

INTERNALIZAÇÃO DAS CONVENÇÕES DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

INTERNALISATION OF ILO CONVENTION IN BRAZIL

Fernanda de Miranda S. C. Abreu*

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a evolução do processo de internalização das Convenções da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico pátrio, estudando, para tanto, o arcabouço normativo desta importante organização e as possíveis consequências da adoção de suas Convenções com *status* de Emenda Constitucional. Por tratar-se de estudo descritivo e exploratório, o mesmo será realizado com base na pesquisa bibliográfica e histórica, utilizando-se por vezes do método dedutivo e em outras, do indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca dos textos normativos.

Palavras-chave: OIT. Convenções. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the evolution of the integration process of the International Labour Organisation conventions to national law, studying both the normative framework of this important international organization and the possible consequences of the adoption of its Convention on the status of a constitutional amendment. Because it is a descriptive study will be conducted based on literature and history research, sometimes using the deductive method and other the inductive one, especially in critical reflections on the normative texts.

Keywords: ILO. Conventions. International Law of Human Rights.

SUMÁRIO

* Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP. Professora de Direito Internacional no Curso de Especialização da PUC-SP/Cogea e em Cursos Preparatórios. Advogada. .

Introdução. 1. Tratados de Direitos Humanos no Direito brasileiro. 1.1. Antes da Constituição Federal de 1988. 1.2. Após a Constituição Federal de 1988. 1.3. Depois da Emenda Constitucional nº 45/04. 2. A OIT como sujeito de Direito Internacional Público. 2.1. Convenções. 2.2. Recomendações. 2.3. Resoluções. 3. Aplicabilidade das Convenções da OIT já ratificadas. 3.1. Teoria da acumulação. 3.2. Teoria do conglobamento. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O fenômeno denominado globalização econômica vem sendo largamente discutido e analisado em suas causas e consequências, bem como no impacto que provoca no conceito clássico do Estado-nação, com o esmaecimento das fronteiras que lhe são inerentes.

Sendo a globalização econômica caracterizada pela livre circulação dos bens de produção, dentre os quais a mão de obra, inegavelmente gerará efeitos que reverberam nos contratos de trabalho mundo afora. São justamente tais efeitos que nos propomos a estudar no presente trabalho.

Com o intuito de mitigar as consequências deletérias da globalização no tocante aos trabalhadores, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem desenvolvido ao longo de sua existência inúmeros instrumentos visando fixar um patamar civilizatório mínimo a ser observado por todos os seus membros.

A partir de uma criteriosa análise da jurisprudência nacional é possível delinear a evolução do pensamento jurídico sobre a aplicabilidade e o alcance de tais instrumentos em nosso país.

Partindo-se da premissa de que as Convenções Internacionais do Trabalho são tratados de direitos humanos, analisaremos num primeiro momento os diferentes tratamentos recebidos por esses instrumentos internacionais antes e depois da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e, por fim, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Num segundo momento abordaremos a OIT como sujeito de direito internacional público, bem como as normas por ela produzidas. Em seguida será esmiuçado o entendimento segundo o qual as Convenções Internacionais do Trabalho e outros tratados de direitos humanos, uma vez ratificados, teriam aplicabilidade imediata, independentemente do *iter* do artigo 5º, § 3º, da CF/88, com a ampliação do arcabouço dos direitos trabalhistas, essenciais à efetiva garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Por fim examinaremos o princípio da norma mais favorável na instrumentalização das referidas Convenções e os entendimentos adotados a respeito, sintetizados nas teorias da acumulação e do conglobamento.

Por tratar-se de estudo descritivo e exploratório, o mesmo será realizado com base na pesquisa bibliográfica e histórica, utilizando-se por vezes o método dedutivo e em outras o indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca dos textos normativos.

1. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme ensina Francisco Rezek, “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos”.¹ O mesmo depreende-se do artigo 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1986, segundo o qual tratado é um

acordo internacional celebrado por escrito entre um ou vários Estados e entre uma ou várias Organizações Internacionais, ou entre várias Organizações Internacionais, regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.

Conclui-se do exposto que tratados são os meios mais adequados de estabelecer obrigações e outras disposições a ser observadas pelos Estados em suas relações internacionais e, quando for o caso, também na esfera nacional. É importante notar que não há limitação para as matérias abordadas e disciplinadas pelos diferentes tratados.

Identifica-se, no entanto, um crescente processo de internacionalização de certos temas, os quais, porque importantes, são objeto de convenções internacionais que buscam incrementar sua observância, fixando patamares mínimos a ser respeitados por todos. Dentre essas matérias podemos destacar os Direitos Humanos, cuja preeminência é tendencialmente aceita de forma universal.

Diz-se que os valores ínsitos aos Direitos Humanos são tendencialmente universais – ainda que não integralmente aplicados e respeitados por todos os Estados – porque integram o conjunto do *jus cogens* internacional. Explica Cláudio Finkelstein que *jus cogens* foi a denominação dada

à norma peremptória, obrigatória, inderrogável, seja pela vontade dos Estados, seja por imposição de Estado. Em termos concretos tem um significado além da cogência comum a qualquer ordem jurídica. (...) O conceito é baseado em uma aceitação de valores fundamentais e superiores, por toda a comunidade internacional, dentro do sistema e, em alguns aspectos, assemelham-se ao conceito de ordem pública

¹ REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

internacional ou a ordem pública na ordem jurídica interna. (...) É um corpo de princípios imperativos de direito internacional que são universais e não derogáveis. Com efeito, o 'jus cogens' representa as normas fundamentais do direito internacional que se aplicam a todos os Estados, independentemente de vontade ou consentimento.²

Em que pese tamanha aquiescência acerca de sua relevância, o mesmo não ocorre com a definição. Dada a subjetividade inerente à matéria, não há um conceito de Direitos Humanos amplamente aceito e observado. Para que se possa analisar adequadamente os Direitos Humanos é fundamental referir, mesmo que brevemente, suas diferentes gerações ou dimensões³ – e ainda que pensadores defendam a existência de uma quarta e até de uma quinta geração de Direitos Humanos, optou-se pela divisão clássica em três gerações ou dimensões, quais sejam:

1) *Direitos Humanos de primeira geração*: ainda que decorrentes de um longo processo histórico, cujo marco inicial foi a Magna Carta assinada na Inglaterra pelo rei João Sem-Terra (1215), tais direitos culminaram na Revolução Francesa (1789). São os direitos atinentes às liberdades públicas e aos direitos políticos, traduzindo o valor de liberdade;

2) *Direitos Humanos de segunda geração*: como consequência da Revolução Industrial europeia, no século XIX, surgem os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade;

3) *Direitos Humanos de terceira geração*: com a crescente globalização, a interdependência dos países torna-se cada vez mais premente. Dessa nova realidade emerge a necessidade de complexas tutelas difusas, especialmente na esfera ambiental e na dos direitos do consumidor. Assim, o ser humano é inserido numa coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.

No que tange à doutrina jusnaturalista, não se pode negar a importância de sua formalização por escrito para a nova perspectiva da tutela dos Direitos Humanos. Num primeiro momento, isso ocorreu apenas na esfera internacional com as declarações de Direitos Humanos,

² FINKELSTEIN, Cláudio. “**Jus cogens**” como paradigma do metaconstitucionalismo de direito internacional. Tese de Livre-Docência em Direito Internacional Público apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p. 144.

³ A divisão mais aceita é das *gerações*, seguindo a análise histórica das lutas e revoluções que geraram o reconhecimento das diferentes esferas de Direitos Humanos. Contudo, um número cada vez maior de doutrinadores entende que tal classificação é inadequada na medida em que sugere a ideia de que cada nova geração implicaria a extinção da anterior pelo decurso do tempo. Para tais pensadores, o termo *dimensão* seria mais adequado, correspondendo à exata noção da complementaridade presente entre as distintas classes de Direitos Humanos. Uma análise aprofundada da discussão escapa aos estreitos limites deste trabalho, mas consideramos que ambas as teses têm méritos e não se opõem. Dá-se o contrário: conjugadas são capazes de melhor explicar a evolução da tutela dos Direitos Humanos.

atos solenes através dos quais organizações intergovernamentais regionais ou mundiais, ou organizações não-governamentais de direitos humanos, proclamam sua adesão e apoio aos princípios gerais de direitos humanos, embora sem a formalidade e o valor jurídico que caracterizam os tratados internacionais e as normas jurídicas estatais.⁴

Dentre as mais importantes destacam-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), ponto seminal de toda a matéria, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que representou a necessária mudança de paradigma após os horrores da Segunda Guerra Mundial.

Em decorrência de seu reconhecimento na esfera internacional, tais direitos foram normatizados também nas esferas nacionais. Como ensinam Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Méndez Rocasolano:

Da restauração napoleônica, em 1804, até a Primeira Guerra Mundial, em 1914, surge a constitucionalização dos direitos enunciados nas primeiras declarações. Com isso os homens passam a gozar de direitos humanos por força da lei, através de sua positivação das declarações de direitos humanos, ultrapassando o estágio de reivindicações morais para converter-se numa questão sociopolítica (...).

(...)

No processo de reconhecimento dos direitos humanos também se estabelece uma ampliação progressiva do conteúdo dos direitos reconhecidos, o que vem a ser uma exigência diante da 'dinamogenesis' de novos direitos, que são novos reclamos ou concretizações ou novas interpretações de direitos preexistentes.⁵

Mesmo com a crescente constitucionalização dos Direitos Humanos, os tratados internacionais são importantes instrumentos de veiculação e aprimoramento da tutela desses direitos, influenciando de forma considerável o Direito interno dos diversos países, incluindo o Brasil.

É justamente essa importante relação que estudaremos a seguir, dividindo a análise em três momentos: antes da promulgação da Carta Magna de 1988, entre sua promulgação e o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e, por fim, sob a égide da referida Emenda.

1.1 Antes da Constituição Federal de 1988

Examinando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), percebe-se que há duas grandes fases com diferentes entendimentos sobre o *status* de tratados internacionais integrados ao ordenamento jurídico pátrio.

⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Méndez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

⁵ Idem. pp. 108 e 109.

Antes de 1977, quando foi julgado o célebre RE 80.004-SE, a posição majoritária do STF era no sentido de atribuir primazia ao tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Na referida decisão, onde discutia-se conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663, de 1966, e uma lei interna posterior – o Decreto-lei nº 427/69 –, a Corte Superior adotou o chamado monismo moderado.

Segundo tal entendimento, em caso de conflito entre tratado e lei posterior, esta devia prevalecer, em respeito ao princípio *lex posterior derogat priori*, ainda que isso significasse descumprir uma obrigação internacionalmente contraída pela ratificação do tratado.

Considerando que à época não havia a divisão entre tratados de Direitos Humanos e tratados de outras matérias, as convenções que contemplavam os citados direitos eram consideradas lei ordinária, assim como os demais tratados.

Há o entendimento, embora não prevalecente, de que os tratados de Direitos Humanos ratificados e regularmente incorporados à ordem interna antes da CF/88 possuem índole constitucional, pois materialmente recebidos nessa condição, nos termos do § 2º do artigo 5º da CF/88. É o que se depreende expressamente da decisão emitida no bojo do HC 87.585/TO, de 2007.⁶

1.2. Após a Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da CF/88, após longo período de ditadura militar, instaurou-se no Brasil novo cenário jurídico. Um dos pilares do texto constitucional passou a ser o da dignidade da pessoa humana, verdadeiro balizador para o constituinte e, portanto, para o legislador ordinário.

Ocorre que nem mesmo essa importante mudança foi capaz de alterar o entendimento do STF. Sobre a hierarquia dos tratados, no julgamento da ADI 1480-3 DF, em 1997, o Egrégio Tribunal analisou minuciosamente o procedimento de incorporação dos tratados ratificados. A solução apontada não se baseou na clássica dicotomia entre monistas e dualistas – procurou-se observar o *iter* estipulado pela CF/88, especialmente o enfrentamento entre formalistas e materialistas.

Assim, após a celebração do tratado na esfera internacional, da aprovação pelo Congresso, da ratificação presidencial e da expedição do competente decreto, adirão três

⁶ Nesse sentido, ver: LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005. pp. 15-18.

efeitos: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) executoriedade do ato internacional, que só então passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Depreende-se do julgado que os tratados ou convenções internacionais serão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa constitucional. Caso transgridam direta ou indiretamente o texto da Constituição, nenhum valor normativo lhes será conferido.

Pelo entendimento do STF, os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio teriam paridade normativa com as leis ordinárias nacionais. Nos casos, portanto, em que a CF estabelecer a necessidade de lei complementar para regular determinada matéria, um posterior tratado internacional não poderá fazê-lo.

Foi o que ocorreu com a fatídica Convenção nº 158, que veda a dispensa arbitrária de empregados. O artigo 7º, inciso I, da CF/88 possui a mesma disposição, mas sua instrumentalização requeria lei posterior. Quando a referida Convenção foi ratificada, muitos entenderam que viria a suprir a ausência de lei que regulasse a proibição de dispensa imotivada.

Tal entendimento, contudo, não prosperou. Conforme mencionado, o STF compreendeu tratar-se de matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. Tendo o tratado internacional paridade com mera lei ordinária, o mesmo não poderia ser aplicado ao caso em tela.

Partindo da premissa de que as Convenções da OIT são verdadeiros tratados de Direitos Humanos, tutelando os chamados direitos sociais, depreende-se que os referidos tratados ainda recebiam tratamento uniforme aos demais, todos com o *status* de lei ordinária.

Celso Lafer defende posição diametralmente oposta, com que concordamos:

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela 'vis directiva' do inc. II do art. 4º.

(...)

Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas.

Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.⁷

Assim, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil a qualquer tempo e que não foram integrados ao ordenamento jurídico pátrio pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF/88, não podem ser considerados simples leis ordinárias. Eles são materialmente constitucionais por trazerem em seu bojo matérias atinentes aos Direitos Humanos fundamentais, integrando sem sombra de dúvida o chamado bloco de constitucionalidade.

1.3. Depois da Emenda Constitucional nº 45/04

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu o § 3º no artigo 5º da CF, segundo o qual os tratados de Direitos Humanos internalizados pelo procedimento das Emendas Constitucionais têm força constitucional.

Após o advento da referida Emenda, surgiu no STF a tese, defendida pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos, conforme análise retirada da decisão do HC 87.585/TO, de 2007:

Vale registrar, neste ponto, a lição de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“Curso de Direito Constitucional”, p. 670/671, item n. 9.4.4, 2007, IDP/Saraiva) (...).

“Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

Era necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, ‘a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central’.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.⁸ [grifado no original]

⁷ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005. pp. 17-18.

⁸ Texto integral: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 17/11/11.

No já citado HC 87.585/TO, de 2007, o ministro Celso de Mello encampa o entendimento de Celso Lafer, esclarecendo:

Após muita reflexão sobre esse tema, **e não obstante** anteriores julgamentos desta Corte **de que participei** como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), **inclino-me a acolher** essa orientação, **que atribui natureza constitucional** às convenções internacionais de direitos humanos, **reconhecendo**, para efeito de outorga **dessa especial** qualificação jurídica.⁹ [grifado no original]

Tal entendimento, que julgamos acertado, não é todavia o prevalente. A posição majoritária do STF segue a tese da supralegalidade, defendida pelo ministro Gilmar Mendes, pela qual os tratados não-internalizados segundo o rito de Emenda Constitucional teriam *status* intermediário, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição.

Para os críticos deste viés, a tese da supralegalidade peca ao tratar desigualmente tratados da mesma espécie – isto é, de Direitos Humanos. Ao criar uma triplicidade de regimes jurídicos (constitucional, supralegal e ordinário) para o sistema de proteção desses direitos, estatuinto duas categorias diferentes para instrumentos internacionais que tutelam Direitos Humanos, a tese geraria a anacrônica e esquizofrênica situação de conferir maior valor normativo aos aprovados pelo *iter* do § 3º do artigo 5º da CF/88, em detrimento dos que escapam desse enquadramento, o que acabaria por enfraquecer o arcabouço normativo dos Direitos Humanos fundamentais.

Parece ter sido similar o raciocínio do STF no julgamento do HC 96772-SP (2009) sobre o *status* dos tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da CF/88.

Um dos principais pontos debatidos no remédio constitucional envolvia a possibilidade de a interpretação judicial atuar como instrumento de mutação informal da Constituição. Mediante interpretação do Poder Judiciário, questionava-se a legitimidade da adequação da própria CF, se e quando necessário compatibilizá-la com novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos econômicos, sociais e políticos característicos dos tempos atuais.

A Suprema Corte ressalta a importância da adoção do critério da norma mais favorável na exegese dos tratados internacionais de Direitos Humanos no processo de adequação – o que consiste em adotar a norma que confere primazia à pessoa humana, concedendo-lhe a mais ampla proteção.

Estabelece a Ementa do julgado:

⁹ Idem.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como aquela positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção a direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Houve considerável evolução do STF no reconhecimento da importância dos tratados e convenções internacionais como plataformas de Direitos Humanos. Sendo o STF o guardião da Constituição da República e a voz autorizada a interpretá-la quando necessário, legitimada está a adequação da Carta Magna aos tratados de Direitos Humanos, dentre os quais incluem-se – vale reprimir – as Convenções da OIT.

2. A OIT COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes como parte da Sociedade das Nações, durante o processo de paz que se seguiu ao término da Primeira Guerra Mundial. Sua concepção foi resultado de um longo processo de conscientização dos trabalhadores, dos empregadores e dos governantes acerca da necessidade de instituir-se uma rede de proteção aos obreiros, muitos dos quais submetidos a condições aviltantes de trabalho.

Conforme visto, o liberalismo oriundo da Revolução Francesa (1789) pregava, entre outras coisas, a plena autonomia da vontade e a não-intervenção estatal nos negócios privados. Decorria de tal paradigma a liberdade contratual plena, que segundo os intelectuais liberais seria inviabilizada por quaisquer classes “de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão”, razão por que foram abolidas e proibidas (artigo 1º da Lei Chapelier, de 17 de julho de 1791). Tal vedação alastrou-se para outros ordenamentos jurídicos.

Ocorre que tão defendida liberdade gerava situações perversas dada a desigualdade entre as partes contratantes, notadamente nos contratos de trabalho subordinado. Na tentativa de reverter tal quadro e apesar da proibição, os operários uniram-se – e as *trade unions* inglesas representaram importante marco dessa união. Como resposta, em 1824 o Parlamento britânico revogou a proibição ao sindicalismo, passando a tolerar as *trade unions* sem conferir-lhes, contudo, personalidade jurídica. Somente em 1871 o governo inglês regulamentou o direito de sindicalização, seguido por outros países, marcadamente a França e os EUA.

Ao mesmo tempo, alguns intelectuais e governantes passaram a defender a tese da internacionalização das normas de proteção ao trabalho. A primeira manifestação nesse sentido partiu do empresário Robert Owen, que aplicou ideias inovadoras em sua fábrica de tecidos na Escócia. Em 1818, ele propôs ao Congresso de Aix-la-Chapelle que fosse instituído um limite legal internacional da jornada de trabalho. Owen não obteve êxito ou recebeu apoio de qualquer governo, mas suas sugestões revolucionárias abriram caminho para as futuras transformações.

Uma delas foi a fundação em Londres, em 1824, da Assembleia Internacional dos Trabalhadores – comumente denominada *Primeira Internacional* –, onde Karl Marx e Friedrich Engels lançaram seu famoso Manifesto, clamando à união do proletariado e à criação de uma legislação social internacional.

A ideia de estabelecer “uma legislação internacional que, instituindo direitos irrenunciáveis em favor dos trabalhadores, tivesse também por escopo equilibrar o ônus da proteção social, entre países industrializados e concorrentes no comércio mundial”¹⁰, ganhava corpo e força.

Neste viés, por iniciativa dos deputados Decurtens e Favon, a Suíça convocou os Estados industrializados europeus para uma conferência a ser realizada em Berna em 5 de maio de 1890 e onde seriam discutidas normas protetivas internacionais. O kaiser Guilherme II da Alemanha, todavia, antecipou-se e, respaldado pelo reconhecimento internacional de seu país, convocou a Conferência de Berlim para 15 de março do mesmo ano. Vale destacar que a Alemanha foi a precursora na adoção de um regime de previdência social, sob o comando do chanceler Bismarck.

A Conferência de Berlim ocorreu conforme o planejado, mas seus resultados práticos foram tímidos, em parte pela hesitação dos governos europeus em adotar normas internacionais de proteção aos trabalhadores e em parte porque Guilherme II perdeu o entusiasmo pela causa após obter maioria no Parlamento alemão – o *Reichstag*. Mas a iniciativa não foi em vão, já que o amplo material reunido serviria de base para normas futuras.¹¹

Posteriormente, em julho de 1900, ocorreu o Congresso Internacional de Legislação do Trabalho, durante a Exposição Internacional de Paris. Entre outros tópicos foi aprovada

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000. p. 85.

¹¹ RODRIGUEZ, Americo Plá. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Faculdade de Derecho, 1963. p. 56.

por unanimidade a criação da Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores. Com o apoio financeiro do governo suíço, a Associação iniciou seus trabalhos na cidade da Basileia e exerceu laboriosa atividade – possuía 15 seções nacionais e realizou oito reuniões – até a eclosão da Primeira Guerra Mundial.

Desde o início da Guerra, a organização sindical norte-americana *American Federation of Labour* (AFL) empreendeu ações para que o futuro tratado de paz abarcasse normas de amparo ao trabalhador. Sindicalistas europeus encamparam a ideia, ampliando-a ao defender a participação das organizações sindicais na Conferência da Paz, ao lado dos governantes, sob pena não se obter resultados práticos em favor dos operários.

A questão social passou a contar entre os países beligerantes por razões eminentemente práticas: devido à importância das fábricas de armas e munições, dentre outras, para as operações militares, era de interesse dos governos regulamentar o trabalho nesses locais para obter a máxima produtividade, somando-se a isso a tomada de consciência por parte dos trabalhadores. Decisivos na vitória dos países aliados – seja no confronto bélico direto, seja na produção interna –, os obreiros tinham legitimidade para reivindicar melhores condições de trabalho.

No mesmo dia da instalação da Conferência da Paz, 25 de janeiro de 1919, no Palácio de Versalhes, foi designada uma Comissão de Legislação Internacional do Trabalho, que deveria, entre outras atribuições, apontar os meios necessários para a instituição de uma organização conexa à Sociedade das Nações, objetivando melhorar as condições laborais.

Conforme aponta Süsskind, a referida Comissão

tomou por base para discussão o projeto que havia sido apresentado pela delegação inglesa, o qual dispunha sobre a criação de um organismo tripartite, constituído de representantes governamentais, patronais e operários, que votariam individual e independentemente. Desde logo verificou-se que, enquanto as delegações da França e da Itália realçavam o papel dos governos no funcionamento do organismo e na conseqüente evolução das leis de proteção ao trabalho, os norte-americanos preferiam atribuir aos empregadores e trabalhadores os maiores ônus na solução dos seus próprios problemas, fixando-se os ingleses numa posição intermediária, que, afinal, veio a prevalecer. (...) Após 35 sessões, a Comissão concluiu, em 24 de março, o projeto que, com pequenas alterações, foi aprovado pela Conferência e passou a constituir a Parte XIII do Tratado de Versailles. Em 06 de maio de 1919 a Conferência adotou o texto completo do Tratado de Paz.¹²

Nascia assim, com sede na Suíça, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que no período entre-guerras (1919-1939) exerceu profícua atividade, estabelecendo normas internacionais de proteção laboral. A inovadora fórmula tripartite mostrou-se acertada,

¹² Idem. p. 100.

constituindo importante meio de legitimação da nova organização nas mais distintas esferas sociais, notadamente entre as classes operárias.

Com o início da Segunda Guerra Mundial, as atividades da OIT ficaram comprometidas e em novembro de 1941 aconteceu em Nova Iorque uma Conferência para definir as medidas adotadas após o fim do conflito para garantir a continuidade da organização. A conveniência e a importância de suas atividades foram reafirmadas à época pelo presidente norte-americano Franklin Roosevelt, que, juntamente com o primeiro-ministro inglês Winston Churchill, firmara em agosto do mesmo ano a Carta do Atlântico¹³, na qual manifestava a intenção de promover a cooperação internacional para incrementar normas de trabalho, prosperidade econômica e segurança social.¹⁴

Em 1944 realizou-se na cidade da Filadélfia (EUA), a 26ª sessão da Conferência, onde foi aprovada a chamada Declaração da Filadélfia, que tratava, dentre outros, dos seguintes tópicos: 1) ampliação dos princípios do Tratado de Versalhes (1919), ressaltando que a cooperação internacional era essencial para a segurança social da humanidade; 2) reafirmação do tripartismo; 3) imperatividade da justiça social; 4) ampliação da competência da OIT, incumbindo-a de promover programas de cooperação técnica; e 5) colaboração com outros organismos internacionais.

Apesar do prestígio alcançado pela OIT, sua existência corria riscos com o desaparecimento da Sociedade das Nações e a criação, em junho de 1945, da Organização das Nações Unidas (ONU), durante a Conferência de São Francisco. Em 30 de maio de 1946 foi firmado um acordo entre a ONU e a OIT, que passou à condição de organismo especializado das Nações Unidas e a ela vinculado, embora gozando de completa autonomia e personalidade jurídica própria.

Ainda em 1946 foi aprovado o novo texto da Constituição da OIT, da qual a Declaração da Filadélfia passou a ser parte integrante. Se antes a OIT tratava apenas da

¹³ A Carta do Atlântico estabeleceu um planejamento conjunto de como seria o mundo pós-Segunda Guerra Mundial, apesar de os Estados Unidos naquele momento ainda não integrarem o conflito. Os principais pontos: nenhum ganho territorial seria almejado pelos Estados Unidos ou pelo Reino Unido; os ajustes territoriais deveriam estar de acordo com os desejos dos povos interessados; autodeterminação dos povos; derrubada das barreiras comerciais; libertação do medo e liberdade de vontades; cooperação econômica global e avanço do bem-estar social; liberdade dos mares; e desarmamento das nações agressoras. Explica Francisco Rezek que tal acordo constituiu um *gentlemen agreement* e, portanto, “um não-tratado, (...) ante a percepção de que aquele acordo formal, lavrado por pessoas indiscutivelmente representativas de duas personalidades de direito internacional público, não se destinou a produzir efeitos jurídicos, a estabelecer normas concretas e cogentes para as partes, mas apenas a (...) dar a conhecer alguns dos princípios comuns às políticas nacionais de seus países, nos quais baseiam as suas esperanças de um futuro melhor para o mundo”. REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20.

¹⁴ Idem. p. 109.

regulamentação das condições de trabalho e do seguro social, depois da reforma abraçou missão maior, tutelando os direitos humanos fundamentais do trabalhador.

No desempenho de suas funções, a OIT conta com três importantes instrumentos normativos, que passamos a analisar detidamente: as Convenções, as Recomendações e as Resoluções.

2.1. Convenções

É interessante notar que até 1946 a OIT não produzia Convenções propriamente ditas, mas os chamados “projetos de convenção”, que só convertiam-se em tratados quando alcançado um número mínimo de ratificações. Após revisada sua Constituição, no entanto, a organização passou a aprovar Convenções, à semelhança de outros organismos internacionais.

As Convenções são tratados multilaterais abertos à ratificação dos Estados-membros da OIT, embora sua vigência internacional dependa do número de ratificações demandado pelo próprio texto.¹⁵ As Convenções aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho são classificadas como “tratados-leis” – isto é, tratados por meio dos quais as partes editam uma regra de direito objetivamente válida com o intento de estabelecer certas regras uniformes de conduta.¹⁶

Conforme esclarece Arnaldo Süssekind, as

convenções da OIT não correspondem (...) a leis supranacionais, capazes de ter eficácia jurídica no direito interno dos Estados-membros (...). O princípio da soberania ou, como preferia Kelsen, o da independência, é a base fundamental das relações entre Estados e, portanto, do Direito Internacional. Sem a adesão ao tratado multilateral aberto, por ato soberano, o Estado não estará vinculado ao respectivo instrumento, o qual, obviamente, não poderá gerar, no plano interno, os direitos e as obrigações estabelecidos em suas normas.¹⁷

Vale registrar que é contrária ao princípio da soberania, no entanto, a tese vitoriosa na Conferência de Berna, realizada em 1917, segundo a qual as convenções do trabalho aprovadas por maioria de dois terços de votos teriam força executiva depois de 12 meses. A Conferência de Versalhes não encampou tal entendimento ao criar a OIT, preferindo privilegiar a aplicação das Convenções apenas aos Estados-membros que soberanamente as ratificassem.

¹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000. p. 189.

¹⁶ REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

¹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000. p. 189.

Quanto à natureza de suas normas, as Convenções podem ser¹⁸:

- a. Autoaplicáveis: as disposições não requerem regulamentação complementar para ser aplicadas pelos Estados que as ratificam;
- b. De princípios: dependem da adoção de leis ou outros atos regulamentares para sua efetiva aplicação. Tais providências devem ser promovidas nos 12 meses transcorridos entre a ratificação e a vigência da Convenção no plano nacional. Comumente essas convenções são aprovadas juntamente com recomendações complementares, com o fito de propiciar a aplicação dos princípios gerais; ou
- c. Promocionais: fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua consecução.

Há ainda a chamada “convenção particular”, prevista pelo artigo 21 da Constituição da OIT. São tratados bilaterais ou plurilaterais, oriundos de projetos de convenção não aprovados pela maioria exigida, porém ratificados por dois ou mais países. Para Sússekind, o referido artigo é inócuo, já que qualquer Estado pode celebrar tratado bilateral ou plurilateral sobre Direito do Trabalho e Seguridade Social, independentemente de autorização da OIT.¹⁹

2.2. Recomendações

As Recomendações dirigem-se ao legislador nacional de cada Estado-membro, sugerindo normas que podem ser adotadas por quaisquer fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho. Assim como as Convenções, elas devem ser submetidas à autoridade nacional competente – neste caso, não para ratificação, posto não ser um tratado, mas para a adoção das normas constantes na Recomendação.

A dita obrigação é de natureza formal, já que a autoridade nacional é soberana na deliberação do que julgar conveniente. A Recomendação simplesmente “convida os Estados-membros a adotar medidas ou, ao menos, certos princípios, porém não cria nenhum vínculo de direito”.²⁰

¹⁸ É a classificação utilizada por Sússekind, que por sua vez menciona a classificação de Américo Plá Rodríguez, para quem as Convenções podem ser: 1) *de uniformização*, quando visam, mediante disposições autoexecutáveis, uniformizar a legislação atinente ao seu objeto nos Estados que as ratifiquem; 2) *de princípios*, quando visam, mediante disposições de caráter normativo, estabelecer princípios a ser observados pelos países que as ratifiquem; 3) *de igualdade de direitos*, quando têm por fim assegurar a igualdade de direitos entre trabalhadores nacionais e estrangeiros no território dos Estados que as ratifiquem; e 4) *de procedimentos*, quando estatuem disposições de natureza formal. Idem. p. 191.

¹⁹ Idem.

²⁰ RAMANDIER. Conventions et recommandations de L'Organisation du Travail. In: *Droit Social*. Paris, 1951, p. 598, *apud* SÚSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000. p. 182.

A autoridade nacional competente poderá transformar em lei todos, alguns ou apenas um dos dispositivos da Recomendação, adotar outras medidas em relação a eles ou simplesmente deles tomar conhecimento sem aprovar qualquer ato correlacionado. Qualquer que seja a posição adotada, todavia, deve o governo do Estado-membro informar à Repartição Internacional do Trabalho o estado de sua legislação e da aplicação efetiva dos assuntos insculpidos na Recomendação.

Com efeito, ensina Carlos Roberto Husek que as

Recomendações advêm da mesma gestação das Convenções. Deste ventre legislativo internacional pode nascer uma Convenção ou uma Recomendação, que na sua base têm igual estrutura. Tudo dependerá da aprovação em uma outra forma. Normalmente, a Conferência se utiliza das Recomendações (...) para disciplinar sobre temas ainda não completamente aceitos; sobre regras mais avançadas para os Estados, como promoção para universalizá-las; sobre regulamentação e aplicação dos princípios inseridos em muitas das Convenções.²¹

O controle exercido quanto à submissão do texto à autoridade nacional competente “tem concorrido, em inúmeros casos, para que as regras consubstanciadas nas recomendações se convertam em leis ou atos de natureza regulamentar integrantes do direito nacional dos Estados-membros. A recomendação cumpre, assim, a função de fonte material de direito”.²²

2.3. Resoluções

São medidas de mero expediente, sem valor normativo.

Explica Sússekind:

As resoluções (...) não acarretam qualquer obrigação, ainda que de índole formal, para os Estados-membros, destinando-se a convidar organismos internacionais ou governos nacionais a adotarem medidas nelas preconizadas; a comentar, apoiar ou combater determinada orientação suscetível de exercer influência na solução dos problemas sociais; (...) etc.²³

Depreende-se que as Resoluções são o meio adotado pela OIT para fomentar debates sobre tópicos considerados sensíveis ou polêmicos por parte de seus membros, permitindo que a discussão amadureça com a contribuição dos diferentes delegados, possibilitando que no futuro o assunto seja normatizado internacionalmente de maneira efetiva.

3. APLICABILIDADE DAS CONVENÇÕES DA OIT JÁ RATIFICADAS

²¹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 120.

²² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000. p. 196.

²³ Idem. p. 182.

Conforme analisado, no julgamento da ADI 1480-3 DF, em 1997, o STF decidiu que os tratados ou convenções internacionais serão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa constitucional. Caso transgridam direta ou indiretamente o texto da Constituição, nenhum valor normativo lhes será conferido.

Pelo entendimento do STF nos casos aqui examinados, os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio teriam paridade normativa com as leis ordinárias nacionais. Interessante demonstração dos efeitos de tal viés deu-se no caso da Convenção nº 158 da OIT sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, na referida ADI 1480-3 DF.

Segundo a posição da Suprema Corte, quando a CF estabelecer a necessidade de lei complementar para regular determinada matéria, posterior tratado internacional não poderá fazê-lo.

O artigo 7º, inciso I, da CF/88 possui a mesma disposição da Convenção nº 158, requerendo, no entanto, lei posterior que a instrumentalizasse. Deste modo, quando a referida Convenção foi ratificada, muitos entenderam que poderia suprir a ausência de lei que regulasse a proibição de dispensa imotivada.

Tal entendimento, contudo, não prosperou. Conforme mencionado, o STF considerou ser o caso de matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. Portanto, tendo o tratado internacional paridade com a mera lei ordinária, não poderia ser aplicado ao exemplo em tela.

Assim, por entender que até os tratados de Direitos Humanos – categoria em que se incluem as Convenções da OIT – estariam no mesmo patamar das leis ordinárias, o Egrégio Tribunal acabou por cercear um importante direito de milhões de trabalhadores brasileiros: o de proibir ao empregador a dispensa imotivada do empregado.

Por outro lado, se tivesse prevalecido o entendimento de Celso Lafer²⁴ – para quem os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45/04 formariam o chamado “bloco de constitucionalidade”, por serem materialmente constitucionais – muitos direitos hoje não assegurados aos trabalhadores pelo legislador pátrio, o seriam por intermédio das Convenções da OIT.

²⁴ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005. pp. 15-18.

A EC nº 45, de 2004, inovou a ordem constitucional ao estabelecer que tratados de Direitos Humanos internalizados pelo procedimento das Emendas Constitucionais têm força constitucional, nos moldes do artigo 5º, § 3º, da CF/88.

O ministro Celso de Mello, no já analisado HC 87.585/TO, de 2007, citando entendimento de Celso Lafer, defendeu a orientação que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de Direitos Humanos, reconhecendo essa especial qualificação jurídica.

Já a posição majoritária do STF, por outro lado, é a defendida pelo ministro Gilmar Mendes: a tese da supralegalidade, segundo a qual os tratados não-internalizados conforme o rito de Emenda Constitucional teriam um *status* intermediário – acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição. Conforme explicitado pelo próprio ministro Gilmar Mendes, nos autos do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP:

parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.²⁵

Um dos principais pontos no julgamento do HC 96772-SP, de 2009, envolvia a discussão sobre a possibilidade de a interpretação judicial atuar como instrumento de mutação informal da Constituição. Nessa ocasião o STF analisou a hipótese de, mediante interpretação do Poder Judiciário, adequar a própria Carta Magna, se e quando necessário compatibilizá-la com novas exigências, necessidades e transformações decorrentes dos processos econômicos, sociais e políticos característicos dos tempos atuais.

Ao fazê-lo, a Suprema Corte ressaltou a importância da adoção do critério da norma mais favorável na exegese dos tratados internacionais de Direitos Humanos no processo de adequação – o que consiste em adotar a norma que conferir primazia à pessoa humana, garantindo-lhe a mais ampla proteção.

Não se pode olvidar a condição de vulnerabilidade a que estão submetidos os trabalhadores em geral. Furtar-lhes o acesso a todo um arcabouço de normas protetivas seria perpetuar a iniquidade jurídica a eles imposta.

²⁵ Em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 07/07/12.

Justamente por isso entende-se que o *iter* do § 3º do artigo 5º representa salutar mudança de paradigma na esfera jurídica brasileira, ao prever a possibilidade de um tratado de Direitos Humanos ser internalizado com o *status* de Emenda Constitucional. Ocorre que, além de gerar questionamentos sobre a categoria em que incluir os tratados de Direitos Humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45, o referido dispositivo constitucional burocratiza, sem necessidade, o acesso a uma extensa gama de garantias reconhecidas e tuteladas internacionalmente.

Posição diversa constitui verdadeiro retrocesso. Uma interpretação teleológica, inspirada no espírito civilizatório da CF/88, como a defendida por Celso Lafer, autoriza a aplicação imediata das convenções de Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil. Ao considerar que os referidos tratados formam um conjunto normativo materialmente constitucional – o chamado “bloco de constitucionalidade” – é possível sua adoção como parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, e que amplia o universo dos direitos constitucionais previstos.

Depreende-se do examinado que tratados e convenções internacionais, quando enunciadores de Direitos Humanos, devem influenciar o processo de colmatagem da CF à realidade atual. Insta que o texto constitucional esteja em constante evolução, qual um organismo vivo, a fim de inspirar e civilizar a sociedade.

Assim, além da CF/88 e de seus artigos sobre os direitos fundamentais e sociais, também devem ser observadas as convenções internacionais, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Carta Magna.

Levando em conta que os direitos dos trabalhadores são Direitos Sociais – correspondendo à chamada segunda geração dos Direitos Humanos –, os tratados que possuam matéria trabalhista devem ser considerados, para que atinjam a máxima efetividade, como integrantes do chamado “bloco de constitucionalidade”.

Tal medida é ainda mais do que necessária para que os tratados atuem como um limite desenfreado de flexibilização dos direitos trabalhistas e desregulamentação neoliberal. Mais importante é que seriam limites de ordem pública, do mais alto valor normativo. O direito universal dos Direitos Humanos estaria fora da disponibilidade dos poderes públicos, por estar consagrado no “bloco de constitucionalidade”.

Importa observar que sendo certo, nos termos do § 1º do artigo 5º da CF/88, que os direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata, não seria necessário criar leis para instrumentalizar e efetivar os tratados em questão. Seriam direitos autoaplicáveis.

Nas palavras de Arnaldo Süssekind,

os instrumentos normativos que incidem sobre as relações de trabalho devem visar, sempre que pertinente, à prevalência dos valores sociais do trabalho. E a dignidade do trabalhador, como ser humano, deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições contratuais de trabalho.²⁶

Interessante e ambiciosa é a posição do ministro Lelio Bentes Corrêa, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), para quem

afigura-se razoável postular para os princípios fundamentais e direitos no trabalho um lugar entre aquelas normas definidoras de Direitos Humanos a que a comunidade internacional reconhece especial importância, adjetivando-as de ‘direito costumeiro internacional’ – o que importa a obrigatoriedade de sua observância por todos os Estados, independentemente de ratificação.²⁷

Ainda que se discorde da posição do citado Ministro, não haveria óbice para que, incorporadas as Convenções da OIT ao ordenamento jurídico pátrio – e mesmo que não pelo rito das Emendas Constitucionais –, sua aplicação aos trabalhadores brasileiros fosse plena e imediata.

O papel do Poder Judiciário seria de suma relevância, configurando o meio mais adequado para a aplicação maciça dessas normas pelos magistrados do trabalho.

José Aparecido Santos, com acerto, aduz que

o Poder Judiciário não se pode furtar de sua responsabilidade pelo avanço ou retrocesso social nem poderá atribuir apenas ao Legislativo o papel de construir mecanismos que importem em desarticular a profunda desigualdade da sociedade brasileira. Afinal, os tribunais constroem o âmbito da normatividade. A Constituição se constrói também pela concretização que os tribunais fazem das regras jurídicas postas, ou seja, não com base em abstrações que possam ser extraídas do texto, mas sempre com base na realidade concreta que se pretende alterar ou manter.²⁸

A fim de instrumentalizar a aplicação das Convenções da OIT na ordem jurídica pátria, os operadores do direito do trabalho deveriam pautar-se sempre pelo princípio da norma mais favorável, conforme entendimento do STF. Para tanto poderiam utilizar diferentes teorias com o fito de resolver eventuais conflitos normativos, em especial as teorias da acumulação e do conglobamento.

²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008. p. 47. Para uma visão mais completa sobre o tema, ver: FINKELSTEIN, Cláudio. “**Jus cogens**” como paradigma do metaconstitucionalismo de direito internacional. Tese de Livre-Docência em Direito Internacional Público apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

²⁷ CORRÊA, Lelio Bentes. O papel da Organização Internacional do Trabalho no mundo globalizado: afirmando os direitos humanos dos trabalhadores. In: **O direito material e o processual do trabalho dos novos tempos**. São Paulo: LTr, 2009. p. 416.

²⁸ SANTOS, José Aparecido, *apud* CORRÊA, Lelio Bentes. O papel da Organização Internacional do Trabalho no mundo globalizado: afirmando os direitos humanos dos trabalhadores. In: **O direito material e o processual do trabalho dos novos tempos**. São Paulo: LTr, 2009. p. 416.

3.1. Teoria da acumulação

De acordo com tal teoria, a hierarquia das normas na esfera trabalhista estrutura-se de forma um tanto quanto diferenciada. Ao invés da clássica concepção piramidal de Kelsen, onde a norma primordial será sempre a Constituição, aqui terá hierarquia superior a norma que assegurar melhor condição para o trabalhador, independente da forma como se revestir. Assim, caso um acordo coletivo preveja direitos superiores aos estabelecidos pela Constituição ou mesmo pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ele constituirá o vértice da pirâmide, em detrimento das normas constitucionais.

Isso ocorre pela aplicação do princípio da norma mais favorável, segundo o qual deve prevalecer a norma mais benéfica ao empregado, ainda que esteja formalmente em posição de inferioridade à norma menos favorável.

Para determinar qual a norma mais favorável é necessário que se compare as diferentes normas aplicáveis ao caso concreto. Segundo a teoria da acumulação, tal cotejamento deve ser feito regra a regra, isoladamente. Assim, a norma a ser aplicada seria resultado de um recorte de normas retiradas de diversas fontes, as quais, em determinado ponto, são consideradas mais favoráveis.

Husek, citando Godinho, esclarece que tal teoria

conduz a uma postura analítica atomista, consubstanciada na soma das vantagens normativas extraídas de diferentes diplomas. É verdade que ela enseja o encontro de um saldo normativo favorável ao trabalhador. Contudo, não é menos verdade que o faz ao preço de liquidar a noção de Direito como sistema, tornando as operações de interpretação, integração e aplicação das regras jurídicas extremamente erráticas e verticalmente submetidas à formação ideológica particular de cada operador.²⁹

Deduz-se que tal teoria é bastante criticável, justamente por levar à criação de uma “terceira norma” oriunda dos retalhos de diversas outras, nos tópicos em que forem consideradas mais favoráveis ao trabalhador. Disposições tão fragmentárias tornam a aplicação do Direito deveras dificultosa e atentam contra a segurança jurídica, já que as partes envolvidas não saberiam de antemão que normas disciplinariam a lide.

3.2. Teoria do conglobamento

A teoria do conglobamento defende a aplicação da norma mais favorável pela comparação das fontes de forma global, devendo prevalecer a que, no conjunto, se mostre

²⁹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 24.

mais benéfica aos trabalhadores. Assim, não há fracionamento de preceitos ou institutos jurídicos, excluindo-se a aplicação simultânea de regimes diferentes.

Godinho, citado por Husek, estabelece:

A teoria do conglobamento é certamente a mais adequada à operacionalização do critério hierárquico normativo preponderante no Direito do Trabalho. A seu favor tem a virtude de não incorporar as apontadas distorções da teoria da acumulação, além de ser a única teoria a harmonizar a flexibilidade do critério hierárquico justralhista com a essencial noção de sistema inerente à ideia de Direito e de ciência.³⁰

Importa ressaltar ainda que a teoria do conglobamento está em sintonia com o Princípio da Complementaridade de Tutelas e da Soberania do Estado. Leciona Flávia Piovesan:

(...) essa sistemática é uma garantia adicional de proteção. Cabe ao Estado – isso está repetido dezenas de vezes nesse Estatuto – a responsabilidade primária com relação aos direitos humanos. A comunidade internacional (...) tem a responsabilidade subsidiária e complementar acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.

Uma outra idéia que adiciono é a de o Estado, no livre exercício da sua soberania, aceitar esse monitoramento internacional. O Estado vai consentir no controle, na fiscalização do modo pelo qual implementa os direitos humanos. Insisto neste ponto: (...) só se aplica se o Estado se mostrar falho, omissos, incapaz de responder às violações de direitos humanos.³¹

Portanto, ao contrário da teoria da acumulação, a do conglobamento não permite ao jurista a criação de um novo sistema jurídico – que na verdade não existe, mero retalho de diferentes normas oriundas de fontes por vezes conflitantes. Conforme preceitua Husek, “o favorecimento do empregado em um caso concreto não pode ser feito à custa de sacrificar o sistema jurídico”.³²

Semelhante é o entendimento de Américo Plá Rodríguez, para quem “o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior”.³³

CONCLUSÃO

³⁰ Idem. p. 24.

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementaridade e soberania**. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no seminário internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/349/551>.

³² HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 24

³³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000. p. 136.

O presente trabalho procurou esclarecer o processo de internalização das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em diferentes momentos legislativos, adotando como marcos temporais a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento da Emenda Constitucional nº 45, em 2004.

Partindo da conceituação acerca de tratados de Direitos Humanos e da análise da evolução histórica desse importante instrumento internacional de tutela de garantia da dignidade da pessoa humana, analisamos a concepção do constituinte pátrio em três diferentes momentos. O primeiro, antes da promulgação da Carta Magna de 1988, quando todos os tratados eram considerados em paridade normativa com as leis ordinárias; o segundo, após a referida promulgação, permanecendo o *status* de lei ordinária para os tratados mas inaugurando-se novo paradigma constitucional, com o § 1º do artigo 5º autorizando a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, e o § 2º estabelecendo que os tratados internacionais ratificados que trouxessem em seu bojo Direitos Humanos formariam o “bloco de constitucionalidade”; e o terceiro momento, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, incluindo o § 3º no mesmo artigo 5º, para conferir aos tratados de Direitos Humanos internalizados segundo o rito ali indicado, paridade com as Emendas Constitucionais.

Em seguida examinou-se a criação da OIT e sua evolução como sujeito de direito internacional público, focando-se os três instrumentos adotados pela OIT na consecução de seus objetivos: a Convenção Internacional do Trabalho, espécie de tratado internacional a ser ratificado pelos Estados-membros; a Recomendação, instrumento complementar à Convenção, convidando os legisladores nacionais a adotar medidas para instrumentalizar os tratados, sem gerar, no entanto, obrigações formais aos Estados-membros; e a Resolução, medida rotineira de mero expediente, objetivando o funcionamento cotidiano da OIT.

Por fim defendemos a possibilidade de aplicação imediata das Convenções Internacionais do Trabalho já ratificadas, sem necessidade do burocrático *iter* previsto no § 3º do artigo 5º da CF/88 para que tenham natureza constitucional. Visto que o § 1º e o § 2º do mesmo artigo autorizariam a interpretação de que as Convenções da OIT ratificadas – como tratados de Direitos Humanos que são – integrariam o chamado “bloco de constitucionalidade”, sua aplicação pelos operadores de Direito poderia ocorrer imediatamente após a ratificação.

Conforme o princípio da norma mais favorável, nas hipóteses em que as Convenções da OIT previssem condições mais benéficas aos trabalhadores, as mesmas deveriam ser

aplicadas imediatamente, em detrimento da legislação pátria e das normas coletivas porventura existentes. A fim de instrumentalizar tal aplicação, defendemos a chamada teoria do conglobamento, que, comparada à teoria da acumulação, oferece maior segurança jurídica aos operadores do Direito e aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORRÊA, Lelio Bentes. O papel da Organização Internacional do Trabalho no mundo globalizado: afirmando os direitos humanos dos trabalhadores. In: **O direito material e o processual do trabalho dos novos tempos**. São Paulo: LTr, 2009.

FINKELSTEIN, Cláudio. “**Jus cogens**” como paradigma do metaconstitucionalismo de direito internacional. Tese de Livre-Docência em Direito Internacional Público apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementaridade e soberania**. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no seminário internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/349/551>

RAMANDIER. Conventions et recommandations de L’Organisation du Travail. In: *Droit Social*. Paris, 1951, p. 598, *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, Americo Plá. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Faculdade de Derecho, 1963.

_____. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RE 80.004-SE -
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/703884/recurso-extraordinario-re-80004-se-stf>.
Acesso em: 17/11/11

_____- ADI 1480-3 DF - <http://br.vlex.com/vid/-40084652>. Acesso em: 17/11/11.

_____- HC 96772-SP -
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712898/habeas-corpus-hc-96772-sp-stf>. Acesso em: 17/11/11.

_____ – HC 87.585/ TO -

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 17/11/11.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atualiz. São Paulo: LTr, 2000.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Fórum internacional sobre direitos humanos e direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2004.