

DA INCONSTITUCIONALIDADE PELA NÃO INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E
CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE A PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*THE INCONSTITUTIONALITY OF NON INCORPORATION OF TREATS AND
INTERNATIONAL CONVENTIONS ON THE PROTECTION OF
HUMAN LABOR LAW IN BRAZIL*

Lourival José de Oliveira¹

Amanda Midori Ogo de Pinho²

RESUMO: Os direitos relativos à proteção ao trabalho humano integram a categoria pertencente aos Direitos Humanos, sendo dotados de uma estrutura internacionalmente ordenada para sua proteção, cujo ponto culminante é a atuação da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Esta proteção encontra-se consubstanciada principalmente nas Convenções Internacionais do Trabalho. Entretanto, para que essas Convenções Internacionais do Trabalho integrem o ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que passem por um procedimento de incorporação, que desempenha papel crucial em sua efetividade no âmbito interno. Esse processo, todavia, sofreu profunda modificação com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, cujos efeitos, para muitos estudiosos, representaram um retrocesso em termos de proteção aos Direitos Humanos. Para outros, foi a expressão da soberania nacional, que fez com que não houvesse a incor-

1 Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Docente do Programa de Mestrado da Universidade de Marília.. Docente da Faculdade Paranaense. Advogado.

Lourival.oliveira40@hotmail.com.br

2 Graduada do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina-Pr.

poração automática dos conteúdos das referidas Convenções. É defensável a tese da harmonia existente entre as proteções contidas na Constituição Federal em comparando-as com o conteúdo das Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, muito embora o Brasil não as tenha ainda recepcionado em sua totalidade. A não incorporação, quando patente o cumprimento das mesmas finalidades constitucionalmente estabelecidas, pode representar uma flagrante inconstitucionalidade. O não respeito às Convenções Internacionais sobre proteção ao trabalho humano, considerando-as como fazendo parte dos Direitos Humanos, significa um retrocesso político e institucional. Diante dos princípios basilares consagrados em especial no artigo 1º da Constituição Federal impõe-se a incorporação dos Tratados Internacionais referentes à proteção do trabalho humano, enquanto requisito indispensável para o cumprimento dos objetivos estabelecidos para a República Federativa do Brasil. A própria natureza dos direitos relacionados à proteção ao trabalho humano – de Direitos Humanos, inerentes, incondicionalmente, a cada indivíduo por sua simples existência – afigura-se suficiente para conferir-lhes, quer emanados de norma internacional ou interna, caráter constitucional.

Palavras-chave: Direito internacional do trabalho. Incorporação. Constituição Federal Brasileira.

ABSTRACT: Rights to protection of human labor are part of human rights, and have an internationally ordered structure for its protection, whose culminating point is the activity of the International Labor Organization - ILO. This protection is embodied in International Labor Conventions mainly. However, for those international labor Conventions to integrate the Brazilian legal system, they must undergo a procedure for incorporation, which plays a crucial role in their effectiveness in the domestic sphere. This process, however, changed dramatically with the enactment of 45/2004 Constitutional Amendment, whose effects, for many scholars, represented a setback in terms of protection of human rights. For others it was an expression of national sovereignty, which meant that there was no automatic incorporation of the contents of those Conventions. It is arguable thesis of the harmony between the protections contained in the Federal Constitution comparing to the contents of International Conventions of the International Labor Organization is defensible, although Brazil does not yet have them approved entirely. The lack of incorporation may be unconstitutional when the fulfillment of the same constitutionally established purposes is patent. Failure to comply with international conventions on protection of human labor, considering them as part of Human Rights, means an institutional and political backlash. Facing the fundamental principles enshrined particularly in Article 1 of the Constitution requires the incorporation of international treaties concerning the protection of human

labor as an essential requirement for achieving the objectives established for the Federative Republic of Brazil. The very nature of rights related to protection of human labor human rights, inherent, unconditionally, to each individual by their mere existence – it is enough to give them, whether emanating from domestic or international standard, a constitutional nature. **Key words:** International labor right. Integration. Brazilian Federal Constitution.

Introdução

O Direito Internacional Público possui como um de seus desígnios principais o reconhecimento e a promoção dos Direitos Humanos, bem como o estímulo à criação de estruturas jurídicas, inclusive no âmbito interno dos Estados, hábeis a protegê-los.

Na categoria de Direitos Humanos, enquadram-se os relativos ao trabalho, cujo arcabouço de proteção internacional é formado, principalmente, pelas atividades desempenhas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Entretanto, é mister considerar que de nada vale a edificação de um sistema internacional eficiente de proteção ao trabalhador se as normas internacionais sobre matéria trabalhista não forem recepcionadas e efetivamente aplicadas no âmbito interno.

No Brasil, quando se fala na incorporação das normas internacionais trabalhistas, bem como das demais normas referentes a Direitos Humanos, é imprescindível reportar-se à Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe profundas alterações ao tema.

Anteriormente, para a incorporação dos Tratados e Convenções Internacionais, o único quorum estabelecido para a aprovação pelo Congresso Nacional era o da maioria simples, com a particularidade de que, pertencendo as normas de proteção ao trabalho ao âmbito dos Direitos Humanos, era possível sustentar sua incorporação com *status* de emenda constitucional, sobretudo ante o teor dos artigos 5º, § 2º, e 7º, *caput*, da Magna Carta.

Não obstante, a referida emenda acrescentou ao artigo 5º o § 3º, que dispõe que, para equivalerem a emendas constitucionais, os tra-

tados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos deverão ser aprovados mediante quorum qualificado, o que significou para muitos estudiosos do assunto um retrocesso sem precedentes.

Desse modo, impõe-se analisar as atuais condições de incorporação das normas internacionais de proteção ao trabalho humano no ordenamento jurídico interno brasileiro e, ao mesmo tempo, formar uma posição crítica em relação à necessidade de manifestação do Estado brasileiro em relação à proteção externa desses mesmos princípios.

1 Do direito internacional público

Consiste o Direito Internacional Público em um conjunto de regras e princípios que disciplinam a sociedade internacional – essa, por sua vez, formada pelos Estados, organizações internacionais e indivíduos - visando à obtenção da paz, segurança jurídica e estabilidade das relações internacionais (MAZZULOLI, 2007, p. 43).

Em que pese os Estados serem os sujeitos por excelência do Direito Internacional Público, posto que são dotados de capacidade para produzir atos jurídicos internacionais e associar-se voluntariamente às organizações internacionais, as quais perquirem interesses comuns através da cooperação, é imperioso reconhecer que o Direito Internacional Público rege não somente as relações interestatais e as que envolvem organizações internacionais, mas, sobretudo nos dias atuais, com o crescente enfoque da sociedade internacional sobre os Direitos Humanos, possui função imprescindível à proteção do indivíduo no cenário internacional.

Outrossim, amiúde o Direito Internacional Público objetiva a proteção do indivíduo contra o próprio Estado, quando da violação de suas normas e princípios ou descumprimento dos Tratados e Convenções Internacionais.

Os Estados são dotados de soberania, eis que não há poder superior capaz de determinar suas ações no âmbito interno. Entretanto, a ordem internacional deve sobrepor-se à vontade do Estado quando esse assim assentiu, participando da formação de determinada nor-

ma internacional ou comprometendo-se a obedecê-la, já que o Estado, com toda a sua soberania, cede apenas parte dessa intangibilidade para, coordenadamente com os outros sujeitos do Direito Internacional Público, trabalhar em prol do bem comum da sociedade internacional.

Para que haja efetividade das normas internacionais, destarte, é imprescindível que se abandone a ideia ultrapassada de que a soberania do Estado é um poder ilimitado, inatingível e inexorável – posto, se assim fosse, sequer se poderia falar na existência de uma verdadeira ordem internacional, existindo apenas o digladio entre agentes com vontades díspares e alianças temporárias e oportunistas entre aqueles que, em dado momento, nutrem objetivo comum.

As organizações internacionais, ao lado dos Estados, constituem os principais sujeitos do Direito Internacional Público, possuindo extrema relevância no cenário internacional, já que advêm de ato internacional que traduz a convergência de vontade de Estados soberanos na consecução de objetivos comuns. Originam-se de tratados multilaterais, que os dotam de personalidade e capacidade jurídica internacionais, além de um regime próprio de privilégios e imunidades.

Advêm, portanto, da crescente institucionalização do Direito Internacional Público, combinada com

a impossibilidade que os Estados têm, seja por questões de ordem estrutural, econômica, militar, política ou social, de conseguir realizar sozinhos alguns de seus objetivos comuns no âmbito de um contexto determinado. (MAZZUOLI, 2007, p. 496).

Os Estados cedem, por conseguinte, parte de suas competências funcionais para as organizações internacionais, criadas por ato de vontade coordenada, para agirem em seu nome, inclusive na criação de normas de caráter internacional.

No âmbito dos direitos trabalhistas, destaca-se a atuação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, que possui o desígnio maior de regular as re-

lações entre capital e trabalho. O texto em vigor de sua Constituição, entretanto, data de 1946, ano da 29ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Montreal.

Em que pese a criação da OIT ser anterior à Carta das Nações Unidas, a mesma integra o sistema ONU, juntamente com outras organizações, como a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef).

A OIT é uma organização permanente que defende a paz através da justiça social, por seu turno alcançável pela melhoria das condições de trabalho.

Arnaldo Sussekind leciona que os três motivos inspiradores da OIT são:

- a) o sentimento de justiça social; b) o perigo de injustiça social; c) a similaridade das condições de trabalho na ordem internacional – para se evitar que os esforços das nações desejosas de melhorar a sorte de seus trabalhadores possam ser obstados pela nãoadoção, por outros países, de regimes de trabalho realmente humanos. (SUSSEKIND, 2000, p. 120).

Sua estrutura é composta por três órgãos: a Conferência Internacional do Trabalho – assembleia geral de todos os membros da OIT, que detém o poder deliberativo máximo e é responsável pela regulamentação internacional do trabalho, através de convenções, recomendações e resoluções, sendo que cada Estado-membro possui quatro delegados na Assembleia-geral: dois representantes do próprio Estado, um representante das organizações sindicais dos trabalhadores e um representante das organizações dos empregadores; o Conselho de Administração – órgão diretivo e executivo da OIT, composto por 28 representantes dos governos, 14 representantes dos empregadores e 14 representantes dos empregados; e o *Bureau* Internacional do Trabalho – secretaria técnico-administrativa da OIT, que documenta e organiza as atividades das organizações e publica as convenções e recomendações adotadas, centralizando e distri-

buindo todas as informações referentes à regulamentação internacional da condição dos trabalhadores e do regime de trabalho.

Constata-se, assim, que grande parte da força da OIT se encontra em sua composição *sui generis*, que garante maior efetividade às suas normas, em razão de serem estas derivadas da convergência de vontades não só dos Estados, mas também de indivíduos que integram suas sociedades internas.

Por um outro viés, é importante ressaltar que a incorporação ou não pelo Estado membro da OIT das Convenções ou Tratados referentes à proteção ao trabalho humano significa, também, a sua manifestação política internacional no que se refere à proteção ou não daqueles direitos que se encontram consubstanciados naqueles instrumentos internacionais de proteção, o que produzirá efeitos positivos ou negativos para a formação do consenso internacional em torno da adoção de ações protetivas internacionais.

Portanto, não é somente uma questão de recepção ou não das Convenções ou Tratados. É também uma manifestação irrefutável e um posicionamento expresso diante da comunidade internacional.

2 Normas internacionais sobre proteção ao trabalho humano

Os Direitos Humanos, também denominados Direitos Fundamentais ou Direitos do Homem, são aqueles inerentes a todo ser humano e que se prestam a edificar-lhe uma existência digna.

Trata-se de direitos sem os quais não é possível, pois, o reconhecimento da inviolabilidade do ser humano, e que, portanto, possuem caráter universal. Sua abrangência encontra-se expressa nos artigos 1º e 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II – Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, ori-

gem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Outrossim, os Direitos Humanos distinguem-se por sua irrenunciabilidade, inalienabilidade e inexauribilidade. Tamanha é sua relevância que não podem ser objeto de renúncia por seus próprios titulares, tampouco tolhidos por terceiros, transferidos ou cedidos, impondo-se ressaltar, mesmo, que sua inexauribilidade reside no fato de que são, por natureza, expansíveis e inesgotáveis, como expresso no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Os direitos do trabalhador integram a segunda geração de Direitos Humanos, que, como leciona Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1999, p. 476),

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Emergentes a partir do século XX, fruto do anti-liberalismo pós-segunda guerra, fortemente influenciado pela doutrina socialista, foram consagrados, em especial, nas constituições socialdemocratas, sobretudo a de Weimar, da Alemanha, em 1919.

Os Direitos Humanos são dotados de natureza especial e diferenciada, na medida em que são ínsitos à própria existência do ser humano.

Desse modo, nada mais natural que, no plano internacional, os Direitos Humanos possuam tratamento específico quando de sua consolidação por meio de normas internacionais.

Flávia Piovesan aponta que uma das principais peculiaridades reside no fim ao qual se destinam as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, pois, enquanto o Direito Internacional Público em geral busca, tradicionalmente,

disciplinar as relações de reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios pactuantes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos objetiva garantir o exercício dos direitos da pessoa humana. (PIOVESAN, 2008, p. 15).

Essa garantia, contudo, é conexa ao *status* com a qual as normas internacionais são recepcionadas no ordenamento jurídico interno, o que sofre inúmeras variações de acordo com o país e as circunstâncias históricas. Mazzuoli relata, exemplificativamente, que as constituições francesa de 1958, grega de 1975 e peruana de 1979 estabeleciam a prevalência dos Tratados Internacionais sobre as normas internas, de modo a garantir-lhes plena vigência (PIOVESAN, 2008, p. 303).

Entretanto, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal mantém, desde 1977, o entendimento de que os Tratados Internacionais, uma vez recepcionados, possuem o *status* de lei ordinária, sendo eventual conflito resolvido por meio do critério de que a lei posterior revoga a anterior. Contudo, isso não se aplica àqueles tratados cujo conteúdo se relaciona aos Direitos Humanos, tendo o Supremo Tribunal decidido pelo caráter supralegal deste tipo de Tratado, no histórico julgamento do RE 466.343-SP, que serviu de base para outras decisões recentes no mesmo sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. [...] O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna

e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. [...] (HC 94013, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396).

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Provimento Parcial. Prisão Civil. Depositário infiel. Possibilidade. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, em razão do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. (RE 404276 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17.04.2009 EMENT VOL-02356-06 PP-01109 LEXSTF v. 31, n, 364, 2009, p. 169-172).

Não obstante, Flávia Piovesan afirma que a Constituição Brasileira de 1988, ao prever que os direitos e garantias ali expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, parágrafo 2º), atribui aos Direitos Humanos natureza de norma constitucional (PIOVESAN, 2008, p. 51).

Esse entendimento é corroborado por Mazzuoli, que alega que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos “ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quorum qualificado de aprovação” (MAZZUOLI, 2007, p. 311).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho espousa o posicionamento, ressaltando que

[...] a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, “decorrentes do regime e dos princípios por

ela adotados”, incluindo-se também aqueles que derivam de tratados internacionais. (FERREIRA FILHO, 1990, p. 88).

Reconhecendo-se que os Direitos Humanos possuem características especiais que os distinguem dos demais direitos, deve-se admitir também a necessidade de tratamento diferenciado no que diz respeito a sua recepção. Nesse sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade leciona:

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. [...] Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana. Como, também neste domínio, a um Estado não é dado deixar de cumprir suas obrigações convencionais sob o pretexto de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, com maior razão ainda não haver desculpa para um Estado de não se conformar a um tratado de direitos humanos no qual é parte pelo simples fato de seus tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional. (TRINDADE, 2011, *on line*).

Como entidade destinada a tutelar, no âmbito internacional, espécie de Direitos Humanos – aqueles relacionados ao trabalho –, a OIT produz normas que se externam na forma de convenções ou recomendações.

As Convenções são tratados multilaterais, normativos e usualmente abertos elaborados para regulamentar o trabalho tanto no âmbito internacional quanto no que diz respeito às condições de traba-

lho adotadas internamente pelos Estados, assim como questões conexas.

À semelhança as demais normas internacionais, as Convenções da OIT necessitam ser ratificadas pelos Estados-membros. No entanto, o artigo 19, parágrafo 5º, de sua Constituição estabelece uma série de particularidades:

- a) será dado a todos os Estados-Membros conhecimento da convenção para fins de ratificação;
- b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza;
- c) os Estados-Membros darão conhecimento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho das medidas tomadas, em virtude do presente artigo, para submeter a convenção à autoridade ou autoridades competentes, comunicando-lhe, também, todas as informações sobre as mesmas autoridades e sobre as decisões que estas houverem tomado;
- d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção;
- e) quando a autoridade competente não der seu assentimento a uma convenção, nenhuma obrigação terá o Estado-Membro a não ser a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho – nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes – sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a convenção. Deverá, também, precisar nestas informações até que ponto aplicou, ou pretende aplicar, dispositivos da convenção, por intermédio de leis, por meios administrativos, por força de

contratos coletivos, ou, ainda, por qualquer outro processo, expondo, outrossim, as dificuldades que impedem ou retardam a ratificação da convenção.

Destarte, tem-se que os membros da OIT não são obrigados a ratificar as Convenções, mas possuem o compromisso de submetê-las à aprovação do órgão nacional interno encarregado. Uma vez ratificadas, as Convenções tornam-se fonte formal de direito, gerando direitos subjetivos para os cidadãos.

As Recomendações, a seu turno, não obstante possuam na OIT os mesmos trâmites previstos para as Convenções e materialmente possam tratar sobre os mesmos assuntos, têm natureza jurídica diversa. Não se sujeitam à ratificação dos Estados-membros, sendo desprovidas de efeito obrigatório, posto sua finalidade principal seja fornecer orientações para a conduta dos Estados.

Mesmo as Convenções não ratificadas constituem fonte material de direito, “na medida em que servem como modelo ou como fonte de inspiração para o legislador infraconstitucional.” (SUSSEKIND, 2007, p. 808).

Faz-se necessário esclarecer, por fim, que a OIT pode manifestar-se por meio de Declarações ou Resoluções, através das quais efetua pronunciamentos sobre questões complexas ainda não hábeis a constituir Convenção ou Resolução.

3 Do procedimento de incorporação das normas internacionais relativas à proteção do trabalho humano no ordenamento jurídico brasileiro

Para que um Tratado ou Convenção Internacional ingresse no ordenamento jurídico brasileiro, passando a integrar o direito interno, é necessária obediência a um procedimento de incorporação constitucionalmente previsto, por meio da adoção de uma sistemática de incorporação legislativa, aplicável também às normas internacionais de proteção ao trabalho.

Um Tratado ou Convenção internacional nasce a partir da negociação, fase inicial de competência do Poder Executivo, a quem

cabe conduzir a política externa do Brasil. Nessa fase, é preponderante a atuação do Ministério das Relações Exteriores, através de missões diplomáticas compostas por diplomatas de carreira, especialistas nas matérias objeto dos tratados e convenções e, amiúde, de políticos.

Antes da assinatura do Tratado ou Convenção pelo Presidente da República, a quem compete “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, nos termos do artigo 84, VIII da Constituição Federal, é realizada uma meticulosa análise pelas comissões de negociadores. Verificada a compatibilidade da norma internacional com a ordem constitucional brasileira, ela é encaminhada para assinatura.

Com a assinatura, encerra-se a fase da negociação, seguindo-se o referendo pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal.

É mister ressaltar que, tratando-se de normas internacionais em geral, o Presidente da República, como Chefe de Estado, possui discricionariedade para submetê-las ou não à aprovação do Congresso, o que não ocorre com as normas de caráter trabalhista.

Como já ressaltado, as normas internacionais relativas ao Direito do Trabalho originam-se, em regra, da OIT, cujo Tratado Constitutivo expressamente prevê, em seu artigo 19, nº 5, letra “e”, a obrigatoriedade de submissão de suas Convenções à aprovação pelas autoridades competentes dos Estados-membros.

O expediente de envio do tratado ou convenção ao Congresso Nacional é mediado pelo Ministério das Relações Exteriores: o Itamaraty prepara o texto da mensagem presidencial que é submetido à apreciação do Congresso e um aviso ao Secretário da Câmara dos Deputados.

Passa-se, então, à análise do Tratado ou Convenção por parte do Congresso Nacional, de acordo com a exigência do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal. Sua manifestação é materializada por decreto legislativo, que não se sujeita à sanção do Presidente da República, sendo promulgada pelo Presidente do Senado Federal e

publicada em Diário Oficial. Trata-se do exercício da função de controle e fiscalização dos atos do Executivo pelo Poder Legislativo.

A análise, nesse momento, deve ser limitada à aprovação ou não do texto, não se admitindo quaisquer mudanças no conteúdo, tampouco a criação de emendas – o que não impede que um tratado não aprovado sirva como fonte material para a criação de leis.

A matéria é discutida e votada em cada uma das casas: primeiro na Câmara dos Deputados e depois no Senado Federal. A aprovação dos tratados, em geral, segue o *quorum* da maioria simples dos membros presentes nas duas Casas, segundo o artigo 47 da Constituição Federal.

Os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, para alcançarem o status de Emendas Constitucionais, necessitam de *quorum* qualificado: devem ser aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, consoante o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

A aprovação pode ser retratada até o momento da ratificação, que importa comprometimento definitivo do Estado no cenário internacional.

É importante lembrar que a OIT estabelece o prazo de doze meses após a aprovação de uma convenção pela Conferência Internacional do Trabalho para que os Estados-membros a enviem para apreciação por seus órgãos competentes.

Após o *referendum* pelo Congresso Nacional, caso esse lhe seja favorável, o Tratado ou Convenção poderá ser ratificado pelo Presidente da República. Note-se, mais uma vez, que o Presidente da República possui discricionariedade, sendo a manifestação emitida pelo Congresso mera autorização para que, sendo oportuno, ele proceda à ratificação. O que não pode ocorrer é a ratificação do Tratado sem a aprovação pelo Congresso Nacional.

Mazzuoli ensina que a ratificação, no caso de Tratado bilateral, realiza-se pela troca de informações – passa-se nota à Embaixada do outro contratante em território brasileiro ou, em não havendo, a nota

é passada pela Embaixada do Brasil acreditada junto ao outro país – ou pela troca de cartas de ratificação. Após a conclusão dos trâmites internos de incorporação dos tratados por ambas as partes, realiza-se a cerimônia de troca dos respectivos instrumentos, com a elaboração de ata ou protocolo consignando o ocorrido (MAZZUOLI, 2008, p. 291).

Quanto aos atos multilaterais, após a aprovação pelo Congresso Nacional, é necessário o depósito do instrumento de ratificação junto ao organismo internacional responsável – no caso dos Tratados e Convenções concluídos sob a égide das Organizações Internacionais, essas são as responsáveis por seu depósito. A aplicabilidade da norma internacional, contudo, pode estar sujeita ao advento de termo estabelecido no próprio instrumento constitucional.

No âmbito interno, tem-se o início da vigência do tratado com a promulgação, feita por decreto do Presidente da República, no qual se ordena a execução, conforme o artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, com sua respectiva publicação.

É necessário fazer a ressalva de que, em se tratando de matéria relacionada à proteção ao trabalho humano, defende-se que a obrigação do Brasil perante a OIT não surge com a promulgação do decreto presidencial, mas com o depósito da ratificação, já que a Constituição da OIT, em seu artigo 19, § 5º, d, apregoa que

o Estado-membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção.

Os Tratados e Convenções Internacionais em geral, segundo o entendimento do STF, são recepcionados com status de Lei Ordinária, sujeitos, portanto, a revogação por Lei Ordinária posterior, através de processo legislativo com quorum simples. Os relativos a direitos humanos, de acordo com a Suprema Corte, como enfatizado, são, *a priori*, recepcionados com caráter supralegal, em que pese que parte da doutrina invocasse, antes da Emenda Constitucional nº

45/2004, sua recepção com *status* constitucional, conforme já exposto.

A referida emenda trouxe grande repercussão ao tema, na medida em que prevê que:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Desse modo, queda-se com a seguinte situação: para a recepção das Convenções Internacionais do trabalho, o procedimento de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro somente é finalizado com a produção de Decreto Presidencial, mesmo já tendo o Brasil assumido o compromisso de fielmente cumprir a norma internacional perante a OIT. Além disso, para que adquira formalmente *status* constitucional, a convenção deverá ser aprovada com quorum qualificado, superior ao exigido para a incorporação dos tratados internacionais de teor comum.

Não obstante o parágrafo 3º do artigo 5º reforce o entendimento de que os tratados que versam sobre Direitos Humanos possuem natureza constitucional, a atribuição formal desse caráter é condicionada a um crivo do legislativo mais rigoroso do que o utilizado para as demais normas internacionais. Por conseguinte, não mais é possível defender a tese de incorporação formal dos tratados sobre direitos humanos como normas de *status* constitucional de forma automática.

Diante da relevância e universalidade dos Direitos Humanos, o que se espera não é a instituição de uma regra que condicione a recepção, com *status* formalmente constitucional, dos Tratados e Convenções que lhes são afetos a um quorum de difícil alcance, em dois turnos de votação. O que se almeja é a recepção dessa sorte de Tratados e Convenções como normas constitucionais, sim, mas através de procedimento menos penoso, de modo a facilitar sua inserção formal no rol dos direitos caracterizados como constitucionais.

Pode-se dizer que se trata de uma necessidade imperiosa, detectável com maior facilidade justamente ao se lidar com matéria relativa à proteção do trabalho humano. Eis que é notório, hodiernamente, o constante descumprimento das normas de proteção ao trabalhador, tanto no âmbito interno quanto internacional, impulsionado, principalmente, pela alta competitividade do mercado econômico.

Não compete argumentar que o quorum qualificado estabelecido pela referida Emenda é adequado, posto corresponda ao quorum necessário para a aprovação das Emendas Constitucionais em geral, por todo o tratamento diferenciado que se deve dispensar aos Direitos Humanos, inclusive ao abrigo do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Maior.

Outrossim, é necessário considerar a possibilidade de que determinados Direitos Humanos venham a possuir, formalmente, caráter constitucional, enquanto outros serão infraconstitucionais ou, no mais alto grau, supralegais, o que seria ao menos incongruente.

Não se pode negar também que mesmo as Convenções ou Tratados internacionais relativos aos Direitos Fundamentais que não venham a atingir o quorum qualificado devam também integrar materialmente a Constituição Federal. Nesse sentido, Flávia Piovesan ensina:

[...] com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais e; b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º (PIOVESAN, 2008, *on line*).

Entretanto, é importante atribuir caráter constitucional aos Direitos Humanos também formalmente, de modo a garantir-lhes maior proteção e prover segurança jurídica ao sistema.

Sobre as consequências práticas dessa opção jurídica, Luiz Flávio Gomes ressalta que

[...] a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e b) os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o quorum qualificado que o art. 5º, § 3º da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu status será de norma (somente) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados serão materialmente e formalmente constitucionais, e assim servirão também de paradigma do controle concentrado (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade. (GOMES, 2009, *on line*).

O que se tem no presente momento, portanto, é a exigência de um quorum superior ao estabelecido para os Tratados e Convenções internacionais de teor comum. Considerando o histórico, notório e ainda hodierno descumprimento das normas de proteção ao trabalhador, tanto no âmbito interno quanto internacional, é de se ponderar que benefícios pode trazer uma norma que, ao invés de facilitar a inserção formal dos Direitos Humanos advindos de normas internacionais no rol dos direitos caracterizados como constitucionais, torna-a mais penosa.

Assim, é imprescindível uma reflexão acerca das atuais condições de incorporação das normas internacionais referentes à proteção ao trabalho humano – e Direitos Humanos em geral – no ordenamento jurídico brasileiro, para lhes garantir segurança jurídica e maior efetividade, não se podendo olvidar que, em quaisquer circunstâncias, as aludidas normas devem ser vistas como relevante fonte material para o direito pátrio, que se propõe a doar normas e condições mais benéficas ao trabalhador.

Resta saber se, quando não recepcionados Tratados ou Convenções Internacionais que estejam alinhados com o teor da Constituição pátria, não caberia como remédio processual uma possível

ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Referido instrumento não foi adequadamente estudado ainda para o seu emprego nesta hipótese.

Considerações finais

Os direitos relativos à proteção ao trabalho humano integram a categoria de Direitos Humanos, eis que necessários e imprescindíveis para alcançar a dignidade da pessoa humana. Nessa condição, possuem uma estrutura internacional diferenciada, conduzida pela OIT, para sua proteção e disseminação por todos os países do mundo.

Entretanto, não se deve primar pelo respeito aos direitos relativos à proteção do trabalho humano somente no âmbito internacional, ou seja, de modo formal, já que a efetiva garantia das condições de trabalho asseguradas pelas normas internacionais depende do tratamento interno proporcionado pelos Estados.

A adoção interna desse tratamento traduz a posição concreta do Estado no plano internacional, que deve também se revestir de ações positivas voltadas a cooperar com políticas públicas internacionais de repulsa aos Estados que não se propõem a respeitar e proteger o trabalho humano.

O Brasil, como Estado-membro da OIT, possui o compromisso de buscar o firmamento de condições dignas de trabalho, comprometendo-se a submeter as Convenções da OIT à apreciação do Congresso Nacional e, independentemente de aprovação, utilizá-las como fonte material para a elaboração de seu direito interno, assim como as recomendações e demais manifestações da referida organização internacional.

Entretanto, adota-se uma postura segundo a qual, para que os direitos provenientes de normas internacionais adquiram, formalmente, o mesmo *status* que as normas constitucionais, eles devem ser aprovados por referendun que exige quorum qualificado – portanto, mais gravoso que o exigido para os Tratados Internacionais em geral.

A própria natureza dos direitos relacionados à proteção ao trabalho humano – de Direitos Humanos, inerentes, incondicionalmente, a cada indivíduo por sua simples existência – afigura-se suficiente para conferir-lhes, quer emanados de norma internacional ou interna, caráter constitucional. Mesmo assim, esse não é o posicionamento campeado no momento pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste mundo globalizado, cuja ordem jurídica internacional é caracterizada pelo agrupamento de Estados na busca de objetivos comuns, não se deve ater a arcaicas concepções que exigem a preservação da soberania absoluta a qualquer custo, inclusive em detrimento da proteção e segurança jurídica de direitos inexoráveis dos cidadãos.

Assim, garantir o ingresso dos direitos relativos à proteção ao trabalho humano, emanados de Convenções Internacionais com o mesmo *status* dos constitucionalmente expressos, independentemente de quorum qualificado, de difícil obtenção, nada mais é do que colocá-los em seu lugar de direito, de modo a protegê-los de quaisquer escusas ao seu cumprimento, eis que, expressamente consagrados na Lei Maior, que na maioria das vezes, encontra-se em plena harmonia com o conteúdo exarado das Convenções e Tratados Internacionais de proteção ao trabalho humano.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BREGALDA, Gustavo. *Direito Internacional público e direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2007.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAMPOS, João Mota et al. *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1990.

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli “versus” STF*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 23. abr. 2011.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Supremo tribunal federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. *EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito*. v. 2, n.1, p. 29. ISSN 1980-7430. http://www.dombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/3%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20completa.pdf Acesso em: 23 mar. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado02.htm>. Acesso em: 25 jan. 2011.

YAMAMOTO, Toru. *Direito internacional e direito interno*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.