

A efetividade do direito do trabalhador: por um diálogo necessário entre o direito internacional e o direito do trabalho através do transconstitucionalismo

The effectiveness of labor law: advocating for a necessary
dialogue between international law and labor law
through transconstitucionalism.

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Doutoranda em Direito Internacional pela UFRGS (2014). Mestre em Direito Público pela Unisinos (2012). Pós-graduanda em Relações Internacionais pela UFRGS (2015) e Pos-Graduada em Direito Internacional pela UFRGS (2009) e em Língua Inglesa pela Unilasalle (2008). Professora de Direito Internacional e Relações Internacionais da graduação em Direito do UniRitter e da Unifin. Professora Substituta da Faculdade de Direito da UFRGS.
tatiafc Cardoso@gmail.com

André Bassani Squeff

Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (FEMARGS, 2015); Especialista em Direito Civil e Processo Civil (IDC, 2009). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter, 2006). Advogado.
absqueff@gmail.com

Resumo: Este trabalho tem como objetivo apresentar um novo fundamento para o diálogo envolvendo o Direito do Trabalho e o Direito Internacional, em prol da garantia efetiva dos direitos dos trabalhadores. Inicialmente, apresenta-se o crescente papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em um mundo cada vez mais globalizado, em prescrever regras que criem um mínimo comum a toda sociedade internacional. Na sequência, debate-se acerca das diferentes regras concebidas no seio dessa organização internacional, verificando-se a aplicação limitada das suas Convenções. Ato contínuo, expõe-se posteriormente a tese do transconstitucionalismo como um novo aporte para que haja uma efetiva aplicação das normativas internacionalmente concebidas, em detrimento da análise da hierarquia das normas quando recepcionadas pelo ordenamento pátrio. Por fim, trabalha-se com viabilidade da aplicação desse fundamento, partindo-se do subprincípio da norma mais benéfica ao trabalhador, bem como de julgados que já ventilam a utilização transconstitucional de regras da OIT.

Palavras-chave: Direito Internacional do Trabalho. Convenções da OIT. Transconstitucionalismo. Direitos do Trabalhador. Efetividade.

Abstract: This paper intends to present a new foundation for the dialogue involving Labor Law and International Law, in order to guarantee the effectiveness of labor rights. Firstly, the growing role played by the International Labor Organization (ILO) in prescribing rules that create an equal minimum set of rules to all international society in an increasingly globalized world is presented. Subsequently, the different rules formulated within ILO are discussed in order to verify the limited application of the Conventions. Afterwards, the transconstitutionalism approach is presented as a new contribution so that there is an effective application of the internationally designed labor rights, instead of the analysis of the hierarchy of norms when dully internalized by the national order. Finally, the feasibility of the application of such approach is discussed, starting from the sub-principle of the 'most beneficial norm to the worker', as well as judgments that already support the transconstitutional use of ILO rules.

Keywords: International Labor Law. ILO Conventions. Transconstitutionalism. Labor Rights; Effectiveness.

1 Introdução

Considerando que a adequação da atividade laborativa ao Direito do Trabalho não pode ser levada a cabo pelo próprio trabalhador, dependendo fundamentalmente do Estado para que este possa ter os seus direitos plenamente observados pelo empregador, torna-se imperiosa a existência de regras que prescrevam as mais diversas hipóteses em que o operário pode se encontrar. Contudo, hodiernamente não basta que essa previsão exista apenas no território de um dado Estado, vez que as relações econômicas estão, de fato, presentes em diversas localidades do globo e tão entrelaçadas, que não seria concebível haver direitos prescritos de forma diversa.

Nesse cenário, destaca-se o papel da Organização Internacional do Trabalho, a qual tem como atividade principal desenvolver as regras trabalhistas, na tentativa de criar um denominador comum para às diversas relações de trabalho existentes no mundo. Além disso, notável é o seu papel em tentar acompanhar as transformações econômicas, sociais e laborais

de forma efetiva, sendo muitas vezes inovadora nas suas previsões quando comparada aos seus Estados-partes.

Em que pese os desenvolvimentos oriundos do plano internacional serem fundamentais para “uniformizar os direitos sociais entre os múltiplos países [...] garantindo de forma holística, um mínimo existencial e, com isso, assegurar vantagens trabalhistas mínimas” aonde quer que o operário esteja (CASSAR, 2009, p. 63), a sua aplicação prática nos tribunais internos dos países não é tão simples, vez que existem não apenas diversos documentos com naturezas jurídicas distintas, como também procedimentos domésticos para que essas normas sejam utilizadas.

Por isso, o presente artigo aborda temas de extrema relevância no âmbito do Direito Internacional e do Direito do Trabalho, ao tratar da possibilidade da aplicação imediata das Convenções provenientes da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de garantir efetivamente os direitos inerentes a pessoa do trabalhador. Para tanto, utiliza-se de um novo aporte teórico, o transconstitucionalismo, na tentativa de estabelecer um diálogo entre esses ambientes normativos, afastando-se dos corriqueiros discursos que primam pela prevalência das Convenções por materialmente conterem regras ligadas aos direitos humanos.

Logo, em um primeiro momento se discorrerá sobre o direito do trabalho à nível internacional, compreendendo os objetivos, os meios e os alcances de campo normativo, para que, na sequência do estudo, seja exposto o transconstitucionalismo como novo fundamento para a utilização das Convenções da OIT mesmo que não internalizadas em *terrae brasilis*, demonstrando, até mesmo, que em alguns julgados ela já está sendo implicitamente utilizada. E para alcançar esses objetivos, realizar-se-á uma pesquisa descritiva acerca do tema, de modo a buscar qualitativamente, por intermédio de um levantamento bibliográfico, as respostas para os questionamentos formulados.

2 O direito do trabalho à nível internacional: escopo e alcance

O surgimento de normas que regulamentem a prestação de serviços tem sua origem no esgotamento do modelo instituído pelo liberalismo, o qual primava pela busca da proteção dos direitos individuais ante a figura do poder executivo. Isso porque, com a menor intervenção estatal na vida privada e com o advento da economia capitalista, a exploração direta da mão-de-obra pelo proprietário dos meios de produção, fez com que o indivíduo e as suas liberdades fossem absorvidos pela lógica de mercado (ROTH, 2010, p. 17-18).

À vista disso, ao longo do século XIX, crescem “as lutas dos movimentos operários pela regulação das relações produtivas”, como a “luta pelos três oitos (oito horas de sono, oito horas de lazer e oito horas de trabalho)” (STRECK e MORAIS, 2012, p. 64-65). Afinal, em razão da Segunda Revolução Industrial, aumentavam os infortúnios que atingiam o proletariado, ensejando a adoção de medidas que criassem regras específicas voltadas a essas atividades, as quais não mais podiam ser resolvidas pelos próprios indivíduos (AZAMBUJA, 2006, p. 145; AZEVEDO, 1999).

Em meio a isto, Robert Owen se destaca como o primeiro grande expoente da defesa das reformas sociais, propondo ainda em 1818 “um limite legal da jornada de trabalho”, a qual seria a “primeira manifestação, que se conhece, no sentido do estabelecimento de uma legislação internacional [...] instituindo direitos irrenunciáveis em favor dos trabalhadores”.¹ Anos mais tarde, a partir de 1841, Daniel Legrand também ganharia os holofotes ao advogar pela “instituição de um direito internacional para proteger as classes operárias contra o trabalho prematuro e excessivo” (SÜSSEKIND, 1987, p. 85). Por fim, Bismark, renomado chanceler alemão, em 1871, igual-

1 Apesar de sua tese não ter sido aceita à época, ela, aos poucos, ganharia adeptos, convertendo-se em realidade. (SÜSSEKIND, 1987, p. 85).

mente se destacaria ao “implantar o primeiro sistema de seguros sociais” naquele país (SÜSSEKIND, 1987, p. 85).

Contudo, com a interrupção desse processo pela preocupação de um encarecimento exacerbado “dos custos de produção e conseqüentemente, uma diminuição da capacidade de concorrência dos produtos nacionais” (SEITENFUNS, 2012, p. 229), aliado ao próprio agravamento da situação dos operários ao redor do globo em razão da I Guerra Mundial (1914-1918), cresciam os apelos sociais por uma intervenção maior do Estado nas esferas privadas de liberdade do indivíduo, requerendo “novas estratégias de ação por parte dos entes políticos” (STRECK e MORAIS, 2012, p. 64). Em resposta, cria-se o Estado de Direito Social (*Welfare State* ou *État Gendarme*), atribuindo novas responsabilidades ao poder executivo, tais como a promoção dos direitos das classes proletárias, por intermédio de prestações positivas (MORAIS, 2009, p. 37).

Nesse passo são lançadas as Constituições Mexicana e Alemã em 1917 e 1919, respectivamente, as quais, sedimentando esse posicionamento, estipulavam as bases para o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e a obtenção das primeiras normas de proteção em nível doméstico (MORAIS, 2009, p. 37; CAMINO, 2003, p. 40). E, assim, regras relativas às condições de trabalho, previdência, saúde, etc. passariam a ser garantidas pelo Estado, de modo a compensar “as diferenças sociais advindas do processo de produção industrial” (LUCAS, 2005, p. 181).

Por isso, em que pese ainda na Revolução Francesa o dever estatal de prestar assistência já ter sido ligeiramente ventilado, “não é senão por volta do final do século XIX e no primeiro terço do século XX, [especialmente com a edificação do Estado Social] que se verifica um considerável movimento reivindicando nessa direção” (MARTINS NETO, 2003, p. 113) – sentido este que igualmente engloba a esfera internacional. Afinal, em 1919, “ao Tratado de Versalhes, que coloca um ponto final na Primeira Guerra Mundial, foi anexado [...] o projeto de criação de uma instituição

permanente voltada às questões laborais”, a qual dará origem a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (SEITENFUNS, 2012, p. 229).

Assim, na primeira parte desse estudo, abordar-se-á o papel dessa organização para o desenvolvimento do direito do trabalho, destacando as suas principais características, para que, na sequência, comente-se acerca das normas emanadas dessa instituição, pontuando a sua abrangência e os seus limites, de modo que reste demonstrado o escopo e o alcance do direito internacional do trabalho.

2.1 O papel da OIT para o desenvolvimento do Direito do Trabalho

A OIT é uma organização internacional criada no limiar do século XX, com o propósito de fazer com que existam regramentos mínimos de direitos e condições destinados à trabalhadores independentemente do local em que estejam ou do tipo de atividade prestada. Noutros termos, ela busca sedimentar a “universalização das ideias relacionadas com o trabalho, pugnando, ainda, por uma justiça social, [para que haja] uma melhor distribuição das riquezas” (PRETTI, 2006, p. 26).²

Com sede em Genebra, na Suíça, “a OIT é a primeira organização internacional especializada de caráter universal” (SEITENFUNS, 2012, p. 229). Antes ligada à Liga das Nações, por intermédio da Declaração de Filadélfia de 1944, passa a integrar o sistema das Nações Unidas (ONU) enquanto um organismo especializado, dotado de independência e autonomia frente a essa organização (SEITENFUNS, 2012, p. 229-230; VALLADÃO, 1978, p. 92). Além disso, quanto as suas características, conforme Arnaldo Sússekind, pode-se dizer que “[...] a OIT é uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, consti-

² No mesmo sentido: OIT, 2003, p. 1.

tuída de Estados, que assumem soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais da entidade e das convenções que ratificam” (SÜSSEKIND, 1987, p. 122).

Quer isso dizer que para consagrar os direitos inerentes ao trabalhador, a OIT fixa “princípios programáticos ou regras imperativas de determinado ramo do conhecimento humano (trabalho, seguridade social, busca da justiça e da paz social)” os quais deverão ser levados a cabo por seus membros (HORVARTH JUNIOR, 2006, p. 20).³ Logo, nota-se a imprescindibilidade do empenho e da participação dos Estados, os quais, ao se tornarem parte da OIT, devem respeitar e fazer com que as regras prescritas em seus documentos sejam, de fato, aplicadas em seu território (FERREIRA FILHO, 2011, p. 65).

Em suma, a OIT apresenta-se como um foro especializado para debater as questões atinentes ao trabalhador a nível internacional, de modo que, mesmo frente a constante redução de fronteiras na esteira de uma economia cada vez mais globalizada, possa-se “proteger, cobrar, fiscalizar e sugerir medidas asseguradoras do direito a um trabalho decente” independentemente do local da prestação de serviços (BRITTO, 2012; SANTOS, 2000, p. 122). Afinal, se hodiernamente é permitido “às empresas escolher com relativa facilidade os países em que pretendem produzir”, nada mais justo do que haver um mínimo comum que fuja da ingerência total do Estado ou do empregador (PERES, 2004, p. 20).

Isso porque, com a criação de padrões internacionais atinentes à proteção do trabalhador, diminuir-se-iam os riscos da flexibilização massiva de normas trabalhistas domesticamente, cuja consequência seria o *dumping* social – uma prática que tende a explorar o trabalhador, reduzindo-se os direitos ora consagrados internamente, em busca de uma maior “compe-

3 Para a ampliação do seu campo de atuação enquanto agência da ONU, cf. também: MELLO, 2003, p. 229.

titividade no mercado internacional na produção de bens a um custo final muito mais baixo do que o normal” (MAZZUOLI, 2013, p. 23).⁴

Por certo que não se nega a possibilidade de flexibilização, vez que ela é “compatível com as finalidades do Direito do Trabalho e com os instrumentos de que se vale para a consecução da justiça social” (SÜSSEKIND, 1987, p. 56).⁵ Entretanto, com a adoção de regras no âmbito da OIT, mesmo com a “competição internacional, [com os] avanços tecnológicos [e com a] introdução novas categorias de trabalhadores”, a desregulamentação *unilateral, plena e corriqueira* com vistas a fomentar o desenvolvimento econômico dos Estados não seria possível (PAIVA, 2010, p. 33)⁶.

Na verdade, a OIT observa a posição “geopolítica e as condições socioeconômicas do [...] países, assim como a tradição do direito nacional” de cada Estado, desenvolvendo suas regras em prol do estabelecimento de condições mínimas e da uniformização das condições de trabalho, de modo a evitar os abusos em nome da ambição econômica desmedida (SÜSSEKIND, 1987, p. 56). Por isso que o papel da OIT, ao fim e ao cabo, consiste na *criação de regras* que assegurem “um nível mínimo e uniforme de condições de trabalho, que impeça os países com patamares mais baixos de proteção social de valerem-se dessa circunstância para competir de forma mais vantajosa” (BARROS, 2008, p. 114), provocando “mais pobreza e mi-

4 No mesmo sentido: PERES, 2004, p. 20.

5 No âmbito doméstico, excepcionalmente permite-se a adoção de regras menos rígidas. Exemplos dessas possibilidades são, entre outras, a (a) terceirização de atividades meio, a qual engloba a contratação de terceiros para participar do processo produtivo da empresa em atividades diversas de suas finalidades; e (b) negociação coletiva, quando a empresa e os empregados fazem concessões recíprocas sobre questões pré-determinadas legalmente, tornando-as uma exceção às regras normalmente aplicáveis (DELGADO, 2014, p. 43-44). Para a terceirização, v. TST. **Súmula 331**. Para negociação coletiva, v. BRASIL, 1988. Art. 7, incisos VI, XIII e XIV; e BRASIL, 1943. Art. 59.

6 No mesmo sentido: CASSAR, 2003.

séria aos menos desfavorecidos” economicamente (PRETTI, 2006, p. 28), em uma verdadeira busca pela *justiça social*⁷.

E com o intuito de desempenhar tal atividade, a OIT possui desde a época do Tratado de Versalhes “uma estrutura organizacional em três níveis: um pleno, com a Assembleia Geral; um Conselho de Administração e um apoio fundamental de um secretariado permanente chamado Escritório Internacional do Trabalho” (SEITENFUS, 2012, p. 231; NASCIMENTO, 1976, p. 72; OIT, 1946, Art. 2). A competência de cada um de seus órgãos vem descrita no seu instrumento fundador, mais conhecido como a Constituição da Organização Internacional do Trabalho, reformada em Genebra no ano de 1946 por força da sua incorporação à ONU.

O Escritório, atualmente dirigido pelo britânico Guy Ryder, tem como função principal “a centralização e a distribuição de todas as informações referentes à regulamentação internacional da condição dos trabalhadores e do regime do trabalho” (OIT, 1946, Art. 10). Trata-se, portanto, do elo de ligação da Organização com seus membros e com os demais organismos interessados, para a realização “de programas de atividades práticas e de assistência técnica” voltadas à promoção dos direitos ali concebidos e debatidos (MAZZUOLI, 2013, p. 1073; SÜSSEKIND, 1987, p. 163-164; OIT, 1946, Art. 11).

Ao Conselho, por sua vez, compete gerir a Organização, reunindo-se três vezes ao ano em Genebra (SÜSSEKIND, 1987, p. 153). Seguindo o princípio do tripartismo, é composto por 56 membros, dos quais 28 são representantes do Estado (sendo 18 destes oriundos de países industrializados), 14 dos empregadores e 14 dos empregados (OIT, 1946, Art. 7). Tem como papel fundamental (a) preparar as Conferências Internacionais

7 Em relação à justiça social, cabe mencionar o parágrafo 20 da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, aprovada na ocasião da 86ª Conferência Internacional do Trabalho, a qual deve ser lida a partir do seguinte contexto: “o crescimento econômico é essencial, mas não suficiente, para garantir a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza”, logo, “a justiça social é imprescindível para garantir uma paz universal e permanente” (MAZZUOLI, 2013, p. 1067).

do Trabalho, organizando as suas pautas e fixando as suas datas, (b) tomar medidas atinentes à aplicação dos documentos da Organização, e (c) controlar as atividades do Escritório (SÜSSEKIND, 1987, p. 153-154; MAZZUOLI, 2013, p. 1071-1072; OIT, 1946, Art. 14).

Por fim, a Assembleia Geral, também chamada de Conferência, é “o órgão supremo da Organização”, em que todos os seus membros participam sob os auspícios do tripartismo⁸ e cujas funções *principais* são (a) “traçar diretrizes gerais da política social a ser observada”, e (b) “elaborar, por meio de convenções e recomendações, a regulamentação internacional do trabalho e das questões que lhe são conexas” (OIT, 1946, Arts. 1[4], 3, 4 e 19). Resta nesse órgão, portanto, a competência normativa da OIT.

Atento aos objetivos do presente estudo, impende detalhar esses tipos normativos criados a partir dessa Organização e expor a forma de incorporação destes instrumentos no campo legislativo brasileiro, ao passo que eles influenciam o Direito do Trabalho a nível nacional quando repassam obrigações e/ou diretrizes aos seus membros, as quais terão impacto (in)direto no desempenho da atividade laboral doméstica.

2.2 As resoluções da OIT e seus limites

Dos trabalhos levados a cabo pelos três tipos de representantes dos Estados nas Conferências Internacionais do Trabalho, originam-se dois tipos de documentos, as quais, nos termos da Constituição da OIT, podem ser as convenções e as recomendações (OIT, 1946, Art. 19). Em conjunto,

8 Quer isso dizer que cada país será representado não apenas por dois delegados agindo no interesse estatal, como também por um representante dos empregadores e outro dos empregados, totalizando quatro delegados por país – um de cada setor interessado na relação de trabalho. Apesar disso, cinge registrar que cada um tem um voto, não podendo o Estado, na falta de um membro do Estado de outra ordem, votar por esse. A votação, em geral, ocorre por intermédio da maioria simples (OIT, 1946, Arts. 3 e 4; SÜSSEKIND, 1987, p. 143-144 e 150; GUNTHER, 2011, p. 42-43).

formam o Código de Direito Internacional do Trabalho e poderão abordar os mesmos assuntos, cuja descrição está no item III do Anexo da referida Constituição, por serem as áreas em que a Organização poderá auxiliar os seus membros. São elas:

- a) proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida;
- b) dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral;
- c) favorecer, para atingir o fim mencionado no parágrafo precedente, as possibilidades de formação profissional e facilitar as transferências e migrações de trabalhadores e de colonos, dando as devidas garantias a todos os interessados;
- d) adotar normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital;
- e) assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores para melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica;
- f) ampliar as medidas de segurança social, a fim de assegurar tanto uma renda mínima e essencial a todos a quem tal proteção é necessária, como assistência médica completa;
- g) assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações;
- h) garantir a proteção da infância e da maternidade;
- i) obter um nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura;

- j) assegurar as mesmas oportunidades para todos em matéria educativa e profissional. (OIT, 1946, Anexo – Item III)⁹

Em que pese essa semelhança quanto ao objeto, as convenções e as recomendações são instrumentos jurídicos distintos, afetando diretamente a força legal que elas terão no interior do ordenamento jurídico de seus Estados-membros. Numa palavra, a *natureza normativa* dos dois tipos de Resoluções da OIT é fundamentalmente diferente e isso se dá por força dos *efeitos* diversos que elas geram.¹⁰

As convenções equivalem-se a tratados internacionais multilaterais, ou seja, a acordos escritos concluídos por Estados de forma soberana regidos pelo Direito Internacional (ONU, 1969, Art. 2[1][a]). Trata-se de uma fonte formal de direito, de origem internacional (ARAÚJO, 2008, p. 35), a qual gera obrigações para os países a partir da *concordância* dos mesmos com os seus termos e transcorrido o prazo legal doméstico referente ao seu vigor¹¹.

Isso significa que, para que os deveres decorrentes desse tipo documento sejam cumpridos, há a necessidade de submeter o texto ora aprovado na Conferência por dois-terços dos votos à autoridade local competente, “a fim de que esta [o] transforme em lei ou tome medida de outra natureza” (OIT, 1946, Art. 19[5][b]). No Brasil, esse procedimento equivale à aprovação de um Decreto Legislativo, pela maioria dos votos do Congresso Nacional do texto da convenção e a posterior promulgação e publicação

9 Para uma discussão acerca destes, cf.: MARTINS, 2009, p. 23-24

10 Para os fins desse trabalho, Resoluções da OIT serão a soma das Convenções e das Recomendações, como fonte normativa *latu sensu* dos atos que advêm de organizações internacionais em geral. Porém, ressalta-se que Arnaldo Süssekind (1987, p. 173-175) menciona a existência de Resoluções propriamente ditas no âmbito da OIT, as quais seriam adotadas também em conferências e que essas não gerariam quaisquer obrigações ou diretrizes para os Estados. Ademais, menciona que existem Declarações e Conclusões do Conselho de Administração da OIT, as quais igualmente seriam mecanismos meramente informais, puros *soft law* organizacionais.

11 No Brasil, conforme as Leis de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, isso ocorreria após 45 dias depois de oficialmente publicada, salvo previsão em contrário no texto do tratado. (BRASIL, 1942. Art. 1.)

deste por parte do Presidente da República no Diário Oficial da União, por meio de Decreto, nos termos da Constituição Federal (BRASIL, 1988)¹².

Ademais, a Convenção apresenta outra peculiaridade, qual seja, da necessidade de ela ser submetida à apreciação do Congresso no “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)” (OIT, 1946. Art. 19[5][b]). Nesses termos, no momento em que a Convenção for aprovada no âmbito da OIT¹³ e finda a Conferência que a introduziu no campo normativo internacional, os Estados-parte tem o período de, em regra, um ano para a submeterem ao Congresso, sob pena de vinculação internacional sumária.¹⁴

Contudo, uma vez apresentados ao congresso pátrio, registra-se que não há prazo pré-determinado para que haja a aprovação por parte do Congresso ou do Presidente, havendo tão-somente o dever de, quando transcorridas as etapas internas de adesão aos tratados, haja a comunicação da ratificação brasileira à convenção ao Escritório Internacional do Trabalho, na pessoa do seu Diretor-Geral, para que seja possível a realização do controle de aplicação das normas da OIT (GUNTHER, 2011, p. 57-63; REZEK, 1984, p. 162; SÜSSEKIND, 2003, p. 1532).

Ao cabo, cumpre dizer que elas podem ser subdivididas em três categorias, com base no conteúdo e/ou na periodicidade dos relatórios que os pa-

12 Cf., na Constituição federal, os seguintes artigos: Art. 47 (votação no congresso), Art. 49, inciso I (necessidade de aprovação do congresso); Art. 84, inciso IV (competência do presidente para promulgar decretos) e VIII (competência do presidente para celebrar tratado internacional).

13 Concorda-se com Valério Mazzuoli (2013, p. 1079) nesse aspecto quanto ao fato de algumas das etapas de internalização de tratados no Brasil estariam supridas. Isso porque, a negociação e assinatura já teriam ocorrido em razão dos debates e da posterior adoção da Convenção pela própria Assembleia da OIT, em função da participação dos representantes brasileiros devidamente dotados de plenos poderes para agir em nome do país.

14 Isso ensejaria o Estado estar obrigado internacionalmente ao texto do documento, mesmo que domesticamente ele não surta efeitos ou não vigore, possibilitando uma eventual responsabilidade internacional do Estado (ONU, 2001. Arts. 1, 2 e 3 - especialmente).

íses devem submeter Escritório da OIT informando os resultados obtidos com os documentos internamente. São as classificações (GOMES, 2005, p. 121)¹⁵: (a) as *convenções fundamentais*, as quais “foram assim denominadas porque garantem os instrumentos necessários coletivamente”, devendo os relatórios ser submetidos a cada dois anos após o primeiro relatório submetido ao final do primeiro ano de vigência; (b) as *convenções prioritárias*, cujo teor dos documentos é relativo “às instituições e à política de trabalho”, os Estados deveriam submeter relatórios nos mesmos termos da classe anterior; e (c) as *demais convenções*, os relatórios seriam apresentadas a cada cinco anos.

Por outra banda, as recomendações seriam adotadas “quando o tema, ou um de seus aspectos, não seja considerado conveniente ou apropriado para ser, no momento, objeto de uma convenção” (OIT, 1946). Por isso, são dotadas de “papel acessório, definido a partir [de] um princípio geral” que esteja sendo detalhado ou aprofundado (GUNTHER, 2011, p. 50).

Elas não podem ser consideradas como fonte formal de Direito do Trabalho, mas tão-somente fonte material, já que não há ratificação por parte dos Estados-membros da OIT (SÜSSEKIND, 1987, p. 174). O processo de aceite de recomendações não segue nenhuma previsão doméstica, haja vista serem meras diretrizes, as quais complementam um entendimento já sedimentado em uma convenção ou estabeleçam um aspecto novo, com o objetivo de fomentar um debate ou uma “consciência social comum” sobre certa temática (GUNTHER, 2011, p. 50).

A única possibilidade de recomendações da OIT integrarem o ordenamento jurídico interno de algum Estado-membro seria por intermédio de proposições de leis domésticas adotando o procedimento ordinário, a qual apenas teria como *influência* o teor do documento adotado internacionalmente no âmbito da OIT, não sendo, de modo algum, uma internalização. Como ressalta Francisco Rezek, “o equívoco está em recebê-las como se fos-

15 Com modificações oriundas de: OIT, 2001, p. 15.

sem tratados, e em aprová-las por decreto (*sic*) como que supondo possível a sua ratificação” (REZEK, 1984, p. 159).

Destarte, pode-se dizer que as recomendações “são atos que contêm sugestões destinadas a orientar os legisladores, mas não criam obrigações” (BARROS, 2008, p. 117). São típicos documentos de *soft law* as quais geram impulsos à comunidade jurídica, para que essa, ao receber uma sugestão, possa livremente deliberar acerca da sua importância ou necessidade, para fins de transformá-la em uma regra vinculante – uma lei (GOMES, 2005, p. 124).¹⁶

Em que pese não haver obrigação jurídica quanto à adoção doméstica das recomendações, podendo elas serem (ou não) abraçadas pelos Estados como melhor lhes convir, existe a exigência de que a recomendação seja submetida à autoridade nacional competente. E o fundamento desse dever, conforme Ivanna dos Santos Gomes, “está no fato de que, com a tomada de conhecimento por parte da autoridade nacional, o conteúdo da recomendação será debatido em âmbito doméstico e internacional, podendo até modificar a opinião pública” (GOMES, 2005, p. 123-124).

Diante dessas diferenças, pode-se concluir que a OIT possui mecanismos de modificar ou sugerir alterações no Direito do Trabalho, fazendo-o regularmente por força de suas Conferências, as quais ocorrem no mínimo uma vez ao ano. Entretanto, é igualmente inegável o fato de que as Resoluções da OIT *dependem* largamente da vontade dos Estados, não só em participar, de fato, da Organização, como também em aceitar os seus documentos, seja formalmente (por meio da internalização das convenções) ou informalmente (aplicando entendimentos encontrados em recomendações).

Ocorre que existe uma série de Convenções que são de suma importância para a proteção do direito do trabalhador, como, por exemplo, a *Convenção n. 158* de 1982, que trata da proibição da despedida imotivada, a *Convenção n. 173* de 1992, que versa sobre a proteção dos créditos trabalhistas na insolvência do empregador e a *Convenção n. 87* de 1948, que engloba

16 Em sentido mais amplo, confira a discussão em: CARDOSO, 2010, p. 3.

a liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização (OIT, s/d) – algumas delas infelizmente não internalizadas por certos Estados como o Brasil, prejudicando o desenvolvimento pleno do homem e a proteção da dignidade humana.

Desta feita, na segunda parte desse estudo, buscar-se-á suporte na tese do transconstitucionalismo, a fim de que se apliquem as Convenções da OIT de forma *imediata* nos ordenamentos jurídicos dos Estados-parte dessa organização, especificamente, no Brasil, em prol de uma proteção alargada dos direitos inerentes aos indivíduos e condizente com outras obrigações internacionais como a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

3 A necessidade do diálogo transconstitucional para a efetividade do direito do trabalhador

Os Direitos dos Trabalhadores dialogam diretamente com direitos fundamentais dos seres humanos, compondo o seu mínimo existencial e sem os quais não é possível falar na garantia plena do princípio dignidade da pessoa humana¹⁷. Nesse sentido, as normas que compõe esse campo do Direito atuam como forma de manutenção desses bens e jurídicos, reconhecendo-se “a necessidade de realização de uma justiça social” (SARLET, 2003, p. 123).

E o Estado é o seu grande promotor, devendo esse adotar uma série de políticas promocionais capazes de para concretizar os comandos norma-

17 Adota-se a definição de Alexandre de Moraes, para quem “a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo e pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem rosas as pessoas enquanto seres humanos” (MORAES, 2007, p. 51).

tivos e assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um, sob pena de não serem na prática realizados (BONAVIDES, 2001, p. 343). Se não bastasse a necessidade de criar meios concretos para a eficácia social¹⁸ desses direitos, existem outros que sequer são positivados, necessitando a sua previsão legal anterior para que, então, sejam criados mecanismos para efetivá-los.

Até mesmo porque, antes mesmo de serem aplicados, os direitos precisam estar presentes nos ordenamentos jurídicos de modo que reste fundamentada a conduta do ente estatal em prol do indivíduo. Essa necessidade advém do fato de nem todos os direitos básicos do homem estarem devidamente postos, porquanto “os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana” – são direitos históricos, que vão sendo ampliados e positivados ao longo do tempo, conforme as diversas “transformações das condições de vida” (BOBBIO, 1992, p. 32).

Com efeito, os direitos do homem “podem sempre ser aprimorados, desenrolando-se ao longo da história, sendo impassíveis de um controle puramente empírico e fechado, os quais seriam elucubrados apartados da realidade social” (CARDOSO, 2013, p. 135). Nesse viés, considerando as relações econômicas atuais – globalizadas – e o impacto elas causam no cotidiano social do cidadão em diversos pontos do globo, é impossível dizer que essas mutações ocorrem em um único território.

Na trilha de Carmen Camino (2003, p. 40), tal como “os trabalhadores do século XIX protagonizaram [um] movimento de conquista do direito do trabalho, forçando a negociação com o capital e obtendo daí a primeiras normas de proteção, [devidamente] consagradas na ordem estatal” do local onde ocorriam os debates, como na Inglaterra, no México ou na Alemanha; hoje a “negociação” ocorre por todos os lados, inclusive, em uma órbita mais ampla e heterogênea, como a internacional.

18 A norma não requer apenas a sua eficácia jurídica, mas igualmente a sua eficácia social, ou seja, que ela seja efetivamente garantida “na prática” da sociedade (SILVA, 2009, p. 65-66).

Do mesmo modo que se vislumbrou na primeira sessão do presente trabalho, algumas dessas regras são oriundas das interações estabelecidas em nível internacional, as quais dão origem às Convenções e Recomendações da OIT, cujo desdobramento é justamente a exigência ou a sugestão da adoção de certas práticas projetadas para aprimorar a relação trabalhista, a fim de que o indivíduo, mesmo em meio a tantas “possibilidades”, reste protegido. Ocorre que, mesmo sendo uma obrigação do Estado tutelar e promover os direitos fundamentais de segunda geração, e por mais que o Estado tenha participado ativamente das discussões na OIT, este ainda detém, ao cabo, a opção de aderir ou não ao texto internacional, numa aplicação leviana do clássico princípio de direito internacional *pacta sunt servanda* (ONU, 1969, Art. 26).

E mesmo quando adotando um discurso protetivo, tal como a possibilidade de se resguardar os direitos tutelados pelos documentos da OIT por intermédio do critério de prevalência dos tratados de direitos humanos, as respostas normalmente esbarram em uma questão anterior, de cunho procedimental, quanto à vontade do Estado – se esse consentiu ou não com a regra que se está querendo aplicar.

Nesse panorama, questiona-se: como se poderia afastar a vontade do Estado quando se está diante de regras tão fundamentais para os seres humanos como são as questões trabalhistas? Na tentativa de responder esse questionamento, analisar-se-á na sequência a teoria do transconstitucionalismo como sendo a ponte para o estabelecimento do necessário diálogo entre o direito internacional e o direito interno, em prol da garantia efetiva do direito do trabalhador.

3.1 A teoria do transconstitucionalismo

O transconstitucionalismo é uma tese defendida por Marcelo Neves, pugnando pelo entrelaçamento transversal entre as diversas ordens jurídi-

cas, de modo que não exista uma visão unilateral acerca de um determinado direito. A partir da sua perspectiva, os direitos humanos não poderiam ser abordados de forma “autista” pelo Estado-nacional, ou seja, unilateralmente, vez que essa não seria mais uma questão exclusiva do âmbito doméstico, haja vista ter havido a desterritorialização de muitos dos problemas jurídico-constitucionais (NEVES, 2009, p. 118, 131, 135 e 145).

Para compreender a sua tese, mister, contudo, detalhar o seu ponto de partida. Nesse interim, o autor lança a sua tese com base nos desafios enfrentados pelas constituições mundo afora, de que há problemas que não são meros desafios para uma única ordem constitucional, mas “tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais” (NEVES, 2014, p. 202).

Nos termos do autor, “não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas” (NEVES, 2014, 207). Por exemplo, poder-se-ia dizer que as relações de trabalho hodiernas, encaixam-se nesse cenário, posto que há uma considerável mão-de-obra estrangeira prestando serviços em diferentes localidades do globo, os quais foram contratados em outros tantos sítios, sendo impossível controlar essas relações a partir de um único ordenamento, exigindo até mesmo a participação de organizações intergovernamentais para compreender essas novas complexidades, como a OIT.

Em seguida, Marcelo Neves busca guarida na “razão transversal” de Wolfgang Welsch para analisar a existência de “pontes de transição, tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais [...], quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial” para a resolução dos problemas (NEVES, 2014, p. 207). Notável diálogo, por conseguinte, que o autor igualmente tece com Niklas Luhmann (LUHMANN, 2005, p. 625-626), de modo que a tensão/complexidade do subsistema fosse dissipada “por intermédio de auto-regulações internas de índole cibernética”, as quais ocorrem a partir dos fechamentos estruturais,

mas que receberam notáveis *inputs* externos a partir de acoplamentos entre os diversos subsistemas, antes do próprio encerramento.

Assim, Marcelo Neves diz que não há como haver predominância do direito constitucional ou do direito internacional para a resolução de um caso hodierno, devendo esses dois conjuntos comunicarem-se, de modo que haja um diálogo transversal entre eles, não podendo ou um ou outro, por intermédio de suas regras ultrapassadas, resolverem o problema individualmente. Somente a partir do aprendizado entre os conjuntos é que resolver-se-ia a questão (NEVES, 2009, p. 117 e 142). Afinal, como afirma Luhmann, “o direito não pode ser estável do ponto de vista do tempo, no sentido que algo que em alguma ocasião tenha tido validade a terá para sempre” (LUHMANN, 2005, p. 634-635).

Transpondo para a ideia que se quer aqui defender, no modelo atual ter-se-ia, de um lado, o Direito Internacional do Trabalho, e de outro, as regras domésticas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), as quais terão amparo constitucional em seu artigo sexto. Quando em choque, sobretudo pela falta de adesão brasileira à certas Convenções da OIT, a possibilidade de aplicar-se a regra mais protetiva ao trabalhador, sempre esbarra na soberania do Estado, pendendo para a utilização do direito doméstico. Outrossim, pela tese transconstitucional, o conflito poderia ser resolvido se houvesse uma comunicação entre os dois planos, de modo a conferir um privilégio maior aos direitos fundamentais.

Impende dizer, o transconstitucionalismo não concede preferência ao plano internacional – nem ao plano interno! Nenhuma “das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva” (NEVES, 2009, p. 236). A tese transconstitucional impõe a necessidade de os *dois* subsistemas estarem abertos para um possível acoplamento e troca de informações, de modo a perquirir qual seria o diálogo mais viável para a efetividade dos direitos em questão, a qual será realizada posteriormente e autopoieticamente, levando-se em consideração a peculiaridade (os meta-

códigos) de cada sistema (NEVES, 2009, p. 135; LUHMANN, 2005, p. 637-638).¹⁹

Quer isso dizer que não seria sempre que as Convenções da OIT seriam benéficas e, portanto, aplicáveis mesmo quando o direito doméstico legalmente não possibilite essa utilização de forma direta. Haveria casos em que seria importante, sim, a sua utilização para a preservação dos direitos fundamentais; porém, outros que a soberania pode parecer melhor utilizada para atingir os mesmos objetivos. Assim, através do transconstitucionalismo, não se busca desacreditar o ente estatal de forma plena, já que ele continua sendo relevante para a (re)produção “da nova ordem normativa mundial” (NEVES, 2009, p. 30).

Até mesmo porque, se houvesse essa inserção desmedida em um único sentido, considerando a existência de gigantescas assimetrias entre as diferentes ordens jurídicas (estatais ou não), conduzir-se-ia a sociedade a uma “nova avalanche de exclusão e a persistência de periferias” (NEVES, 2014, p. 214). Logo, o “transconstitucionalismo leva a sério essas assimetrias na afirmação das pontes tanto contenciosas quanto cooperadoras de transição”. Não se trata de “diálogos constitucionais orientados para o entendimento entre cortes ou instância de ordens jurídicas diversas”, mas guiados pelo dissenso, “para influenciar e modificar um ao outro reciprocamente, mostrando os limites das perspectivas correspondentes, sem que daí possa esperar-se algo como consenso” (NEVES, 2014, p. 215).

Por isso, Marcelo Neves conceitua o transconstitucionalismo como “uma ordem diferenciada de comunicações, tanto para dentro quanto para fora do sistema jurídico” que se “entrelaçam para a solução de um problema-caso [...] que lhes seja concomitantemente relevante” (NEVES, 2009, p. 289 e 297). E os direitos fundamentais, nesse interim, podem “servir à interpenetração e à interferência de dois sistemas autoreferenciais, o que implica simultaneamente, em relações recíprocas de dependência e inde-

19 Sobre a autopoiese em Luhmann cf. também: CLAM, 2005, p. 77-128.

pendência” (RODRIGUES e CARDOSO, 2013, p. 104), sobrepondo-se por vezes o direito interno e em outras o direito internacional, sempre no sentido de que alguma dessas ordens aviste o “ponto cego” e garanta a plena satisfação do ser humano em um dado concreto (NEVES, 2009, p. 298).

No caso em apreço, por fim, advoga-se pela utilização do transconstitucionalismo, por “parece[r] ser a alternativa mais promissora para a fortificação da dimensão normativa [da sociedade mundial]”, abrindo-se “à uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 131). Noutros termos, ele permite, frente ao caso concreto, averiguar se a aplicação da Convenção da OIT, mesmo quando não ratificada pelo Brasil, seria conveniente ou não para a preservação e efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Desta feita, na continuidade do escrito, trabalhar-se-á com as reais possibilidades da aplicação imediata das Convenções da OIT, trazendo exemplos concretos da aplicação do transconstitucionalismo pelo judiciário brasileiro, mesmo que não citando a tese de Marcelo Neves, atestando a validade da lógica por ele empregada.

3.2 A aplicação imediata das Convenções da OIT: possibilidades

A aplicação imediata das Convenções da OIT refere-se à possibilidade de utilização dos referidos documentos sem a sua devida internalização, isto é, passando pelo crivo do Congresso Nacional e do Presidente da República, nos termos constitucionais anteriormente referidos. Entretanto, essa aplicação só seria possível, com base no transconstitucionalismo, quando houvesse um diálogo transversal entre as ordens jurídicas, de modo que restasse comprovado, frente a um caso concreto, a possibilidade e a necessidade de ser utilizada a norma internacional.

Necessário reafirmar que a aplicação imediata das Convenções da OIT, através da leitura conferida pelo transconstitucionalismo, significaria que as mesmas não precisariam nem ao menos ser assinadas pelo Brasil, bastando que essa regra exista em Direito Internacional, isto é, seja aprovada na Conferência por dois terços dos membros presentes e votantes, nos termos da Constituição da OIT (OIT, 1946, Art. 19[2]). Isso porque, ela já estaria disponível no sistema mundial quando aprovada pela OIT, podendo, assim, estabelecer contato com as demais ordens jurídicas.

Nesse interim, exclui-se da presente análise duas regras contidas no texto constitucional, porquanto haveria a necessidade de a Convenção ser internalizada pelo Brasil. A primeira, refere-se ao o norma contida no artigo quinto, parágrafo segundo²⁰, que, para o Supremo Tribunal Federal²¹, possui *status* supralegal; e para alguns autores (MORAES, 2007, p. 627; MAZZUOLI, 2013, p. 1087-1088; SÜSSEKIND, 1987, p. 71; PIOVESAN, 2006, p. 71-128), confere *status* materialmente constitucional aos direitos humanos previstos em tratados internacionais. Já a segunda, trata da regulação inserida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a qual integrou ao artigo quinto da Constituição, o parágrafo terceiro, preservando a necessidade de internalização qualificada da normativa internacional para que essa surta efeitos enquanto emenda constitucional.²²

20 BRASIL, 1988. Art. 5, parágrafo 2º [Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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] – grifo nosso.

21 Posição oriunda do julgamento do STF acerca da prisão civil do depositário infiel, que encontrava fundamento no ordenamento pátrio, porém, que era proibida em razão do Pacto de São José da Costa Rica, devidamente internalizado pelo Brasil por intermédio do Dec. 678 de 1992. Nesse caso, restou estabelecido a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, restando abaixo da constituição e acima das leis ordinárias. Logo, não seguia mais o Supremo o entendimento de que os tratados, quando internalizados, seriam sempre equivalentes às Leis Ordinárias. Cf. STF. *Habeas Corpus* 90.172/SP. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 5 jun. 2007. Publicado no DJe em 16 ago. 2007.

22 BRASIL, 1988. Art. 5, parágrafo 3º [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] – grifo nosso. Cf. MAZZUOLI, 2013, p. 1048; LAFER, 2005, p. 15-18.

Apesar disso, traz-se à baila o Princípio do Direito mais Benéfico ao Trabalhador, tendo em vista que essa regra revela a aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo frente ao caso concreto. Como bem aponta Américo Plá Rodrigues (2000, p. 35), essa regra seria uma das três formas de aplicação de princípio mais amplo, o Princípio da Proteção, o qual “se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”.

Conforme o autor, a regra da condição mais benéfica seria um “[c]ritério pelo qual a aplicação de uma norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador” (RODRIGUES, 2000, p. 36). Logo, com base nesse “subprincípio”, a normativa da OIT poderia ser aplicada independentemente da sua devida internalização no ordenamento pátrio ou do seu choque com a legislação interna, desde que contenha nas suas previsões um comando mais protetivo ao trabalhador. Acerca disso, esclarece Maurício Godinho Delgado (2014, p. 45):

[...] em situação de aparente conflito entre regras internacionais ratificadas (Convenções da OIT, por exemplo) e regras legais internas, *prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador*, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado. (grifo nosso)

Nessa linha argumentativa, Amauri Mascaro Nascimento (2012, p. 305-306) apresenta o Princípio da Norma mais Vantajosa ao Trabalhador, como assim o chama, enquanto “o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas”, vez que “ao contrário do direito comum, [no] direito [do trabalho], a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de

modo imutável”, sendo “ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor”.

Ao seu turno, Mozart Victor Russomano (2000, p. 54) exprime que o comando da Norma mais Favorável ao Trabalhador seria um princípio solar do Direito do Trabalho – uma fonte renovadora de valores “capaz de pôr em movimento a imensa estrutura social [...] que se arrasta, através dos séculos, penosamente, tendo por norte, até agora inatingido, um mundo organizado segundo os princípios de Justiça que, em si mesma, é perenemente idêntica a si própria”.

Já Alice Monteiro Barros (2008, P. 180) esclarece que a ‘Norma mais Favorável’ é um princípio jurídico que tem como “fundamento [...] a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objeto de polêmica”, devendo-se optar pela regra que diminuíria as desigualdades entre empregador e empregado em prol deste, não permitindo que aquele se beneficie pela existência de um contrato de trabalho abusivo ao operário.

Nesse interim, estar-se-ia diante de um diálogo transconstitucional, haja vista o magistrado poder resolver o problema atinente ao trabalhador, pautando-se pela regra mais benéfica e não ficando adstrito às previsões domésticas. Apesar do seu uso em relação às normativas internacionais ainda não presentes no ordenamento jurídico ter sido limitado, ao menos, ele já está presente, faltando, talvez, ao magistrado uma fundamentação mais eficaz na arte de convencimento, como possibilita o diálogo transversal insculpido no transconstitucionalismo.

O primeiro caso analisado a utilizar timidamente e implicitamente o transconstitucionalismo, por conseguinte, diz respeito à aplicação da *Convenção n. 158* da OIT, a qual prescreve as bases para o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Trata-se do Recurso Ordinário n. 06634-42.2012.5.04.0017, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, em 28 de maio de 2014, cuja ementa é a que segue, *in verbis*:

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. READMISSÃO NO EMPREGO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A dispensa do reclamante, perpetrada em razão do ajuizamento de ação trabalhista por parte de seu pai, possui inequívoca natureza discriminatória, caracterizando abuso do direito potestativo do empregador de promover a rescisão imotivada dos contratos de trabalho. Situação objeto da Lei 9.029/95, que impõe, além de indenização por dano moral, a readmissão do trabalhador.²³

Nesse caso, em que pese a despedida do empregado ter sido considerada nula por ser discriminatória, usando como fundamento a legislação doméstica, especificamente a Lei Federal 9.029 de 1995, ela igualmente ventilou a Convenção 158 da OIT, a qual tampouco permite a despedida do trabalhador sem “que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (OIT, 1982, Art. 4).

Apesar da *Convenção n. 158* da OIT ter sido denunciada pelo Brasil ao final de 1996, por intermédio do Decreto 2.100, fazendo com que a mesma não surtisse mais efeitos domésticos nos termos constitucionais, ela foi utilizada pelo magistrado na tentativa de corroborar a reintegração do operário ao emprego. Note-se que a reintegração, nesse caso concreto, era a forma mais correta de proceder-se nos interesses do trabalhador, haja vista o tratamento igual, sem quaisquer discriminações, ser não só um direito inerente à pessoa humana, como também o sustentáculo dos demais direitos, em especial, os direitos sociais, os quais buscam efetivar a igualdade material nas relações sociais.

Já o segundo julgado estudado que implicitamente utilizou o transconstitucionalismo, foi o recente Recurso de Revista n. 745-

23 TRT-4. Recurso Ordinário n. 06634-42.2012.5.04.0017/RS. Relator Min. Raul Zoratto Sanvicente, Julgado em 28 mai. 2014, oriundo da 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS.

14.2010.5.18.0191, julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 18 de setembro de 2013, o qual foi assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS HABITUAIS. REFLEXO EM REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. REFLEXO DESTES EM OUTRAS VERBAS. BIS IN IDEM 1. Consoante a diretriz perfilhada na Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbdI-1 do TST, a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de *bis in idem*. 2. Acórdão regional que determina a repercussão do repouso semanal remunerado, majorado pela integração de horas extras habitualmente prestadas, no cálculo de férias, décimo terceiro salário e depósitos de FGTS, contraria a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbdI-1 do TST. 3. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento, no particular.²⁴

O caso acima discute o enquadramento de empregado no sindicato dos industriários, em que pese laborar em estabelecimento agrário, de forma que esse tivesse direito aos prêmios previstos em convenção coletiva. Em uma análise da legislação nacional, o Tribunal entendeu pelo afastamento da previsão do parágrafo primeiro, do artigo terceiro, da Lei Federal 5.889 de 1973, a qual inclui na atividade econômica agrícola, a exploração industrial realizada em estabelecimento agrário, em prol do operário.

Unanimemente, acordaram os Ministros da quarta turma que o Decreto 76.626 de 1974 deveria ser utilizado, mesmo tendo natureza jurí-

24 TST. Recurso de Revista n. 745-14.2010.5.18.0191. Quarta Turma. Relator Min. João Oreste Dalazen, Julgado em 18 set. 2013, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

dica inferior quando ponderada a hierarquia entre essas normas, vez que o artigo segundo, parágrafo quarto, estabelece não ser agrário o serviço realizado quando da transformação da natureza do produto agrário em bem industrial, isto é, retirando a condição de matéria prima do bem. Ademais, utilizaram para corroborar o seu entendimento em favor do operário, a *Convenção n. 184* da OIT relativa à Segurança e Saúde na Agricultura (OIT, 2001, Art. 2[b]), a qual advoga pela não configuração das usinas de açúcar e álcool enquanto um estabelecimento agrário, mas em um estabelecimento industrial, em virtude das condições de trabalho em tais localidades, resguardado, portanto, o bem-estar do empregado.

Apesar de esses julgados terem fundamentado a decisão em favor do empregado em uma legislação doméstica ao lado da normativa internacional, tem-se que a menção das referidas Convenções foi essencial para o convencimento do magistrado. E em vista desses julgados, questiona-se: por que, então, as Convenções da OIT mencionadas não são diretamente utilizadas no Direito do Trabalho após a sua confecção em nível internacional, já que potencialmente (como nos casos concretos trazidos à baila) apresentam um caráter mais protetivo ao trabalhador?

A resposta está no fundamento escolhido em outros casos pelos magistrados e pela própria doutrina²⁵. Quando empregam a lógica da Norma mais Benéfica como respaldo à sua argumentação, os operadores do direito tecem, em larga maioria, que ela seria um princípio, encontrando guarida para a sua utilização no artigo oitavo da CLT.²⁶ Esquecem, contudo, que o “princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento” (BARROSO, 2001, p. 25).

25 A título exemplificativo, cf.: BARROS, 2008, p. 179; CARRION, 2008, p. 69; JORGE NETO e CAVALCANTE, 2004, p. 91.

26 BRASIL, 1943. Art. 8 [As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público].

E o próprio texto legal confere uma restrição ao julgador, no sentido de que essas outras fontes serão utilizadas “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o *interesse público*” (BRASIL, 1943, Art. 8, grifo nosso) – interesse público esse que está diretamente ligado à questão de *ordem pública*, cujo significado está na impossibilidade de utilizar-se uma norma internacional quando contrária às regras nacionais, às bases sociais e os bons costumes pátrios, prevalecendo a necessidade de internalizar-se os atos do plano internacional, nos termos da Constituição (ARAÚJO, 2008, p. 100-104).

E essa posição não é fruto da modernidade. Arnaldo Süssekind (1987, p. 68), ex-Ministro do Superior Tribunal do Trabalho e entusiasta do Direito Internacional do Trabalho, já ressaltava a inaplicabilidade imediata da norma internacional quando “se tratar de preceito que dependa, para sua aplicação, de medidas complementares no âmbito nacional”, tal como os procedimentos de internalização.

Nessa linha, note-se que o fundamento a ser utilizado para a efetiva proteção dos direitos fundamentais do trabalhador não é uma questão principiológica atrelada ao artigo oitavo da CLT, dando ensejo à discussão da hierarquia das regras materiais de direitos humanos quando internalizadas no ordenamento jurídico nacional, mas sim a tese transconstitucional, a qual possibilita a pura e simples utilização da Norma mais Benéfica ao operário, em um determinado caso concreto, *sem exigir* o procedimento demorado de internalização de atos internacionalmente concebidos no ordenamento pátrio.

Considerações finais

Diante das crescentes complexidades mundiais, a positivação do Direito do Trabalho, enquanto um direito social, foi largamente requisitado pela população, de modo que os operários restassem protegidos diante do

crescimento exponencial das relações comerciais, sobretudo, por força da Segunda Revolução Industrial. Contudo, tendo em vista a grande mobilidade humana e de capital, o direito do trabalho passou a ser codificado não apenas nos limites da soberania dos Estados-nacionais, como também no âmbito internacional, no seio da Organização Internacional do Trabalho.

O papel central dessa organização está, por conseguinte, na promoção da internacionalização das normas trabalhistas, de modo que houvesse mínimos comuns aplicáveis à todos os países e, conseqüentemente, à todos os indivíduos. Por força disso, no presente estudo, destacou-se a construção dessa organização internacional e os meios pelos quais ela pode influenciar os seus Estados-parte na proteção de seus cidadãos.

Ocorre que, como abordado, mesmo que haja a produção normativa em prol do operário no âmbito internacional, sobretudo na forma de Convenções, para que essas regram sejam aplicadas internamente, o Estado em questão deve aceitar explicitamente os seus termos, sob pena de não surtirem o efeito desejado. Nesse sentido, verificou-se a existência de uma limitação legislativa, prevista tanto na Constituição da OIT quanto na Carta Política brasileira, a qual não permite a utilização das regras internacionalmente postas de modo imediato, mesmo quando essas tendem a concretizar os direitos fundamentais.

Por isso, o presente escrito tinha como objetivo central debater as formas em que o Direito do Trabalho doméstico e o Direito Internacional do Trabalho pudessem se comunicar, a fim de garantir-se efetivamente os direitos básicos do trabalhador, sobretudo no atual cenário globalizado de intensas trocas socioeconômicas. Entretanto, o texto não buscou apresentar as corriqueiras fundamentações, tal como a aplicação anterior à legislação trabalhista de textos internacionais versando sobre direitos humanos, seja por força da sua internalização específica ou do seu conteúdo – mas sim demonstrar a possibilidade de novos diálogos que sustentem a utilização do texto proveniente de outras instâncias jurídica.

Assim, considerando a própria complexidade da ciência jurídica, a qual enseja a sua constante modificação a fim de que o direito possa ser menos distante ao tempo em que se produzem as transformações sociais, trouxe-se a tese do *transconstitucionalismo*. A ideia central desse pensamento é de possibilitar um diálogo – uma troca – entre os diferentes ordenamentos jurídicos, sejam eles estatais ou não-estatais, em busca da melhor interpretação possível para um determinado caso concreto.

A partir dessa tese, seria possível resolver diversos problemas que atingem os subsistemas sociais sem que houvesse uma destruição do próprio conjunto. Isso porque, trata-se de uma nova racionalidade que *permite* os empréstimos jurídicos, *fomenta* o aprendizado a partir dos ideais de os outros nichos normativos – tudo em prol de uma melhor solução. Não há, portanto, a superioridade, a hierarquia, de um ou de outro sistema, mas, na verdade, uma solução pautada em cada situação fática; em cada realidade.

Logo, advogou-se que, com a tese transconstitucional, seria possível a utilização das Convenções da OIT em decisões domésticas sem que as mesmas passassem pelo procedimento eleito na Constituição Federal em 1988, ou seja, de serem anteriormente aprovadas pelo Congresso Nacional e posteriormente ratificadas pelo Presidente da República. Inclusive, mostrou-se que já julgados que se aproximam dessa ideia por usarem textos da OIT não internalizados no Brasil, muito embora ainda utilizem argumentos provenientes do Direito do Trabalho doméstico para corroborar, de forma essencial, as suas decisões.

Ao cabo, partindo do transconstitucionalismo, registra-se que a utilização imediata das Convenções da OIT não seria nem a regra, nem a exceção, dependendo da análise dos fatos e fundamentos de cada caso, para selecionar a norma jurídica mais apropriada. Todavia, considerando que as regras da OIT normalmente trazem consigo uma proteção maior ao operário, essas tenderiam a ser mais utilizadas, mesmo na inexistência de regras domésticas nesse sentido ou, até mesmo, na hipótese da legislação nacional ser contrária aos seus termos. Numa palavra, no transconstitucionalismo

não há hierarquia normativa, mas uma preocupação com o bem-estar do ser humano.

Referências

- ARAÚJO, N. de. 2008. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 620p.
- AZAMBUA, D. 2006. *Teoria Geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo. 456p.
- AZEVEDO, P. F. 1999. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 144p.
- BARROS, A. M. de. 2008. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr. 1318p.
- BARROSO, L. R. 2001. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, 1(6): 1-33.
- BOBBIO, N. 1992. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 232p.
- BONAVIDES, P. 2001. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 805p.
- BRASIL. 1988. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2017.
- _____. 1942. *Decreto 4.657 – Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2017.
- _____. 1948. *Decreto n. 25.696*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-25696-20-outubro-1948-454771-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- _____. 2009. *Decreto n. 7.030*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 28 ago. 2017.
- _____. 1943. *Decreto-Lei 5.452 – Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 ago. 2017.

- BRITTO, C. 2012. Aspectos históricos e ideológicos na construção do direito ao trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 78(1): 46-66.
- CAMINO, C. 2003. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese. 307p.
- CARDOSO, T. de A. F. R. 2013. As Origens dos Direitos Humanos Ambientais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, 7(23): 131-157.
- _____. 2010. As transformações no Direito Internacional: breves colocações acerca da *Soft Law* e seu papel na afirmação dos direitos fundamentais. In: *Anais do IX Seminário Internacional*. Porto Alegre, PUCRS. 10p.
- CARRION, V. 2008. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 33. ed. São Paulo: Saraiva. 1420p.
- CASSAR, V. B. 2003. Aplicação da legislação do trabalho no espaço. *Legislação do Trabalho*, 67(7): 825-828.
- _____. 2009. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Niterói: Impetus. 1071p.
- CLAM, J. 2005. A Autopoiese no Direito. In: G. SCHWARTZ; L. S. ROCHA; J. CLAM. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 77-128.
- DELGADO, M. G. 2014. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr. 1536p.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 232p.
- GOMES, I. dos S. 2005. Atividade Normativa da OIT. In: É. J. A. LAGE; M. S. LOPES (Orgs.). *O Direito Internacional do Trabalho e o Direito Internacional*. São Paulo: LTr, p. 118-140.
- GUNTHER, L. E. 2011. *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Curitiba: Juruá. 206p.
- HORVATH JUNIOR, M. 2006. *A Previdência Social em face da Globalização*. São Paulo: Quartier Latin. 126p.
- JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. de Q. P. 2004. *Manual de Direito do Trabalho*: tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1719p.
- LAFER, C. 2005. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole. 135p.
- LUCAS, D. C. 2005. A crise funcional do Estado e o Cenário da Jurisdição Desafiada. In: J. L. B. MORAIS (org.). *O Estado e as suas crises*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, p. 180-200.

- LUHMANN, N. 2005. *El Derecho de la Sociedad*. Guadalajara: UIA. 340p.
- MARTINS NETO, J. P. 2003. *Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 208p.
- MARTINS, S. P. 2009. *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas. 687p.
- MAZZUOLI, V. de O. 2013. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1214p.
- MELLO, C. A. 2003. A proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas. In: I. W. SARLET. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 220-245.
- MORAES, A. de. 2007. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas. 2976p.
- MORAIS, J. L. B. 2009. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 120p.
- NASCIMENTO, A. M. 1976. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr. 716p.
- _____. 2012. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 815p.
- NEVES, M. 2014. (Não)Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, 93: 201-232.
- _____. 2009. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes. 358p.
- OIT. 1946. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho*.
- _____. 1982. *Convenção 158*.
- _____. 2001. *Convenção 174*.
- _____. s/d. *Convenções Não Ratificadas pelo Brasil*. Disponível em: http://www.oit.org.br/contente/convention_no. Acesso em 28 mar. 2015.
- _____. 2003. *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*. Genebra: ILO Office. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087424.pdf. Acesso em 27 mar. 2015.
- _____. 2001. *Possible improvements in ILO standards related activities: the supervisory system of the ILO*. Governing Body doc. 280/LILS/3. Genebra.
- ONU. 2001. *ILC Draft Articles on State Responsibility*.

- PAIVA, A. L. P. R. 2010. *Contrato internacional de trabalho: transferência de empregados*. São Paulo: Saraiva. 420p.
- PERES, A. G. 2004. *Contrato internacional de trabalho: novas perspectivas*. São Paulo: LTr. 200p.
- PIOVESAN, F. 2006. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva. 516p.
- PRETTI, G. 2006. *Direito Internacional do Trabalho e Convenções da OIT Ratificadas pelo Brasil*. São Paulo: Ícone. 608p.
- REZEK, J. F. 1984. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense. 628p.
- RODRIGUES, A. P. 2000. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr. 453p.
- RODRIGUES, D. M.; CARDOSO, T. de A. F. R. 2013. Os Direitos Humanos na Sociedade Globalizada: uma apreciação Luhmanniana. *Revista Onis Ciência*, II(5): 85-106.
- ROTH, A.-N. 2010. O Direito em Crise: fim do Estado Moderno? In: J. E. FARIA. *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, p. 20-45.
- RUSSOMANO, M. V. 2000. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. Curitiba: Juruá. 478p.
- SANTOS, B. M.; BUENO, R.; SOUZA, L. A. F.; DOMINGUES, M. A.; VENTURA, M. S. 2000. *Dilemas da Globalização: Teoria Liberal e Ordem Jurídica no Mundo Contemporâneo*. São Paulo: Cultural Paulista. 140p.
- SARLET, I. W. 2003. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 416p.
- SEITENFUNS, R. A. 2012. *Manual das Organizações Internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 386p.
- SILVA, J. A. 2009. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros. 319p.
- STF. *Habeas Corpus 90.172/SP*. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 5 jun. 2007. Publicado no DJe em 16 ago. 2007.
- STRECK, L.; MORAIS, J. L. B. 2012. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 211p.

SÜSSEKIND, A. 2003. Direito internacional do Trabalho. In: A. SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. v. II. São Paulo: LTr, p. 1530-1545.

_____. 1987. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr. 476p.

TRT-4. *Recurso Ordinário n. 06634-42.2012.5.04.0017/RS*. Relator Min. Raul Zoratto Sanvicente, Julgado em 28 mai. 2014, oriundo da 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS.

TST. *Recurso de Revista n. 745-14.2010.5.18.0191*. Quarta Turma. Relator Min. João Oreste Dalazen, Julgado em 18 set. 2013, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

VALLADÃO, H. 1978. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 446p.

▼ recebido em 13 out. 2017 / aprovado em 22 nov. 2017

Para referenciar este texto:

SQUEFF, T. A. F. R. C.; SQUEFF, A. B. A efetividade do direito do trabalhador: por um diálogo necessário entre o direito internacional e o direito do trabalho através do transconstitucionalismo. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 205-240, 2017.