

RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA

ÉRICA FERNANDES TEIXEIRA

Organizadoras

NOVIDADES EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

Homenagem aos 70 anos da CLT





EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-001
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.litr.com.br

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: LINOTEC
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO
Impressão: ESCOLAS PROFISSIONAIS SALESIANAS

LTr 4940.2
Novembro, 2013

331
N 943

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Novidades em direito e processo do trabalho : estudos em homenagem aos 70 anos da CLT / Rúbia Zanotelli de Alvarenga, Érica Fernandes Teixeira, Organizadoras. -- São Paulo : LTr, 2013.

Vários colaboradores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-361-2756-9

1. Direito do trabalho - Brasil 2. Processo do trabalho - Brasil 3. Trabalho - Leis e legislação - Brasil
I. Alvarenga, Rúbia Zanotelli de. II. Teixeira, Érica Fernandes.

13-12346

CDU-34:331(81)(094)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Leis trabalhistas
34:331(81)(094)
2. Consolidação das Leis do Trabalho : Brasil
34:331(81)(094)

Sistemas de Controle das Convenções da Organização do Trabalho: Pela Efetividade das Normas Internacionais do Trabalho

DANIELA MURADAS REIS^(*)

1. TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE TRABALHO: DEFINIÇÃO E DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

A Convenção de Viena de 1969, que versa sobre o direito dos tratados⁽¹⁾, define o tratado internacional como o “acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular” (art. 2º, § 1º, a).

Do prisma doutrinário, outras definições são lançadas. Segundo leciona JOÃO GRANDINO RODAS, os tratados consubstanciaram manifestações de vontades de dois ou mais sujeitos do Direito Internacional,

visando à produção de efeitos jurídicos, conforme as regras do Direito Internacional Público⁽²⁾.

Realçando o potencial normativo do diploma normativo internacional, MAURICIO GODINHO DELGADO define os tratados internacionais como “documentos internacionais, normativos e programáticos firmados entre dois ou mais Estados ou entes internacionais”⁽³⁾.

O vocábulo *convenções internacionais*, de uso corrente no Direito Internacional Público, tem sido empregado em diversos sentidos. Todavia, como nota ARNALDO SÜSEKIND, há uma tendência de ser reservado o seu emprego “para os tratados multilaterais abertos (tratados-lei ou tratados com normas gerais) adotados em conferências realizadas no âmbito dos organismos internacionais de direito público”⁽⁴⁾.

Nos moldes da terminologia indicada, MAURICIO GODINHO DELGADO, define o diploma internacional realçando o potencial normativo da espécie. Assim, segundo enuncia, as convenções internacionais consistiriam nos “documentos obrigacionais,

(*) Mestre em Filosofia do Direito, Doutora em Direito, Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG, Advogada.

(1) Deve ser anotado que, muito embora o Brasil não tenha procedido à ratificação da mencionada Convenção, por força do conteúdo deste documento foram assentadas práticas internacionais que o tornam obrigatório em razão do costume internacional. Conforme anota MARIA GARCIA, os efeitos dos tratados “vinculantes entre os Estados signatários, poderão transformar-se eventualmente em normas costumeiras e obrigar outros Estados”. GARCIA, Maria. Os tratados internacionais sobre os direitos humanos e a Constituição. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 20. p. 600-2, out. 2001. p. 602. No mesmo sentido CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Repertório da prática brasileira do Direito Internacional* (Período 1961-1981). Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Fundação Alexandre de Gusmão, 1984. p. 18.

(2) RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1991. p. 10. Confira ainda o tema em GARCIA, Maria. Os tratados internacionais sobre os direitos humanos e a Constituição, cit. p. 602.

(3) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 154

(4) SÜSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 34.

normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que se aderem voluntariamente seus membros”⁽⁵⁾.

De todo modo, as convenções internacionais são espécies das quais tratados são gênero. As convenções se caracterizam, do prisma subjetivo, pela formulação e aprovação em organismo internacional e por consubstanciarem tratados multilaterais, com tendência de se possibilitar a ratificação por outros Estados, ainda que não participantes da entidade internacional (tratados abertos). Além disso, sob a ótica objetiva, isto é, relativamente ao seu conteúdo, outra característica das convenções internacionais (embora não peculiar a este espécime jurídico) assenta-se no fato de mediante estes instrumentos se criarem as normas internacionais (tratados-normativos), distinguindo-se, pois, dos chamados tratados-contratos, pelos quais se regulam interesses recíprocos dos Estados envolvidos.

É de se ressaltar que a terminologia convenções internacionais sempre foi amplamente prestigiada na seara do Direito Internacional do Trabalho, consoante a tipologia normativa adotada pela Organização Internacional do Trabalho, nos termos de seu documento constitutivo (art. 19).

A Organização Internacional do Trabalho, de outro tanto, ainda conta com mais outras duas categorias de diplomas: as recomendações e as resoluções.

As recomendações são instrumentos aprovados pela Conferência Internacional do Trabalho, de caráter programático. Estes documentos internacionais não comportam ratificação, não sendo obrigatórios do prisma internacional os conteúdos neles ventilados. Portanto, a recomendação atua como verdadeira fonte material do direito e também como parâmetro para interpretação e aplicação das normas internacionais e nacionais de proteção ao trabalho. No entanto, deve-se esclarecer que, acerca destes documentos internacionais aprovados pela Conferência Internacional do Trabalho, a Constituição da OIT impõe a obrigação de seus Estados-membros submetê-los, em doze meses e, caso isso não seja possível, até no período máximo de dezoito meses, à apreciação da autoridade competente no plano nacional. É o que preceitua o art. 19, § 6º, da Constituição da OIT.

Por seu turno, as resoluções são documentos aprovados pela Conferência Internacional do Tra-

balho pertinentes à administração da Organização Internacional do Trabalho. Não se trata, pois, de documento jurígeno em sentido estrito, não se dirigindo aos Estados, mas sim à regência da própria entidade internacional.

Neste sentido, conclui MARIO DEVEALI que se trata de uma diversidade na intensidade normativa. Em suas palavras: “[...] são de diferentes intensidades, do ponto de vista de sua característica normativa, as recomendações aprovadas pelas Conferências Internacionais do Trabalho da OIT, assim como suas resoluções e igualmente as declarações de outros congressos internacionais”⁽⁶⁾.

2. CONTROLE INTERNACIONAL DAS CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A OIT controla a aplicação e a efetividade de suas normas por dois sistemas distintos, baseados em sistema de fluxos de informações.

O controle ordinário é realizado por sistema de informações, por meio de relatórios anuais, emitidos pelos Estados-membros da Organização Internacional do Trabalho, em que demonstram o modo pelo qual dão cumprimento às convenções ratificadas. Cópias desses relatórios são enviadas às principais entidades representativas patronais e de empregados no país (art. 22, Constituição da OIT), submentendo as informações prestadas ao crivo do controle social.

Não obstante as convenções não ratificadas e recomendações não gerarem compromissos internacionais, os Estados-membros da OIT têm a obrigação constitucional (art. 15, §§ 5º e 6º, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho), no prazo assinalado pelo Conselho de Administração, de envio de relatório indicativo do tratamento jurídico nacional atribuído ao tema objeto da convenção não ratificada ou das recomendações, bem como, nos termos assinalados por ZANOBETTI, as justificativas para o retardo ou impedimento de aderir à convenção e às modificações das disposições nacionais que possam parecer necessárias para permitir a regulamentação dos assuntos ventilados em recomendação, nos termos orientados pela Organização Internacional do Trabalho⁽⁷⁾.

(5) DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 154.

(6) DEVEALI, Mario. *Tratado de derecho del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, 1964. p. 351.

(7) ZANOBETTI, Alessandra. *Diritto internazionale del Lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 52.

As informações prestadas são analisadas por Comissões de Expertos para controle de aplicação das Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, e a princípio de modo sigiloso, elaborar repertório de observações nos casos mais importantes, além de propor medidas concretas de cooperação internacional para promoção e efetividade das normas internacionais do trabalho.⁽⁸⁾

Em paralelo ao controle ordinário, a Organização Internacional do Trabalho adota sistema extraordinário, que, mediante reclamações e queixa, estabelece sistema quase-judicial de solução de controvérsias. Trata-se de mecanismo que pode ensejar a adoção de sanções por parte da entidade internacional.

A reclamação, regulada pelos arts. 24 e 25 da Constituição da OIT, instaura-se por provocação das entidades representativas de trabalhadores e patronais do Estado reclamado. Ela deve ser formalizada por escrito e processada mediante encaminhamento ao diretor-geral da OIT. O Estado reclamado será notificado, para, em prazo razoável, se manifestar acerca da reclamação. Não havendo manifestação, ou manifestando-se de modo insuficiente, a reclamação pode torna-se pública, e, se for o caso, também pode ser levada ao conhecimento público a resposta enviada pelo Estado infrator. Neste caso, a publicidade do descumprimento da norma internacional é a sanção decorrente do descumprimento da norma internacional.

Outra forma de controle do cumprimento das convenções decorre da queixa, instrumento regulado pelos arts. 26 a 33 da Constituição da OIT. Estão legitimados para apresentar queixa os Estados-membros da OIT que tenham também ratificado convenção que é descumprida ou que não está satisfatoriamente sendo cumprida pelo denunciado. A queixa também pode ser instaurada de ofício, por ato do Conselho de Administração ou na Conferência Internacional do Trabalho, por provocação de qualquer um de seus membros. Nos dois últimos casos, não é necessário que o Estado que provoque a queixa tenham ratificado a convenção. No primeiro caso, a queixa leva em consideração a existência de um dano específico, suposto do desequilíbrio decorrente da quebra de obrigação assumida por uma parte, em tratado multilateral cumprido por outras partes. Já nas outras hipóteses, lastreia-se a queixa no garantismo geral, pos-

to ser do interesse da OIT que suas convenções sejam cumpridas. A queixa é apresentada ao Diretor-geral da OIT para processamento perante o conselho de administração, que poderá notificar o Estado denunciado para se manifestar em prazo razoável sobre a matéria constante da queixa, apresentando informações. Se o denunciado prestar informação suficiente, a queixa será arquivada. Se por outro lado, a informação for insuficiente ou inexistente, o conselho de administração irá designar uma comissão de investigação, com prerrogativas de fazer investigação *in loco*, com a emissão de relatório, e propor recomendações para o cumprimento da convenção. O relatório, então, será enviado ao Estado denunciado, para, em três meses, acatar as recomendações apresentadas, ou manifestar-se no sentido de inconformismo, podendo submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, que poderá julgar procedente a demanda, modificando o parecer da comissão, ou confirmar o relatório. Em qualquer dos casos, a decisão da Corte Internacional de Justiça é inapelável. Caso a controvérsia não venha a ser submetida à apreciação pela Corte Internacional de Justiça ou na hipótese de não se cumprir a sua decisão, o Conselho de Administração poderá propor à Conferência Internacional do Trabalho a adoção da medida que entender cabível para o caso, como, por exemplo, no emblemático caso Mianmar, em razão da reiterada transgressão às convenções fundamentais em particular pela existência de serviços forçados.

3. CONTROLE NACIONAL DA APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES DA OIT: PELA EFETIVIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO

O tratado internacional ratificado e regularmente incorporado ao ordenamento nacional, deve ser cumprido, sob pena de quebra do princípio da legalidade. Em se tratando de convenção da OIT de temário afeto aos direitos humanos, é possível realizar o controle de suprallegalidade, em relação às normas do direito interno que sejam contrárias às regras estabelecidas pelas convenções, sem, contudo, a aplicação das sanções típicas do direito internacional.

Na lapidar ponderação de LUCIANE CARDOSO BARZOTTO:

O desprezo pelos direitos do homem, no espaço interno, e o escasso respeito ao consenso internacional, no espaço externo, marcham juntos. Se um governo menospreza a liberdade de seus cidadãos, não respeita as decisões

(8) Sobre os temas e dinâmicas das Comissões de Expertos confira: LACOSTE-MARY, Valérie. *Droit social international*. Paris: Ellipses, 2007. p. 105-7.

tomadas em um ambiente internacional. As violações dos direitos humanos e as lutas em sua defesa possuem uma dimensão nacional decisiva. Baseiam-se em pressupostos culturais específicos (...) e devem se submeter a um controle.⁽⁹⁾

3.1 O controle de aplicação das convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre direitos humanos

3.1.1 O controle de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos deliberados na forma do art. 5º, § 3º, CRFB/1988

Os tratados de direitos humanos deliberados na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/1988 equivalem às emendas constitucionais e passam, por conseguinte, a compor o quadro de condições que formalmente e materialmente condicionam à validade da legislação doméstica.

Assim sendo, o desrespeito às disposições de tratados de direitos humanos, deliberados por 3/5 de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, sujeita a lei nacional aos tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade concentrado e difuso.

3.1.2 O controle de aplicação das Convenções da Organização internacional do trabalho de direitos humanos não deliberados na forma do art. 5º, § 3º, CRFB/1988: o controle de suprallegalidade

A posição dos tratados internacionais de direitos humanos deliberados sem a observância do art. 5º, § 3º, da CRFB/1988, de hierarquia superior à legislação nacional, embora subordinada à Constituição, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, exige a apuração da validade material das normas nacionais, mediante juízo de conformação dos preceitos jurídicos decorrentes da legislação nacional aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Trata-se de reconhecer que decorre da superioridade hierárquica dos tratados de direitos humanos a eficácia derogatória das normas nacionais inconciliáveis com o sistema internacional de proteção à pessoa humana, particularmente dos documentos em que a República Federativa do Brasil tomou ou venha tomar parte.

(9) BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 98.

Podemos, com apoio de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, assim esboçar a noção desta forma de controle:

O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. [...] Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano de seu direito interno.⁽¹⁰⁾

Portanto, o controle de suprallegalidade consiste na verificação da adequação das normas jurídicas nacionais aos tratados internacionais de proteção à pessoa humana, devidamente incorporados à ordem jurídica nacional. O mecanismo permite, pois, fazer cessar a validade material da norma jurídica colidente com os tratados de direitos humanos.

Por evidente, a eficácia derogatória dos preceitos jurídicos nacionais pelos documentos internacionais consagradores de direitos humanos há de atender ao princípio *pro homine*, ou seja, os eventuais conflitos normativos devem ser solucionados com a prevalência da regra de maior favorecimento da pessoa humana, respeitando-se em qualquer circunstância os limites enunciados pelo princípio da vedação do retrocesso jurídico e social. Assim, os princípios informadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos consistem em anteparos às involuções que eventualmente poderiam ocorrer por força de adoção ou aplicação de tratado internacional de proteção à pessoa humana.⁽¹¹⁾

O controle de suprallegalidade instrumentaliza a sinergia entre as fontes nacionais e internacionais, com complementação do catálogo de garantias nacionais, com vistas ao aperfeiçoamento das garantias da proteção à pessoa humana.

(10) MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXVI, n. 113, março de 2009. p. 333-70. p. 335.

(11) Sobre o princípio da vedação do retrocesso no campo dos direitos humanos sociais confira: REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

3.1.2.1 Competência

A apuração de validade das normas nacionais e a consequente derrogação dos preceitos nacionais colidentes com as normas internacionais é, na nossa visão, de exclusiva competência dos tribunais nacionais.⁽¹²⁾

O controle internacional do sistema de proteção à pessoa humana, quer no sistema quase-judicial, quer no sistema judicial, pelas comissões e cortes internacionais de direitos humanos, bem como nos controles ordinário e extraordinário promovidos pelas agências especializadas, particularmente no caso do Direito Internacional do Trabalho pela Organização Internacional do Trabalho, lastrea-se no sistema tradicional de imputação de responsabilidade internacional, não fazendo cessar no plano nacional, a princípio, a eficácia da norma nacional de transgressão aos princípios e normas internacionais de proteção à pessoa humana.

Não obstante a existência de um sistema de controle de aplicação e observância do *corpus iures* internacional de proteção à pessoa humana que, ressalte-se, em muito contribui para a sua efetividade, a sistemática adotada aproxima-se do designado monismo moderado, pelo qual é atribuído ao responsável pelo descumprimento das obrigações decorrentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos as sanções internacionais cabíveis.

Como assevera ALAIN PELLET, “o contencioso internacional é, em regra geral, um contencioso de responsabilidade e não da anulação”⁽¹³⁾.

É até possível que, por via reflexa, se obtenha a suspensão da eficácia da norma interna no plano nacional, *verbi gratia*, quando uma decisão doméstica não reconhecer a validade de um preceito nacional em virtude de decisão de uma corte internacional, mas esta não é uma consequência imediata do controle internacional. Trata-se, como indicado adiante, de controle difuso de suprallegalidade incidental ao processo.

3.2 Sistemática do controle de suprallegalidade

3.2.1 Controle difuso

Na trilha do modelo proposto por diversos juristas brasileiros, o controle de validade dos precei-

tos jurídicos nacionais frente aos tratados internacionais de direitos humanos submete-se à via difusa. Em analogia aos sistemas de *filtragens* formalmente adotados no sistema jurídico brasileiro (controle de constitucionalidade e controle de legalidade), o controle incidental é, no dizer de Luis Roberto Barroso, “desempenho normal da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios”⁽¹⁴⁾. Assim, o controle de suprallegalidade figura como prejudicial de mérito e incumbirá a qualquer juízo ou tribunal brasileiro, nos casos concretos apreciados, *incidenter tantum*, com efeitos *ex tunc* e, a princípio, com eficácia *inter partes*.

Lastrea-se o controle de suprallegalidade difuso na supremacia dos tratados de direitos humanos não deliberados na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/1988 em face da legislação nacional. A originalidade desta posição hierárquica dos tratados internacionais, entretanto, prejudica a aplicação da tradicional reserva de competência para o órgão plenário ou órgão especial de tribunais para o controle de constitucionalidade. Assim, a presunção de validade das leis e dos atos normativos do Poder Público e as naturais cautelas decorrentes desta presunção estabelecidas pela Constituição encontram-se fragilizadas frente à inexigibilidade de reserva de quórum ou órgão especial para o seu afastamento no sistema difuso de suprallegalidade nos tribunais.

Nesta quadra merece ser lembrado que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (art. 97, CRFB/1988). Esta exigência, contudo, tende a ser flexibilizada, ante o princípio da economia e celeridade processual, quando a matéria suscitada já foi apreciada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (l. 9756/1998).

Neste sentido, a reserva de competência plenária ou órgão especial, bem como a exigência de quórum especial para o controle de suprallegalidade, especialmente em matéria não decidida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, permitiriam, valendo-se dos ensinamentos de Konrad Hesse, a concordância prática dos princípios constitucionais da prevalência dos direitos humanos e da presunção de validade das leis.

(12) Em sentido contrário Mazzuoli admite o controle de convencionalidade por instâncias internacionais. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*, cit. p. 355-6.

(13) PELLET, Alain; DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 282.

(14) BARROSO, Luis Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 71.

Ainda quanto ao controle difuso, registre-se que o sistema recursal brasileiro, estruturado nos moldes tradicionais de hierarquia normativa, não arrola expresamente como hipótese de cabimento do Recurso Extraordinário a decisão de única ou última instância que declarar a invalidade da lei em face dos tratados internacionais de direitos humanos.

Eis outra vicissitude decorrente da original posição hierárquica adotada pelo Supremo Tribunal Federal: fosse admitida a teoria das constitucionalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos, com o consequente cabimento do recurso extraordinário com fulcro no art. 102, III, a, CRFB/1988, possibilitar-se-ia a via do designado processo de “abstratização do controle difuso”⁽¹⁵⁾, quer pela repercussão geral, bem como na possibilidade de aplicação do art. 52, X, da CRFB/88, pela qual se atribui a prerrogativa ao Senado Federal para, em caráter discricionário, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, se possibilitaria a extensão dos efeitos da decisão, com eficácia *erga omnes*.

Nesta linha de entendimento, se expressamente contivesse previsão ou se se concluisse pela via interpretativa pelo cabimento do Recurso Extraordinário para decisões de única ou última instância dos Tribunais que declarassem a invalidade da lei em face dos tratados internacionais de direitos humanos, teríamos a possibilidade da ampliação dos potenciais efeitos do controle de supralegalidade.

Deve-se esclarecer que na hipótese da decisão recorrida negar a eficácia derogatória de preceitos jurídicos nacionais pelos tratados internacionais de direitos humanos caberá o recurso extraordinário, com fundamento na contrariedade da decisão com os dispositivos da Constituição (arts. 4º, 5º, §§ 2º, 3º, 4º da CRFB/88), segundo o art. 102, III, a, da CRFB/88. Neste caso, o caminho para a generalização da medida encontra-se aberto.

3.1.2.3 Possibilidade do Controle de supralegalidade concentrado

Cumpra-nos, nesta altura, analisar a possibilidade de controle de supralegalidade pelo método con-

centrado. Seria possível por ação direta e com objeto próprio ser discutida abstratamente no Supremo Tribunal Federal a validade de preceito jurídico interno em face de tratado internacional de direitos humanos não deliberados na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/1988?

De fato, não há na Constituição instrumento peculiar ao controle direto e abstrato de compatibilidade vertical da legislação nacional com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Trata-se de questão recente e ainda pouco discutida na doutrina brasileira. De todo o modo, a rara literatura jurídica nacional que se debruça sobre o tema tende a rejeitar o controle de convencionalidade concentrado. A impossibilidade do controle concentrado dos tratados de direitos humanos, aliás, é indicado como o diferencial entre a adoção ou não do processo deliberativo dos documentos internacionais, na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/1988.

Na visão de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI:

Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com *quorum* qualificado – têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição servirão de paradigma ao controle concentrado (para além, evidentemente, do difuso), enquanto os demais (tratados de direitos humanos internalizados com aprovação congressual qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle difuso (via de exceção ou de defesa) de constitucionalidade/convencionalidade.⁽¹⁶⁾

Contudo, em que pese o entendimento notabilizado pelo internacionalista, propomos uma releitura do controle de supralegalidade. Com apoio na teoria do bloco de constitucionalidade, entendemos ser possível o controle abstrato e *erga omnes* da legislação nacional frente aos tratados internacionais mediante instrumento constitucional de controle de constitucionalidade – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A noção de bloco de constitucionalidade foi legada do constitucionalismo francês⁽¹⁷⁾ e a expressão cunhada

(15) Para uma visão crítica sobre o tema, confira: STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*.

(16) MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*, cit. p. 362.

(17) Decisão do Conselho Constitucional da França, de 16 de julho de 1971.

e difundida por LOUIS FAVOREU propõe, em síntese, mediante critérios interpretativos evolutivos, a expansão do núcleo normativo da Constituição. Para além de seu texto, os valores que a inspiram e as normas de densificação dos princípios que as orientam, a teoria do bloco de constitucionalidade confere hierarquia normativa diferenciada – normas materialmente constitucionais – a preceitos não expressos na Constituição.

Neste sentido, reconhece-se, tal como nas conclusões de KARL LOEWENSTEIN, a vivacidade e a mutabilidade da Constituição: “*La constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada através de fórmulas fijas.*”⁽¹⁸⁾

A teoria do bloco de constitucionalidade reconhece elementos transcendentais e exteriores à Constituição como projeção de sua força normativa. Contudo, esta força expansiva não tem aptidão, na tradição do Supremo Tribunal Federal, de cotejo e confronto com as normas nacionais para fins de controle direto de constitucionalidade, por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Para ilustração cite-se:

A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo – ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/1967) –, a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. ADI 514/PI, Relator Ministro CELSO DE MELLO. Decisão publicada no DJ de 31.3.2008.

Contudo, em que pese o entendimento sedimentado no farto decisório do Supremo Tribunal Federal, entendemos ser possível a discussão direta e abstrata de compatibilização vertical de normas jurídicas nacionais com os tratados internacionais de direitos humanos, senão pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta de Constitucionalidade, diante dos limites imprimidos pelo Supremo Tribunal Federal à teoria do bloco de constitucionalidade para fins destas ações, mas pela via da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que possui, no sistema de controle constitucional, natureza residual, conforme o art. 4º, § 1º da Lei n. 9.882/1999.

Diante do caráter residual da ADPF e considerando que os valores acolhidos pelos documentos internacionais de direitos humanos expressam valores maiores da Constituição (vide arts. 4º e 5º, § 2º, da CRFB/88) o instrumento poderá, por via reflexa, abstrata e *erga omnes*, eliminar as eventuais antinomias dos tratados internacionais de direitos humanos e as normas jurídicas nacionais.

REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Repertório da prática brasileira do direito internacional (Período 1961-1981)*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Fundação Alexandre de Gusmão, 1984.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- DEVEALI, Mario. *Tratado de derecho del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- GARCIA, Maria. Os tratados internacionais sobre os direitos humanos e a Constituição. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 20. p. 600-2, out. 2001.
- LACOSTE-MARY, Valérie. *Droit social internacional*. Paris: Ellipses, 2007.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXVI, n. 113, março de 2009. p. 333-70.
- PELLET, Alain; DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1991.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Consultor Jurídico, 3 ago. 2007.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- ZANOBETTI, Alessandra. *Diritto internazionale del lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

(18) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. p. 164.