

A VIOLAÇÃO DE CONVENÇÃO DE DIREITOS HUMANOS POR NORMA COLETIVA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS CONVENTION BY COLLECTIVE NORMS AND CONVENTIONALITY CONTROL

*Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior*¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise do controle de convencionalidade, a ser realizado no Brasil por juízes e tribunais, cotejando o Direito infraconstitucional, inclusive as normas coletivas trabalhistas, com as normas de direitos humanos previstas em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, com destaque às trabalhistas, provenientes da Organização Internacional do Trabalho. O tema é analisado teoricamente, sendo relevante, em especial em razão da recomendação nº 123 do CNJ e diante da Opinião Consultiva nº 27 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com tais medidas nacional e internacional, vê-se a obrigatoriedade do controle de convencionalidade no sentido de dar efetividade às normas mais favoráveis ao ser humano trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Convencionalidade. Controle. Normas coletivas.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the control of conventionality, to be carried out by national courts and judges, comparing National Law, including collective standards, with human rights standards provide for international treaties and conventions ratified by Brazil, with emphasis on labor standards, originating from the International Law Organization. The subject is analyzed theoretically, being relevant, especially due to recommendation 123 of the CNJ and due to Advisory Opinion 27 of the Inter-American Court of Human Rights. With such national and international measures, conventionality control is mandatory in order to give effect to standards that are more favorable to working human beings.*

KEYWORDS: *Conventionality. Control. Collective standards.*

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Desembargador do Trabalho. Professor da Universidade da Amazônia. Autor do Livro “Teoria da Jurisdição Internacional” (LTr, 2023).

Introdução

A categorização dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, dentre elas as convenções internacionais do trabalho, que foram aprovados pelo Congresso Nacional brasileiro e ratificados pelo Presidente da República (sem o quórum qualificado), como normas supralegais, pelo Supremo Tribunal Federal, possibilita o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais brasileiras.

A compreensão da formação internacional dos direitos humanos lança a perspectiva de que os juízes e tribunais nacionais precisam ter uma visão mais internacional publicista da temática dos direitos humanos, pensando o Direito interno à luz dos direitos humanos consagrados em tratados e convenções internacionais.

No campo trabalhista, a reflexão, a partir das Convenções Internacionais do Trabalho da OIT, é urgente e a análise do Direito Coletivo, à luz das convenções internacionais, também. Trata-se de compreender o controle de convencionalidade, que realiza o crivo do Direito interno com base no Direito Internacional dos Direitos Humanos. É o que se pretende enfocar a seguir por intermédio do presente trabalho.

1.1 Do internacional para o nacional e do nacional para o internacional

Os direitos humanos têm se desenvolvido em razão de interações complexas na história. Desde a Idade Média, os mercadores conquistaram direitos, consubstanciados em uma *Lex Mercatoria* medieval², que lhes assegurou liberdade de ir e vir, de comércio e de acesso à justiça. Os mercadores, mesmo vivendo em um período feudal, nas feiras, tinham direito a uma jurisdição diferente, para a solução das disputas que lhes envolviam em razão do comércio, paralela à justiça dos senhores feudais. Esta jurisdição transcendeu os limites europeus. Do internacional para o burgo, este modo de ser da jurisdição dos comerciantes configurou o direito das futuras cidades e influenciou a Revolução Francesa que, ao fim e ao cabo, proclamou, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, já no Estado francês pós-revolucionário, o seu Direito Comercial Nacional³.

² VOLCKART, Olivier e MANGELS, Antje. Are the roots of the modern Lex Mercatoria rely medieval? In: Southern Economic Journal, Vol. 65, Issue 3, 1/1/1999, p. 427.

³ Segue-se, nesse passo, a linha traçada por: FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. A Agenda 2030, o Direito Internacional e a Expansão Global na utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias. In: R. TRT 8ª Região. Suplemento Eletrônico EJDUD8. Belém. v. 55, n. 108, p. 348-349, jan./jun./2022;

Outro direito muito importante sedimentado internacionalmente é o de liberdade religiosa. A Guerra dos 30 anos na Europa terminou com a Paz de Vestfália e os tratados assinados possibilitaram a paz entre católicos e protestantes, consagrando-se a liberdade religiosa - a chamada primeira liberdade. Na ocasião, foi reconhecida, internacionalmente, a soberania de cada Estado Nacional: a base do Direito Público Europeu⁴.

Outrossim, no final do século XIX, as nações europeias, uma parte delas antes escravocratas, reuniram-se em Berlim, em Conferência, para impulsionar a consagração, no plano internacional, do direito de liberdade de trabalhar para todo ser humano. Passou-se, a partir daquele momento histórico, ao combate internacional da escravidão⁵.

Algum tempo depois, na Conferência de Versalhes, foi criada a Organização internacional do Trabalho, em 1919 (bem antes da Organização das Nações Unidas), em que padrões trabalhistas são discutidos, normatizados e disseminados pelo mundo, seguindo o caminho do internacional para o nacional. O Direito do Trabalho, portanto, é o ramo do Direito que tem uma Organização Internacional, integrada por vários Estados soberanos, que editam, em Conferência, Convenções Internacionais do Trabalho, veiculando normas jurídicas trabalhistas - Direito Internacional do Trabalho.

Assim, grande parte do Direito do Trabalho Nacional é Internacional, já que muitas nações ratificam as Convenções Internacionais do Trabalho,

e FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. Teoria da Jurisdição Internacional. São Paulo: LTr, 2023, p. 237-244.

⁴ MACHADO, Jónatas. Direito Internacional Público. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 74.

⁵ Sobre a escravidão, a Conferência de Berlim, da qual participaram: Reino Unido, França, Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Itália, Países Baixos, Portugal, Rússia, Suécia-Noruega e Império Turco-Otomano, realizada entre os anos de 1884-1885, trouxe a seguinte deliberação: “Em conformidade com os princípios dos direitos dos indivíduos tal como eles são reconhecidos pelas Potências signatárias, estando proibido o tráfico de escravos, e devendo igualmente as operações que, por mar ou por terra, forneçam escravos para o tráfico ser consideradas como proibidas, as Potências que exercem ou que vierem a exercer direitos de soberania ou uma influência nos territórios que formam a bacia convencional do Congo, declaram que esses territórios não poderão servir nem de mercado nem de via de trânsito para o tráfico dos escravos de qualquer raça. Cada uma das Potências se compromete a empregar todos os meios disponíveis para pôr fim a esse comércio e para punir aqueles que dele se ocupam”. In: MARIANO, Aline Barbosa. Resoluções da Conferência de Berlim: uma análise das questões debatidas de acordo com os jornais ingleses. In: FONSECA, Mariana Bracks; e MANNARINO, Giovanni Garcia (Orgs.). Áfricas: Representações e Relações de Poder. Edições Áfricas, Rio de Janeiro, 2019, p. 175-6.

dentre elas o Brasil, que já internalizou, em seu sistema jurídico, mais de oitenta convenções internacionais desse matiz, que devem ser aplicadas, uma vez que normas jurídicas vigentes no plano internacional e também no nacional brasileiro.

Sem embargo, a efetividade dessas normas depende, sobremaneira, da compreensão dos juízes e tribunais nacionais como Justiça comum de organizações internacionais da qual a nação brasileira faça parte, *in casu*, a Organização Internacional do Trabalho. Deste modo, os Juízes e Tribunais do Trabalho são a Justiça que aplica o Direito proveniente da Organização Internacional do Trabalho, ratificado pelo Estado brasileiro⁶.

A fórmula que assegura a eficácia da ordem jurídica internacional trabalhista, sem sombra de dúvidas, é, solidamente, a jurisdição do trabalho brasileira, de modo que todos os destinatários da ordem internacional trabalhista - Estado brasileiro e particulares - devem respeitar as suas normas. Os juízes e tribunais trabalhistas nacionais são, portanto, os que aplicam as normas da ordem jurídica internacional trabalhista (convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil) - disposições diretamente aplicáveis e que desfrutam de efeito direto nos litígios decorrentes das relações entre empregados e empregadores.

É sempre bom lembrar o exemplo da União Europeia, em que os juízes e tribunais nacionais, com base nos princípios do primado da ordem jurídica supranacional e de sua aplicabilidade direta, mesmo quando contrária ao Direito Nacional, desenvolveram a integração europeia, que teve o seu Direito, em parte, decorrente de uma interação complexa de influências cruzadas entre os juízes e tribunais nacionais, de um lado, e o Tribunal de Justiça da União Europeia, de outro⁷. Analisando-se os Direitos Humanos albergados na Convenção Americana de Direitos Humanos e todas as normas convencionais pertinentes à sua assecuração, vê-se o surgimento e funcionamento de estrutura jurisdicional supranacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada por tratado internacional, ratificado no Brasil com caráter infraconstitucional. Gerou-se, assim, quanto à matéria dos direitos humanos consagrados na CADH, uma necessária adjunção do juiz nacional, para que o sistema interamericano funcione adequadamente.

Por certo, a atuação dos juízes e tribunais do trabalho brasileiros, nesse sentido, como magistratura internacional - as juízas e os juízes do trabalho são,

⁶ A aplicação pelo juiz nacional se dá quanto a todas as Convenções da OIT ratificadas pelo Estado brasileiro, que são Direito Interno, o que, por certo, exclui apenas as não ratificadas.

⁷ FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. Teoria da Jurisdição Internacional. São Paulo: LTr, 2023, p. 305-7.

para esse efeito, juízes internacionais –, ao fim e ao cabo, poderá levar, cada vez mais, à efetividade das Convenções Internacionais do Trabalho em solo brasileiro⁸ e, mais adiante, possibilitar, com essa mesma prática nas nações, a criação de um tribunal da OIT, em caráter subsidiário e complementar à jurisdição nacional, a atuar quando a Justiça brasileira não dirimir os conflitos trabalhistas à luz das convenções internacionais do trabalho, negando, ainda que indiretamente ou por não fazer menção, aplicação às normas internacionais do trabalho.

Observe-se que o art. 37, §§ 1º e 2º, da Constituição da OIT define procedimentos para resolução de dificuldades relativas à interpretação da Constituição da OIT e das Convenções da OIT, adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho. No § 1º, dispõe: “quaisquer questões ou dificuldades relativas à interpretação da presente Constituição e das convenções ulteriores concluídas pelos Estados-Membros, em virtude da mesma, serão submetidas à apreciação a Corte Internacional de Justiça”.

A Constituição da OIT, ademais, prescreve (§ 2º do art. 37) também que o Conselho de Administração da OIT poderá “formular e submeter à aprovação da Conferência, regras destinadas a instituir um tribunal para resolver com presteza qualquer questão ou dificuldade relativa à interpretação de uma convenção que a ela seja levada pelo Conselho de Administração, ou segundo o prescrito na convenção”.

Como se vê, há um desenho jurisdicional trabalhista puramente internacional ainda não construído: a criação de um Tribunal Especial da OIT, que poderá ser o embrião de uma corte que, à semelhança das cortes de direitos humanos, da Europa e da América, venha analisar, em caráter complementar e subsidiário, as disputas acerca do desrespeito ao Direito Internacional do Trabalho pelos Estados-Membros da OIT⁹.

Nada obstante a inexistência de conexão a um tribunal internacional trabalhista, tem-se, claramente, que o Direito Internacional do Trabalho

⁸ MAZZUOLI, a respeito, afirma: “Assim procedendo, estará magistrado respeitando o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (desde 2006) tem ordenado: que os juízes e tribunais nacionais controlem, em primeira mão, a convencionalidade das leis locais em face dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. In: *Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua Aplicação sob a Perspectiva do Princípio Pro Homine*. In: MARANHÃO, Ney e TOURINHO, Pedro (Coord.). *Direito Internacional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Centenário da OIT*. São Paulo: LTr, 2019, p. 29.

⁹ FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. Ob. cit., p. 263. Já funciona, na OIT, tribunal para julgamentos de casos de servidores contra a entidade ou contra outras organizações internacionais. In: Ob. cit., p. 263.

vigente no Brasil imprescinde ser aplicado por intermédio dos juízes e tribunais nacionais, exercendo um controle de convencionalidade, à luz das convenções da OIT, das normas jurídicas brasileiras que versam sobre Direito do Trabalho, funcionando a jurisdição trabalhista brasileira como jurisdição internacional em sentido lato.

1.2 As Convenções Internacionais do Trabalho e o Controle de Convencionalidade

Segundo o art. 84, VIII, da Carta Magna brasileira, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Nos termos do art. 49, I, da CF, é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Assinado o tratado, este é encaminhado para referendo do Congresso Nacional, que o aprova por decreto legislativo, ratificado pelo Presidente da República, depositando o instrumento de ratificação e promulga-o por decreto executivo, passando o ato internacional a vigor internacionalmente e internamente para o Estado brasileiro.

A expressão “tratado”, como reza o art. 2, 1, a, da Convenção de Viena, de 1969, sobre Direito dos Tratados, devidamente ratificado, significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

O termo tratado - bilateral ou multilateral - assim, abrangia: (1) os acordos internacionais que designam, em geral, tratados bilaterais de cunho financeiro, econômico ou comercial, com um número menor de participantes, versando sobre assuntos de menor relevância política; (2) as convenções internacionais, que se referem quase sempre a textos normativos resultantes de conferência entre várias nações interessadas; e (3) os protocolos, provenientes de conferência internacional ou de acordos, com menos formalidades, em geral para designar ajustes realizados de forma secundária ou que possuam ligação com outro acordo anterior. Estas fórmulas de Direito Internacional Público têm um traço peculiar: a natureza de tratado, e precisam sempre de ratificação dos Estados partes¹⁰.

As convenções internacionais do trabalho, segundo MAZZUOLI, pertencem à categoria dos tratados multilaterais abertos, não tendo destinatário

¹⁰ Nesse sentido, as recomendações internacionais, dentre elas as da OIT, não são tratados internacionais. A respeito, ver: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Ob. cit., p. 20-1.

certo, estando abertas à ratificação dos países-membros da OIT, ou ainda daqueles que, no futuro, tornarem-se parte dela. São da categoria de tratado-lei ou tratado normativo, estabelecendo normas de Direito Internacional Público pela vontade das partes, confirmando ou modificando costumes adotados entre os Estados. São tratados permanentes e instrumentos mutualizáveis, já que a saída de uma parte não redundaria na invalidade da convenção, que continua sendo executável integralmente quanto aos demais acordantes¹¹.

Com efeito, as convenções da OIT tratam de direitos inerentes à pessoa humana dos trabalhadores – direitos humanos, versando sobre o valor da pessoa do trabalhador, para a necessária proteção internacional do trabalho humano, com a universalização das normas veiculadas nas convenções internacionais da OIT. Todas estas, nesse sentido, tratam sobre direitos da pessoa humana dos trabalhadores¹². São direitos humanos sociais do trabalho.

Por sua vez, os direitos dos trabalhadores brasileiros previstos na Constituição brasileira são denominados, no Texto Magno, de direitos fundamentais, ou seja, humanos¹³, utilizando-se da terminologia do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sobre a categorização dos direitos sociais previstos na CF, dentre eles o direito do trabalho, no catálogo dos direitos fundamentais no Brasil, o Ministro Gilmar Mendes explica:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Ob. cit., p. 20-1.

¹² LEAL, Pastora do Socorro Teixeira e ZWICKER, Igor. As Convenções da Organização Internacional do Trabalho e sua Posição Hierárquico-Normativa de Supralegalidade no Ordenamento Jusconstitucional Brasileiro. In: MARANHÃO, Ney e TOURINHO, Pedro (Coord.). Direito Internacional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Centenário da OIT. São Paulo: LTr, 2019, p. 73-4.

¹³ Como diz SARLET, “na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem...”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 36. A ordem constitucional brasileira, embora tenha preferido a expressão direitos fundamentais, também utiliza a expressão direitos humanos, referindo-se aos direitos previstos nos tratados e convenções de direitos humanos que o Brasil seja signatário. Ver, por exemplo o § 5º do art. 109 da CF, que traz disposição que versa sobre a atuação do Procurador-Geral da República no caso de violação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais de direitos humanos.

(capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais¹⁴.

Sem embargo de os direitos trabalhistas previstos na Constituição serem direitos fundamentais e dos direitos dos trabalhadores disciplinados nas Convenções da OIT serem direitos humanos, para que estes últimos sejam equivalentes aos fundamentais constitucionais brasileiros, segundo entendimento firmado pelo STF, teriam que ser, na forma do § 3º do art. 5º da CF, aprovadas por maioria de 3/5, em dois turnos, pelo Congresso Nacional¹⁵. Todavia, não há, no Brasil, qualquer Convenção Internacional do Trabalho da OIT aprovada com o mesmo quórum das emendas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, firmou posicionamento de que as convenções internacionais de direitos humanos em relação às quais o Brasil seja signatário e tenham sido ratificadas têm natureza supralegal: hierarquicamente, estão acima das leis e demais normas infraconstitucionais¹⁶. Assim, as normas das Convenções da OIT versam sobre direitos humanos no domínio internacional, os direitos da pessoa do trabalhador, tendo natureza de normas supraleais no plano interno brasileiro, servindo de parâmetro para o controle de convencionalidade das normas trabalhistas tipicamente nacionais.

1.3 Controle Concentrado e Controle Difuso de Convencionalidade

A decisão do Supremo Tribunal Federal precitada levou à conclusão que, no sistema brasileiro, as normas legais precisam passar, como diz *MAZZUOLI*, por dupla compatibilidade vertical material¹⁷. Assim, realiza-

¹⁴ STF, STA 238 TO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJE n. 204: 28/10/2008.

¹⁵ STF; RE 466343/SP; Relator: Ministro César Peluso.

¹⁶ STF; RE 349703/RS; Relator: Ministro Ayres Britto; Relator p/ o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Julgamento: 3/12/2008; Publicado: DJE de 5/6/2009. STF; RE 466343/SP; Relator: Ministro César Peluso; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Julgamento: 3/12/2008; Publicado: DJE de 5/06/2009. STF; HC87585/TO; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Julgamento: 3/12/2008; Publicação: DJE de 26/06/2009. STF; HC 92566/SP; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Julgamento: 03/12/2008; Publicado: DJE de 05/06/2009.

¹⁷ MAZZUOLI, Valerio. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, v. 4, p. 15.

se um duplo crivo de adequação: não contrariar a Constituição (controle de constitucionalidade) e não colidir com as Convenções Internacionais sobre direitos humanos ratificadas pelo Brasil (controle de convencionalidade).

A expressão controle de convencionalidade é encontrada, originariamente, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), tendo seu uso inaugurado, timidamente, como dizem *SILVA* e *BRAZ*¹⁸, pelo voto do Juiz Sérgio García Ramírez, no Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de 2003. Nesse sentido, cada Estado está obrigado a que suas autoridades cumpram os deveres gerais decorrentes dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, devendo respeitar os critérios jurisprudenciais da CIDH, ao legislar e julgar as ações cuja matéria seja direitos humanos. A terminologia “controle de convencionalidade” passou a ser empregada para distinguir-se do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, significando a compatibilidade de atos normativos internos (nacionais) com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que tem a natureza de tratado internacional ratificado pelo Estado brasileiro, servindo, também, a terminologia para significar o controle de qualquer ato normativo nacional em relação a tratados de direitos humanos em geral. A expressão, inicialmente, era utilizada para significar o controle da CIDH em seus julgamentos, sobre os atos e o Direito nacional imputados como contrários à Convenção.

No emblemático Caso Almonacid Arellano vs. Chile de 2006, estabeleceu-se que o Direito interno deve estar em conformidade com a CADH e com a interpretação da CIDH, e desenvolveu-se a responsabilidade judicial nacional de promover um controle interno - difuso - de convencionalidade, por qualquer juiz ou tribunal¹⁹. A CIDH determinou, no Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, em 2006, “que tal controle de convencionalidade pela magistratura local deve ser exercido inclusive de ofício”. Em 2007, no Caso Boyce e outros vs. Barbados, estabeleceu-se, implicitamente, que o controle de convencionalidade deve ser realizado sobre todas as normas nacionais, o que inclui as constitucionais²⁰.

Analisando-se o Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, em 2008, vê-se que a CIDH assinalou a existência de vínculo entre o controle de convencionalidade e as obrigações do artigo 2º da CADH, porquanto definiu o Estado como titular da responsabilidade de introduzir, no Direito interno, modificações necessárias para resguardar as obrigações internacionais

¹⁸ SILVA, Caique Tomaz Leite da e BRAZ, João Pedro Gindro. A construção do controle de convencionalidade na jurisprudência interamericana. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 118/2020; pp. 167; Mar-Abr/2020.

¹⁹ Ob. cit., p. 168.

²⁰ Ob. cit., p. 168.

assumidas e garantir efetivas medidas de adequação. A CIDH interpretou que a adequação exige: (1) a supressão de normas e práticas que contrariem as garantias previstas na CADH; e (2) a edição de normas com o fim de que se efetivem as garantias decorrentes do texto convencional, ou mesmo a realização de medidas de outra natureza que concretizem o Direito convencional²¹.

No Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México, de 2010, a CIDH entendeu que o controle de convencionalidade obriga os órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os seus níveis: “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis estão na obrigação de exercer ‘*ex officio*’ um ‘controle de convencionalidade’ entre as normas internas e a Convenção Americana [...]”. Desse modo, consolidou-se, também, a responsabilidade das Cortes Constitucionais com o controle de convencionalidade no exercício da jurisdição constitucional²².

O controle de convencionalidade pela CIDH encontra fundamento no princípio da complementariedade ou subsidiariedade, sendo certo que, inicialmente, as violações de direitos humanos devem ser corrigidas internamente, e, caso não ocorra, poderá exercer a Corte um controle complementar. O Caso Andrade Salmón vs. Bolívia, em 2016, ratificou esse posicionamento: obrigação do Estado de garantir os direitos humanos e de realizar o controle de convencionalidade, inclusive na interpretação e aplicação do Direito Nacional em conformidade com as obrigações previstas na CADH²³.

Principalmente, o controle de convencionalidade implica, mas não exclusivamente, que os juízes e tribunais nacionais devem analisar a compatibilidade do Direito interno aplicável a um caso específico com a CADH e com a interpretação que lhe confere a CIDH, e, em caráter subsidiário e complementar, não sendo o controle de convencionalidade realizado intra muros, a Corte Interamericana de Direitos humanos realizará, ao fim e ao cabo, o controle de convencionalidade do caso.

É inequívoca a vinculação dos Estados à eficácia de sentença condenatória contra si proferida na jurisdição contenciosa da CIDH - eficácia *erga omnes* dentro do território nacional, quanto ao governo, autoridades estatais e aos nacionais. Discute-se, contudo, sua eficácia perante outros Estados, em especial quanto aos parâmetros interpretativos estabelecidos na *ratio decidendi*. Nos termos dos artigos 67, parte inicial, e 68.1 da CADH, a responsabilidade internacional do Estado decorre de uma sentença transitada em julgado que o vincule imediata e diretamente. Deste modo, para os demais Estados, a sentença seria objeto de interpretação internacional. Nada obstante,

²¹ Ob. cit., p. 169.

²² Ob. cit., p. 169.

²³ Ob. cit., p. 171.

para Cançado Trindade, o conteúdo decisório produz efeito *erga omnes* quanto ao dever de prevenção, pena de ser o país tido como responsável internacional. Ademais, se a decisão não vinculasse os Estados terceiros, o art. 69, *in fine*, da CADH não produziria qualquer efeito prático, ao dispor que “a sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção”²⁴.

A propósito, deve-se mencionar, neste passo, a importância das opiniões consultivas, que são também resultado do trabalho hermenêutico da CIDH como intérprete final do Pacto de São José da Costa Rica, ao responder a consultas dos Estados-membros sobre a interpretação da CADH. Embora não sejam vinculantes, os juízes e tribunais internos, na realização judicativa do direito convencional, terão que levar em consideração o resultado interpretativo veiculado pelas opiniões consultivas, no procedimento de controle convencional, pois, do contrário, a responsabilidade do Estado que não a observar pode ser exigida através de provocação da CIDH, por intermédio de sua jurisdição contenciosa²⁵.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos esclareceu que o controle de convencionalidade exige a inaplicabilidade das normas internas contrárias à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Em harmonia com esse encaminhamento da CIDH, o STF tem decidido, definindo caber a realização desse controle pelo Judiciário brasileiro²⁶.

Em caráter concentrado, mas de forma subsidiária e suplementar, a CIDH realiza o controle de convencionalidade levando à inaplicabilidade das normas nacionais contrárias aos direitos humanos previstos na Convenção, em caráter vinculante e *erga omnes* no território nacional respectivo.

Internamente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal realiza o principal controle concentrado de convencionalidade das leis e atos normativos infralegais. E o faz quanto às normas legais e infralegais que violem as convenções internacionais sobre direitos humanos referendadas pelo Congresso Nacional em dois turnos e por maioria de 3/5, ratificadas pelo Estado brasileiro²⁷.

²⁴ Ob. cit., p. 172.

²⁵ Ob. cit., p. 171.

²⁶ Sobre esse assunto, o Min. Celso de Melo expôs em seu voto sobre a matéria: “Devemos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos”. In: STF; RE 466343/SP; Relator: Ministro César Peluso, já citado acima.

²⁷ Os tratados internacionais equivalentes às normas constitucionais no Brasil são: (1) a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado em Nova

Nesse caso, o Tratado de Direitos Humanos, aprovado na forma do § 3º, equivale a uma norma constitucional veiculada por emenda à Constituição, embora não aprovado por emenda constitucional, possuindo eficácia similar às normas constitucionais. Ao procedimento de controle concentrado de convencionalidade, nessa hipótese, deve-se aplicar, por analogia, as normas que regem as ações que objetivam o controle concentrado de constitucionalidade das leis²⁸ ou ato normativo federal ou estadual. Frise-se que os tratados assim internalizados equivalem às normas aprovadas por emendas constitucionais, ou seja, às normas constitucionais, mas continuam a ser tratados, havendo apenas uma equivalência, e, por isso, mesmo aprovados pelo Congresso, com o quórum qualificado, ainda precisam ser ratificados pelo Presidente da República.

O controle concentrado de convencionalidade, nesse caso, é exercido, com exclusividade, pelo Supremo Tribunal Federal e a norma declarada inconvenção é inválida e sai do sistema jurídico brasileiro.

Por outro lado, quando normas legais e infralegais violem as convenções internacionais sobre direitos humanos aprovadas pelo Congresso Nacional sem o *quorum* qualificado do § 3º do art. 5º da CF, as quais têm natureza de normas supraleais, o STF também exerce o controle de convencionalidade.

Como acentua Mouta, há aproximação dos sistemas de controle de constitucionalidade concentrado e difuso no Brasil, nos aspectos ligados aos efeitos, como consequência da fixação de teses em recurso extraordinário com repercussão geral. As decisões do STF, *in casu*, passam a ter caráter vinculante²⁹.

Iorque, em 30 de março de 2007; (2) o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007; (3) o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para ter acesso ao Texto Impresso, estruturado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) em Marraqueche, em 28 de junho de 2013; (4) a Convenção Interamericana contra o racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, assinado na Guatemala em 5/06/2013.

²⁸ No caso do controle de inconvenção quanto a normas jurídicas infraconstitucionais que contrariam tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado, CAPEZ defende, propriamente, o controle de constitucionalidade na hipótese. In: CAPEZ, Fernando. Controvérsias sobre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade. In: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/controversias-juridicas-controle-convencionalidade/>. Acesso em 09/08/2024.

²⁹ MOUTA, José Henrique. Recurso Extraordinário com repercussão geral e aproximação dos sistemas de controle de constitucionalidade. In: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341672/recurso-extraordinario-com-repercussao-geral-e-aproximacao-dos-sistema>. Acesso em 09/08/2024.

Guardadas as devidas proporções e seguindo esse raciocínio, destaca-se que o recurso extraordinário contra decisão judicial de Tribunal que descumprir um tratado de direitos humanos, com caráter suprallegal, deve ser conhecido pelo STF, em razão de sua repercussão geral. Constatando-se a inconvenção, da norma legal ou infralegal, em caso de conflito com a norma convencional, esta prevalece, imprimindo o julgado do Supremo Tribunal Federal eficácia paralisante quanto à norma jurídica inconvenção.

Segundo CAPEZ³⁰, a competência para o julgamento do controle de convencionalidade é também do STF, conforme acentuou o Ministro Teori Zavascki, em voto acerca da natureza do Pacto de San José da Costa Rica: “Considerada norma de hierarquia suprallegal (e não constitucional), o controle de convencionalidade deve aferir a compatibilidade entre norma suprallegal e norma legal. O exercício desse controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal”³¹.

Nada obstante, todos os tribunais e juízes nacionais, no caso concreto, também realizam o controle difuso de convencionalidade, declarando, *incidenter tantum*, a inconvenção das normas jurídicas infraconstitucionais que contrariarem tratados de direitos humanos vigentes no Brasil, salvaguardando, no caso concreto, a aplicação das convenções internacionais sobre a matéria.

1.4 As normas coletivas que violem normas de convenção internacional de direitos humanos ratificada pelo Brasil - vício da inconvenção

Segundo MAZZUOLI, a Constituição da OIT, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho, um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil, dispõe, em seu art. 19, § 8º, sobre a cláusula de diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no caso o Direito Internacional do Trabalho, e o Direito interno brasileiro, interligando a ordem jurídica internacional com a ordem nacional, disciplinando a norma que deve prevalecer no caso concreto. Veja-se o dispositivo em comento:

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por uma 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.

³⁰ CAPEZ, Fernando. Ob. cit. Acesso em 09/08/2024.

³¹ STF, ADI 5.240/15, rel. min. Teori Zavascki.

A norma internacional em foco leva à conclusão, a contrário senso, de que todas as normas nacionais que veicularem condições menos favoráveis às dispostas nas convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil são inconventionais, devendo ter sua eficácia paralisada, no caso concreto ou por decisão em caráter vinculante, ou, ainda, se for o caso, por controle concentrado de convencionalidade. E o controle de convencionalidade é realizado quanto à lei, sentença normativa, costumes e normas coletivas, o que parece, quanto a estas, conflitar com o art. 7º, XXVI, da Constituição brasileira.

A respeito, cabe destacar o disposto na parte conclusiva da Opinião Consultiva (OC) nº 27 da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Lei laboral estabelece piso mínimo de proteção dos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras, razão pela qual não podem renunciar “in pejus” aos seus direitos laborais reconhecidos na legislação trabalhista por meio de negociação coletiva, nos termos dos parágrafos 143 a 150.

Ao que se vê a CIDH tem definido que a negociação coletiva não deve suprimir ou diminuir os direitos legislados, para piorar as condições de trabalho definidas em lei³². Segundo a OC nº 27, a legislação laboral estabelece condições mínimas de proteção, que não devem ser suprimidas pela negociação coletiva. O que diz a Corte nos fundamentos - parte dos parágrafos 143 a 150 - da decisão na OC precitada:

[...] As normas jurídicas laborais, tanto aquelas de origem internacional como nacional, fixam mínimos legais de proteção dos direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras, sem que isto obste à criação de acordos que as complementem por parte dos sindicatos em negociação coletiva. O Comitê de Liberdade Sindical tem assinalado a respeito que “corresponde à autoridade legislativa determinar os mínimos legais em matéria de condições de trabalho e emprego, o que não restringe nem impede a promoção da negociação bipartida com o fito de fixar as condições de trabalho, tal como dispõe o artigo

³² O autor do presente texto ainda não refletiu a fundo sobre a inconventionalidade ou não da Reforma Trabalhista (lei 13.467/2017), o que fará em outra ocasião, pedindo escusas ao leitor por não tratar desse tema. A respeito, ver: MOLINA, André Araújo; e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista. In: MARANHÃO, Ney e TOURINHO, Pedro (Coord.). Direito Internacional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Centenário da OIT. São Paulo: LTr, 2019, p. 181-8.

4 da Convenção 98”. Em um sentido similar, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais declarou: “os princípios fundamentais que devem amparar aos trabalhadores de toda classe”, os quais “constituem o mínimo de direitos de que eles devem gozar nos Estados Americanos, sem prejuízo de que as leis de cada um possam ampliar esses direitos ou reconhecer outros mais favoráveis”. Entre estes princípios reconhecidos figuram que “os direitos dos trabalhadores não são renunciáveis e as leis que os reconhecem obrigam e beneficiam a todos os habitantes do território, sejam nacionais ou estrangeiros”. [...] Por outro lado, o direito à negociação coletiva deve ser entendido em sua relação com o fim e o propósito dos tratados de direitos humanos, que é “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”, incluídos seus direitos laborais. Um dos objetivos fundamentais perseguidos pelo direito à negociação coletiva é a promoção de termos e condições laborais que permitam melhorar as condições de vida dos trabalhadores e das trabalhadoras. Neste sentido, permitir em geral que os direitos reconhecidos pela legislação laboral possam ser derogados “in pejus” por meio da negociação colectiva, quando isto implica uma regressão na proteção do reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras, deve ser considerado contrário ao princípio da livre e voluntária negociação protegida pelos direitos à liberdade sindical e à negociação coletiva, na medida em que poderia por em risco outros direitos laborais, como, por exemplo, o direito ao trabalho e às suas condições justas, equitativas e satisfatórias. O Tribunal adverte que diversos Estados que apresentaram suas observações ante este Tribunal coincidem em que, de conformidade com seu ordenamento jurídico, as normas que reconhecem direitos laborais não podem ser derogadas pela vontade das partes em uma negociação coletiva. Nesse sentido, a República da Costa Rica expressou que deve primar a lei sobre a negociação coletiva, haja vista que o convênio coletivo só pode ter eficácia no marco que a lei assinala, e nunca em sentido contrário [...].

Deste modo, parece que o tema 1046 do STF e a opinião consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos são antagônicos, uma vez que o precedente vinculante da Suprema Corte brasileira apenas restringe a supressão, por norma coletiva, de direitos trabalhistas indisponíveis, os quais

são aqueles integrantes do catálogo de direitos previstos na Carta Magna brasileira, não afetando a negociação coletiva dos direitos trabalhistas dispostos na Consolidação das Leis do Trabalho, nas leis trabalhistas extravagantes e em outras regras infralegais.

Nada obstante, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos vigente no Brasil, a OC nº 27 define que o direito à livre negociação coletiva deve se dar dentro dos limites traçados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a saber: apenas para acrescentar direitos trabalhistas e não para reduzir os previstos em lei, que se consolidam como o mínimo existencial do trabalhador em cada nação.

Em verdade, qualquer norma coletiva que, em princípio, violar as Convenções Internacionais do Trabalho ratificadas pelo Brasil e o Direito Interamericano devem ser submetidas ao crivo do controle de convencionalidade, pelos juízes e tribunais brasileiros, podendo receber, por sentença ou acórdão, eficácia paralisante quanto ao caso concreto, salvo se a decisão, por acórdão, afastar a norma coletiva em caráter vinculante, por ação anulatória ou, v.g., por decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência - arts. 947 e 976-987 do CPC.

No caso brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça tem Recomendação - nº 123 - aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro para que observem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que seja alterada a prática forense nacional muito baseada apenas no Direito interno em sentido estrito, o que demonstra a preocupação do CNJ com a responsabilização internacional do Estado brasileiro por desrespeito aos tratados internacionais.

Conclusão

A marcha em favor da concretização dos direitos humanos tem ganho bastante força na arena internacional, com a sedimentação de determinados direitos, com destaque na área trabalhista, a partir da liberdade de trabalho e dos direitos consagrados pelas Convenções Internacionais do Trabalho.

Tal percurso leva o jurista a valorizar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial porque os direitos nele consolidados são, em grande medida, Direito interno, já que boa parte dos tratados e convenções de direitos humanos, inclusive de Direito Internacional do Trabalho, foi ratificada pelo Estado brasileiro.

Deste modo, o controle de convencionalidade deve ser realizado por juízes e tribunais nacionais, nos termos da recomendação nº 123 do CNJ, observando-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, inclusive a

jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, juízes e tribunais em geral e o Supremo Tribunal Federal realizam o controle difuso de convencionalidade e o STF também efetiva o controle concentrado, quanto aos tratados e convenções aprovados por quórum qualificado, em dois turnos, e devidamente ratificados pelo Presidente da República, que equivalem, normativamente, às emendas constitucionais.

Destaca-se a importância das opiniões consultivas, que também são resultado do trabalho hermenêutico da Corte Interamericana de Direitos Humanos como intérprete final do Pacto de São José da Costa Rica, ao responder a consultas dos Estados-membros e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em especial sobre a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Os juízes e tribunais internos devem levar em consideração o resultado interpretativo veiculado nas opiniões consultivas no procedimento nacional de controle de convencionalidade. Do contrário, pode advir a responsabilidade do Estado que não a observar, exigida através de provocação à CIDH, por intermédio de sua jurisdição contenciosa, em caráter complementar e subsidiário.

A Opinião Consultiva nº 27 da Corte Interamericana de Direitos Humanos veda a redução, *in pejus*, por negociação coletiva, dos direitos conquistados legalmente pelos trabalhadores, o que parece estar em antagonismo com o tema 1046 do STF, que salvaguarda, em princípio, apenas os direitos indisponíveis previstos na Constituição brasileira. Tal matéria merece debate no Supremo Tribunal Federal, ante a importância do tema.

Bibliografia

CAPEZ, Fernando. Controvérsias sobre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade. In: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/controversias-juridicas-controle-convencionalidade/>. Acesso em: 09/08/2024.

FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. A Agenda 2030, o Direito Internacional e a Expansão Global na utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias. In: R. TRT 8ª Região. Suplemento Eletrônico EJUD8. Belém. v. 55, n. 108, p. 348-349, jan./jun./2022.

FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. Teoria da Jurisdição Internacional. São Paulo: LTr, 2023.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira e ZWICKER, Igor. As Convenções da Organização Internacional do Trabalho e sua Posição Hierárquico-Normativa de Supralegalidade no Ordenamento Jusconstitucional Brasileiro. In:

MARANHÃO, Ney e TOURINHO, Pedro (Coord.). *Direito Internacional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Centenário da OIT*. São Paulo: LTr, 2019.

MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARIANO, Aline Barbosa. *Resoluções da Conferência de Berlim: uma análise das questões debatidas de acordo com os jornais ingleses*. In: FONSECA, Mariana Bracks; e MANNARINO, Giovanni Garcia (Orgs.). *Áfricas: Representações e Relações de Poder*. Edições Áfricas, Rio de Janeiro, 2019.

MAZZUOLI, Valerio. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, v. 4.

_____. *Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua Aplicação sob a Perspectiva do Princípio Pro Homine*. In: MARANHÃO, Ney e TOURINHO, Pedro (Coord.). *Direito Internacional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Centenário da OIT*. São Paulo: LTr, 2019.

MOUTA, José Henrique. *Recurso Extraordinário com repercussão geral e aproximação dos sistemas de controle de constitucionalidade*. In: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341672/recurso-extraordinario-com-repercussao-geral-e-aproximacao-dos-sistema>. Acesso em: 09/08/2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

SILVA, Caique Tomaz Leite da e BRAZ, João Pedro Gindro. *A construção do controle de convencionalidade na jurisprudência interamericana*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 118/2020, pp. 167, Mar-Abr/2020.

VOLCKART, Olivier e MANGELS, Antje. *Are the roots of the modern Lex Mercatoria rely medieval?* In: *Southern Economic Journal*, Vol. 65, Issue 3, 1/1/1999.

RECEBIDO EM: 09/08/2024

APROVADO POR DUPLA REVISÃO CEGA EM: 16/09/2024