao trabalho escravo e às práticas análogas; combate a diversas formas de discriminação; direitos da criança; direitos dos idosos, dos indígenas, das pessoas com deficiência e dos migrantes;
 - Declaração sobre o direito ao desenvolvimento de 1986 (Resolução n. 41/128 da AGONU);
 - Declaração e programa de ação adotado pela Conferência Mundial de Viena sobre direitos humanos, 1993.

Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos;

- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948⁵²;
- Pacto de San José da Costa Rica, de 1969;
- Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), de 1988⁵³;

⁵⁰ Artigo 23º. direito ao trabalho, a livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e a proteção contra o desemprego. 2. Todos tem direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. remuneração equitativa e satisfatória [...]. Artigo 24º, direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e às férias periódicas pagas. [...].

⁵¹ ARTIGO 6º 1. direito ao trabalho livremente escolhido ou aceito [...]. ARTIGO 7º condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: [...] salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; [...] existência decente para eles e suas famílias; segurança e a higiene no trabalho; igual oportunidade; descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados. ARTIGO 8º 1. direito de fundar sindicatos e de filiar-se [...]. ARTIGO 10 Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que: 1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges. 2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados. 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que os façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão de obra infantil. [...].

⁵² Artigo XIV - direito ao trabalho em condições dignas, com remuneração de acordo com a sua capacidade de trabalho e habilidade. Artigo XV - direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico.

⁵³ Artigo 6º - direito ao trabalho; artigo 7º - condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho; artigo 8º - direitos sindicais; artigo 9º - direito à previdência social; artigo 10 - direito à saúde.

- Carta Democrática Interamericana de 2001;
- Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - estabelece obrigação mínima dos Estados para evitar a discriminação e o tratamento desigual nos setores público e privado;
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos - Relatório n. 66/06 - caso Simone André Diniz v. Brasil - Os Estados têm a obrigação de prevenir, regular e sancionar as violações cometidas por particulares - eficácia horizontal⁵⁴ dos tratados internacionais de direitos humanos;
- Corte Interamericana de Direitos Humanos - Parecer Consultivo n. 18-13/2003 - Os direitos humanos projetam seus efeitos também na relação trabalhista privada.

Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

- Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989;
- Carta Social Europeia revista, de 1996;
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 2000/2007/2009;
- Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

Sistema do Mercosul de Direitos Humanos.

- Declaração Socio-laboral do Mercosul, de 1998⁵⁵;
- Subgrupo de trabalho n. 11 para relações trabalhistas, emprego e seguridade social (MERCOSUL) - liberdade de acesso dos trabalhadores de um Estado-membro a outro; tratamento paritário em matéria de direito do trabalho previdenciário, com discussão de novos temas (direito de greve, não-discriminação, abolição do trabalho escravo, proibição do trabalho infantil, liberdade sindical e negociação coletiva etc.

⁵⁴ "Por directa influencia de la teoría de los valores y de la teoría institucional la jurisprudencia y la doctrina de la Republica Federal de Alemania a través de la *Drittwirkung der Grundrechte*, ha desarrollado en los últimos años la tesis de que los derechos fundamentales no afectan sólo a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, esto es, a las relaciones de subordinación (a tenor del derecho público), sino también a las relaciones de coordinación surgidas entre los particulares (en el plano jurídico privado). Esta eficacia ante terceros o eficacia horizontal (*horizontalwirkung*), como también ha sido designada, se basa en la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico. [...] la necesidad de los tribunales de interpretar todas las normas de acuerdo con la Constitución y los derechos fundamentales en ella enunciados." (LUNO, 2005, p. 319).

⁵⁵ DIREITOS INDIVIDUAIS: não discriminação - artigo 1º; promoção da igualdade - artigo 2º; trabalhadores migrantes e fronteiriços - artigo 4º; eliminação do trabalho forçado - artigo 5º; trabalho infantil e de menores - artigo 6º; direitos dos empregadores - artigo 7º; DIREITOS COLETIVOS: liberdade de associação - artigo 8º; liberdade sindical - artigo 9º; negociação coletiva - artigo 10; greve - artigo 11; promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de autocomposição de conflitos - artigo 12; diálogo social - artigo 13; OUTROS DIREITOS: fomento do emprego - artigo 14; proteção dos desempregados - artigo 15; formação profissional e desenvolvimento de recursos humanos - artigo 16; saúde e segurança no trabalho - artigo 17; inspeção do trabalho - artigo 18.

Assim, tanto as NITs quanto os tratados de direitos humanos *lato sensu* aprovados no âmbito dos vários sistemas internacionais de proteção à pessoa humana podem funcionar, na perspectiva formal (uma vez ratificados) e também principiológica (ainda que não ratificados), como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo no caso daqueles ratificados, para o controle de convencionalidade ou de legalidade de lei interna com eles incompatível. Nesse caso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional assim aplicado, reforçando os argumentos da decisão, fixando-se os limites da interpretação, de acordo com o ensinamento do francês Combacu:

*Aussi évidente qu'elle puisse paraître, la signification d'une règle, d'une formule, d'un mot, comporte toujours une part d'équivoque et peu être entendue de plusieurs manières. Il faut renoncer à l'illusion d'un sens objectif ou vrai, pour constater que le sens est toujours construit ou reconstruit par un interprète donné. Il l'est au surplus en fonction du résultat qu'il se propose d'atteindre, par exemple un sens général ou une application concrète. Ce sens n'est jamais totalement atteint ou épuisé par une interprétation précise et la règle demeure toujours porteuse d'interprétations aussi multiples que ses applications. Il en résulte que la compétence d'interprétation comporte un pouvoir juridique considérable, puisqu'elle permet dans certaines conditions de choisir le sens du droit et de lui imprimer une orientation déterminée. Les controverses relatives à l'interprétation ne seraient pas si vives si elles ne traduisaient pas une lutte pour la maîtrise du système juridique, qui font du processus interprétatif une variante de la lutte pour le droit.*⁵⁶

CAPÍTULO III - DA TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE OU DE LEGALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: ALGUNS APONTAMENTOS

Considerando-se que a análise dos dispositivos introduzidos na legislação trabalhista pela Reforma de 2017 demandará potencial esforço hermenêutico quando da apreciação dos casos concretos submetidos à Justiça do Trabalho, é relevante perceber que a teoria geral do controle de convencionalidade objetiva, no auxílio a essa atividade (criativa) de reconstrução de sentido da norma a ser interpretada, na concepção de

⁵⁶ COMBACU, 2014, p. 172.

Valerio Mazzuoli⁵⁷, adaptar, conformar ou compatibilizar verticalmente as leis ou os atos normativos do poder público, tendo como parâmetro a Constituição e os Tratados de direitos humanos, ratificados pelo Brasil e em vigor. Esse controle exerce-se pela teoria da dupla compatibilidade vertical⁵⁸, no sentido de que as leis internas, para a sua validade e conseqüente eficácia, devem encontrar respaldo tanto nas garantias constitucionais vigentes quanto naquelas garantias instrumentalizadas pelos tratados de direitos humanos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da vida social. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de efetividade da norma e ao seu conseqüente desuso social.⁵⁹

Esses estudos foram desenvolvidos no contexto da Emenda Constitucional n. 45/04, que introduziu o § 3º do artigo 5º da CF/88, “problematizando” o tema da hierarquia das normas internacionais no ordenamento jurídico nacional.

Art. 5º [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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 do Brasil seja parte.

§ 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. (EC 45/04)

⁵⁷ Valerio Mazzuoli trata do tema do controle de convencionalidade nas seguintes obras, a título exemplificativo: *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2011; *Direito internacional público*. Parte Geral, São Paulo: RT, 2012; *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2013 e nos textos O novo parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição e sua eficácia, publicado na *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 167, Brasília, 2005 e Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro publicado na *Revista de Informação Legislativa*, 46, n. 181, Brasília, jan./mar. 2009. O tema foi objeto de seus estudos de doutoramento.

⁵⁸ Para o autor, as leis internas estariam sujeitas a dois níveis de aprovação: a Constituição e os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais.

⁵⁹ MAZZUOLLI, 2009, p. 117.

Vale ressaltar, desde já, que, para Ingo Sarlet, a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais, consagrada pelo § 2º do artigo 5º da CF/88, já se referia a todo e a qualquer tipo de direito fundamental, que integra um efetivo bloco de constitucionalidade, abrangendo, inclusive, a possibilidade de reconhecimento de direitos sociais, atentando-se para a previsão do *caput* do artigo 7º da CF/88⁶⁰:

Há uma vinculação das entidades privadas e dos particulares entre si na concretização dos direitos fundamentais sociais. A natureza indisponível dos direitos não alberga renúncias ou negociações no âmbito da atuação dos particulares, em sede contratual. O princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, não se exprime somente por atos omissivos de não violação, mas precipuamente em condutas positivas de realização do programa normativo constitucional. Há, neste sentido, um dever geral de respeito aos direitos fundamentais por parte de todos, que não se esgota no catálogo do artigo 7º. A enumeração dos direitos dos trabalhadores no artigo 7º é meramente exemplificativa, não exaurindo o rol de garantias dos trabalhadores (ADI 639, voto do Min. Joaquim Barbosa, j. em 2/6/2005, DJ de 21/10/2005). O abandono da taxatividade tem como escopo a perspectiva de uma sociedade em transformação, que busca em um processo contínua melhoria da condição social.⁶¹

Complementarmente, Mazzuoli recorda que o § 3º do artigo 5º da CF/88, introduzido pela EC 45/04, deve ser interpretado em consonância com o § 2º do mesmo artigo: o primeiro, cuida de questão material e

⁶⁰ SARLET, 2014, p. 516 in CANOTILHO *et al.* *Comentários à constituição*.

⁶¹ COUTINHO, 2014, p. 552 in CANOTILHO *et al.* *Comentários à constituição*. Para Pérez Luño, de acordo com o entendimento de Messner, Müller e Virga, reconhece-se aos direitos fundamentais um caráter estritamente jurídico-positivo, enquanto direitos humanos positivados nas constituições estatais. Na concepção de Hensel representam princípios que resumem a concepção do mundo e que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, para em Häberle significar a síntese das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos subjetivos e as exigências sociais derivadas da concepção institucional de direito (LUÑO, 2005, p. 33). “*Por directa influencia de la teoría de los valores y de la teoría institucional la jurisprudencia y la doctrina de la Republica Federal de Alemania a través de la Drittwirkung der Grundrechte, ha desarrollado en los últimos años la tesis de que los derechos fundamentales no afectan sólo a las relacionaes entre el Estados y los ciudadanos, esto es, a las relaciones de subordinación (a tenor del derecho público), sino también a las relaciones de coordinación surgidas entre los particulares (en el plano jurídico privado). Esta eficacia ante terceros o eficacia horizontal (horizontalwirkung), como también ha sido designada, se basa en la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico. [...] la necesidad de los tribunales de interpretar todas las normas de acuerdo con la Constitucion y los derechos fundamentales en ella enunciados.*” (Idem, p. 319).

formalmente constitucional (equiparação dos tratados ratificados por procedimento especial às emendas constitucionais), enquanto o segundo limita-se à questão material (admitindo o ingresso dos tratados de direitos humanos com *status* constitucional no ordenamento jurídico interno). Para o doutrinador, a possível categorização estabelecida no referido § 3º acabou por conceder tratamento diferenciado para normas internacionais de direitos humanos que “[...] têm igual fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético.”⁶²

Com a promulgação da referida Emenda, os tratados e as convenções sobre direitos humanos, recepcionados pelo ordenamento jurídico nacional, com base no § 3º do artigo 5º da CF/88, passaram a assumir *status* de emenda constitucional (material e formal), devendo ser mencionado o voto de vista do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/SP⁶³ que explicitou a evolução do tema do valor constitucional dos tratados de direitos humanos, por intermédio da análise histórica da jurisprudência do STF.

Em que pese a posição defendida por Mazzuoli⁶⁴, que entende que

⁶²(MAZZUOLI, 2014, p. 520 in CANOTILHO *et al.* *Comentários a constituição*. Em seus comentários ao § 3º do artigo 5º da CF/88, Mazzuoli vê risco de o Congresso nacional, *sporte propria*, decidir a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade (p. 519). Trata-se, de fato, de risco efetivo, ainda que a indicação do artigo 49 da CF/88 não tenha sido observada durante décadas, no caso da ausência de submissão ao controle congressual dos tratados simplificados concluídos pelo Brasil que não se submetiam ao processo clássico de ratificação, apesar de gerarem compromissos gravosos ao patrimônio nacional, e que eram simplesmente publicados na Seção do Ministério das Relações Exteriores do Diário Oficial. Lado outro, o próprio Congresso, algumas vezes, na análise de mensagem presidencial, aprovou tanto convenções internacionais do trabalho quanto as recomendações a ela correspondentes, ao que parece, desconhecendo que as segundas não se submetem ao processo de ratificação, tornando-as, curiosamente, obrigatórias. A introdução do § 3º do artigo 5º parece ter levado em consideração o cálculo político, no sentido de permitir exatamente a escolha legislativa temida por Mazzuoli, diante da progressista interpretação do § 2º do artigo 5º que, segundo o próprio doutrinador, vinha se fortalecendo na doutrina humanista mais abalizada e na jurisprudência de vários tribunais nacionais.”(Idem, p. 519). Entre a queda do legislador e a ascensão do intérprete, Bauman já refletia: “O sistema, por outro lado, tem uma dificuldade sempre crescente para gerar e tornar plausível uma legitimação capaz de apresentar seu funcionamento como algo mais que um processo quase natural e incontrolável. Como mecanismo de integração sistêmica, o Mercado tende a subordinar e a subsumir todas as legitimizações concebíveis do sistema. O papel do Estado é reduzido ao emprego de meios políticos a serviço da perpetuação das condições para o domínio do Mercado. O Estado é, em primeiro lugar e acima de tudo, um instrumento de remercadorização.”(BAUMAN, 2010, p. 255-256). O Legislativo sendo o Legislativo, colocando em xeque o fenômeno da judicialização da política típico dos anos 90.

⁶³Disponível em: <www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.

⁶⁴Haveria, pela leitura do ordenamento jurídico interno sob a égide da Constituição de 1988, duas espécies de tratados sobre direitos humanos que ensejariam o controle de convencionalidade: os tratados materialmente constitucionais, com *status* de norma constitucional (§ 2º do artigo 5º da CF/88) e os tratados material e formalmente constitucionais

os tratados de direitos humanos *lato sensu* funcionariam como paradigmas para o controle de convencionalidade (indistintamente nos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da CF/88), com relação àqueles que foram e que serão recepcionados pelo ordenamento jurídico interno, antes da promulgação da EC 45/04, ou sem o quórum previsto no § 3º do artigo 5º da CF/88, parece prevalecer a tese da supralegalidade, principalmente, diante dos votos proferidos no RHC n. 79.785-RJ, Ministro Relator Sepúlveda Pertence (sessão de março de 2000); na Apelação Cível n. 7872/RS (11/11/43), Ministro Relator Philadelpho Azevedo e na Apelação Cível n. 9587/DF (21 de agosto de 1951), Ministro Relator Orozimbo Nonato.

No que diz respeito aos outros tratados que envolvam matéria diversa (civil, comercial, tributária etc.), prevalece no STF a tese da paridade normativa ou da legalidade ordinária, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier Albuquerque (julgado em 01 de junho de 1977, DJ 29 de dezembro de 1977).

Vale lembrar, ainda, que, de acordo com Mazzuoli, no caso de antinomia entre a lei e o tratado deve ser aplicado o princípio internacional *pro homine*, devendo prevalecer a norma interna ou internacional que mais proteja o sujeito. Considerado um princípio geral de direito, formalizado no artigo 29 do Pacto de San José da Costa Rica de 1969⁶⁵:

- equivalentes às emendas constitucionais (§ 3º do artigo 5º da CF/88). “A diferença entre o § 2º, *in fine*, e o § 3º, ambos do artigo 5º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2º do artigo 5º, os ‘tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte’ são, *a contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando a consequentemente deter o ‘status de norma constitucional’ e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais (‘bloco de constitucionalidade’); já nos termos do § 3º do mesmo artigo 5º, a aprovação de tais tratados de direitos humanos pelo quórum qualificado ali estabelecido lhes atribui (tão logo sejam ratificados) a condição de normas ‘equivalentes às emendas constitucionais.’” (Comentários à constituição, p. 521). Essa equivalência teria como efeitos permitir a reforma da Constituição e impedir a denúncia, visto que tais tratados representariam cláusulas pétreas do texto constitucional, posicionamento que deve ser melhor problematizado, contrariando, inclusive, a prática internacional.

⁶⁵Promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Art. 29 - NORMAS DE INTERPRETAÇÃO. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou 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; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Deve-se considerar, ainda, o que especifica a Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados promulgada pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, no sentido de o Estado não poder invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um Tratado (artigo 26);

[...] seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa [...] norma mais protetiva e garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do diálogo travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real. (*Teoria geral do controle*, 2009, p. 125.)⁶⁶

É consabido que referido controle de convencionalidade já se consolidou no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo ser citados como precedentes os seguintes casos: Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, 2003, voto em separado do juiz Sergio Garcia Ramirez; Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, 2006; Caso dos trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru, 2006; e Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México, 2010.

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, percebe-se que:

[...] o controle de convencionalidade não é [...] um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar

o Tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território (artigo 29); o Tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos, em seu contexto e à luz do seu objetivo e de sua finalidade, bem assim compreendendo, além do texto, seu preâmbulo e anexos (artigo 31); é possível recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive, aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, com o objetivo de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido no caso de conduzir a um resultado absurdo ou desarrazoado ou deixar o sentido ambíguo ou obscuro (artigo 32). Artigo 43 - Obrigações impostas pelo direito internacional, independentemente de um tratado: A nulidade de um tratado, sua extinção ou denúncia, a retirada de uma das partes ou a suspensão da execução de um tratado em consequência da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado não prejudicarão, de nenhum modo, o dever de um Estado de cumprir qualquer obrigação enunciada no tratado à qual estaria ele sujeito em virtude do Direito Internacional, independentemente do tratado. (*jus cogens*)

⁶⁶ "No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2009, p. 126.)

violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, § 3º, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado - mesmo de acordo com o entendimento do STF - integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. [...].⁶⁷

CAPÍTULO IV - O ESTADO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DE LEGALIDADE

A seleção de algumas ementas de acórdãos publicados por determinados Tribunais nacionais, entre os anos de 2016-2017, pode contribuir para que se percebam as opções argumentativas que se apresentam e que se delineiam na jurisprudência acerca do tema do controle de convencionalidade e de legalidade das leis no Brasil. Trata-se de análise preliminar, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema ou de encerrar qualquer debate mais aprofundado, o que permanece em aberto.

Da seleção apresentada, observa-se que a discussão, apenas tangenciada em alguns institutos do Direito do Trabalho (equiparação salarial; adicionais de insalubridade e periculosidade, férias proporcionais na resolução contratual e inserção do deficiente físico), apresentou contornos aprofundados em matéria penal, quando se discutiu a tipificação do crime de desacato à luz das garantias introduzidas pelo Pacto de São José da Costa Rica. Portanto, a utilização da teoria do controle de convencionalidade ou de suprallegalidade no Direito do Trabalho não lhe é exclusiva e, muito menos, novidade “estridente”⁶⁸ ou “histriônica” como defendem os favoráveis à Reforma.

Segundo Ronald Dworkin, como recorda o processualista Luiz Guilherme Marinoni, a dignidade da decisão judicial encontra-se não na criação do direito (*a creative perspective*) pelo juiz, mas, sim, na possibilidade de ele decidir a partir de princípios e de fundamentos. Decisões assim proferidas, afirmando princípios ou direitos fundamentais, podem ser vistas

⁶⁷SARLET. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. *In* MARINONI, 2013, p. 112-113.

⁶⁸“Somente por meio do exercício pleno de nossa condição de agentes morais seremos capazes de encontrar respostas adequadas para os problemas éticos - pois não adianta fazer de conta que não são dessa natureza nossas dificuldades mais proeminentes. É apenas através do reconhecimento dessa dimensão ética de nossa situação que sairemos da falsa alternativa que nos parece fazer escolher entre um discurso tecnocrata dito eticamente neutro, de um lado, e um discurso estridente (quando não histrônico) das convicções cegas que antes querem calar as vozes divergentes que caracterizam o grande coro da democracia e do pluralismo.” Eduardo Wolf analisando o pensamento de Michael Sandel *in* SPITZCOVSKY (Org.), 2016, p. 138.

como construtivistas ou interpretativistas, dependendo de que lugar se parte para analisá-las. Lord Radcliffe, citado por Mauro Cappelletti, dirá que o direito criado pelos juízes é sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato, e acrescentaríamos, nos limites dessa reflexão, de direito internacional, podendo ampliá-los ou recusar a sua aplicação (Juízes legisladores).

[...] Tendo como base a premissa de que não se pode tomar em conta princípios para afirmar um direito não expresso, a decisão que assim o fizer será vista como criadora do direito, mas, ao se admitir que o juiz deve considerar princípios e concretizar direitos, a decisão será compreendida como interpretativa. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Elaboração dos conceitos de “ratio decidendi” e “obter dictum” no direito brasileiro.*)

Considera-se que os princípios desempenham por si mesmos uma função normativa de grande generalidade e de acentuada abstração, podendo operar, conforme ensinamento de Perez Luño, como critérios hermenêuticos, como fontes normativas ou como pautas de valorização. O italiano Michelle Taruffo especifica que o processo não se esgota e não se realiza apenas por seu caráter instrumental, mas enquanto destinado a produzir resultados, a atender um determinado escopo por ele perseguido, no contexto da política do direito e da cultura social prevalentes em determinado sistema jurídico.

Entende-se, portanto, por que se reconhece ao magistrado uma determinada faculdade de interpretação⁶⁹ que deve ser apreendida no contexto dos valores aos quais ele adere, da concepção que ele possa ter da sua missão, da justiça e dos vínculos que ele estabelece com a equidade e, mais precisamente, do seu papel e de sua utilidade social. A interpretação torna a regra operatória e garante sua efetividade, produzindo sentido pelo qual os enunciados jurídicos adquirem seu verdadeiro alcance. Não significa

⁶⁹ Para Michel Van de Kerchove e François Ost “[...] au-delà de ces règles qui forment comme l’ordonnement de l’acte même d’interpréter, la tradition juridique propose au juge d’innombrables arguments et maximes qui lui offrent un clavier qu’il lui appartient d’utiliser au mieux pour produire ‘les coups’ qu’autorisent les particularités du cas qui lui est soumis. Mais, en aucun cas, cette donation de sens ne se réduit à l’application mécanique de règles: l’incertitude qui affecte à la fois la formule légale (caractérisée par sa polysémie et sa ‘texture ouverte’) et l’intention du législateur (parfois absente, quelquefois contradictoire, souvent obscure) ne saurait en effet être levée par le seul recours à des maximes préétablies. Nécessairement faudra-t-il mettre en oeuvre des méta-règles ou directives de préférences orientant le choix de l’interprète entre diverses méthodes d’interprétation. Encore le recours à ces méta-règles n’a-t-il rien d’automatique et de programmé, de sorte qu’un choix réel s’ouvre à l’interprète.” KERCHOVE; OST, 1988, p. 137.

“ser estridente”, ou atuar como monstro pós-moderno⁷⁰ que contraria determinado projeto de poder, mas, sim, instrumentalizar determinado modelo de interpretação que varia “[...] conforme o tipo de sociedade e a respectiva forma jurídico-política dominante [...]”⁷¹, na concepção de Marcelo Neves.

Aliás, Neves recorda que, no século XIX, a teoria do direito, tanto na Escola da exegese quanto na Jurisprudência dos conceitos, procurou construir um modelo de interpretação do direito do tipo “sintático-semântico”, cabendo ao intérprete, tão somente, desvelar o mero sentido denotativo e conotativo da linguagem legal. Problematizando o tema, na primeira metade do século XX, procurou-se enfatizar a dimensão semântico-sintática do processo interpretativo, que teve em Hans Kelsen um de seus expoentes. Já a segunda metade do século passado passou a considerar a construção de um modelo semântico-pragmático, ou seja, a tônica do processo hermenêutico passou a recair na busca de sentido normativo do texto a interpretar em contextos históricos específicos. Há uma “onda modernizante” que insiste em retornar à pré-Exegese com forte pressuposto moralizador das relações trabalhistas com base na autonomia.

IV.1 Do controle de convencionalidade em matéria penal: crime de desacato

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Tribunais de Justiça dos Estados vêm enfrentando o tema do controle de convencionalidade, no que diz respeito ao crime de desacato, atendendo à previsão do artigo 5º do Código Penal e do inciso I do artigo 1º do Código de Processo Penal. Enquanto crime praticado por particular contra a administração em geral, o crime de desacato, tipificado no artigo 331 do Código Penal, prevê pena de detenção quando o agente “[...] desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.” Segundo Souza Nucci o elemento objetivo do crime engloba as seguintes condutas: desprezar, faltar com o respeito, humilhar, exigindo-se que a palavra ofensiva ou o ato injurioso seja dirigido ao funcionário, tanto no exercício de sua atividade quanto no caso de o autor levar em consideração o exercício da função pública, ainda que ausente o funcionário dela.

⁷⁰ “[...] o pós-moderno é antes de tudo uma palavra de ordem polêmica, posicionando-se enganosamente contra a ideologia moderna ou contra a modernidade como ideologia, isto é, negando menos a modernidade de Baudelaire, na sua ambiguidade e no seu dilaceramento, do que a das vanguardas históricas do século XX. Donde se conclui que, se a modernidade é complexa e paradoxal, a pós-modernidade o é igualmente. [...] O pós-moderno contém um paradoxo flagrante: pretende acabar com o moderno, mas, ao romper com ele, reproduz a operação moderna por excelência: a ruptura.” COMPAGNON, 2010, p. 108-109.

⁷¹ NEVES, 2008, p. 196.

Pode implicar em qualquer tipo de palavra grosseira ou ato ofensivo contra pessoa que exerce função pública, incluindo ameaças e agressões físicas. Não se concretiza o crime se houver reclamação ou crítica contra a atuação funcional de alguém. “Simples censura, ou desabafo, em termos queixosos, mas sem tom insólito, não pode constituir desacato. Nem importa que o fato não tenha tido a publicidade que o agravasse, especialmente. Importa, unicamente, que ele tenha dado, de modo a não deixar dúvida, com o objetivo de acinte e de reação indevida ao livre exercício da função pública. [...] No que toca às palavras oralmente pronunciadas. Importam o tom acre e a inflexão dada à voz, quando as testemunhas possam, ao depor sobre o fato, auxiliar na prova de que a configuração do desacato é ou pode ser concluída como inegável.” (ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 186.) Deve constar na denúncia e na sentença quais foram exatamente as expressões utilizadas pelo agente.⁷²

Analisando o referido tipo penal, com base no disposto nos artigos 13 e 29 do Pacto de São José da Costa Rica, vem reconhecendo a jurisprudência em matéria penal a suprallegalidade do Pacto, ainda que se refira ao controle de convencionalidade, para considerar a atipicidade da conduta, com fundamento na preservação da liberdade de expressão⁷³, ou

⁷²NUCCI, 2016, p. 1.133.

⁷³DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. APELAÇÃO MINISTERIAL. CRIME DE DESACATO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECONHECIMENTO PELO JUIZ A QUO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, DIANTE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1. Preliminar de prescrição virtual arguida pelo apelado em sede de contrarrazões. Afastada. Ausência de previsão legal desta forma de extinção da punibilidade. Matéria consolidada em sede de repercussão geral no STF. 2. Pleito recursal de reforma da sentença, para reconhecer a conformação do delito com o ordenamento jurídico pátrio e dar seguimento à ação penal. Improvimento. Interpretação do art. 13 c/c art. 29 da convenção americana de direitos humanos. Direito à liberdade de expressão. Tratado suprallegal (RE 349703, relator(a): Min. Carlos Britto, relator(a) p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 3/12/2008, dje104 divulg 4/6/2009 public 5/6/2009 ement vol-02363-04 p. 00675). Controle de convencionalidade que se impõe. Necessária conformação da ordem jurídica interna. Precedentes da corte interamericana em casos concretos envolvendo outros países. Relatórios elaborados pela comissão interamericana que concluem pela necessidade de exclusão do crime de desacato dos ordenamentos jurídicos dos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica. Interpretação realizada pela comissão e pela corte que devem ser seguidas, por serem, por excelência, os órgãos que interpretam a CADH. Impossibilidade de o estado ficar em posição superior ao particular. Desacato que tem como vítima primária o estado. Regime democrático de direito. Liberdade de críticas à ação estatal que não pode ser tolhida do particular, impondo-lhe uma ameaça de responder a uma ação penal. Existência de outros meios capazes de solucionar eventuais ofensas à atuação de agentes públicos. Precedente da quinta turma do STJ (RESP 1640084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, quinta turma, julgado em 15/12/2016, dje 1/2/2017). Recurso conhecido, preliminar afastada e, no mérito, julgado improvido. (TJBA; AP 0305190-67.2011.8.05.0001; Salvador; Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. João Bosco de Oliveira Seixas; Julg. 6/7/2017; DJBA 19/7/2017; p. 460.)

manifestando-se expressamente pela absolvição da conduta típica.⁷⁴ Em

⁷⁴ APELAÇÕES CRIMINAIS. DESOBEDIÊNCIA, DESACATO E CORRUPÇÃO ATIVA. JUÍZO DE CENSURA PELOS ARTIGOS 330, 331 e 333, TODOS DO CÓDIGO PENAL, EM CÚMULO MATERIAL. E, ABSOLVIÇÃO POR UMA CONDUTA DE DESACATO, E PELO DELITO DE RESISTÊNCIA. Preliminar voltada à nulidade processual, representada pelo cerceamento de defesa, que é afastada. Juízo *a quo*, que veio a indeferir o pleito defensivo da 2ª apelante, objetivando a apresentação de quesitos, de natureza genérica e hipotética, a serem endereçados e respondidos, pelos peritos do IML. Questionamentos prescindíveis à elucidação da dinâmica delitiva, pois sem especificidade, e que por esta razão foram indeferidos, em decisão devidamente fundamentada. Impertinência do pleito defensivo, para apresentação de quesitos, desnecessários, e irrelevantes, para apurar o ocorrido. Ausência de demonstração de prejuízo à defesa plena da 2ª apelante, que anexou pareceres médicos, quanto à questão, não havendo que falar em nulidade, face à previsão dos artigos 563 e 566 do CPP. Prévias que se rejeita. Mérito do apelo defensivo, que está voltado à absolvição da 2ª apelante, pelo delito de desobediência, que é acolhido. 2ª apelante que, conduzindo seu veículo, descumpriu a ordem de parada, que foi dada pelos policiais militares, os quais atuavam na blitz conhecida como “operação da Lei seca”, evadindo-se do local. Desobediência à ordem emanada de autoridade competente para fiscalizar o trânsito, que se amolda à figura prevista no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro, caracterizando infração de natureza administrativa. Conduta da 2ª apelante que se mostra atípica, na hipótese, não estando inserida na figura do artigo 330 do CP, face à expressa previsão, na Lei n. 9.503/97, de sanção, a ser imposta, consistente na penalidade de multa. Circunstância que evidencia a atipicidade da conduta, consoante entendimento consolidado do colendo STJ, no sentido de que, para configurar o crime de desobediência, é insuficiente o mero descumprimento de ordem legal, emanada por funcionário público competente, sendo indispensável, também, que inexistisse sanção, em Lei específica, no caso de descumprimento do ato. Na hipótese vertente, a existência de punição própria à espécie e contida no Código de Trânsito Brasileiro, leva ao reconhecimento da atipicidade da conduta da 2ª apelante, neste tópico; e, assim, à sua absolvição, pelo inciso III do artigo 386 do CPP quanto ao delito de desacato, praticado em face dos policiais militares, que tentavam realizar a sua prisão em flagrante, e, posteriormente, da delegada de polícia, Srª Verônica Stiepanowz, tem-se consoante, atual, entendimento desta relatora, a sua atipicidade, o que se realiza, em controle de convencionalidade, que tem por princípio fundamental a proteção dos direitos humanos. Na hipótese, a convenção americana dos direitos humanos (Pacto São José da Costa Rica). Artigo 13 CIDH e princípio n. 11 sobre a liberdade de expressão. Quanto ao crime de corrupção ativa, tem-se que o núcleo corresponde a uma oferta, e a prova oral não a traz, e sim que foram os policiais questionados, quanto ao valor que queriam para que encerrassem a situação desastrosa, na qual se encontrava a ora apelante. É certo que uma das testemunhas fala em oferecimento mas, logo em seguida, repisa a fala do apelante, quanto ao valor que era desejado pelos agentes militares. Tratando-se em realidade em uma negociata, que não se efetivou, sem correspondência ao tipo penal. Absolvição que se impõe, artigo 386, III, do CPP. Apelo ministerial, que está voltado à condenação da segunda apelante, por uma conduta de desacato, e pelo crime de resistência, além do acréscimo da pena pecuniária, que não merece prosperar. Quanto à conduta de desacato, atribuída à apelante Christiane, controle de convencionalidade a afastá-la. No tocante ao item endereçado no apelo ministerial, e que está voltado à formação do juízo de censura, pelo crime de resistência. Ausência de evidência que demonstre, efetivamente, a violência, ou grave ameaça, praticada pela apelante, visando evitar a sua prisão em flagrante. Circunstância que revela a mera tentativa de fuga, ao visar o ingresso, com seu veículo, na garagem do prédio, em conduta que não se amolda à figura tipificada no artigo 329 do CPC. Absolvição que se mantém, neste tópico, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP. Por unanimidade e nos termos do voto da relatora, foi dado provimento ao recurso para absolver a ré, ficando desprovido o apelo ministerial. Fará declaração de voto o desembargador José Muiños Piñeiro Filho. (TJRJ; APL 0054170-60.2013.8.19.0001; Rio de Janeiro; Sexta Câmara Criminal; Relª Desª Rosita Maria de Oliveira Netto; Julg. 31/1/2017; DORJ 17/7/2017; p. 309.)

sentido oposto, manteve-se o entendimento quanto à incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, em atendimento à previsão do artigo 13.2 do mesmo Pacto⁷⁵, posicionando-se pelo recebimento da

⁷⁵ HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICADOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem *status* de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da magna carta. Precedentes. 3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da comissão interamericana de direitos humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A corte internacional de direitos humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da convenção americana sobre direitos humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter “moral”, podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente “poder de embaraço” ou “mobilização da vergonha”. 7. Embora a comissão interamericana de direitos humanos já tenha se pronunciado sobre o tema “leis de desacato”, não há precedente da corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a corte interamericana de direitos humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do direito à liberdade de expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os

denúncia ou pela manutenção da tipicidade⁷⁶, podendo restar incólume, no

requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a corte interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio, exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de Leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo estado e em vigor no território nacional.” 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao estado. Aplicação da teoria da margem de apreciação nacional (*margin of appreciation*). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a administração pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da administração pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. Do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo *ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ; HC 379.269; Proc. 2016/0303542-3; MS; Terceira Seção; Rel. Desig. Min. Antonio Saldanha Palheiro; DJE 30/6/2017.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO QUE APRESENTA MANIFESTO INTUITO PREQUESTIONATÓRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO VENTILADA. Enfrentamento do controle de convencionalidade que, sem violar a cláusula de reserva de plenário, interpreta a opção legislativa de incriminação nos moldes do Pacto San José da Costa Rica e entende presente o amoldamento típico da conduta do acusado (frise-se revel), no crime de desacato, eis que teria dirigido aos agentes militares em patrulhamento menoscabo pelos dizeres “vai tomar no cu! seus viados!”. Necessária observância ao verbete sumular n. 170 do TJRJ. Embargos rejeitados. (TJRJ; APL 0346043-60.2013.8.19.0001; Rio de Janeiro; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. João Ziraldo Maia; Julg. 16/5/2017; DORJ 30/6/2017; p. 186.)

⁷⁶ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESACATO. Art. 331 do CP. Controle de convencionalidade. Art. 13 da convenção americana sobre direitos humanos. Tipificação compatível. Precedente. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (STJ; AREsp 1.071.275; Proc. 2017/0062787-0; SC; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 9/6/2017.) RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESACATO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE LEVANTADO DE OFÍCIO PELO RELATOR. AFASTADO. CONDUTA TÍPICA. RECURSO PROVIDO. I. O Controle de Convencionalidade do crime de desacato realizado pela 5ª Turma do STJ é, além de desprovido de força vinculante ou de reconhecimento de repercussão geral, inadequado, considerando a natureza da referida norma penal, que trata essencialmente da violação de bem jurídico fundamental essencial à manutenção da ordem democrática de direito. Além disso, recentemente, no julgamento do HC n. 379.269/MS, a 3ª

caso de absolvição, a possibilidade de responsabilização civil do agente ou

Seção do STJ definiu que desacato continua sendo crime. (TJMS; RSE 0014542-23.2013.8.12.0110; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 4/7/2017; p. 41.)

APELAÇÃO. Desacato. Denúncia que imputa ao acusado a conduta, livre, consciente e voluntária de proferir em desfavor de policiais militares as palavras "vai tomar no cu, seus viados!", quando estes, em regular patrulhamento, realizaram abordagem a um grupo de pessoas, dentre elas o acusado. Réu revel. Sentença que condena o acusado a seis meses de detenção em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade. Recurso exclusivamente defensivo que persegue, primeiramente, o controle de convencionalidade para excluir a ilicitude da conduta eis que reflexo do exercício da liberdade de expressão. No mais, pugna pela absolvição com fundamento em insuficiência probatória e atipicidade por ausência de dolo específico na conduta. Controle de convencionalidade que não socorre ao acusado porquanto o Pacto de San José da Costa Rica, ainda que assegure a liberdade de expressão, traça freio ao seu exercício quando assegura responsabilização ulterior do agente na forma da Lei quando haja violação à reputação das pessoas, e da ordem e moral públicas. Convenção americana de direitos humanos que se alinha à proteção da dignidade da pessoa humana, sendo os militares ofendidos também destinatários desta proteção, eis que sujeitos passivos secundários do crime de desacato. Plena vigência do tipo penal de desacato. Insuficiência probatória que não encontra supedâneo nos autos, eis que ambos os agentes da Lei revelaram que o acusado os teria mandado "tomar no cu" e os xingado de "viados", poder judiciário do estado do Rio de Janeiro, quarta câmara criminal, apelação criminal n. 0346043-60.2013.8.19.0001 f. 2, secretaria da quarta câmara criminal beco da música, 175, 1º andar. Sala 104. Lâmina IV centro. Rio de Janeiro/RJ. Cep 20010-010 tel.: + 55 21 3133-5004. *E-mail:* 04ccri@tjrj.Jus.BR (w) após abordagem policial, o que além de destacar inequívoca autoria ainda revela estar presente dolo específico por estar nítida a intenção de menoscabo ao regular exercício da função pública. Recurso desprovido. (TJRJ; Ap 0346043-60.2013.8.19.0001; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. João Ziraldo Maia; Julg. 16/5/2017; DORJ 22/5/2017.)

APELAÇÃO CRIMINAL. DESACATO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STJ SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EFICÁCIA DO TIPO PENAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. PALAVRA DAS VÍTIMAS. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. CULPABILIDADE EVIDENCIADA. TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS NA FORMA TENTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Comprovado que o apelante proferiu palavras de baixo calão contra os policiais que atendiam a ocorrência e evidenciada a intenção de menosprezá-los no exercício de suas funções, caracterizado está o delito de desacato. 2. Embriaguez voluntária não exclui a culpabilidade (teoria da *actio libera in causa*), somente aquela que, sendo completa, advém de caso fortuito ou força maior, conforme dispõe o artigo 28, § 1º do Código Penal. 3. A desclassificação para invasão de domicílio não prospera quando provado que o agente somente não consumou a subtração em razão de circunstâncias alheias à sua vontade, consoante relato da vítima e depoimento dos policiais atuantes na ocorrência. (TJAM; APL 0002839-54.2016.8.04.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Djalma Martins da Costa; DJAM 30/3/2017; p. 22.)

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME DE DESACATO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PERMANÊNCIA DA FIGURATIVA TÍPICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. O recorrente foi condenado pela prática do crime de desacato (art. 331, CP) por ter, de forma livre e voluntária, se dirigido a policiais militares, no exercício das respectivas funções públicas, com as expressões policiais de merda e monte de merda, estando preenchidas

o enquadramento da conduta em outro tipo penal.⁷⁷ Há entendimento que

as elementares do tipo penal. A autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas por meio da prova oral colhida na instrução judicial, sob o crivo do contraditório, corroborada pelos elementos informativos obtidos com a persecução penal. Decreto condenatório proferido com adequado embasamento. Os depoimentos dos policiais militares, dotados de fé pública que são, devem ser presumidos verdadeiros, sendo aptos a embasar a condenação, notadamente quando coerentes e harmoniosos com o conjunto probatório constante do processo. Não há falar, desse modo, em ausência de provas idôneas para a condenação. Nesse sentido: 1. Realizam o tipo penal do crime de desacato expressões de cunho desrespeitoso e de desprestígio à função pública exercida pelos policiais militares, agentes do Estado, que em cumprimento de dever realizaram abordagem padrão em possível suspeito. [...] 3. Os depoimentos dos policiais desacatados são suficientes para fundamentar a condenação criminal, se estiverem coerentes com as circunstâncias descritas nos autos, pois são portadores de presunção de veracidade, porquanto emanados de agente público. (Acórdão n. 970830, 20150111362483APJ, Relator: Pedro DE ARAUJO YUNG-TAY NETO 3ª Turma Recursal, Data de Julgamento: 4/10/2016, Publicado no DJE: 7/10/2016. p. 610/614). O direito de liberdade de expressão, insculpido no art. 5º, IX, da Constituição não autoriza o manifesto desprestígio aos agentes públicos no exercício de suas funções. Não obstante o respeito que devam merecer os julgados dos Tribunais Superiores, a existência de decisão isolada de uma das turmas do egrégio STJ afastando a criminalização do desacato não traduz a jurisprudência pacífica daquela Corte, tampouco pode ser tida como suficiente para a retirada da figura típica do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se observado que fora tomada por ocasião do julgamento de Recurso Especial, cujos efeitos se restringem à parte recorrente que nele logrou êxito. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Sem custas e sem honorários. A Súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do art. 82, § 5º, da Lei n. 9.099/95. (TJDF; APR 2016.10.1.003070-9; Ac. 101.3092; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais; Rel. Juiz Eduardo Henrique Rosas; Julg. 25/4/2017; DJDFTE 3/5/2017.)

77 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA n. 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS n. 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COMA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal). 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo. 3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula n. 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF. 4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de “medidas legislativas ou de outra natureza” visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. 5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543 - C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário

limita o controle de convencionalidade na matéria à espécie concentrado⁷⁸,

466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, “[...] o que significa dizer que toda Lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.” 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, “[...] no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.” 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de Emenda Constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de Recurso Especial. 8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros V. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos. 9. Por conseguinte, a ausência de Lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. 10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, já se manifestou no sentido de que as Leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. 11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado *pro homine*, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. 12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado. Personificado em seus agentes sobre o indivíduo. 13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. 14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas Leis de desacato. 15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. 16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP). (STJ; REsp 1.640.084; Proc. 2016/0032106-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 1/2/2017.)

APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA E DESACATO. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. “PALAVRAS EXALTADAS” PROFERIDAS QUANDO A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO DO APELANTE ESTARIA ALTERADA. USO DE ÁLCOOL E ENTORPECENTES. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. RESPONSABILIDADE PENAL NÃO EXIMIDA. AMEAÇA. AUSÊNCIA DE TEMOR DA VÍTIMAS. POLICIAIS MILITARES. CONDUTA ATÍPICA. LIÇÃO DOUTRINÁRIA E ARESTO DO TJMT. DESACATO. RECONHECIMENTO DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ART 331 DO CP E ART. 13 DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA PELO STJ. TIPICIDADE CRIMINAL AFASTADA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. DOUTRINA E JULGADOS DO TJMT. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. “Revela-se atípica a conduta de quem profere ameaça durante uma

ao que parece, rechaçando a possibilidade do controle de convencionalidade

discussão, em estado de embriaguez, sem força de inculpar na vítima o receio de que o mal injusto e grave possa se concretizar.” (TJMT, Ap n. 66811/2016) “1. A tipificação penal do crime de desacato (ART. 331 DO CP) é incompatível com o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão, o qual foi incorporado, sem reservas, ao ordenamento jurídico interno, por meio do Decreto n. 678/92. 2. “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, já se manifestou no sentido de que as Leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.” (STJ, RESP. N. 1640084 - SP).” (TJMT, HC n. 1001148-56.2017.8.11.0000). (TJMT; APL 180182/2016; Água Boa; Rel. Des. Marcos Machado; Julg. 25/4/2017; DJMT 28/4/2017; p. 136.)

APELAÇÃO. CRIME DE DESACATO. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. OCORRÊNCIA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. CRIMINALIZAÇÃO ANACRÔNICA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO, EM DISSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a prevalência do poder estatal sobre os indivíduos. De acordo com os preceitos contidos na convenção americana de direitos humanos (art. 13, II, a) e a recente decisão da 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça (RESP. n. 1.640.084/sp), revela-se atípica a conduta de desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. A ausência de Lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do poder judiciário na verificação da inconformidade do artigo 331 do Código Penal, podendo realizar o denominado controle de convencionalidade. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade civil ou penal, pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o agente público. (TJMT; APL 173160/2016; Barra do Garças; Rel. Des. Orlando de Almeida Perri; Julg. 7/3/2017; DJMT 10/3/2017; p. 63.)

⁷⁸ PENAL. APELAÇÃO CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE EM CONCURSO MATERIAL COM DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO E DESACATO. CONDENAÇÃO. 1. Preliminar. 1. 1. Nulidade processual. Indeferimento de pedido de fornecimento de endereço de testemunha não encontrada para audiência. Improcedência. Se tratava a testemunha de ex-companheira do apelante e na forma do art. 206 da Lei adjetiva penal, a oitiva de parentes e cônjuges quando não for possível a obtenção de provas por outros meios, considerando, a mais, as testemunhas já ouvidas na instrução, cinco até então, o julgador indeferiu o pleito. Ademais, foi juntado aos autos, declaração da lavra da testemunha com o teor do que seria dito em audiência. O julgador, na forma do art. 155 do CPP, demonstração com a decisão que os elementos até então colhidos formaram sua convicção. 1. 2. Pleito de revogação da prisão preventiva. Indeferimento. A autoridade processante, por ocasião da sentença, afirmou que permaneciam os motivos ensejadores da decretação de sua prisão preventiva, sobretudo, para garantia da ordem pública, vez que constatada sua renitência criminosa, sendo reincidente, como também pelo fato do mesmo estar sendo investigado, mais recentemente, como autor de crime de homicídio, feito em que teve sua prisão temporária convertida em prisão preventiva. 2. Mérito. Crimes de embriaguez ao volante e dirigir sem habilitação. Pretensão absolutória. Improcedência. O apelante, sem a devida habilitação, foi flagrado, por policiais militares, dirigindo, sob efeito de álcool, um veículo, em alta velocidade e com as luzes apagadas, podendo, com sua conduta, colocar em risco a sua incolumidade física e a de terceiros. 3. Crime de desacato. Alegação de atipicidade da conduta. Por ocasião da abordagem, o réu proferiu palavras de baixo calão aos agentes públicos, caracterizando o crime de desacato. A pretensão da defesa de ter reconhecida atipicidade da conduta, em face

difuso⁷⁹ exercido por qualquer magistrado ou Tribunal.

Mantendo-se no registro da polêmica, há decisão que enquadra a conduta típica em crime diverso ao de desacato, referindo-se expressamente ao afastamento da possibilidade do controle de convencionalidade na matéria.⁸⁰ Decisão do TJRS acabou por relativizar a teoria da dupla compatibilidade

de recente decisão da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084, que reconheceu a incompatibilidade do crime de desacato com a convenção americana de direitos humanos, ao meu sentir, respeitados entendimentos diversos, tal decisão foi prolatada em um Recurso Especial cujos efeitos, sabidamente, são interpartes, para caso concreto. Trata-se, apenas de um precedente, uma decisão isolada de uma das turmas daquela corte de justiça, sabendo-se, a mais, que a competência para controle de convencionalidade, - cujo parâmetro de controle sejam normas de direitos humanos aprovadas pelo mesmo quórum exigido para aprovação de emendas constitucionais, na forma do art. 5º, § 3º, da constituição cidadã -, é do Supremo Tribunal Federal. 4. Pretensão de lenificação da censura penal. Improcedência. Vislumbrando a dosimetria da pena levada a termo pelo judicante, constata-se que o apenado já fora condenado por roubo e posse de arma de fogo, demonstrando personalidade voltada a reiteração de práticas criminosas, além de configurar, o fato, reincidência. Tais condições foram consideradas pelo judicante e conduziram à fixação da censura penal do acriminado. Dessa forma, nada há que justifique a reforma da censura penal imposta ao apenado, tendo sido balizada pelos dispositivos legais pertinentes, respeitados, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso conhecido e improvido. (TJCE; APL 0008077-10.2014.8.06.0181; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo; DJCE 28/6/2017; p. 91.)

⁷⁹“O controle da compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direitos humanos pode ser feito mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, quando o tratado foi aprovado de acordo com o § 3º do artigo 5º da CF/88. Obviamente, estes tratados também constituem base ao controle difuso. No atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem *status* normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle da compatibilidade das normas internas com as convencionais é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício. Lembre-se, neste sentido, a decisão proferida pela Corte interamericana no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru, 2006.*” (MARINONI. Controle de convencionalidade na perspectiva do direito brasileiro. In MARINONI, 2013, p. 66-67.)

⁸⁰ APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. DESACATO. Episódio ocorrido na comunidade do borel, Comarca da capital. Irresignação ministerial diante do desenlace absolutório, pleiteando a cassação da sentença, com o prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos, por entender que - se a conduta incriminada consistir em desprezo, em falta ao respeito ou em ato de humilhação ao funcionário público, é de se reconhecer a ocorrência do crime de desacato, pois estas condutas abusam do direito à liberdade de expressão -. Improcedência da pretensão recursal ministerial. Mantém-se, por fundamento diverso daquele sentencialmente manejado, a absolvição sumária do recorrido porquanto as ofensas assacadas em face do policial militar não se mostraram, pelos termos que as materializaram, diretamente dirigidas à função pública por aquele exercida, mas se pautaram por um caráter que pareceu ser nitidamente pessoal, a se constituir, portanto, um crime contra a honra e não um crime contra a administração pública, cuja regência da ação penal em questão é diversa daquela adotada para o desacato, sendo certo que já decorreu o prazo decadencial semestral ao oferecimento da respectiva representação. Observa-se que a mera circunstância do ofendido se encontrar fardado e de serviço quando o fato se deu, não estabelece a presunção de que a ofensa realizada se dirigia a esta e não à sua pessoa em específico. Relembre-se que a tese do controle de convencionalidade, enquanto fator de atipicidade do crime de desacato no cenário nacional

vertical material, ao reconhecer que a proteção garantida pela CF/88 é superior àquela trazida pelo Pacto⁸¹, havendo acórdão do mesmo Tribunal que problematiza mais aprofundadamente a necessidade dessa interpretação. Há, ainda, decisão que minimiza o alcance da teoria do controle de convencionalidade, utilizada de maneira meramente argumentativa, ao afastar a tipicidade pelo fato de o funcionário público demonstrar completo desinteresse pelo ato ofensivo proferido pelo agressor, inexistindo o crime, visto que a função pública não chega a ser desprestigiada.⁸²

não mais subsiste, já que recentemente, a terceira seção da corte cidadã, em acórdão da lavra do Min. Antônio Saldanha Palheiro (HC n. 379269), decidiu abandonar tal solução, já que a figura típica mencionada naqueles tratados internacionais utilizados em tal posicionamento libertário disciplina a restrição à amplitude do direito de crítica e da liberdade de expressão desenvolvida em face de funcionário público, no exercício de suas funções, mas o que já não acontece com a figura existente na regulação típica pátria e que ostenta o mesmo *nomen juris* daquela, mas exibindo conteúdo de tutela diverso, de modo que não podem ser tratadas de modo igualitário -desprovemento do apelo ministerial. (TJRJ; APL 0373884-30.2013.8.19.0001; Rio de Janeiro; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Noronha Dantas; Julg. 13/6/2017; DORJ 20/6/2017; p. 250.)

⁸¹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ATIPICIDADE DO DESACATO. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DO ART. 619 DO CPP. 1. A superveniência de precedente que entendeu atípica a conduta do desacato, em vista da convenção americana de direitos humanos, não autoriza o reconhecimento da atipicidade do crime do art. 331 do CP. 2. Uma decisão que caminhe na linha da invalidade do art. 331 do CP, por contrariedade à convenção americana sobre direitos humanos, internalizada por meio do Decreto n. 678, de 6/11/92, passa necessariamente pelo incidente de inconstitucionalidade. Poder-se-ia cogitar de estabelecer uma adequação entre a legislação infraconstitucional e a convenção americana - Controle de convencionalidade - Se nesta houvesse alguma norma de direito fundamental protetiva para além do estabelecido na constituição. Não é o caso, pois a CF/88, é até mais protetiva que a convenção americana no que diz respeito à liberdade de expressão e a proibição de censura. 3. A regra que estabeleceu a liberdade de expressão, na Constituição Federal e no Pacto San José da Costa Rica, não revogou o art. 331 do Código Penal. A liberdade de expressão não é um direito absoluto do cidadão. Não existe, pois, uma inaplicabilidade *a priori* da regra que prevê o desacato, senão de situação em que deve ser vista, circunstancialmente, se o ato praticado é caracterizador ou não desse desprestígio para com a administração pública e/ou se consubstanciou em proporcional exercício da mencionada liberdade. Embargos desacolhidos. (TJRS; EDcl 0069262-37.2017.8.21.7000; Santa Rosa; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Júlio Cesar Finger; Julg. 13/4/2017; DJERS 16/5/2017.)

⁸² APELAÇÃO CRIME. Condenação pela prática dos delitos previstos nos artigos 147 e 331 do Código Penal, e artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Não comprovação de que as vítimas, bombeiros, teriam efetivamente se sentido ameaçadas pelas palavras proferidas pelo apelante. Elemento essencial do tipo. Dúvida razoável. Aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Crime do artigo 331 do Código Penal. Controle de convencionalidade exercido pelo Superior Tribunal de justiça no RESP 1640084/SP. Declaração de incompatibilidade da previsão penal com o Pacto de San José da Costa Rica, norma de caráter supralegal. Absolvção. Crime de embriaguez ao volante. Materialidade e autoria comprovadas. Lavratura de termo de constatação de sinais identificadores da embriaguez. Mantida a condenação por este delito, mas operando-se a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. Recurso parcialmente provido. (TJPR; ApCr 1598483-9; Jaguariáiva; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Roberto de Vicente; Julg. 27/4/2017; DJPR 15/5/2017; p. 394.)

IV.2 Do controle de convencionalidade em matéria trabalhista: equiparação salarial, férias proporcionais na justa causa e cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade

O controle de convencionalidade vem sendo utilizado pela Justiça do Trabalho, com bastante resistência, para a solução de controvérsias que se relacionam à extensão do disposto nos artigos 146, 193 e 461 da CLT, a título de exemplos, não se referindo, muitas das vezes, expressamente a essa teoria, mas buscando a prevalência das NITs sobre a legislação ordinária.

O § 2º do artigo 193 da CLT especifica que o empregado deverá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. Há fundamento no sentido de não afastar a aplicação do referido § 2º, em que pese a previsão no inciso “b” do artigo 11 da Convenção n. 155 da OIT, que estabelece que todos os riscos à saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversos agentes ou substâncias, devem ser considerados⁸³, fazendo prevalecer a jurisprudência da

⁸³ RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI n. 13.015/2014. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Discute-se, no caso, a possibilidade de recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O Tribunal Regional, realizando controle de convencionalidade, concluiu que o artigo 193, § 2º, da CLT não pode ser aplicado, em face do que dispõe o artigo 11, b, da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, segundo o qual todos os riscos à saúde decorrente da exposição simultânea a diversos agentes ou substância devem ser considerados. Contudo, cumpre salientar que a SBDI-1 desta Corte Superior, na sessão do dia 13/10/2016, ao examinar o recurso E-RR-1072- 72.2011.5.02.0384, de Relatoria do Min. Renato de Lacerda Paiva, cujo acórdão está pendente de publicação, decidiu, por maioria, não ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mesmo havendo exposição do empregado a agentes diversos, conforme disposto pelo artigo 193, § 2º, da CLT. Nesse cenário, em atendimento à mais recente jurisprudência da SBDI-1 do TST, conclui-se que o Tribunal Regional, ao deferir a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade ainda que decorrentes de fatos geradores distintos, violou o artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. 2. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. ATRASO NA HOMOLOGAÇÃO. NÃO CABIMENTO. O Tribunal Regional registrou que, muito embora as verbas tenham sido pagas no dia de afastamento do empregado, a homologação do acerto rescisório ocorreu em atraso. A sanção prevista no § 8º do artigo 477 da CLT tem por objetivo punir o empregador que, sem motivo justificado, deixa de efetuar o pagamento das parcelas rescisórias no prazo fixado no § 6º do mencionado dispositivo. A homologação intempestiva da rescisão contratual, no entanto, não autoriza, segundo a jurisprudência desta Corte, a incidência da mencionada sanção. Recurso de revista conhecido e provido. 3. DISPENSADA CITAÇÃO DO EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 880 DA CLT. O Tribunal Regional manteve a sentença em que se reputou desnecessária a citação do devedor para deflagração dos atos executórios. A Recorrente alega violação do art. 880 da CLT, ao argumento de que, havendo expressa previsão no texto consolidado, não se pode simplesmente dispensar a formalidade da citação. Com efeito, há regramento específico na CLT quanto ao procedimento de cumprimento de sentença e, nos termos do artigo 880, consta disposição expressa acerca da necessidade de citação/intimação do executado para que cumpra a decisão, efetuando o pagamento da quantia devida ou garanta a execução, sob pena de penhora. Desse modo, ao manter a r. sentença e reconhecer a possibilidade de dispensa da citação do executado, o Tribunal Regional violou o artigo 880 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST; RR 0002219-95.2013.5.08.0126; Sétima Turma; Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues; DEJT 16/6/2017; p. 902.)

SDI sobre a potencial interpretação pautada pelo artigo 29 do Pacto de San José da Costa Rica, desconsiderando a possibilidade de controle de convencionalidade difuso na espécie. Em sentido diverso, há acórdão que privilegia as normas internacionais do trabalho em controle de convencionalidade difuso.⁸⁴

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI N. 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI N. 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Discute-se, no caso, a possibilidade de recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O Tribunal Regional, realizando controle de convencionalidade, concluiu que o art. 193, § 2º, da CLT não pode ser aplicado, em face do que dispõe o art. 11, b, da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, segundo o qual todos os riscos à saúde decorrentes da exposição simultânea a diversos agentes ou substância devem ser considerados. Contudo, cumpre salientar que a SBDI-1 desta Corte Superior, na sessão do dia 13/10/2016, ao examinar o recurso E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, de Relatoria do Min. Renato de Lacerda Paiva, cujo acórdão está pendente de publicação, decidiu, por maioria, não ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mesmo havendo exposição do empregado a agentes diversos, conforme disposto pelo art. 193, § 2º, da CLT. Nesse cenário, em atendimento à mais recente jurisprudência da SBDI-1 do TST, conclui-se que o Tribunal Regional, ao deferir a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade ainda que decorrentes de fatos geradores distintos, violou o artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST; RR 0001768-92.2014.5.03.0023; Sétima Turma; Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues; DEJT 18/11/2016; p. 1.663.)

⁸⁴ 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 N. 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 n. 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Ministro Relator Cláudio BRANDÃO, Publicado em 13/10/2014). (TRT 3ª R.; RO 0011089-86.2015.5.03.0001; Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault; DJEMG 9/12/2016.)

Com relação ao instituto da equiparação salarial, os requisitos para o

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 N. 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 n. 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Ministro Relator Cláudio Brandão, publicado em 13/10/2014). (TRT 10ª R.; RO 0001378-66.2014.5.10.0011; Primeira Turma; Relª Desª Maria Regina Machado Guimarães; Julg. 24/2/2016; DEJTDF 4/3/2016; p. 306.)

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI n. 13.015/2014. 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 N. 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 n. 148 e

seu reconhecimento encontram-se definidos no artigo 461 da CLT, com as especificações trazidas pela Súmula 6 do TST. Parte reduzida da jurisprudência trabalhista, utilizando-se das NITs, procura afastar a interpretação restritiva do artigo 461 da CLT, com o objetivo de evitar a ocorrência de discriminações entre pessoas cujo trabalho não tem valor distinto, com base na interpretação das Convenções n. 100 e 111 da OIT⁸⁵, ambas ratificadas pelo Brasil.

155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira decisão 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 0001871-87.2013.5.12.0022; Sétima Turma; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 14/8/2015; p. 1.736.)

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CONVENÇÕES DA OIT. DIREITO À SAÚDE E PRESERVAÇÃO DO SER HUMANO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE. A cumulação de adicionais deve ser autorizada, até para coibir casos como o presente, onde o valor irrisório dos adicionais, sobretudo o de insalubridade, estimula o comprometimento da saúde e da vida do trabalhador, ao invés de as empresas buscarem a eliminação dos agentes perigosos e insalubres do ambiente de trabalho, numa clara pecuniarização da saúde do trabalhador, em que o capital prefere pagar os adicionais em comento ao invés de arcar com os investimentos necessários à eliminação dos riscos do ambiente de trabalho. Deve-se fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal, visando a conferir máxima efetividade ao dispositivo constitucional que, no caso, é garantir um ambiente de trabalho saudável e preservar a incolumidade física, psíquica e moral do trabalhador, concluindo-se pela possibilidade a cumulação dos dois adicionais. Incidência do art. 7º, XXII da CF e Convenções 148 e 155 da OIT. Precedente do TST. I. (TRT 17ª R.; Rec. 0000273-46.2015.5.17.0004; Rel. Des. Cláudio Armando Couce de Menezes; DOES 28/6/2016; p. 178.)

⁸⁵EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO DE IGUAL VALOR. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 1. As Convenções Internacionais 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho versam sobre igualdade entre homens e mulheres por trabalho de igual valor e sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, respectivamente. Ambas foram ratificadas pelo Brasil e, segundo entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, têm caráter de norma supralegal, dada a sua natureza de direitos humanos. 2. As normas internacionais previstas nas mencionadas Convenções devem ser aplicadas, especialmente, no que concerne à isonomia salarial e no tocante aos critérios interpretativos das normas infraconstitucionais. Objetiva-se conformar os seus conceitos aos parâmetros dispostos nos tratados internacionais de direitos humanos, havendo espaço, inclusive, para o controle de convencionalidade. 3. A pedra de toque revela-se no trabalho de igual valor, pois os requisitos dispostos no art. 461 da CLT, caso interpretados de forma restritiva, darão ensejo a discriminações entre pessoas cujo trabalho não tem valor distinto, considerando, ainda e principalmente, o direito fundamental ao trabalho decente e a dignidade humana. 4. Recurso ordinário conhecido e não provido no aspecto. (TRT 3ª R.; RO 0010313-58.2015.5.03.0075; Relª Desª Paula Oliveira Cantelli; DJEMG 28/6/2017.)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO. APLICAÇÃO. Sabe-se que as normas internacionais do trabalho podem ser aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Utiliza-se o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas, de aplicação de norma mais favorável, ou mesmo

No que diz respeito ao instituto das férias proporcionais, há decisões quase isoladas que reconhecem a possibilidade de sua quitação, mesmo no caso de resolução contratual⁸⁶, com posicionamento divergente no sentido de privilegiar o conjunto da proteção nacional.

da invalidação de um dispositivo interno, tendo em vista o seu *status* na recepção e a previsão do § 1º do artigo 5º da CF/88. De igual maneira, pode funcionar como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo para a avaliação de constitucionalidade. Com isso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho assim aplicado. Salienta-se que a douta magistrada Martha Halfeld aponta que a interpretação do artigo 461 da CLT deve ser ampliada para além dos requisitos nele especificados, diante da inspiração dos artigos 5º e 6º da CLT; artigo 7º, XXX da CF/88 e das convenções 100 e 111 da OIT. Acrescente-se a essa brilhante conclusão a necessidade da releitura do citado dispositivo consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da corte constitucional. (TRT 3ª R.; RO 0001503-06.2012.5.03.0009; Rel. Juiz Conv. Tarcísio Corrêa de Brito; DJEMG 9/2/2015; p. 373.)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO DE IGUAL VALOR. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 1. As Convenções Internacionais 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho versam sobre igualdade entre homens e mulheres por trabalho de igual valor e sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, respectivamente. Ambas foram ratificadas pelo Brasil e, segundo entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, têm caráter de norma supralegal, dada a sua natureza de direitos humanos. 2. As normas internacionais previstas nas mencionadas Convenções devem ser aplicadas, especialmente, no que concerne à isonomia salarial e no tocante aos critérios interpretativos das normas infraconstitucionais. Objetiva-se conformar os seus conceitos aos parâmetros dispostos nos tratados internacionais de direitos humanos, havendo espaço, inclusive, para o controle de convencionalidade. 3. A pedra de toque revela-se no trabalho de igual valor, pois os requisitos dispostos no art. 461, da CLT, caso interpretados de forma restritiva, darão ensejo a discriminações entre pessoas cujo trabalho não tem valor distinto, considerando, ainda e principalmente, o direito fundamental ao trabalho decente e a dignidade humana. 4. Recurso ordinário conhecido e não provido no aspecto. (TRT 3ª R.; RO 0012146-72.2014.5.03.0164; Relª Desª Paula Oliveira Cantelli; DJEMG 16/3/2017.)

⁸⁶RECURSO DE REVISTA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. COMPATIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 146 DA CLT E DA TESE FIXADA NA SÚMULA N. 171 DO TST, EM FACE DA CONVENÇÃO N. 132 DA OIT CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. CABIMENTO PARA SE EVITAR DISSENSO JURISPRUDENCIAL INTERNO NO TST (ARTIGO 947, § 5º, DO CPC/2015, DE APLICAÇÃO SUPLETIVA AO PROCESSO DO TRABALHO. ARTIGOS 15 DO CPC/2015 E 769 DA CLT). A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF FIRMOU-SE NO SENTIDO DE RECONHECER QUE OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS E QUE TENHAM INGRESSADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004 E, POR ESSA RAZÃO, SEM O QUÓRUM QUALIFICADO EXIGIDO (ART. 5º, § 3º), POSSUEM STATUS DE NORMA SUPRALEGAL, COMO RECONHECIDO NO VOTO PREVALECENTE DO MINISTRO GILMAR MENDES NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 466.343-1 - SP. EM TAL PRECEDENTE, A CORTE MAIOR INTRODUZIU NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, ALÉM DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, A

Igualmente, há julgados que consideram a aplicação da referida teoria,

NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS COM OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE QUE O BRASIL SEJA SIGNATÁRIO E QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS, DENOMINADO PELA DOUTRINA COMO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, OU, NAS PALAVRAS DE VALÉRIO MAZZUOLI, O PROCESSO DE COMPATIBILIDADE VERTICAL (SOBRETUDO MATERIAL) DAS NORMAS DE DIREITO INTERNO COM OS COMANDOS ENCONTRADOS NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. ANTES DA MANIFESTAÇÃO DA EXCELSA CORTE, PODERIA ATÉ SER SUSTENTADA A TESE DE OCORRÊNCIA DE CONFLITOS ENTRE NORMAS DE HIERARQUIAS EQUIVALENTES, A EXEMPLO DA CLT, E, POR ISSO MESMO, A PREVALÊNCIA DO ARGUMENTO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS NELA CONTIDOS E OS INSERIDOS NOS CITADOS DIPLOMAS NORMATIVOS INTERNACIONAIS. CONTUDO, A PARTIR DE ENTÃO, SE A CONVENÇÃO SITUA-SE ACIMA DA LEGISLAÇÃO CONSOLIDADA, AS SUAS DISPOSIÇÕES HÃO DE PREVALECER, TAL COMO OCORREU COM A AUTORIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DECORRENTE DA CONDIÇÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL, AFASTADA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO POR DECISÃO DO STF. O mesmo ocorre com a Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto n. 3.197, de 5 de outubro de 1999. Conforme disciplina inserta no seu artigo 4.1, não há nenhuma condicionante à obtenção do direito às férias proporcionais, as quais, por idêntica razão, não estão vinculadas à causa da extinção do contrato. Significa dizer que, nos termos da aludida norma internacional, o direito às férias, nos casos de período aquisitivo incompleto, é reconhecido e deve ser assegurado o pagamento de forma proporcional. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3 (este previsto na Constituição da República. art. 7º, XVII), mas deverá aguardar o transcurso de um ano para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de duração proporcionalmente reduzidas. Acrescente-se, finalmente, que a Súmula n. 171 desta Corte e os inúmeros julgados que nela se amparam não tratam especificamente da questão jurídica, à luz da aludida Convenção internacional, com o *status* de norma supralegal reconhecido pelo STF, o que afasta a prevalência, no caso, da CLT. Diante de tais premissas, tendo em vista a relevância da questão de direito aludida no artigo 947 do CPC/2015, que ampliou o cabimento do Incidente de Assunção de Competência até mesmo para prevenção de divergência (§ 4º do citado artigo) entre Turmas desta Corte e, mais, a constatação de eventual superação da tese fixada no Enunciado em foco, diante da superveniência da decisão do STF, imprescindível se revela a instauração do citado Incidente, para que seja reavaliada a interpretação do citado artigo 146 da CLT, à luz da Convenção n. 132 da OIT, norma hierarquicamente superior. (TST, ARR 0000423-11.2010.5.09.0041; Sétima Turma; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 26/8/2016; p. 1.802.)
EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. PEDIDO DE DEMISSÃO. 13º SALÁRIO PROPORCIONAL. FÉRIAS PROPORCIONAIS. DEVIDOS. Ainda que tenha havido justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho ou pedido de demissão do empregado, são devidos ao trabalhador os pagamentos do 13º salário proporcional referente ao último ano do contrato de trabalho e das férias proporcionais. Isso porque a gratificação natalina é direito do trabalhador que se constitui parceladamente, à medida que se desenvolve a relação de trabalho, sendo incorporado ao patrimônio jurídico do obreiro e que não se extingue pela dispensa motivada por causa justa e as férias proporcionais são devidas em face do disposto na Convenção Internacional n. 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT. (TRT 5ª R.; RecOrd 920-72.2010.5.05.0611; Ac. 171700/2013; Primeira Turma; Rel. Des. Edilton Meireles de Oliveira Santos; DEJTBA 14/11/2013). Em sentido oposto: JUSTA CAUSA. ATO DE

no caso de interpretação do disposto no Decreto n. 3.298/99 que enumera

IMPROBIDADE. O art. 482 da CLT enumera várias hipóteses de justa causa para o empregador demitir o empregado, dentre as quais o ato de improbidade. Referido ato consiste na conduta que atenta contra o patrimônio do empregador ou de terceiro, praticada pelo empregado com o fito de obter vantagens para si ou para outrem. Devido aos efeitos danosos que pode causar à vida profissional e social do empregado, inclusive no âmbito familiar, a caracterização da prática do ato de improbidade exige prova robusta, cujo ônus é do empregador (inteligência do art. 818 da CLT). Comprovada a prática de atos que incriminam o empregado, ocorre a quebra da confiança, o que autoriza a rescisão contratual por justa causa. Dano moral. Ato ilícito do empregador. Não caracterização. Somente é cabível cogitar de indenização por dano material ou moral no âmbito da justiça trabalhista quando o empregador, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo ao empregado, conforme se depreende do art. 186 do Código Civil, sob pena de indeferimento do pedido de indenização. CLT. Incidência da norma mais benéfica. Teoria do conglobamento. Férias proporcionais. Inaplicabilidade da convenção n. 132 da OIT. Para determinação de qual regra deve ser aplicada, faz-se necessário analisar qual fonte normativa é, em seu conjunto, mais favorável ao trabalhador, não sendo permitido pinçar os dispositivos mais benéficos em regramentos diversos. Em se tratando de férias, quando analisadas na íntegra, verifica-se que a legislação pátria contém termos mais favoráveis do que os previstos na convenção n. 132 da OIT. Assim, em homenagem à teoria do conglobamento, a aplicação da norma brasileira deve prevalecer quando o empregado busca a incidência de regra específica prevista em convenção internacional que lhe seja, de forma isolada, mais favorável. Horas extras e intervalo intrajornada. Ausência de *bis in idem*. Além da condenação nas horas extras pela extrapolação da jornada legal diária, a não-observância do intervalo intrajornada pelo empregador sujeita-o ao pagamento do período não concedido, acrescido de 50%, não se configurando *bis in idem* a condenação concomitante, uma vez que se trata de parcelas que possuem fato geradores distintos. (TRT 10ª R.; RO 0000467-62.2011.5.10.0010; Rel. Des. Pedro Luís Vicentin Foltran; DEJTDF 05/11/2012; p. 28; FÉRIAS PROPORCIONAIS+1/3. JUSTA CAUSA. CONVENÇÃO N. 132 DA OIT. CLT, ART. 146, PARÁGRAFO ÚNICO. A Convenção n. 132 da OIT, em seu art. 11, prevê o pagamento de férias proporcionais+1/3 independentemente da modalidade de rescisão contratual, o que colide com o art. 146, parágrafo único, da CLT, que exclui tal direito na hipótese de dispensa por justa causa. Na solução da antinomia entre ambos os diplomas normativos, com *status* de Lei ordinária, prevalece a CLT, por ser mais benéfica, em seu conjunto, em relação à convenção internacional. A dispensa do empregado por justa causa retira-lhe o direito às férias proporcionais+1/3. Aplicação das Súmulas n. 14 e 171 do Tribunal Superior do Trabalho. (TRT 2ª R.; RO 0000036-07.2010.5.02.0068; Ac. 2014/0030446; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Rafael Edson Pugliese Ribeiro; DJESP 7/2/2014). JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS INDEVIDAS. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 132 DA OIT. O enunciado da Súmula 171 do TST foi revisto em 2003, após, portanto, a ratificação da Convenção n. 132 da OIT, ocorrida em 5/10/99, o qual manteve a exclusão do direito às férias proporcionais na hipótese de dispensa por justa causa. Isso porque a Constituição da OIT estabelece, em seu artigo 19, § 8º, que havendo conflito entre a legislação interna de um país e uma convenção internacional, deve ser adotada a regra mais favorável ao trabalhador. Assim, para determinação de qual regra de Direito do Trabalho deve ser aplicada, faz-se necessário analisar qual fonte normativa é, em seu conjunto, mais favorável ao trabalhador, não sendo permitido pinçar os dispositivos mais benéficos em regramentos diversos. Nesta perspectiva, quando analisadas como um todo, verifica-se que a legislação pátria é mais benéfica ao empregado do que a Convenção n. 132 da OIT. Assim, em homenagem à teoria do conglobamento, deve prevalecer a norma interna, mesmo no tópico em que a regra internacional seja preferível ao trabalhador. Recurso da Ré ao qual se dá provimento para excluir da condenação as férias proporcionais deferidas ao trabalhador demitido por justa causa. (TRT 23ª R.; RO 0000151-48.2014.5.23.0021; Primeira Turma; Rel. Juiz Conv. Juliano Girardello; Julg. 18/8/2015; DEJTMT 31/8/2015; p. 1.)

as deficiências hábeis a autorizar que candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais à luz da Convenção internacional sobre o direito dos deficientes.⁸⁷

⁸⁷ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA SERVIDOR. PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. Enquadramento como deficiente com fins de nomeação para vaga destinada aos portadores de necessidades especiais. O art. 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, nos termos dos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90, não permite concluir, em sua literalidade, que o indivíduo portador de visão monocular pode ser reputado deficiente para fins de receber o referido tratamento diferenciado. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse contexto, considerando que a visão monocular de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Nesse sentido é o entendimento consolidado na Súmula n. 377 do Superior Tribunal de Justiça e adotado em precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior do Trabalho. Recurso ordinário conhecido e provido. Despacho. (TST; RO 3002700-67.2010.5.02.0000; Tribunal Pleno; Relª Minª Dora Maria da Costa; DEJT 11/5/2012; p. 13.)

REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1.

Inadequação do mandado de segurança. Diversamente do que alega a União, o presente mandado de segurança não tem por objeto a impugnação de Lei ou ato normativo em tese, mas de ato administrativo com efeitos concretos consistente no ato do Presidente do Tribunal Regional da 21ª Região que excluiu o nome do impetrante da lista dos aprovados em concurso público na condição de deficiente. Inaplicável, portanto, a Súmula n. 266 do STF. 2. Impossibilidade jurídica do pedido. A pretensão do impetrante não visa impugnar o mérito do ato coator, mas tão somente a validade do referido ato por critérios de legalidade, cuja análise insere-se perfeitamente nas funções do poder judiciário, a teor do que preceitua a parte final da Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal. Não há falar, nesse contexto, em pedido juridicamente impossível a autorizar a extinção do feito sem resolução de mérito na forma do art. 267, VI, do CPC. 3. Concurso público para servidor. Perda auditiva superior a 41 db em um dos ouvidos. Enquadramento como deficiente para concorrer a vaga destinada aos portadores de necessidades especiais. O art. 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, exige perda auditiva bilateral superior a 41 db, não permitindo em sua literalidade enquadrar como deficiente o impetrante, portador de perda auditiva bilateral de 46,5 db na orelha direita e 30 db na orelha esquerda. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º da CF/88. Nesse contexto, considerando que a perda auditiva de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Precedentes deste órgão especial e do Superior Tribunal de Justiça. Remessa necessária e recurso ordinário conhecidos e não providos. (TST; ReeNec-RO 29400-69.2011.5.21.0000; Secretaria do Tribunal Pleno, do Órgão Especial e da Seção Especializada em Dissídios Coletivos; Relª Min. Dora Maria da Costa; DEJT 15/10/2012; p. 52.)

V CONCLUSÃO

A complexidade da sociedade moderna e a rapidez das transformações que nela ocorrem exigem uma estrutura jurídica abstrata e geral que permita aos juízes certa liberdade para escolher as premissas e ajustá-las aos fatos jurídicos submetidos a sua apreciação, quando da análise dos casos

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR CONSISTENTE NO INDEFERIMENTO DE RESERVA DA VAGA DE CANDIDATA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS (PERDA AUDITIVA UNILATERAL). INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS ARTS. 3º E 4º DO DECRETO N. 3.298/99, À LUZ DOS ARTS. 1º DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. RECURSO PROVIDO. 1. A impetrante inquina de ilegal a decisão da presidência do 12º TRT, que, acolhendo o parecer da comissão multiprofissional referente à avaliação médica, não a declarou habilitada às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais. 2. No mérito, se por um lado é certo que a administração pública somente pode praticar atos em estrita observância à legislação de regência (Lei em sentido amplo), em atenção ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, *caput*, da CF, e, no presente caso, o art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99 prevê expressamente que a pessoa com perda auditiva bilateral é considerada portadora de deficiência, por outro lado não se pode olvidar que os comandos emanados do art. 4º do Decreto n. 3.298/99 contêm enumeração exemplificativa, e não taxativa (até porque não é possível esgotar o manancial de todas as deficiências capazes de obstruir a participação plena do indivíduo no seio da coletividade em igualdade de condições com as demais pessoas, à vista da própria redação do supracitado art. 3º do Decreto em questão, de largo espectro), sendo certo que o art. 4º do mesmo diploma buscava traçar, naquela ocasião, critérios objetivos para dar plena eficácia ao disposto no art. 37, VIII, da Carta Magna. 3. Ademais, os arts. 3º e 4º do aludido Decreto devem ser interpretados extensivamente, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da não discriminação, insculpidos nos arts. 1º, III, 3º, III e IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, pois ao poder regulamentar não é dado restringir direitos insitos à pessoa humana. 4. In casu, sendo incontroverso nos autos que a impetrante é portadora de perda auditiva unilateral, tal condição deve ser enquadrada como deficiência, à luz dos arts. 1º da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e 3º do Decreto n. 3.298/99, razão pela qual o ato coator feriu o seu direito líquido e certo a concorrer a uma das vagas destinadas às pessoas portadoras de necessidades especiais, a que alude o art. 37, VIII, da CF, conforme precedentes do órgão especial desta corte. Recurso ordinário provido. (TST; RO 9-84.2012.5.12.0000; Secretaria do Tribunal Pleno, do Órgão Especial e da Seção Especializada em Dissídios Coletivos; Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho; DEJT 14/12/2012; p. 4.)

CONCURSO PÚBLICO. ENQUADRAMENTO NA CONDIÇÃO DE PORTADOR DE DEFICIENTE FÍSICO. DECRETO N. 3.298/1999. O cotejo da prova produzida nos autos tem o condão de enquadrar a empregada no conceito de deficiente físico previsto no artigo 4º do Decreto n. 3.298/1999, interpretado à luz do disposto na convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, porquanto demonstra que as limitações havidas impedem ou dificultam a sua plena interação social ou profissional em igualdade com os demais. (TRT 4º R.; RO 0001634-15.2012.5.04.0021; Oitava Turma; Rel. Des. Fernando Luiz de Moura Cassal; DEJTRS 27/8/2014; p. 106.)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INSCRIÇÃO DA CANDIDATA COMO PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS (PNE). DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. ENQUADRAMENTO. ARTIGOS 3º E 4º DO DECRETO N. 3.298/1999.

concretos, exercendo, muitas das vezes, uma efetiva *cognitio incidentalis*, como reconheceria Mauro Cappelletti. O alcance e a variedade da criação judicial dependem da institucionalidade e das tradições jurídicas de uma determinada comunidade.

LEI N. 7.853/89. ART. 37, VIII DA CF/88 E CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Prepondera em nosso sistema normativo um modelo voltado a políticas públicas e medidas legais de proteção e correção de distorções que afetam o acesso ao trabalho, como meio de dar concretude aos primados constitucionais de isonomia e não discriminação, além da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º, II e III, e 3º, I e IV, 37, VII da Constituição Federal). Ressalte-se que a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, da ONU, incorporada formalmente à Constituição brasileira pelo quórum qualificado (art. 5º, § 3º, da CF), é instrumento citado como um marco jurídico importante no sentido da construção de um novo paradigma para o conceito de deficiência, passando-se a entender que os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial ganham significado quando convertidos em experiências pela interação social, o que justifica todo o aparato normativo constitucional e infraconstitucional voltado ao suporte necessário às pessoas que, em face de sua condição, vivenciam a discriminação, a opressão ou a desigualdade pela deficiência. Assim, a diferenciação positiva para pessoas com deficiência é efetivada por meio de diplomas normativos que determinam ações afirmativas de reserva de cargos e empregos públicos para a administração direta e indireta (Lei n. 8.112/90), e de postos de trabalho no setor privado (Lei n. 8.213/91). Nesse sentido, a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004 ao art. 4º do Decreto n. 3.298/99, no sentido de limitar a categoria de deficiente auditivo apenas para quem possui surdez bilateral restringiu o alcance objetivado por todo o aparato jurídico-constitucional de tutela às pessoas com deficiência. Assim, a perda de audição, ainda que unilateral ou parcial, de quarenta e um decibéis (db) ou mais, aferida na forma do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, configura a condição de portador de necessidades especiais (PNE), como a que se verifica no caso em análise. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e provido. (TST; RO 0001453-07.2012.5.03.0000; Órgão Especial; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 14/2/2014; p. 61.)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DA LISTA FINAL DOS CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO PELA PRESIDÊNCIA DO TRT DA 10ª REGIÃO. NÃO INCLUSÃO DO IMPETRANTE NA LISTA. AUTORIDADE COATORA. (I) LEGITIMIDADE DE PARTE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. EXAME DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO PELA APLICAÇÃO DO ART. 515, § 1º DO CPC. VISÃO MONOCULAR. CARACTERIZAÇÃO DE DEFICIÊNCIA FÍSICA PERMANENTE. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Caso em que o impetrante, candidato inscrito no concurso do TRT da 10ª região pelo edital 1/2012 para o cargo de analista judiciário (área apoio especializado. Tecnologia da informação) em vaga de portadores de deficiência, foi assim desqualificado por decisão em recurso administrativo da junta médica da entidade executora do concurso, CESPE/UNB, homologada pela presidente do TRT da 10ª Região. Em vista dessa decisão, impetrou o presente *writ*, visando obter o reconhecimento ao seu direito líquido e certo de figurar na lista dos deficientes físicos definitivos aprovados no concurso. 2. O acórdão do tribunal regional ora recorrido extinguiu o presente processo de mandado de segurança, sem resolução de mérito, por considerar equivocada a indicação da presidente do TRT da 10ª região como autoridade coatora, pois a correta seria a junta médica do CESPE/UNB. 3. Entretanto, verifica-se que o impetrante não pretende, pela via do presente *mandamus*, reconsideração do resultado do recurso administrativo, nem de correção do ato da junta médica, mas sim o enquadramento jurídico do direito líquido e certo à luz do Decreto n. 3.298/89 com o reconhecimento de sua condição de deficiência física para efeitos de sua classificação no certame. 4. Assim, à luz do art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, a autoridade que poderia

O direito é uma ciência argumentativa por excelência. Nessa perspectiva, analisando as ementas das jurisprudências colacionadas anteriormente, percebe-se que, de fato, há um importante trilhar que se abre ao intérprete-juiz na conformação da Reforma às estruturas

atender o requerimento é, inegavelmente, a desembargadora presidente do TRT da 10ª região (e não a junta médica do CESPE/UNB), pois ela é a autoridade coatora que praticou o ato de homologação do resultado, chancelando, de forma concreta e específica, o ato reputado de ilegal, sendo também a única que poderia corrigir referida ilegalidade e, nesse caso, dar posse ao impetrante no cargo público. 5. Ultrapassado o óbice da extinção do feito, com fundamento no art. 515, § 1º do CPC, passa-se ao exame do direito líquido e certo alegado. No aspecto, o impetrante demonstrou ser portador de visão monocular, em razão de cegueira total de seu olho direito, condição irreversível, segundo laudo médico, delineando-se direito líquido e certo ao reconhecimento de sua deficiência física permanente, pois sujeito à anormalidade em sua visão que o torna incapaz de desempenhar atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano. 6. Consoante precedente deste órgão especial, integrando razões de decidir, o art. 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, nos termos dos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90, não permite concluir, em sua literalidade, que o indivíduo portador de visão monocular pode ser reputado deficiente para fins de receber o referido tratamento diferenciado. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse contexto, considerando que a visão monocular de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Nesse sentido é o entendimento consolidado na Súmula n. 377 do Superior Tribunal de Justiça e adotado em precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior do Trabalho. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO 3002700.67.2010.5.02.0000, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, data de julgamento: 8/5/2012, órgão especial, data de publicação: DEJT 11/5/2012.) Recurso ordinário provido, inclusive com concessão de liminar, para inclusão do impetrante na lista dos portadores de necessidades especiais. (TST; RO 0000237-79.2013.5.10.0000; Órgão Especial; Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann; DEJT 17/10/2014.)

TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA FÍSICA. AÇÃO DISTRIBUÍDA EM SEU DOMICÍLIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. LIDE EM QUE SE DISCUTE O ACIDENTE QUE TERIA CAUSADO A DEFICIÊNCIA. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA RATIONE LOCI. INTERPRETAÇÃO DO ART. 651 DA CLT EM FACE DA MOLDURA AXIOLÓGICA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA À LUZ DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Incontroverso, no caso, que a prestação de serviços pelo Reclamante ocorreu no Estado de Santa Catarina, durante todo o contrato de trabalho, em propriedade rural dos Reclamados, e que, atualmente, o Autor é residente e domiciliado na jurisdição de Laranjeiras do Sul/PR. A presente reclamatória trabalhista versa sobre parcelas decorrentes do extinto vínculo de emprego entre as partes, inclusive de aduzido acidente de trabalho sofrido pelo Obreiro, que lhe teria causado a deficiência física. A Constituição Federal, elemento centralizador do sistema jurídico atual, aponta para a realização máxima dos direitos da pessoa

constitucional e internacional. Nesse contexto, a teoria do controle de convencionalidade a ser aplicada pelos tribunais nacionais será condição de possibilidade para a “abertura da ordem local” ao diálogo horizontal e vertical com outras jurisdições para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.⁸⁸

Como se infere da leitura de algumas ementas selecionadas, a prevalecer a noção de controle de convencionalidade, apenas e tão somente, para os tratados de direitos humanos ratificados sob processo legislativo qualificado previsto no § 3º do artigo 5º da CF/88, tal controle acabaria por privilegiar o controle concentrado pelo STF, de maneira (quase) exclusiva, em detrimento do controle difuso a ser realizado pelos magistrados das demais instâncias.

É claro que a inovação do § 3º trazida pela EC 45/04 surgiu com o objetivo claro de evitar (ou mesmo de frear politicamente) o avanço da interpretação doutrinária e jurisprudencial que se estabelecia em torno do § 2º do artigo 5º da CF/88, na prevalência de todos os Tratados de direitos humanos, enquanto integrantes do bloco de constitucionalidade e aptos a instrumentalizarem o controle de convencionalidade da legislação nacional.

humana, e, para tanto, incluiu vários dispositivos de natureza processual no rol de direitos e garantias fundamentais. O fenômeno da constitucionalização concretiza a superação do individualismo pelo personalismo (este fundado no solidarismo) e o abandono do patrimonialismo como um fim em si mesmo, na contemporânea opção constitucional pelo Estado democrático de direito. Para tanto, a Constituição serve como moldura axiológica (por meio dos princípios) para a interpretação de toda a ordem jurídica. As normas relativas à competência territorial da Justiça do Trabalho (art. 651 da CLT), contudo, são erigidas em prol da parte hipossuficiente, visando facilitar o acesso do trabalhador à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF), em face da efetividade máxima dos princípios constitucionais no sistema jurídico. O trabalhador com deficiência física, mormente quando discute na lide o acidente que deu causa ao seu impedimento físico, ainda, pode propor a ação trabalhista no local de seu domicílio, amparado nas normas que protegem a pessoa com deficiência, com a prorrogação da competência *ratione loci*. Inteligência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de *status* constitucional (pois promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, com fulcro no § 3º do art. 5º da CF), da Recomendação 27 do CNJ, de 16 de dezembro de 2009, bem como da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência), em vigor a partir de janeiro de 2016. Vale dizer, também sob o foco das referidas disposições constitucionais e legais, o recurso enseja provimento, a fim de materializar as ações equitativas (pautadas nos arts. 3º, 5º, 6º e 7º da Constituição Federal), unidade axiológica entremeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da pluralidade. art. 1º) voltadas à inclusão das pessoas com deficiência na sociedade e à tutela de seus direitos fundamentais. Recurso do Reclamante a que se dá provimento para fixar a competência da Vara do Trabalho de Laranjeiras do Sul/PR para analisar e julgar o conflito, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito, como entender de direito. (TRT 9ª R.; RO 00126/2015-053-09-00.5; Segunda Turma; Rel. Des. Ricardo Tadeu Marques; DEJTPR 18/3/2016.)

⁸⁸ PIOVESAN. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In MARINONI, 2013, p. 144.

Foi uma opção político-estratégica do legislador, um efetivo exercício do Poder Legislativo.

Já há tempos, entretanto, a *voluntas legislatoris* deixou de ser a via interpretativa privilegiada, preferindo-se uma construção mais sofisticada, principalmente, com a ultrapassagem da teoria clássica da interpretação pela construção argumentativo-reflexiva da norma a ser desvelada pelos tribunais. Portanto, o propósito da presente reflexão, com o que concordariam Bolzan de Moraes e Copetti Neto, é o de restabelecer e o de assegurar, pela via da interpretação dos tribunais nacionais, a efetividade da democracia social juntamente com a democracia liberal enquanto razão social do Estado de Direito,

[...] abarcando determinadas defesas às condições materiais da subsistência humana, necessárias à ampla garantia da dignidade do homem, reconhecia como fundamento do *éthos*, razão de ser do estado constitucional contemporâneo determinado já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.⁸⁹

Relendo as ementas citadas, no que se refere tanto às decisões em matéria trabalhista quanto de direito penal, é fácil perceber que: ou se restringe a aplicação da norma internacional, relegando-a a um *status* paritário à lei ordinária, desqualificando-a no sentido material, por regular aparentemente menos do que regulamentam a Constituição e a lei ordinária (negando a necessidade de interpretação *pro homine* do artigo 29 do Pacto de São José), ou prevalece o argumento que demonstra a primazia do DIP sobre o direito interno. E, mesmo a opção pela segunda interpretação, tal como articulada por alguns julgadores no fundamento dos julgados analisados, não se encontra isenta de problematização.

Respalhando a posição de Mazzuoli, o controle de convencionalidade *lato sensu* caberia no caso de violação de qualquer tratado de direitos humanos, recepcionado pelo ordenamento jurídico nacional, aí incluídas as NITs, reconhecendo-lhes o *status* de direito social internacional. A duas, para as NITs não aprovadas com base no § 3º do artigo 5º da CF/88 (integrando apenas materialmente o bloco de constitucionalidade), caberia o controle de legalidade/supralegalidade, como parece ser o entendimento do STF. Entretanto, em quaisquer situações, deverá observar-se a regra do artigo 29 do Pacto de São José da Costa Rica quanto à interpretação *pro homine*, na apreciação da norma mais benéfica a prevalecer na interpretação.

⁸⁹MORAIS (Org.), 2015, p. 76.

A Justiça do Trabalho deverá fazer prova de originalidade e de coerência com sua jurisprudência sedimentada, no que diz respeito à interpretação⁹⁰ da legislação social brasileira à luz das normas internacionais do trabalho (violações no direito material) e dos tratados de direitos humanos (violações no direito material e processual), para além de uma mera análise de sua conformidade com a Constituição Federal (aspectos material e formal). Isso impõe incorporar tais normas do ordenamento jurídico internacional como *ratio decidendi* de suas decisões, *ex officio*, ou mediante efetiva provocação das partes litigantes e do Ministério Público do Trabalho.

⁹⁰Eros Grau defende que “[...] não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação. E mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.” (GRAU, 2017, p. 18). O autor atinge o ápice de sua argumentação no tópico “Mercado, capitalismo e transgressão” da mesma obra ao defender que as transgressões do capitalismo à ordem, no plano da realidade, “[...] devem ser referendadas pelo sistema jurídico mediante, no extremo, a captura da exceção e a exclusão de determinadas situações do alcance das suas normas. A estabilidade, a regularidade, a harmonia do sistema jurídico dependem, em última instância, dessa inclusão e dessa exclusão [...]”, que conferem plasticidade ao sistema de direito positivo burguês (*Ibidem*, p. 125-126 e 140). Saliencia, ainda, que o Poder Judiciário coloca em risco o direito moderno, a objetividade da lei: “Isso tudo talvez acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado (talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão [...]). Ou será a desordem, até que novos rumos nos acudam.” A beleza da democracia é o debate e a defesa do direito ao confronto de ideias. O Objetivismo na interpretação da lei e da Constituição tem-se constituição em posição predileta dos positivistas formais, como lembra Lenio Streck em sua obra *Hermenêutica jurídica em crise*, 2001. (STRECK, 2001, p. 96). Ao lado de Eros Grau, o pensador de Porto Alegre ainda se recorda da pragmática de Tércio Sampaio; a semiologia política e a semiótica de mediação de Alberto Warat; o criticismo sociológico de José Eduardo Faria; a filosofia jurídica de Miguel Reale; a filtragem hermenêutico-constitucional de Clève; a eficácia dos direitos fundamentais de Ingo Sarlet; a interpretação conforme os direitos fundamentais de Abreu Prado, dentre outros cujas teorias hermenêuticas não representam o receio do Ministro Barroso de fundamentar uma interpretação retrospectiva. Problematicando essa visão objetivante da interpretação, Kerchove e Ost reconhecem ao juiz uma função relevante na obra coletiva de sistematização do direito, cumprindo o magistrado com uma dupla tarefa: a interpretação das regras de direito (na determinação de seu sentido) e a validação dessas mesmas regras (na determinação de sua autoridade, no sentido de apreciar os critérios formais de sua elaboração/aprovação, uma espécie de “teste de *perdigree*”, como entende Dworkin). A polissemia e a textura aberta dos textos legislativos não possibilitam a sua mera aplicação mecânica pelo juiz, o que empobrece a própria noção de sistema jurídico. Essa operação de validação, inclusive, segundo Wroblewski deve considerar “[...] *l'ensemble des dérivations formelles qui s'en dégagent et des conséquences interprétatives qu'on peut en donner; on y ajoutera encore un ensemble de principes et standards éthiques et politiques qui prévalent dans la société et sont de nature à infléxir la portée des règles juridiques. [...] Si l'on veut également tenir compte des décisions par lesquelles il arrive au juge de conclure à l'abrogation par désuétude d'une norme législative ou à son inapplication par l'effet de la théorie de l'état de nécessité ou de quelque théorie équivalente, on élargira encore le système de référence en y intégrant cette fois les décisions opératoires elles mêmes.*” (KERCHOVE, 1988, p. 142-143.)

Deve-se conferir aos direitos humanos o seu caráter global e uma legitimidade local, em uma política progressista que conceba os direitos humanos como “a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais atuando em rede para garantir novas e mais intensas formas de inclusão social”. A própria concepção de direitos humanos como direitos universais, mínimos e essenciais à condição humana tem como um de seus pilares o respeito às diferenças, o incentivo à diversidade cultural e ao diálogo intercultural, de forma que não é possível aceitar práticas discriminatórias em qualquer esfera da vida social.⁹¹

À guisa de sugestões, que guardam o caráter de provisoriade do presente estudo, e que, por certo, dependerão da efetiva utilização criativa do instituto do controle de convencionalidade e de legalidade no âmbito da Justiça do Trabalho, com o intuito de contribuir para a racionalização e a operacionalização da proteção efetiva dos direitos sociais, consideramos:

1) Com respaldo na jurisprudência do STF, o controle de convencionalidade caberia no caso dos Tratados de direitos humanos recepcionados sob a égide exclusiva do § 3º do artigo 5º da CF/88 (recepção por processo qualificado), reservando o controle de legalidade/supralegalidade àqueles tratados de direitos humanos enquadrados no § 2º do artigo 5º da CF/88 (bloco de constitucionalidade). Entretanto, impõe-se o desafio de a doutrina e de a jurisprudência nacionais aplicarem o controle de convencionalidade *lato sensu* para toda e qualquer violação a tratados de direitos humanos, aí incluídas as NITs, em confronto com a legislação nacional, enquanto proposta de estabelecer-se um *ius commune* em matéria de direitos sociais, à luz da construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos;

2) O controle de convencionalidade se impõe não apenas no momento da aplicação das normas internas pelo Estado-juiz, mas, igualmente, pauta a conduta dos Poderes Legislativo (na elaboração de leis em consonância com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro, nos termos do artigo 49 da CF/88) e Executivo (na promulgação de leis e na utilização de mensagens presidenciais para o envio do texto de tratados assinados de acordo com as diretrizes do direito internacional dos direitos humanos, nos termos do artigo 84 da CF/88), tudo em observância ao disposto no artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica; artigo 19 do Ato Constitutivo da OIT; e artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Assim,

⁹¹PIMENTA, 2016, p. 32.

referido controle passa a ser critério hermenêutico de validade e de eficácia dos atos de legislar, de aplicar e de julgar a legislação interna, não sendo exclusividade de nenhum deles, muito menos mera recalitrância estridente do Poder Judiciário;

3) A questão do controle de convencionalidade ou de legalidade/supralegalidade incidentais a serem propostos para determinado instituto jurídico violado deveria vir esboçada em preliminar nas petições iniciais e nas peças de defesa, para que o juiz pudesse exercitar, a qualquer tempo, o controle de convencionalidade difuso ou de legalidade, confrontando a norma interna com o tratado de direitos humanos violado;

4) Sugere-se que as partes devam identificar a norma internacional diretamente violada, limitando-se a alegação para o caso de violação direta (no sentido da menor proteção ou da supressão de direitos pretendida pela lei interna violadora, em se comparando com o tratado de direitos humanos que se pretende ver aplicado) e não meramente virtual, com o objetivo de auxiliar na consolidação da jurisprudência na matéria, evitando o controle em tese e hipotético;

5) Seria possível o controle *ex officio* pelo juiz de convencionalidade e de legalidade, sempre que houvesse um caso concreto cuja solução pudesse ser encontrada em NITs ou em Tratado de direitos humanos, por força do princípio *iura novit curia*, garantida a ampla colaboração entre os sujeitos do processo e os deveres daí decorrentes, na garantia da interpretação *pro homine*;

6) Poderia o magistrado exercer juízo de requalificação, no caso de entender, na análise da situação concreta, ainda que alegado pela parte interessada de modo diverso, de identificar diverso tratado de direitos humanos violado, garantida a ampla colaboração entre os sujeitos do processo e os deveres daí decorrentes, na garantia da interpretação *pro homine*;

7) Os tribunais poderiam exercer, *ex officio*, o controle de convencionalidade *lato sensu*, garantida a ampla colaboração entre os sujeitos do processo e os deveres decorrentes, na garantia da interpretação *pro homine*, atentando-se para o fato do requisito de prequestionamento em recursos de natureza extraordinária, ainda que em matéria de ordem pública, conforme explicitado na OJ 62 da SDI-1 do TST.

8) Na interpretação dever-se-ia privilegiar o diálogo das fontes, no sentido de resguardar, na medida do possível, o resultado que conduza à garantia de proteção efetiva dos direitos fundamentais sociais, à vedação ao retrocesso social e à garantia fundamental ao mínimo existencial pela primazia do direito internacional, quando norma mais favorável. A utilização do ordenamento jurídico internacional, nesse caso, não seria um mero substituto argumentativo ao controle de constitucionalidade;

9) A norma legal interna submetida ao controle de convencionalidade ou de legalidade deveria ser declarada tão somente inválida⁹² para o caso concreto pelo juiz, apesar de continuar vigente no ordenamento jurídico interno;

10) Seria possível o controle de legalidade com relação às recomendações internacionais do trabalho que fossem recepcionadas pelo ordenamento jurídico interno, por intermédio do mesmo decreto de promulgação que recepcionou convenção internacional da OIT, prática que vem sendo observada pelo Brasil, em alguns casos, apesar da desnecessidade de submissão das recomendações ao processo formal de ratificação dos tratados;

11) Como forma de aprimorar a compreensão do papel do ordenamento jurídico internacional como fonte de direito, criando espaço para o aprimoramento do controle de convencionalidade das leis, as normas internacionais do trabalho ratificadas pelo ordenamento jurídico interno poderiam igualmente ser utilizadas, gradativamente, para colmatar lacunas legislativas, axiológicas e ontológicas, além de funcionarem como guias para a interpretação, no caso de ambiguidades do direito interno, para a interpretação de termos gerais e para o esclarecimento de conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo-se um princípio jurisprudencial com base no direito internacional e no direito internacional do trabalho;

12) Com relação aos tratados não ratificados, como o caso de algumas normas internacionais do trabalho (declarações, recomendações, protocolos e resoluções da OIT), como preparação para o controle de convencionalidade e de legalidade, podem funcionar, não sendo o caso de invalidação, como guias para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno e para a interpretação de termos gerais e o esclarecimento de conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo-se um princípio jurisprudencial com base no direito internacional e no direito internacional do trabalho;

13) O controle de convencionalidade concentrado pode ser exercido pelo STF, no caso de violação dos tratados de direitos humanos ratificados nos termos do § 3º do artigo 5º da CF/88.

Esses serão os grandes desafios a enfrentar. O debate prossegue. Agradeço imensamente a inestimável contribuição da brilhante colega

⁹² Como reflete Mazzuoli, a manutenção da vigência (existente formalmente) da lei interna é pelo fato de observar os requisitos para a sua elaboração formal e entrada em vigor no âmbito interno. Mas, deixa de ser válida por não passar imune a um dos limites verticais materiais, por ausência de coerência com as normas substanciais internacionais sobre sua produção: os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no plano interno e ratificados pelo Brasil e, no caso do direito do trabalho, das NITs.

magistrada do TRT3, juíza Maria José Rigotti Borges que me honrou com suas percucientes observações e sugestões esclarecedoras para a construção de sentido da proposta dessas reflexões: “[...] pense nas minhas anotações como se estivesse em um simples bate-papo com uma aluna curiosa, regado a vinho, numa madrugada, após uma certa não comemoração de 7 de setembro de 2017.” Um brinde ao debate, sempre!

Cataguases, inverno de 10 de setembro de 2017.

RÉSUMÉ

L'actuelle réforme du code du travail brésilien impose à l'interprète, en conformant la norme juridique national au système constitutionnel de protection des droits sociaux fondamentaux, d'examiner la portée et les limites d'une théorie du contrôle de la conventionnalité des lois, en préservant les conquêtes de l'Etat démocratique social de droit. La jurisprudence actuelle peut offrir des indications pour la reconstruction des droits sociaux à la lumière de l'ordre juridique international.

Mots-clefs: *Droits sociaux internationaux. Théorie du contrôle de la conventionnalité des lois. Interdiction de la régression sociale. Niveau minimum de civilisation. Interprétation pro homine. Efficacité horizontale des droits de l'homme.*

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho*: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2011.
- AVRITZER, Leonardo *et al.* (Org). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- AUBY, Jean Bernard. *La globalisation, le droit et l'état*. Paris: Montchrestien, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- _____. *Legisladores e intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- _____. *Danos colaterais*. Desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BEAUDONNET, Xavier (Ed). *Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito*. Turim: Centro internacional de formação da OIT, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. São Paulo: Unesp, 2015.
- _____. *Direita e esquerda*. Razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Unesp, 1995.
- _____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Edipro, 2017.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional*. Direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRAGHINI, Marcelo. *Reforma trabalhista*. Flexibilização das normas sociais do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana*. 2006. Vitória. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Vitória. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 1º maio 2014.
- BRITO, Tarcísio Corrêa de. O tema da formação de magistrados na construção de uma democracia judiciária ou de uma justiça democrática: qual(is) contradição(ões). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho Terceira Região*. Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 75-94. jan./jun. 2004.
- _____. Fundamentação de sentença à luz do CPC/15 e seus reflexos no processo do trabalho: fragmentos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho Terceira Região*, Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 231-272, jan./jun. 2015.
- BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional publico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1990.
- BUSNELLO, Ronaldo. Mudanças do mundo do trabalho e as perspectivas do direito. *Revista Direito em debate*, UNIJUÍ: RS, n. 11, jan./jun. 98. p. 73-84.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Curso de direito constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.
- CARVALHO, Pedro de Menezes. Os direitos sociais como direitos exigíveis: breve estudo sobre a vinculação dos poderes públicos à eficácia dos direitos sociais. *Anais do Congresso Internacional em homenagem a Claudio Souto*. Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhman, Recife: Universitária UFPE, 2009. p. 406-424.
- CHEVALIER, Jacques. *L'état de droit*. Paris: Montchrestien, 2003.
- COMBACU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. Paris: LGDJ, 2014.

- COMPAGNON, Antoine. *Os cinco paradoxos da modernidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, n. 2, 2007. p. 11-39. Acesso em: 10 maio 2017.
- _____. *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2013. V. I, II e III.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2002.
- DUPUY, René-Jean. *Le droit international*. Paris: PUF, 2001.
- DUVAL, Guillaume. *Le libéralisme n'a pas d'avenir. Big business, marchés et démocratie*. Paris: La découverte/alternatives économiques, 2003.
- ESPIELL, Héctor Gros. *En el IV centenario de Hugo Grocio. El nacimiento del derecho de gentes y la idea de la comunidad internacional*. In *Pensamento Jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor d. Antonio Truyol Y Serra*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. v. I.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo*. Tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do *due process of law*. São Paulo: LTr 80, 2016.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, 34 (2011), p. 15-53.
- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2007.
- FIORIN, José Luiz. *Linguagem e ideologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. 2006. São Paulo. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica. Acesso em: 12 abr. 2017.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. O que a globalização está fazendo de nós. São Paulo: Record, 2000.
- GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2017.

- GRAZ, Jean-Christophe. *La gouvernance de la mondialisation*. Paris: La découverte, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Après l'état nation. Une nouvelle constellation politique*. Paris: Fayard, 2003.
- KRUGMAN, Paul. *La mondialisation n'est pas coupable. Vertus et limites du libre-échange*. Paris: La découverte/poche, 2005.
- JUNIOR, Edson Beas Rodrigues (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.
- KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional publico*. Buenos Aires: El Ateneo, 1963.
- KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: Puf, 1988.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- _____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- _____. *Paradoxos e perspectivas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. 188p.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *Lições de direito processual do trabalho. Teoria e prática (atualizada à luz do CPC de 2015 e da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/17))*. São Paulo: LTr, 2017.
- LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Technos, 2005.
- MAEDA, Patricia. *A era zero dos direitos. Trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora*. São Paulo: LTr, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord). *Controle de convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Novos Estudos Cebrap, n. 58, novembro 2000, p. 183.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2013.
- _____. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2017.
- _____. O novo parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 167, Brasília, jul./set. 2005. p. 93-114.

- _____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n. 181, Brasília, jan./mar. 2009. p. 113-139.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Direito internacional do trabalho*. O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016.
- MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di domínio nella tutela giuridica dell'individuo*. Madrid: Editorial Dykinson, 2014.
- MELLO, Celso D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Diret.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MÉSZÁROS, István. *A crise estrutural do capital*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho Terceira Região*, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 149-162, jan./jun. 2009. p. 149-162.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; COPETI NETO, Alfredo. *Estado e constituição*. Estado social e poder econômico face a crise global. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- MOREAU DEFARGES, Philippe. *La mondialisation*. Paris: PUF, 1997.
- MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; SILVESTRE, Rita Maria. *Os novos paradigmas do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *L'ordre du discours*. Paris: Gallimard, 2002.
- NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *Fundamentos de direito internacional social*. São Paulo: LTr, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. *O direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- PÉREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Technos, 2005.

- PIMENTA, Raquel Betty de Castro. *Cooperação judiciária internacional no combate à discriminação da mulher no trabalho*. Um diálogo Brasil e Itália. São Paulo: LTr, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PLIHON, Dominique. *Le nouveau capitalisme*. Paris: La decouverte, 2003.
- RIBEIRO, André Roberto. Um choque entre mundos. Aspectos e diferenças entre o teocentrismo, antropocentrismo e crimatocentrismo. *Revista Filosofia, Ciência & Vida*, Ano X, n. 130, p. 75-80.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Org.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional*. Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Forum, 2016.
- SCALÉRCIO, Marcos; MINTO, Tulio Martinez. *CLT comparada conforme a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.
- SEPÚLVEDA, Cesar. *Direito internacional*. Cidade do México: Porrúa, 1983.
- SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho. *Revista TST*. Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011, p. 274-292.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. Análise da lei 13.467/2017 - artigo por artigo. São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2017.
- SPITZCOVSKY, Jaime (Org.). *Pensar a justiça*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.
- STARNINO, Alexandre; MILELI, Diego. Os intelectuais odeiam o capitalismo? A quem interessa pensar assim? Um debate sobre ressentimento, identificação e laço social. *Revista Filosofia, Ciência & Vida*. Ano X, n. 130, p. 65-73.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SUR, Serge. *Les dynamiques du droit international*. Paris: Pedonne, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no liminar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, 40(1), 1997. p. 167-177.
- _____. *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. V. III.
- _____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. 120p.
- WENDELLI, Leonardo Vieira. 2009. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental*: elementos para sua fundamentação e concretização. Curitiba. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Acesso em: 23 mar. 2017.
- ZIZEK, Slavoj. *Problema no paraíso*. Do fim da história ao fim do capitalismo. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

As pesquisas jurisprudenciais foram realizadas no *site* LexMagister.