

A APLICAÇÃO DA DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL E A SUPRANACIONALIDADE OPERATIVA DOS DIREITOS HUMANOS(*)

ROBERTO VIEIRA DE ALMEIDA REZENDE(**)

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade da Declaração Sociolaboral do Mercosul no Brasil, especialmente no que respeita à sua jurisdição interna.

Partir-se-á da análise dos antecedentes históricos da Declaração Sociolaboral, tentando-se fixar quais os fatores que levaram à sua assinatura pelos países que tomam parte do Tratado de Assunção. Por outro lado, tendo em vista que os direitos nela consagrados pertencem, segundo a moderna teoria jurídica do Direito Constitucional, aos direitos humanos fundamentais de segunda geração ou, melhor dizendo, aos direitos sociais, far-se-á uma breve abordagem da afirmação histórica destes direitos.

Apreendidos os principais aspectos históricos, o foco da discussão será deslocado para o Direito Internacional, onde serão estudados os meios pelos quais as normas jurídicas ingressam no ordenamento jurídico nacional, na busca de romper os limites das teorias clássicas e aportar elementos que permitam intuir a supranacionalidade operativa dos direitos humanos em relação ao direito interno em matéria de direitos humanos.

Superadas as fórmulas hermenêuticas clássicas do Direito Internacional, cumprirá então voltar o estudo ao Direito Constitucional, demonstrando, uma vez mais, que a ordem constitucional brasileira reconhece a

(*) Trabalho realizado com base na conferência proferida pelo autor durante a Reunião Técnica sobre Aplicabilidade da Declaração Sociolaboral do Mercosul, por iniciativa do CINTERFOR (Centro Interamericano de Investigação e Documentação sobre Formação Profissional), órgão da Organização Internacional do Trabalho, na sede da Associação Argentina de Direito do Trabalho e Seguridade Social, em Buenos Aires, no dia 10 de dezembro de 2001.

(**) Juiz do Trabalho na 2ª Região, Mestre e Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo.

supranacionalidade operativa dos direitos humanos. Por fim, demonstrar-se-á que a Constituição Federal reconhece ainda uma hierarquia especialíssima às normas internacionais relativas a direitos humanos dentro do direito interno, o que implica também renunciar aos conceitos interpretativos tradicionais no que concerne a esta matéria.

Por fim, será realizado um esboço dos principais instrumentos jurídicos previstos na ordem jurídica brasileira para a tutela dos direitos humanos fundamentais resultantes de normas internacionais, mais notadamente da Declaração Sociolaboral do Mercosul, de modo a tornar verdadeiramente eficazes e operativos os direitos nela previstos.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Para que se possa entender por completo o significado da Declaração Sociolaboral do Mercosul, como expressão da tentativa de criação de um espaço social dentro do processo de integração econômica, é preciso, antes de tudo, abordar as circunstâncias que a este deram impulso.

A partir de meados dos anos oitenta, assiste-se a uma progressiva aproximação comercial entre Brasil e Argentina, cujo objetivo principal era fazer frente às dificuldades econômicas enfrentadas pelos dois países diante das patentes modificações do cenário político-econômico mundial. Afinal, a queda do socialismo na URSS e no Leste Europeu, bem como a ascensão dos Tigres Asiáticos davam novo impulso ao processo de globalização dos mercados, demandando a formação de blocos econômicos para obtenção de maior competitividade no mercado internacional⁽¹⁾.

Estas novas necessidades da economia mostraram-se tão fortes que as mudanças de governo operadas nos dois países, no final da década, não prejudicaram, de forma alguma, a continuidade do processo de aproximação econômica⁽²⁾.

Finalmente, vieram Paraguai e Uruguai juntar-se ao projeto de integração econômica, o que redundou na idéia de criação de um mercado comum entre os quatro países, com a formação de um verdadeiro bloco de atuação no mercado internacional. Para tornar realidade estas idéias, assinou-se o Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, que previa a transição rumo ao mercado comum até dezembro de 1994.

Este instrumento foi bastante criticado pelos internacionalistas brasileiros que nele não vislumbravam qualquer preocupação de caráter social na formação do bloco econômico, já que se limitava a tecer normas claras a respeito de matéria tributária, econômica e comercial sem desenvolver nenhuma consideração sobre os problemas sociais.

(1) *Silva, Walküre Lopes Ribeiro da. "Os atores sociais diante dos desafios do processo de integração: diálogo social nas Comunidades Europeias e no Mercosul", São Paulo, Tese para concurso de Professor Titular da Universidade de São Paulo, 1998, págs. 142-4.*

(2) *Silva, Walküre Lopes Ribeiro da. Op. cit., págs. 144-5.*

Contra estas críticas, argumentou-se que o preâmbulo do Tratado de Assunção fazia referência à justiça social como condição do desenvolvimento econômico e, ademais, que este trazia em si mesmo como finalidade o avanço social. Assim, escrevia *Amauri Mascaro Nascimento* que a integração econômica não era em si uma finalidade, senão um meio para alcançar a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos ao que é indispensável assegurar aos trabalhadores condições que permitam a consecução desta meta⁽³⁾.

Entretanto, estas considerações não são capazes de desmentir o fato incontestável de que o Tratado de Assunção foi omissivo quanto a normas claras e direcionadas especificamente à construção da dimensão social no âmbito do Mercosul.

Desta maneira, as primeiras manifestações no sentido de formação de um espaço social no Mercosul somente serão observadas com as reuniões de Ministros do Trabalho dos quatro Estados, durante o ano de 1991, em Montevideu e Foz do Iguaçu, tendo, nesta última, as entidades representativas das confederações gerais de trabalhadores sugerido a criação de um grupo de trabalho, junto ao Grupo Mercado Comum (GMC), para o estudo das pautas sociais. Cria-se assim o Subgrupo de Trabalho n. 11 (atual SGT n. 10). A partir de então, principiam paulatinamente a espocar as iniciativas para que se construam as bases de uma dimensão social dentro do mercado comum que se pretende implantar, dentre as quais cumpre destacar a discussão, suscitada na Comissão n. 8 do SGT n. 11, sobre a elaboração de uma carta social ou de um protocolo que consagrasse os principais direitos econômicos e sociais do Mercosul.

Muitas foram as discussões sobre qual o rol de direitos a serem contemplados, a natureza jurídica do instrumento a ser adotado e a instituição de mecanismos de controle e promoção de seu cumprimento pelos Estados partes. No entanto, diversas foram as dificuldades enfrentadas e que impossibilitaram que até o final do período de transição ao mercado comum houvesse sido aprovado qualquer instrumento; cite-se, por exemplo, o temor por parte do governo brasileiro de que a carta social desse guarida à inserção automática da cláusula social nas contratações comerciais⁽⁴⁾.

Somente em 1996, através da Resolução 153 do GMC, os debates acerca de um instrumento destinado à matéria social voltam a ter lugar de destaque nos trabalhos do SGT n. 10. Pouco depois, em 1997, é aprovada a criação de um Grupo *Ad Hoc*, que teria por finalidade estudar as propostas relacionadas com a elaboração de um projeto sobre a matéria sociolaboral.

As mais importantes discussões do Grupo *Ad Hoc* centraram-se na natureza jurídica do instrumento, tendo, a princípio, se falado na adoção de

(3) Nascimento, Amauri Mascaro. "Mercosul e direito do trabalho", in Basso, Maristela (Coord.), "Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros", Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, págs. 443-4.

(4) Silva, Walküre Lopes Ribeiro da. *Op. cit.*, págs. 197-201.

um Protocolo adicional destinado à matéria social. Entretanto, uma vez mais, o temor de vinculação da matéria comercial à matéria social e trabalhista determinou que se abandonasse a idéia de um Protocolo e, no intuito de obtenção de um consenso, chegou-se à idéia de uma Declaração Presidencial, instrumento ao qual as delegações governamentais já haviam manifestado flagrante preferência durante a reunião do Grupo *Ad Hoc*, no Rio de Janeiro, em outubro de 1998.

Encerrados os trabalhos do Grupo *Ad Hoc*, o projeto de Declaração Sociolaboral do Mercosul foi encaminhado, em novembro de 1998, aos Ministros do Trabalho dos quatro países e, finalmente, foi subscrito pelos seus respectivos Chefes de Estado, no Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998.

A análise histórica demonstra a lucidez das considerações de Oscar Ermida Uriarte que, quando do encerramento dos trabalhos do SGT n. 11, em dezembro de 1994, escrevia que embora não se tivesse logrado, naquele momento, a criação de uma carta social para o Mercosul, era fato inofismável que, cedo ou tarde, este acabaria por dotar-se de uma Carta ou Declaração do tipo das européias⁽⁵⁾.

Como se percebe, a Declaração Sociolaboral do Mercosul consagra direitos de natureza social. Na atualidade, a doutrina jurídica imprime a estes direitos o caráter de direitos humanos. No entanto, sua afirmação histórica é relativamente recente.

Os primeiros direitos humanos consagrados pela ordem jurídica positiva foram aqueles voltados à proteção do indivíduo contra ingerências estatais no seu âmbito privado de atuação: são garantias contra a arbitrariedade do poder estatal, redundando na consagração de garantias de não interferência estatal, de um Direito Constitucional preponderantemente organizacional das relações de poder e de princípios protetores da autonomia individual. São a primeira geração dos direitos humanos: os direitos de liberdade, cujo fundamento encontra-se no ideário iluminista, liberal e individualista do século XVIII.

A consagração da liberdade ilimitada ao lado de uma consideração meramente formal da igualdade gerou, contudo, um desequilíbrio que determinou o imperativo de se fixarem positivamente os direitos sociais: direitos que têm por objetivo a proteção da igualdade entre os seres humanos vivendo em sociedade. Este o substrato mais importante da Questão Social verificada durante do século XIX e que ingressou na maior parte dos ordenamentos jurídicos constitucionais ocidentais a partir do século seguinte. Caracterizam-se os direitos sociais, via de regra, como direitos a exigir prestações positivas por parte do Estado que compensem as desigualdades reais. Assim, a igualdade deixa de ser considerada apenas em

(5) Ermida Uriarte, Oscar, "Mercosur y derecho laboral", Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pág. 19.

seu aspecto meramente formal para transmudar-se em igualdade concretizada pela ação estatal. Eis a segunda geração dos direitos humanos fundamentais: os direitos do homem como animal social⁽⁶⁾.

A Declaração Sociolaboral diz respeito, pois, aos direitos humanos de segunda geração: reafirma direitos sociais.

3. A APLICAÇÃO DA DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL NO BRASIL — PARA ALÉM DO MONISMO E DO DUALISMO JURÍDICO NA DOCTRINA INTERNACIONALISTA

A teoria internacionalista clássica estuda normalmente as formas pelas quais as normas de Direito internacional ingressam nos ordenamentos jurídicos internos à luz de duas principais construções teóricas, quais sejam: a concepção monista e a concepção dualista.

Sem embargo da importância destas teorias, surge, recentemente, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos uma nova concepção que aponta para a operatividade imediata da norma internacional referente a direitos humanos dentro dos ordenamentos jurídicos internos.

Desta forma, após o estudo do monismo e do dualismo jurídicos na doutrina internacionalista tradicional, abordar-se-á a questão da recepção automática e imediata da norma internacional que verse sobre a matéria de direitos humanos, buscando-se verificar se esta nova concepção foi ou não adotada pelo Texto Constitucional brasileiro de 1988.

Ademais, analisar-se-á a nomenclatura das normas internacionais a fim de definir se a Declaração Presidencial pode ser considerada como um Tratado de Direito Internacional ou se possui um efeito vinculante diante da nova concepção supracitada de incorporação da norma internacional sobre direitos humanos.

3.1. O monismo

A teoria monista tem como principais adeptos *Hans Kelsen* e *Georges Scelle* que, defendendo a unidade do sistema jurídico, embora dividido em diversos ramos, acreditam que o Direito Internacional e o Direito interno não possuem entre si uma total independência, senão uma relação de interconexão⁽⁷⁾.

(6) Adota-se o enfoque geracional dos direitos humanos por sua clareza didática, mas não sem se ter consciência de que cada geração não constitui novos direitos, senão direitos que sempre existiram e acompanharam o ser humano na esfera ontológica ou da inerência, cujo reconhecimento pelo direito positivo se opera em diferentes etapas históricas. As diversas gerações de direitos humanos nada mais são que o caminhar da humanidade rumo à concretização plena destes direitos e do ideal de felicidade inerente ao ser humano. Portanto, o enfoque geracional é admitido com reservas. Idêntica advertência pode ser encontrada nos seguintes autores: *Pinto, Mônica*. "Temas de derechos humanos", Buenos Aires, Del Puerto, 1999, págs. 56-7. *Canotilho, José Joaquim Gomes*. "Direito constitucional e teoria da constituição", Coimbra, Almedina, 1999, págs. 362-3.

(7) Cf. *Süssekind, Arnaldo*. "Direito internacional do trabalho". São Paulo, LTr, 2000; pág. 61. *Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez Posse*. "Derecho internacional público", Buenos Aires, Zavalía, 1999, pág. 54.

Arnaldo Sússekind, com brilhante poder de síntese, afirma que a teoria monista apregoa a interdependência entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, o que determina que a simples ratificação de um tratado por um Estado implica a incorporação automática de suas normas à respetiva ordem jurídica interna⁽⁸⁾.

Em outras palavras: o tratado ratificado derroga, de maneira automática, as disposições da lei interna que se lhe apresentem contrárias.

Como se notou, o monismo resulta da concepção do Direito como uma unidade absoluta, na qual convivem diversos subsistemas jurídicos que se relacionam hierarquicamente e da qual resulta que o Direito Internacional integraria, sem maiores formalidades, o Direito Estatal.

Entretanto, observam *Moncayo, Vinuesa e Gutiérrez Posse* que embora todos os publicistas que adotam a concepção monista concebam o Direito Internacional e o Direito Interno como pertencentes à mesma ordem jurídica, suas opiniões são dispares no que respeita à relação de dependência ou subordinação entre os diversos subsistemas nela existentes⁽⁹⁾.

Três são as vertentes de pensamento.

Pela primeira, há primazia do Direito Estatal sobre o Direito Internacional. Desta feita, este retira sua força obrigatória daquele. Portanto, haveria uma subordinação do Direito internacional ao Direito Interno de cada país. Seus críticos dizem que esta corrente despreza o princípio internacional da continuidade e da identidade dos Estados, ignorando que as mudanças de ordem política produzidas dentro da ordem jurídica interna não eliminam nem modificam as obrigações antes assumidas no âmbito internacional. Aliás, este fato serviria para provar que o Direito Internacional não retira sua força obrigatória do interior do ordenamento jurídico estatal⁽¹⁰⁾.

De acordo com a segunda linha de abordagem, o Direito Internacional tem prevalência sobre o Direito Estatal que, na verdade, daquele deriva, restando assim a ele irremediavelmente subordinado ou condicionado. Deste modo, haveria nulidade automática das normas jurídicas inferiores (Direito Interno) que contrariassem as normas superiores (Direito Internacional), argumentando alguns, como *Georges Schelle*, que inclusive as normas constitucionais dos Estados estariam subordinadas aos mandamentos do Direito Internacional. Contra esta postura costuma-se argumentar que deixa sem explicação o fato de existirem atos ilícitos no âmbito internacional que dentro da órbita interna revestem-se de licitude⁽¹¹⁾.

Já a terceira atitude frente ao monismo procura estabelecer uma linha moderada, reconhecendo a possibilidade de coexistência de incompatibilidade entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional, mas acrescentando que a unidade final do ordenamento determina a responsa-

(8) Sússekind, Arnaldo. *Op. cit.*, pág. 63.

(9) *Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez Posse. Op. cit.*, pág. 53.

(10) *Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez Posse. Op. cit.*, pág. 54.

(11) Sússekind, Arnaldo. *Op. cit.*, págs. 61-2. *Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez Posse. Op. cit.*, pág. 54.

bilização internacional do Estado que possua normas internas que contrariem o Direito Internacional. Contudo, a crítica assevera que esta corrente não consegue explicar por que a possibilidade de sancionar o Estado violador da normas internacional não determina a genérica e automática invalidação da norma interna que, assim, permanece viva e gera efeitos no Direito Estatal⁽¹²⁾.

3.2. O dualismo

Anzilotti e Tripel são os mais importantes representantes da doutrina dualista, acreditando que o Direito Internacional e o Direito Estatal têm cada um seu próprio espaço de validade e seu próprio campo de ação⁽¹³⁾.

Logo, baseia-se o dualismo na independência entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. Assim sendo, a ratificação do tratado importa tão-somente o surgimento do compromisso estatal de produzir normas jurídicas internas de acordo com o Instrumento internacional ao qual aderiu, sob pena de sua responsabilização na órbita internacional. A complementação ou a modificação do Direito Interno exige atos formais por parte do legislador nacional⁽¹⁴⁾.

A invocação e aplicação de uma norma internacional, no plano interno, não dispensa sua transformação, através de um ato estatal em direito nacional. Seguindo esta linha de raciocínio, afirma-se que um ato lícito para o Direito Interno poderia contrariar as obrigações internacionais do Estado que então estaria sujeito à responsabilização internacional. Entretanto, esta responsabilidade não invalidaria, por si só, a norma interna que restaria vigendo até que fosse atingida por um ato estatal de revogação⁽¹⁵⁾.

Esta teoria, contudo, não se presta a explicar todos os fenômenos que se apresentam no campo das relações entre o direito interno e o direito oriundo de normas internacionais. Como se verá a seguir, há direito internacional que ingressa no ordenamento jurídico interno, mesmo de países que adotam a teoria dualista, que prescindem da necessidade de atos formais de recepção e incorporação como, por exemplo, o costume internacional.

Por outro lado, a existência de normas válidas para um ordenamento e inválidas para outro tampouco comprovaria a definitiva dualidade dos sistemas jurídicos. Recorde-se que há ordenamentos internos nos quais vigem normas contrárias à Constituição que operam normalmente enquanto não haja declaração de sua invalidade que, aliás, somente derrama seus efeitos sobre o caso concreto. Este é o caso do Brasil⁽¹⁶⁾.

Assim sendo, resta evidente que o sistema hermético das teorias monista e dualista não se presta a explicar todo fenômeno das relações que se estabelecem entre o direito interno e o direito internacional.

(12) *Moncayo. Vinuesa. Gutiérrez Posse. Op. cit.*, pág. 54.

(13) *Moncayo. Vinuesa. Gutiérrez Posse. Op. cit.*, págs. 54-5.

(14) *Süssekind, Arnaldo. Op. cit.*, pág. 63.

(15) *Moncayo. Vinuesa. Gutiérrez Posse. Op. cit.*, pág. 55.

(16) *Moncayo. Vinuesa. Gutiérrez Posse. Op. cit.*, pág. 55.

Como bem acentuam *Moncayo*, *Vinuesa* e *Gutiérrez Posse*, a melhor solução para analisar tais relações é observá-las a partir das práticas internacionais consagradas. Nestas estão presentes os mais poderosos adminículos para entender como se interpenetram direito interno e direito internacional. A tendência geral consiste em se admitir a prevalência do direito internacional sobre o direito interno, sendo as leis nacionais meros fatos, manifestações de vontade estatal, do mesmo modo que as decisões judiciais ou as medidas administrativas⁽¹⁷⁾.

Do estudo das práticas internacionais evidencia-se, sobretudo, que as normas concernentes a direitos humanos foram paulatinamente ganhando, dentro do direito internacional, um espaço peculiar, de modo que hodiernamente não se pode mais querer abordar seu ingresso nos ordenamentos jurídicos internos unicamente sob os auspícios das teorias tradicionais do monismo e do dualismo: as normas internacionais de direitos humanos consagraram na prática internacional sua operatividade imediata, de maneira que estão sujeitas a um especial modo de inserção nos ordenamentos jurídicos internos em relação às normas internacionais de conteúdo diverso.

3.3. Operatividade imediata dos direitos humanos — Sistema especial de ingresso da norma jurídica sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno

A regulação constitucional brasileira de ingresso do Direito Internacional no ordenamento jurídico interno revela que há, para a maioria dos atos internacionais, a necessidade de se conjugarem dois requisitos. O primeiro está previsto no art. 84, inciso VIII da Constituição Federal que determina a competência privativa do Presidente da República para a celebração de tratados, convenções e atos internacionais que posteriormente estarão sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. O Legislativo terá a palavra final sobre tais atos internacionais, por força do art. 49, inciso I também do texto magno e somente após sua manifestação há a publicação do decreto legislativo que coloca em vigor a norma internacional na ordem jurídica interna. Este o segundo requisito. Desta forma, a rigor, não geraria nenhum efeito a norma internacional pela simples assinatura do Presidente da República se ela não for referendada pelo Congresso Nacional, já que a ratificação somente ocorrerá após a aprovação do instrumento pelo Legislativo. Ademais, somente após a publicação, na *Imprensa Oficial*, em língua portuguesa, a norma internacional se integra definitivamente ao ordenamento jurídico nacional e passa a gerar efeitos⁽¹⁸⁾.

Entretanto, como bem coloca *Rogério Gesta Leal*, esta posição é um tanto conservadora e dogmática, não podendo ser aplicada às normas internacionais que versem sobre direitos humanos, já que esta interpretação colidiria frontalmente com o disposto no art. 5º da Constituição Federal.

(17) *Moncayo*, *Vinuesa*, *Gutiérrez Posse*. *Op. cit.*, págs. 56-7.

(18) *Leal*, *Rogério Gesta*. "Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil", Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2000, págs. 116-7.

que estatui que direitos desta natureza, reconhecidos internacionalmente, passam a integrar o elenco de prerrogativas constitucionalmente instituídas e exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno⁽¹⁹⁾.

Sem ainda se perquirir a respeito da natureza jurídica do instrumento internacional nomeado "Declaração", cumpre notar que uma das possibilidades para advogar a aplicação da Declaração Sociolaboral do Mercosul no âmbito interno dos países signatários consiste em avançar para além das teorias clássicas do monismo e do dualismo jurídicos no que respeita à inserção da norma internacional nos ordenamentos jurídicos internos. Esta superação das teorias clássicas aponta para a operatividade imediata das normas internacionais referentes a direitos humanos que, em especial no Direito brasileiro, tem uma clara acolhida pelo art. 5º, parágrafos primeiro e segundo da Constituição da República.

A idéia de operatividade imediata dos direitos humanos fundamentais e de seu ingresso automático, sem formalidades, ao ordenamento interno, tem duas origens.

A primeira é de ordem jurídica e compreende os movimentos verificados dentro da doutrina constitucional no sentido de avançar do constitucionalismo organizacional para o constitucionalismo material, bem como o progressivo reconhecimento na esfera internacional da natureza ontológica e inerente dos direitos humanos. Ressalte-se que, uma vez mais, se vislumbra que a ordem jurídica nacional (Constituição) penetra no Direito Internacional e vice-versa.

O segundo fato propulsor do reconhecimento dos direitos humanos consagrados internacionalmente como norma de aplicação imediata nos ordenamentos internos resulta de apreciações axiológicas e éticas. Não há como negar que os direitos humanos encerram uma principiologia e um conjunto de normas éticas que forcem reconhecer a impossibilidade fática da existência humana digna sem seu reconhecimento. Portanto, os direitos humanos teriam uma origem supranacional e, até mesmo, supralegal.

Onde quer que se fixe a gênese da teoria da operatividade imediata dos direitos humanos internacionalmente consagrados na órbita jurídica interna dos Estados, a realidade é que a importância do conteúdo de tais direitos impulsiona o reconhecimento doutrinário — e, em alguns casos, inclusive jurisprudencial — de construções jurídicas tendentes a torná-los um núcleo cada vez mais sedimentado e concreto.

Reconhecido o *status* especial dos direitos humanos, em virtude da matéria relevante de que tratam — tornar viável a existência digna do ser humano —, afigura-se indispensável imprimir-lhes força cogente e aplicação imediata a fim de que devesse impossível torná-los inoperantes. Assim, a moderna doutrina consagra a teoria da recepção imediata, sem quaisquer formalidades, dos direitos humanos pelos ordenamentos jurídicos internos, de modo que ficam então dotados de exigibilidade diante de todas as esferas do poder estatal, além da proteção internacional.

(19) Leal, Rogério Gesta. Op. cit., pág. 117.

A norma constitucional brasileira foi, indubitavelmente, avançada neste aspecto, dando não apenas guarida a operatividade imediata dos direitos humanos consagrados na ordem interna (art. 5º, § 1º) como também dos direitos humanos consagrados internacionalmente que entram em vigência na ordem interna sem maiores formalidades e passam a integrar o bloco de constitucionalidade (art. 5º, § 2º). Assim, pode-se dizer inclusive que o Direito Constitucional pátrio acolheu ainda a tese da supranacionalidade dos direitos humanos, renunciando inclusive à soberania nacional no que toca à proteção destes direitos, mormente se o dispositivo constitucional supracitado for interpretado em conjunto com a ordem de prevalência dos direitos humanos entre os princípios que pautam a atuação do Brasil nas relações internacionais (art. 4º, inciso II, da Constituição)⁽²⁰⁾.

Flávia Piovesan alerta que a incorporação automática do Direito Internacional sobre Direitos Humanos, no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, sem que se lhe imponha um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação, redunda em relevantes consequências no plano jurídico. Afinal, permitirá ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades protegidos pela norma internacional e ainda vedará o exercício de condutas violadoras a estes mesmos direitos. Por corolário, a partir da vigência da norma internacional, toda norma interna preexistente que lhe seja incompatível perderá automaticamente sua eficácia⁽²¹⁾.

Sem dúvida, a tese da operatividade imediata dos direitos humanos foi acolhida pela Carta Magna de 1988, no seu já citado art. 5º, parágrafos primeiro e segundo. Ao lado deste sistema, adotou o Brasil para as demais matérias, a sistemática da incorporação legislativa. Portanto, convivem harmonicamente no Direito Internacional Constitucional brasileiro duas fórmulas de ingresso das normas internacionais na ordem interna: a operatividade imediata e informal daquelas que estatuem direitos humanos (art. 5º, parágrafos primeiro e segundo da Constituição) e a incorporação intermediada pelo Congresso Nacional (arts. 49, I e 84, VIII da Constituição) para as demais matérias.

Disto também resultam, como já se assinalou, importantes consequências. A norma internacional que versar sobre direito comum integra o direito interno como lei ordinária e está sujeita à aplicação das regras de solução de antinomias típicas desta modalidade legislativa: a norma especial prevalece sobre a norma geral; a norma posterior derroga a anterior. Assim, o simples surgimento de uma norma posterior interna sobre a mesma matéria poderia derrogar a norma internacional, mesmo que o país não a houvesse denunciado formalmente. Já com as normas referentes a direitos humanos, outra é a realidade: passam a integrar o bloco de constitu-

(20) *Comparato, Fábio Konder*. "A proteção dos direitos humanos e a organização federal de competências", in *Trindade, Antônio Augusto Cançado* (Coord.). "A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro", São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996, págs. 207-8.

(21) *Piovesan, Flávia*. "Direitos humanos e direito constitucional internacional", São Paulo, Max Limonad, 1996, págs. 104-5.

cionalidade e estão sujeitas à proteção especial do art. 60, parágrafo quarto, inciso IV do Texto Constitucional, restando marcadas pela intangibilidade em relação ao legislador pátrio.

Sendo a Declaração Sociolaboral do Mercosul uma norma internacional que dispõe acerca de direitos sociais, reveste-se do caráter de norma internacional de direitos humanos e, *a priori*, estaria abarcada pela segunda hipótese.

Entretanto, para uma análise completa da questão, mostra-se imperioso discutir se os direitos sociais e econômicos estariam abarcados ou não entre os direitos humanos fundamentais a que a regra do art. 5º, parágrafos primeiro e segundo da Constituição faz expressa referência, incluindo-os ademais entre o núcleo duro da Constituição (art. 60, § 4º, inciso IV).

As opiniões não são pacíficas. A discussão está permeada pelo aspecto ideológico, já que, como lembra *Paulo Bonavides*, toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais e esta, por seu turno, a uma teoria da Constituição com uma determinada concepção de Estado e da cidadania, consubstanciando uma ideologia sem a qual a interpretação careceria de sentido⁽²²⁾.

A hermenêutica tradicional do Direito Constitucional, embora reconheça a existência de direitos fundamentais voltados à proteção daqueles direitos nascidos pela vida social do ser humano — os chamados direitos sociais —, costuma subtrair-lhes à proteção especial dada ao núcleo duro da Constituição, no qual estariam incluídos tão-somente os direitos e garantias individuais. Fundam seu raciocínio da seguinte forma: os direitos e garantias individuais dizem respeito aos direitos ontológicos do ser humano e por isso devem gozar de total imutabilidade na esfera constitucional; os direitos sociais correspondem ao ser humano como ser social e, não sendo inerentes da forma humana, não são merecedores da elevação ao *standard* jurídico de cláusula pétrea constitucional. Aplica-se assim uma interpretação originada na leitura literal do art. 60, parágrafo quarto da Constituição para traduzir que os direitos e as garantias individuais a que faz referência querem exprimir unicamente os direitos que historicamente foram reconhecidos pela consagração do ideário liberal e que correspondem apenas ao homem-indivíduo⁽²³⁾.

Uma segunda ordem de raciocínio aduz que a simples consagração das liberdades como cláusulas pétreas da Constituição é insuficiente para a concretização da dignidade humana, sendo necessário o reconhecimento de garantias individuais outras nas quais se compreendem as garantias institucionais voltadas à realização material da justiça social: os direitos sociais. Assim, estes direitos correspondem a uma necessidade de concretização da dignidade humana e estariam englobados na expressão utilizada pelo art. 60, parágrafo quatro, inciso IV do Texto Constitucional de 1988.

(22) *Bonavides, Paulo*. "Curso de direito constitucional", São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 534.

(23) *Bonavides, Paulo*. *Op. cit.*, pág. 589-90.

Garantias individuais e garantias sociais não se excluem, senão se interpenetram e se complementam, de modo que nada justifica a não inclusão das segundas no núcleo duro da Constituição⁽²⁴⁾.

A segunda corrente de pensamento parece ser a mais razoável. Não separa os direitos humanos ontológicos dos direitos humanos inerentes à natureza social do ser humano. Afinal, estas duas facetas do Homem são também indissociáveis na realidade concreta: o ser humano, dotado de direitos que lhe pertencem unicamente por sua forma de existência, é também um ser social, de modo que não se podem distinguir ambos os aspectos. Assim, forçoso assentir com a natureza de direitos fundamentais inalienáveis dos direitos sociais e crer que estes, quando consagrados na órbita internacional, passam a integrar o núcleo duro de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos. A norma internacional de direitos humanos de natureza econômica e social integra direta, imediata e automaticamente o Direito Constitucional interno, fazendo com que os direitos a que faz referência passem a integrar o bloco de constitucionalidade sobre a matéria, estando revestidos inclusive da proteção especial que se dá às cláusulas pétreas da Carta Suprema (art. 60, parágrafo quarto, inciso IV).

A Declaração Sociolaboral do Mercosul, constituindo instrumento internacional sobre matéria de direitos sociais — e, portanto, de direitos humanos — está, pois, compreendida nesta hipótese. Suas normas são, de pronto, recepcionadas pelo texto constitucional que as integra no compartimento rígido e imutável da norma constitucional. Em última análise, seu conteúdo voltado à proteção de direitos humanos fundamentais a alça, de plano, ao ordenamento jurídico interno brasileiro, por força do art. 5º, parágrafo segundo do texto constitucional como norma de primeira grandeza com aplicação imediata (parágrafo primeiro do citado art. 5º) e sujeita à proteção especial de que trata o art. 60, parágrafo quarto, inciso IV também da norma constitucional.

Cumprе, por fim, notar que a grande maioria dos direitos consagrados na Declaração Sociolaboral do Mercosul já estão previstos pela norma constitucional brasileira e também pela legislação ordinária. Há, entretanto, algumas matérias, como a liberdade sindical, que estão tratadas de modo diverso ao constante da Declaração. Surge, neste caso, o problema de identificar qual o critério para verificar a norma aplicável.

Em uma interpretação arraigada aos conceitos hermenêuticos clássicos, poder-se-ia sustentar que a norma internacional em tela, tendo sido recepcionada pela Constituição, seria aplicável à matéria, tendo em vista que posterior às disposições constitucionais primitivas. No entanto, já se sustentou que estes métodos interpretativos não têm total adequação à nova concepção proposta neste trabalho. Ademais, as normas referentes à liberdade sindical estão expostas tanto pelo texto constitucional original como pela Declaração Sociolaboral como princípios, de modo que o even-

(24) Bonavides, Paulo. *Op. cit.*, págs. 593-5.

tual conflito entre estes não pode ser resolvido unicamente pela aplicação das regras de solução de antinomias, mas de um sopesamento destes princípios com os demais que compõe o ordenamento constitucional. Desta forma, parece crível que as normas da Declaração a respeito da completa liberdade sindical tornar-se-iam aplicáveis em face das disposições constitucionais originárias (unicidade sindical), já que melhor se enquadram a um regime democrático de direito e defesa das liberdades individuais e coletivas como o consagrado pelos demais princípios constitucionais⁽²⁵⁾.

3.4. A desnecessidade de ratificação — Um novo conceito de tratado

Cumpra destacar que alguns autores advogam a prescindibilidade da ratificação para o ingresso da norma internacional no ordenamento jurídico interno — o que me parece razoável —, especialmente quando aquela não trazer a expressa ressalva de que foi firmada sob condição de posterior confirmação do consentimento estatal. Esta argumentação decorre das disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que, em seu artigo 11, dispõe que várias são as formas de confirmação pelo Estado com relação à norma internacional, prevendo a ratificação apenas como uma delas e não a exigindo sempre como condição indispensável para a validade do instrumento. Ademais, o art. 14, inciso I, letra a, da Convenção, complementando a disposição supracitada, afirma que o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado se manifesta mediante ratificação quando o próprio tratado disponha que tal consentimento deve ser manifestado desta forma. Portanto, somente quando o tratado dispuser expressamente sobre a necessidade de ratificação é que este ato-condição será considerado indispensável para sua validade no âmbito interno de cada país⁽²⁶⁾.

Os argumentos supramencionados parecem, de fato, ter pleno cabimento mesmo naqueles países que não ratificaram a Convenção de Viena, como é caso do Brasil. Afinal, como bem leciona *Georgette Nacarato Nazo*, estribada nos aportes do Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, embora o Estado brasileiro não tenha internado a convenção como direito escrito, positivo, legislado, não pode ele ficar à margem

(25) É bom lembrar que se adota aqui a distinção da doutrina pós-positivista dos princípios para a qual estes desempenhariam um papel normativo dentro dos ordenamentos jurídicos e não apenas um papel integrador do Direito. Assim sendo, os princípios operariam como normas, pois contém enunciados deontológicos fundamentais, prescrevendo, proibindo ou facultando ações. São, portanto, junto com as regras, espécie do gênero norma. As regras possuem convivência antinômica no seio do ordenamento, de modo que não podem conviver duas regras opostas em um mesmo sistema jurídico. Já os princípios comportam um dimensionamento ou um sopesamento que redundam na possibilidade de conviverem em harmonia no ordenamento jurídico dois deles que sejam aparentemente opostos. Para um estudo mais aprofundado da questão, remeta-se o leitor aos seguintes estudos: *Alexy, Robert*. "Teoría de los derechos fundamentales", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, págs. 81-138. *Canotilho, José Joaquim Gomes*. *Op. cit.*, págs. 1085-1101. *Dworkin, Ronald*. "Los derechos en serio", Barcelona, Ariel, 1997, págs. 61-145.

(26) *Jiménez de Aréchaga, Eduardo*. "El derechos de los tratados", in (Coord.). "Derecho internacional público", Montevideu, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, v. 1, pág. 212.

da sistematização obtida pela Conferência Internacional de Viena, especialmente quanto aos conceitos jurídicos fundamentais ali expressos, devendo tê-los, como costume ideal no balizamento da espécie ali contida. Portanto, a Convenção de Viena, opera, para o Brasil, como fonte formal costumeira de Direito Internacional, dispensando o elemento volitivo típico dos tratados em sentido estrito manifestado pela aceitação formal do instrumento. Não vale a alegação de que o Brasil não ratificou a Convenção de Viena para excluir a aplicabilidade da normativa genérica das normas internacionais no país⁽²⁷⁾.

Assim sendo, pode-se dizer que o conceito de tratado, segundo a interpretação que ora se adota em relação aos arts. 11 e 14, inciso I, alínea a, da Convenção de Viena, torna-se mais abrangente.

Tratado deixa de ser apenas o acordo internacional celebrado entre Estados soberanos e regido pelo Direito Internacional, constante de instrumento único, dois ou mais instrumentos conexos, sujeitos à ratificação. Afinal, sob a nova ótica proposta, este é o tratado em sentido estrito. Já em um sentido amplo, a expressão "tratado" abrangeria os mais diversos instrumentos, inclusive os não sujeitos à ratificação, como as recomendações da OIT e as declarações de direitos. Tal linha de raciocínio afigura-se inteiramente coerente com uma nova exegese da parte final do art. 2º, inciso I, alínea a, da mesma Convenção de Viena. Portanto, sob este prisma, a Declaração Sociolaboral do Mercosul constitui-se em um documento vinculante para os Estados partes.

Ainda que não se adote esta linha de pensamento, há três fundamentos outros para considerar a Declaração Sociolaboral do Mercosul como um instrumento internacional vinculante para os Estados-membros:

O primeiro resulta do fato de que, ao utilizar-se a expressão "instrumento não vinculante" durante as negociações para elaboração do documento, havia na verdade a intenção de subtrair sua aplicação e seguimento dos mecanismos de controle e solução de controvérsias do Mercosul, já que a matéria social não deveria ser vinculada à matéria comercial e tributária, conforme os entendimentos entre as delegações dos quatro países. Ademais, como a própria Declaração prevê um mecanismo e um órgão de aplicação e seguimento, a Comissão Sociolaboral do Mercosul, dotada de faculdades consultivas promocionais de políticas sociais junto ao GMC, resta evidente que os Estados partes reconheceram implicitamente sua aplicabilidade.

A segunda consideração decorre de o termo "Declaração", na seara das Nações Unidas, estar reservado aos documentos que reconhecem direitos da mais alta hierarquia e que, por si só, vinculam os Estados à sua observância dentro de seu ordenamento jurídico interno. Como assina *Mônica Pinto*, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos teve

(27) Nazo, *Georgette Nacarato*. "Direito dos tratados: singularidade no âmbito da OIT", in *Revista LTr*, São Paulo, janeiro de 1993, v. 57, págs. 44-6.

seu caráter vinculante reconhecido pela Corte Internacional de Justiça, que nela enxergou uma norma jurídica internacional plenamente aplicável, dentro e fora do âmbito de seus Estados-membros⁽²⁸⁾.

O terceiro argumento é de natureza meta-jurídica. Não seria razoável que se promovessem, por parte dos Estados-membros, diversas reuniões que buscassem o consenso acerca de um documento internacional que estabelecesse apenas um programa ético-social sem qualquer efeito vinculante na sua órbita jurídica interna. Na esfera fática, fugiria aos limites do razoável o dispêndio de tempo e recursos financeiros para a criação de um instrumento de índole meramente moral e sem qualquer eficácia jurídica.

Portanto, através da superação do conceito clássico de tratado internacional, resta evidente a caracterização da Declaração Sociolaboral como um instrumento dotado de força vinculante.

4. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS RECONHECIDOS NA NORMA INTERNACIONAL — A APLICABILIDADE JUDICIAL DA DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL

Reconhecida a total e imediata recepção da Declaração Sociolaboral do Mercosul ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro e sua operatividade como cláusula pétrea, resta analisar quais os instrumentos jurídicos colocados à disposição do interessado para sua defesa judicial.

Os remédios diferem de acordo com o conteúdo da norma consagrada através da Declaração, levando em conta a distinção que se sói fazer entre normas de aplicabilidade imediata e normas programáticas. Em uma abordagem bastante simplista — que melhor corresponde à índole deste trabalho —, aquelas seriam as normas que encerrariam um enunciado deôntico completo, de modo que estampariam uma proibição, um mandamento ou uma permissão, não exigindo qualquer complementação para que se torne juridicamente exigível seu conteúdo. Já as normas programáticas estabelecem diretrizes que deverão ser desenvolvidas, pela atuação do legislador, através da criação de norma regulamentadora de seu exercício.

Feitas estas considerações, resta descrever abreviadamente quais os principais meios de defesa judicial dos direitos consagrados na Declaração Sociolaboral do Mercosul.

4.1. A defesa através do processo comum

O exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade pode operar-se pela via difusa ou pelo modo concentrado. Este se verifica quando o controle de constitucionalidade está atribuído somente ao órgão de cúpula

(28) Pinto, Mónica. *Op. cit.*, págs. 36-7.

do Poder Judiciário ou a uma Corte ou Tribunal Constitucional enquanto aquele corresponde ao exercício do referido controle por todos os membros do Poder Judiciário⁽²⁹⁾.

O Brasil adota o controle jurisdicional com a combinação de modelos difuso e concentrado. Assim, podem os membros do Poder Judiciário conhecer a inconstitucionalidade de uma determinada norma ou disposição, pela via da exceção, em cada caso concreto que lhe é posto para apreciação, ao mesmo tempo que o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle concentrado através da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade. Neste tópico, o trabalho ocupará do controle pela via difusa, já que se está a tratar da defesa dos direitos sociais consagrados na Declaração Sociolaboral do Mercosul por meio do processo comum⁽³⁰⁾.

De acordo com o controle difuso, pela via de exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. Portanto, sentindo-se lesado em um dos direitos previstos na Declaração Sociolaboral do Mercosul, especialmente no que tange aos direitos auto-executáveis ou de aplicação imediata, poderá o interessado requerer a declaração da inconstitucionalidade do ato lesivo que, nesta hipótese, somente emitirá seus efeitos sobre seu caso concreto⁽³¹⁾.

Assim, sem a lide concreta e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento apenas estende seus efeitos às partes em juízo, de modo que a sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da norma senão apenas à sua inaplicabilidade ao caso particular, objeto da demanda⁽³²⁾.

Portanto, parece que o processo comum, tanto no Judiciário Trabalhista como no Judiciário Federal e mesmo Estadual, será uma via de extrema valia para a defesa dos direitos de aplicação imediata previstos na Declaração, dada a salutar existência do controle de constitucionalidade difuso no sistema brasileiro e sua natureza de norma constitucional diante de sua incorporação ao núcleo duro da Constituição, em face do que prevêm os arts. 5º, parágrafos primeiro e segundo e 60 desta.

4.2. Os meios processuais constitucionais

Ao lado do processo comum, o sistema jurídico brasileiro prevê ainda remédios constitucionais para a defesa dos direitos e garantias previstos na própria Constituição. Dentre eles, merecem destaque o mandado de segurança que pode ser impetrado individual ou coletivamente e ainda o

(29) *Silva, José Afonso da. "Curso de direito constitucional positivo", São Paulo, Malheiros, 1995, pág. 53.*

(30) *Silva, José Afonso da. Op. cit., págs. 54-5.*

(31) *Silva, José Afonso da. Op. cit., págs. 55-6.*

(32) *Bonavides, Paulo. Op. cit., págs. 272-3.*

mandado de injunção que, em qualquer destas duas vertentes, poderia servir de poderoso auxílio para a exigibilidade dos direitos meramente programáticos a que se fez referência linhas atrás.

4.2.1. Mandado de segurança individual e coletivo

Remédio processual, previsto pela norma constitucional, tipicamente brasileiro é o mandado de segurança. Entre suas fontes estão os *writs* do direito anglo-saxônico e o amparo mexicano, bem como a construção doutrinária e jurisprudencial nacional que tendia a estender os efeitos do *habeas corpus* para a lesão a quaisquer direitos⁽³³⁾.

Ressalta o art. 5º, inciso LXIX da Constituição da República que se concederá mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. É evidente, pois, que estão abarcadas no pólo passivo da ação — que tem natureza civil — tanto as autoridades públicas como os agentes das pessoas jurídicas que estejam no exercício de atribuições do Poder Público. Com esta redação, o texto constitucional parece ter colocado ponto final na discussão que anteriormente se travava, na doutrina e na jurisprudência, acerca da possibilidade de ser o pólo passivo do mandado de segurança ocupado por quem não fosse autoridade pública em sentido estrito, mas estivesse no exercício de suas atribuições⁽³⁴⁾.

Comporta a medida propositura individual e coletiva. No primeiro caso, somente o titular do direito tem legitimidade para impetrar a medida. Já no segundo, há legitimidade para o partido político com representação no Congresso Nacional ou para a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O mandado de segurança prestar-se-á à proteção dos direitos previstos na Declaração Sociolaboral do Mercosul, sempre que uma autoridade — ou quem estiver no exercício de suas atribuições —, por ação ou omissão, ferir direito nela previsto. Note-se que não tem cabimento o oferecimento contra lei em tese, mas terá serventia para atacar a decisão judicial flagrantemente arbitrária e contrária ao direito assegurado, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

4.2.2. Mandado de injunção

O mandado de injunção constitui uma inovação trazida pela Constituição de 1988. Seus objetivos são claros: possibilitar o imediato exercício de direitos fundamentais que careçam de norma regulamentadora, evitan-

(33) *Ferreira Filho, Manoel Gonçalves*. "Direitos humanos fundamentais", São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 144.

(34) *Silva, José Afonso*. *Op. cit.*, págs. 424-5.

do que uma omissão legislativa proposital impeça ou dificulte sua efetividade. Assim, quer parecer que o órgão judicante poderá suprir a omissão legislativa, a fim de permitir o imediato exercício do direito.

Não obstante a clareza da previsão constitucional, o novo instrumento tem sido confundido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Boa distinção entre os dois remédios é a apresentada por *Eduardo K. M. Carrion*: "enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que diz respeito à omissão de medida para tornar efetiva qualquer norma constitucional (CF, art. 103, § 2º), tem por objetivo principal a defesa da ordem constitucional, o mandado de injunção, que diz respeito à falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI), é instrumento de defesa de um legítimo direito individual ou coletivo de fundamento constitucional". E assim arremata que a legitimidade de propositura de tais ações difere, sendo restrita a determinadas pessoas físicas ou jurídicas no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em virtude de seu papel institucional, e ampla ou abrangente, em relação ao mandado de injunção, cuja legitimidade ativa pertence a qualquer pessoa física ou jurídica que pretenda defender um direito individual ou coletivo constitucionalmente fundado⁽³⁵⁾.

Explicita *Alexandre Mariotti* que ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem alcance limitado, prestando-se tão-somente a certificar a existência da omissão inconstitucional e dar ciência ao poder competente para que tome providências, enquanto que o mandado de injunção teria alcance mais amplo, destinando-se a sanar a omissão em um determinado caso concreto e a possibilitar o exercício do direito previsto constitucionalmente. Entretanto, assinala o autor supracitado que, por conta de uma infeliz interpretação que lhe foi conferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), este último remédio constitucional resultou reduzido a uma versão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão passível de ser proposta por qualquer prejudicado pela inércia legislativa inconstitucional⁽³⁶⁾.

Aduz *José Afonso da Silva*, com propriedade, que não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, já que este não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Assim sendo, sentencia que é errônea a tese daqueles que alegam que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de desenvolvimento legal, dando a este remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão⁽³⁷⁾.

(35) *Carrion, Eduardo K. M.* "A efetividade dos direitos fundamentais", in *Revista da Femargs*. Porto Alegre, Fundação da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul, dezembro de 2001, n. 4, págs. 17-9.

(36) *Mariotti, Alexandre.* "Arguição de descumprimento de preceito fundamental e inconstitucionalidade por omissão", in *Revista da Femargs*. Porto Alegre, Fundação da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul, dezembro de 2001, n. 4, págs. 34-6.

(37) *Silva, José Afonso da.* *Op. cit.*, pág. 428.

Esta crítica é repetida por *Aldacy Rachid Coutinho*, que assevera que o STF, arraigado à tradição de independência entre os poderes e por não incorporar a lógica dos Estado Social de Direito, colocou por terra muitas das conquistas e avanços previstos na Constituição Federal em matéria social e que exigiam o desenvolvimento legal, uma vez que decidiu que o mandado de injunção, em determinados casos, somente se prestava a advertir ao poder habilitado sobre sua obrigação de regulamentar o exercício de tais direitos. Conclui assim, citando *Luís Roberto Barroso*, que a melhor proposta consistiria em sustentar que todas as normas definidoras de direitos sociais são dotadas de eficácia jurídica e devem ser interpretadas e aplicadas com sua máxima efetividade, abandonando-se a complexidade desnecessária do mandado de injunção em favor de uma postura mais célere do juiz. Logo, pouco importaria que o juiz atuasse diretamente em um processo comum, assegurando a plena eficácia dos direitos sociais reclamados no caso concreto ou por meio de um mandado de injunção⁽³⁸⁾.

A proposta de atuação direta dos direitos sociais, independentemente de mandado de injunção, por meio do processo de conhecimento comum, é tese que se sustenta especialmente se os direitos sociais são considerados direitos e garantias abarcados pela regra do art. 5º, parágrafo primeiro. No entanto, o mandado de injunção consiste em instrumento específico que, sempre que possível, deve ser utilizado em detrimento das formas processuais ordinárias.

Por outro lado, é fato digno de nota que o STF realmente deu, em muitos casos, uma interpretação ao mandado de injunção que o equipara à ação de inconstitucionalidade por omissão, sem atentar para sua finalidade maior: instrumentalizar e dar efetividade ao direito fundamental previsto constitucionalmente.

Entretanto, como bem lembra *Eduardo K. M. Carrion*, algumas decisões do STF, ainda em 1991 e 1992, avançam em uma perspectiva inovadora e, mais recentemente, ao concluir o julgamento do Mandado de Injunção 543-DF, em 26 de outubro de 2000, parece que a Corte suprema reafirma tal tendência que ficou ofuscada pela decisão de 1994 sobre o exercício do direito previsto no art. 37, VII da Constituição Federal.⁽³⁹⁾

Sem embargo de toda esta problemática, o mandado de injunção muito bem se adequaria para garantir o exercício de direitos de caráter meramente programático previstos na Declaração Sociolaboral do Mercosul, tendo em vista a recepção desta pelo núcleo duro constitucional, como acima foi exposto. Aliás, se houver realmente a afirmação da tendência inovadora sinalizada pelo STF no supracitado Mandado de Injunção 543-DF, este instrumento será, sem dúvida, o mais adequado para que o interessado reclame a efetividade do direito cujo desenvolvimento legal ainda não se verificou. Sua vantagem sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão está não apenas na titularidade mais abrangente, senão na possibilidade

(38) *Coutinho, Aldacy Rachid*. "Tutela jurisdiccional de los derechos sociales", in "Contextos: revista crítica de derecho social", Buenos Aires, 1999, v. 3, págs. 27-38.

(39) *Carrion, Eduardo K. M. Op. cit.*, págs. 17-9.

de o Judiciário suprir a omissão legislativa ainda que de forma temporária. Afinal, o conteúdo de sua decisão consistirá na outorga direta do direito reclamado, já que compete ao juiz definir as condições para sua satisfação direta e determiná-las imperativamente⁽⁴⁰⁾.

Por corolário do quanto fora exposto, a edição da norma saneadora da omissão, no mandado de injunção, é feita em caráter provisório pelo Judiciário e não pelo Legislativo, concretizando-se a satisfação do direito subjetivo constitucional, cujo exercício ficara paralisado pela ausência de norma regulamentadora por parte do órgão competente para sua criação⁽⁴¹⁾.

Há quem se levante contrariamente a esta possibilidade, arguindo que o Poder Judiciário não poderia ser dotado de funções legislativas, ainda que de forma supletiva, porquanto a Carta Magna de 1988 consagrou a separação e a independência entre os poderes constituídos⁽⁴²⁾.

Os que assim pensam, entretanto, parecem esquecer que este princípio deve ser sopesado com os demais princípios constantes do sistema constitucional. A própria Justiça do Trabalho está dotada de um poder normativo que encontra justificativa no equilíbrio entre dois outros princípios constitucionais: o valor social do trabalho e a livre iniciativa econômica. Este poder normativo não pode ser, pois, taxado de inconstitucional. Da mesma forma, o mandado de injunção confere um poder de criação de norma supletiva para dar vida ao princípio do próprio Estado de Direito ou mesmo do Estado Social de Direito consagrado na ordem constitucional brasileira. Nenhuma inconstitucionalidade há — a meu ver —, na atribuição do ato supletivo, mormente em caráter temporário, ao Poder Judiciário.

É importante apontar que o mandado de injunção tem sua disciplina procedimental no art. 102, inciso I, alínea g e inciso II, alínea a, bem como no art. 105, inciso I, letra h da Constituição Federal. Por fim, não se deve perder de vista que, qual o mandado de segurança, o mandado de injunção comporta duas modalidades de propositura: a individual e a coletiva. Esta última pode ser tentada pelos sindicatos no interesse de categorias de trabalhadores, quando faltar norma regulamentadora de seus direitos constitucionalmente reconhecidos (art. 8º, inciso III da Constituição)⁽⁴³⁾.

4.2.3. Outros remédios constitucionais

Entre os demais remédios constitucionais previstos para o ataque aos atos atentatórios aos direitos sociais que tomam parte da Carta Magna é a ação direta de inconstitucionalidade. Quando uma norma ou ato legislativo em sentido amplo afrontar qualquer disposição da Declaração Sociolaboral do Mercosul que, como já foi dito, é automaticamente incorporada no núcleo duro da Constituição, será possível sua defesa pela via da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) para a qual estão legitimados o Procura-

(40) Silva, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 429-30.

(41) Bonavides, Paulo. *Op. cit.*, pág. 505.

(42) Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, pág. 151.

(43) Silva, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 438-9.

dor-Geral da República, o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas Estaduais, os Governadores dos Estados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional⁽⁴⁴⁾.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em ação direta de inconstitucionalidade são vinculantes para as demais instâncias do Poder Judiciário. Assim também passa com a ação declaratória de constitucionalidade, que pode ser igualmente proposta para buscar a afirmação da constitucionalidade de um ato normativo em face da Declaração Sociolaboral, de acordo com a alteração do art. 102 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 03/93.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) A Declaração Sociolaboral do Mercosul tem efeito vinculante no Brasil, tendo em vista que, tratando de direitos humanos, — em especial, de direitos sociais, — integra automaticamente o sistema constitucional, por força do previsto no art. 5º, parágrafos primeiro e segundo da Constituição de 1988. Ademais, esta integração dá-se no núcleo duro da Carta Magna, restando os direitos ali previstos abraçados pela imutabilidade que é conferida aos direitos e garantias individuais do art. 60, parágrafo quatro, inciso IV também do Texto Constitucional.

b) A leitura atenta dos dispositivos constitucionais acima citados revela, sem sombra de dúvida, que a Constituição da República acolheu a tese da supranacionalidade operativa dos direitos humanos, o que importa rever os conceitos clássicos de ingresso das normas internacionais ao ordenamento jurídico interno. A discussão, portanto, sobre a adoção do sistema monista ou dualista, em matéria de direitos humanos afigura-se inócua: a supranacionalidade reconhecida constitucionalmente as alça imediatamente ao ordenamento jurídico interno e as integra ao núcleo duro da Constituição. Assim ocorre com a Declaração Sociolaboral do Mercosul.

c) Não é válido o argumento de que o instrumento "Declaração" não tem aplicabilidade jurídica, constituindo mero enunciado de propostas éticas e não normas dotadas de exigibilidade. Afinal, há que se superar o conceito de tratado como norma condicionada à ratificação diante das previsões dos arts. 11 e 14 da Convenção de Viena, cujas disposições se aplicam ao Brasil como Direito Internacional Costumeiro.

Ademais, já fora reconhecida na órbita internacional a plena aplicabilidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que demonstra que este tipo de instrumento é dotado de força vinculativa.

d) Sendo norma aplicável, a defesa judicial dos direitos previstos na Declaração Sociolaboral é possível por diversas vias.

(44) *Silva, José Afonso da. Op. cit., pág. 54.*

O processo comum poderá servir inclusive para a declaração da inconstitucionalidade de norma que contrarie dispositivo da citada Declaração, pela via da exceção, dada a existência do controle difuso de constitucionalidade no Brasil ao lado do controle concentrado.

A defesa ainda poderá ser exercida através dos remédios constitucionais específicos: o mandado de segurança, individual ou coletivo e o mandado de injunção, que reclama um novo posicionamento do Poder Judiciário sobre suas finalidades, a fim de imprimir-lhe o caráter de verdadeira ação de operatividade do direito meramente programático.

A ação de inconstitucionalidade por omissão poderá também ser suscitada, mas seu alcance é limitado, de modo que é manifestamente mais adequada a utilização do mandado de injunção, especialmente se a interpretação de seu fim sofrer a modificação acima sugerida.

A ação direta de inconstitucionalidade também tem total adequação para a defesa dos direitos previstos na Declaração Sociolaboral do Mercosul diante da edição de atos ou normas que atentem contra seu conteúdo.

Por fim, da mesma forma, afigura-se cabível a ação declaratória de constitucionalidade de um ato diante das normas previstas na Declaração.

6. BIBLIOGRAFIA (OBRAS CITADAS)

- Alexy, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Bonavides, Paulo. "Curso de direito constitucional", São Paulo, Malheiros, 1998.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. "Direito constitucional e teoria da constituição", Coimbra, Almedina, 1999.
- Carrion, Eduardo K. M. "A efetividade dos direitos fundamentais", in: *Revista da Femargs*. Porto Alegre, Fundação da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul, dezembro de 2001, n. 4. págs. 17-19.
- Comparato, Fábio Konder. "A proteção dos direitos humanos e a organização federal de competências", in *Trindade, Antônio Augusto Cançado* (Coord.). "A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro", São José da Costa Rica, Instituto Inter-Americano de Direitos Humanos, 1996.
- Coutinho, Aldacy Rachid. "Tutela jurisdiccional de los derechos sociales", in "Contextos: revista crítica de derecho social", Buenos Aires, 1999, v. 3. págs. 27-38.
- Dworkin, Ronald. "Los derechos en serio", Barcelona, Ariel, 1997.
- Ermida Uriarte, Oscar. "Mercosur y derecho laboral", Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. "Direitos humanos fundamentais", São Paulo, Saraiva, 2000.

- Jiménez de Aréchaga, Eduardo.* "El derechos de los tratados", in (Coord.). "Derecho internacional público", Montevidéo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, v. 1.
- Leal, Rogério Gesta.* "Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil", Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2000.
- Mariotti, Alexandre.* "Arguição de descumprimento de preceito fundamental e inconstitucionalidade por omissão", in *Revista da Femargs*. Porto Alegre, Fundação da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul, dezembro de 2001, n. 4. págs. 34-36.
- Moncayo, Vinuesa. Gutiérrez Posse.* "Derecho internacional público", Buenos Aires, Zavallá, 1999.
- Nascimento, Amauri Mascaro.* "Mercosul e direito do trabalho", in *Basso, Maristela* (Coord.). "Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros", Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997.
- Nazo, Georgette Nacarato.* "Direito dos tratados: singularidade no âmbito da OIT", in *Revista LTr*, São Paulo, janeiro de 1993, v. 57. págs. 44-6.
- Pinto, Mônica.* "Temas de derechos humanos", Buenos Aires, Del Puerto, 1999.
- Piovesan, Flávia.* "Direitos humanos e direito constitucional internacional", São Paulo, Max Limonad, 1996.
- Silva, José Afonso da.* "Curso de direito constitucional positivo", São Paulo, Malheiros, 1995.
- Silva, Walküre Lopes Ribeiro da.* "Os atores sociais diante dos desafios do processo de integração: diálogo social nas Comunidades Europeias e no Mercosul", São Paulo, Tese para concurso de Professor Titular da Universidade de São Paulo, 1998.
- Süssekind, Arnaldo.* "Direito internacional do trabalho", São Paulo, LTr, 2000.