

TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SEU USO NO DIREITO DO TRABALHO

THEORY OF CONTROL OF CONVENTIONALITY AND ITS USE IN LABOR LAW

Bárbara Fagundes*

RESUMO

No presente artigo, visa-se a apresentar estudo sobre a teoria do controle de convencionalidade, que foi desenvolvida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para a realização do estudo, foi realizada pesquisa bibliográfica sobre Direito Internacional e Direitos Humanos. Afora isso, foram analisadas as principais decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos para identificar as características do controle de convencionalidade. Ainda foi realizada reflexão acerca da teoria adequada para o caso de conflito de normas internas e tratado internacional: teoria do conglobamento ou teoria da acumulação. No artigo, reconhece-se que o controle de convencionalidade é teoria moderna que valoriza os tratados internacionais como parâmetros de validade das leis internas. Contudo, somente com a aplicação da teoria da acumulação, o controle de convencionalidade será útil para o Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

Controle. Convencionalidade. Tratados.

ABSTRACT

This article intends to present a study about the theory of control of conventionality which was developed by the Interamerican Court of Human Rights. In order to write this article, it was made a book research about International Law and Human Rights. Furthermore, some of the main cases about control of

* Mestranda em direito pela UFRGS, sob orientação da Professora Dra. Luciane Cardoso Barzotto. Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 4ª Região. E-mail: barbara.fagundes@trt4.jus.br.

conventionality in Interamerican Court of Human Rights were analyzed in order to identify its characteristics. Moreover, it was made a reflection about which theory is better to solve the conflict between de domestic law and treaties. In this article, it is said that control of conventionality is a modern theory that emphasizes that treaties are parameters of validity of domestic law. However, it will only be effective to Labor Law, if it is applied the correct theory to solve the conflict between de domestic law and treaties.

KEYWORDS

Conventionality. Treaties. Labor Law.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
- 2 Direitos Humanos e a relação entre Direito Interno e Direito Internacional;
- 3 O Controle de Convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos;
- 4 Controle de Convencionalidade e Direito do Trabalho;
- 5 Considerações Finais;
- Referências.

Data de submissão do artigo: 01/12/2018

Data de aprovação do artigo: 20/03/2019

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado em que a interação entre Estados e entre Estados e indivíduos é regida por diversas normas, a validade das leis internas não mais se restringe ao parâmetro de fontes oriundas do Direito Interno. A constitucionalidade de uma norma é apenas um dos crivos a que esta deve se submeter para que seja considerada válida. Isso é o que se defende com a teoria do controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade, segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2013, p. 7). Conforme o mesmo autor, a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais

lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e *com* os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo (MAZZUOLI, 2013, p. 7).

No presente artigo, pretende-se, inicialmente, abordar temas que tangenciam o controle de convencionalidade, quais sejam: os Direitos Humanos e a relação entre Direito Interno e Direito Internacional. Para se tratar de convencionalidade, é necessário perquirir acerca de como interagem normas internas e internacionais, se há hierarquia ou necessidade que se estabeleça alguma para se aplicar ou não normas internacionais, se o Direito Interno pode alterar obrigação assumida com a ratificação de um tratado.

Em um segundo tópico, será tratada a teoria do controle de convencionalidade com as definições estabelecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos em que a tese em comento foi citada. Por derradeiro, será feita uma verificação da compatibilidade da teoria com o Direito do Trabalho, as possibilidades de aplicação e a solução de antinomias entre normas internas e internacionais trabalhistas.

2 DIREITOS HUMANOS E A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

Os Direitos Humanos desenvolvem-se principalmente a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Para Antônio Cassese, os Direitos Humanos são subversivos, e esta subversão decorre do fato de colocar os Estados em conflito, retirando deles o véu da soberania (CASSESE, 2005, p. 375). O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem, de fato, a característica de relativização da soberania dos Estados, tão cara ao Direito Internacional Público tradicional (CASSESE, 2005, p. 376). Se no Direito das Gentes clássico o Estado tinha poder de vida e morte com relação aos seus nacionais (CASSESE, 2005, p. 376), bem como àqueles que estivessem em seu território, no Direito Internacio-

nal dos Direitos Humanos a proteção do indivíduo está acima da vontade do Estado nacional. O indivíduo passa a ser sujeito de Direito Internacional Público. Em virtude disso, os Direitos Humanos são subversivos, pois independem do voluntarismo do Estado ou da maioria.

Essa mesma subversão também existe no controle de convencionalidade, pois a norma interna, objeto de votação pelo Legislativo e sancionada pelo Chefe do Executivo pode ser retirada do ordenamento jurídico se contrária a tratado internacional. Prevalece o Direito Internacional e, em especial, os Direitos Humanos em detrimento das normas domésticas que lhes sejam contrárias. A teoria do controle de convencionalidade também retira o véu da soberania dos Estados, pois sobrepõe as normas internacionais do sistema interamericano de Direitos Humanos em relação às internas.

No entanto, embora tenha surgido no âmbito americano, a possibilidade de aplicação da teoria do controle de convencionalidade ultrapassa os instrumentos internacionais firmados no sistema regional interamericano. Qualquer tratado internacional ratificado pelo Estado tem o escopo de impedir a produção normativa que seja contrária a seu conteúdo, assim como também retira do ordenamento jurídico normas que lhes contrariem, independentemente da hierarquia das normas internacionais em comparação às nacionais¹. Diz-se isso, pois, com base no art. 27 da Convenção de Viena de 1969, “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. (PASTOR RIDRUEJO, 1990, p. 169).

¹ José Antonio Pastor Ridruejo cita que muitas vezes as jurisdições internacionais decidiram sobre a responsabilidade internacional de um Estado por atos legislativos ou por atos executados conforme o direito interno, proclamando a superioridade do Direito Internacional. No entanto, para o autor, isso não quer dizer que as normas internas contrárias ao Direito Internacional e as decisões judiciais que nelas se baseiam incorrem em nulidade automática. Refere que o Direito interno é perfeitamente eficaz e produz efeitos, ainda que deem ensejo à responsabilidade internacional (PASTOR RIDRUEJO, 1990, p. 171).

A hierarquia das normas é típica matéria de direito interno, entretanto, em caso de julgamento internacional por descumprimento de tratado internacional, a defesa relativa à existência de disposições domésticas, inclusive constitucionais distintas, não eximirá o Estado de responsabilização². Isso significa que estabelecer uma hierarquia de normas em que os instrumentos internacionais estejam abaixo da Constituição e em paridade com as leis infraconstitucionais não é justificativa na seara internacional para se descumprir obrigações voluntariamente assumidas pelo Estado.

Para não mais se observar um tratado internacional, é necessário denunciá-lo de acordo com as regras nele previstas. Produzir norma interna contrária ao conteúdo do tratado não desobriga o Estado, ainda que se trate de norma doméstica constitucional. Equiparar normas internas a tratados internacionais, aplicando as regras clássicas de antinomias (lei posterior revoga a anterior, lei

² Sobre o tema, José Antonio Pastor Ridruejo afirma o Direito Internacional Positivo não toma partido pelos postulados básicos do dualismo e do monismo. Aduz que se trata de questão que delega aos Direitos Internos, sendo efetivamente as constituições dos Estados que determinam se o cumprimento do Direito Internacional nos Direitos internos necessita ou não de um ato de recepção. No entanto, refere que, no âmbito do Direito Internacional, é este que prevalece em caso de conflito sobre os Direitos internos, citando o artigo 27 da Convenção de Viena sobre tratados de 1969. (PASTOR RIDRUEJO, 1990, p. 169). Ainda sobre o assunto, pode-se citar Ian Brownlie: “A este respeito, o Direito encontra-se bem definido. Um Estado não pode invocar as disposições do seu próprio Direito nem as deficiências desse Direito em resposta a uma reclamação dirigida contra si por uma alegada violação das suas obrigações nos termos do Direito Internacional. Os atos legislativos e outras fontes de regras internas e de poderes de decisão não devem ser considerados como atos de terceiros pelos quais o Estado não é responsável. A adoção de qualquer outro princípio facilitaria a evasão dos Estados às suas obrigações. [...] E o Parecer no caso Comunidades Greco-Búlgaras contém a seguinte afirmação: “é um princípio de Direito Internacional geralmente aceito o de que, nas relações entre as potências que são partes contratantes num tratado, as disposições de Direito Interno não podem prevalecer sobre as disposições do tratado”. O mesmo princípio aplica-se quando se trata de disposições de uma Constituição. (BROWLIE, 1997, p. 46-47).

especial revoga a lei geral) pode induzir o Judiciário a descumprir o tratado, o que leva à responsabilização internacional do Estado.

No Brasil, antes do julgamento do RE 80.004/SE, em 1977, pelo STF, a jurisprudência defendia a prevalência do Direito Internacional em face do Direito Interno. No Brasil, antes do julgamento do RE 80.004/SE, em 1977, pelo STF, a jurisprudência defendia a prevalência do Direito Internacional em face do Direito Interno (PIOVESAN, 2017, p. 152). No citado julgado, foi decidido, contrariamente, que os tratados internacionais tinham a mesma hierarquia das leis ordinárias, podendo, pois, serem revogados por lei posterior. Com a Constituição Federal de 1988, o art. 5º, §2º passou a ter a seguinte redação *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*. Tencionava o proponente do artigo, o internacionalista Cançado Trindade, conferir aos tratados internacionais hierarquia superior à lei ordinária, ou seja, constitucional. Todavia, a jurisprudência continuou a entender que os tratados internacionais apresentavam hierarquia de lei ordinária.

Com a Emenda Constitucional 45/2004, introduziu-se o art. 5º, § 3º ao texto constitucional. A partir de então, o Tratado Internacional de Direito Humano aprovado com quórum de emenda constitucional teria igual *status*, isto é, de norma constitucional derivada. No julgamento do RE 466.343/SP, o STF alterou novamente seu posicionamento quanto à hierarquia dos tratados internacionais, tendo prevalecido, por maioria, o posicionamento do ministro Gilmar Mendes. Para os tratados aprovados com quórum de emenda constitucional, nos termos do artigo referido, a hierarquia seria de emenda constitucional. Entretanto, para os demais tratados internacionais de direitos humanos, haveria *status* de supralegalidade e eficácia paralisante quanto às normas infraconstitucionais com redação contrária. Este é o posicionamento que atualmente prevalece no

STF quanto à hierarquia dos tratados. O TST segue a orientação do STF no sentido de que, nos demais casos, isto é, quando não está envolvido tratado internacional de direitos humanos, a hierarquia da norma é de lei ordinária. Contudo, acresce-se a isso a aplicação da hierarquia das normas trabalhistas, ou seja, a norma mais benéfica ao trabalhador, independentemente do nível hierárquico estático da fonte do direito. Essa interpretação decorre do texto do art. 19, § 8º do Tratado Constitutivo da OIT (BRASIL, 2019).

Ainda no Direito brasileiro, o art. 98 do Código Tributário Nacional parece observar as ideias antes expostas, pois tem a seguinte redação: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Em suma, conforme o dispositivo mencionado, uma vez assumida a obrigação internacional por tratado, este é apto a alterar a legislação interna e, a partir de então, as leis posteriores terão de observar o que dispõe a convenção internacional. A lei posterior não é hábil a modificar obrigações previstas em tratado internacional, mas o tratado modifica a legislação anterior e vincula a posterior. A disposição é expressa quanto a tratados internacionais em matéria tributária, mas pode, por analogia, ser aplicada a qualquer espécie de tratado, independentemente de seu conteúdo, mas, em especial, àqueles relativos a direitos humanos. A interação entre direito interno e direito internacional que segue esta lógica, sem o estabelecimento de hierarquias, tem a vantagem de impedir que o Estado se sujeite à responsabilização internacional.

No entanto, não é este o entendimento que prevalece na maioria dos Estados. Isso ainda é um ideal a ser alcançada para compatibilizar o Direito Interno e o Direito Internacional, que conta com dispositivo expresso na legislação brasileira, o que deve ser pontuado. Alguns poucos têm uma visão mais internacionalista do Direito, mas, em geral, os Estados tutelam sua prerrogativa de legislar, estabelecendo hierarquia entre normas internas e interna-

cionais, com preferência das primeiras³. Apesar dessa resistência do Direito Interno de muitos Estados, inclusive do brasileiro, não se pode negar que, ao ratificar um tratado, deve-se cumpri-lo de boa-fé. Produzir legislação posterior contrária sem denunciar o tratado da forma como nele previsto é atentar contra a boa-fé prevista no art. 26 da Convenção de Viena de 1969 sobre tratados: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” (BRASIL, 2009), instrumento internacional ratificado pelo Estado brasileiro em 2009.

O controle de convencionalidade está intrinsecamente ligado à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No sistema regional americano, foi desenvolvido o instituto mencionado a partir de 2003 (*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*) ou 2006 (*Almonacid-Arellano vs. Chile*) a depender da decisão a qual se atribua o marco inicial das discussões sobre a convencionalidade das normas. Em razão disso, nesse tópico, serão abordados os delineamentos dados pela Corte ao controle de convencionalidade em algumas decisões importantes sobre o tema.

³ A prevalência dos tratados sobre as normas internas não é, de modo algum, um princípio geral e consolidado do direito internacional. Certos países permitem que os tratados sobrepujem sua legislação interna, quer anterior ao acordo, quer posterior. Outros, como a Noruega, tomam a posição oposta. Nos casos em que existe uma constituição escrita, introduz-se mais um fator de complicação e torna-se necessário definir uma hierarquia razoavelmente estável na qual caibam as leis infraconstitucionais, as normas constitucionais e o direito internacional. Isso vale, particularmente, para os Estados federais. Cabe a cada país adotar sua lista de preferências e prioridades. [...]. Entretanto, na imensa maioria dos casos seria incorreto dizer que as normas jurídicas internacionais prevalecem sobre as normas internas correlatas; se afirmássemos, estaríamos trocando o real pelo ideal. Os Estados guardam ciosamente suas prerrogativas, e, entre estas, poucas são mais significativas que o poder de legislar sem ter de prestar contas a uma autoridade exterior; além disso, como é óbvio, pesam as exigências da democracia. A consequente supremacia dos sistemas jurídicos nacionais sobre o direito internacional na esfera interna não é exclusiva, mas é um princípio geral inegável (SHAW, 2010, p. 135).

No caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 2003, o Juiz Sérgio Garcia Ramirez, em seu parecer, destacou que, para os efeitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estado é considerado como um todo, ou seja, é indivisível (CORTE, 2003, § 27). O Estado, para fins de Direito Internacional Público, não pode ser dividido. Não seria possível, em âmbito internacional, vincular o Estado em partes, deixando alguns órgãos domésticos livres do cumprimento do tratado internacional ratificado. Condicionar as declarações e os atos de um Estado a uma confirmação futura de um órgão doméstico implicaria colocar em dúvida o cumprimento de compromissos internacionais assumidos quando o Estado ratifica um tratado e aceita as consequências jurídicas dele (CORTE, 2003, § 31).

Nessa mesma decisão, o juiz mencionado trata do “controle de tratado” ao referir que o Estado é único e indivisível internacionalmente, estando, pois, submetido ao que se comprometeu em sua integralidade. Na citada decisão, não se utiliza a expressão “controle de convencionalidade”, possivelmente este é o motivo pelo qual o caso mencionado não costuma ser referido como um dos precursores no desenvolvimento da teoria em estudo. No entanto, nela se pode verificar o embrião do duplo exame vertical material de normas internacionais como critério de validade das normas domésticas.

A ideia de que o Estado se vincula integralmente às obrigações internacionais que assume implica também a observância pelo Poder Judiciário interno das normas internacionais, ainda que o processo de ratificação do tratado internacional tenha sido feito pelo Executivo e pelo Legislativo. Não haveria justificativa para o juiz interno não considerar o tratado internacional em suas decisões pelo fato de existir divisão de poderes. A repartição tripartite dos poderes do Estado não autorizaria o Judiciário interno a ignorar o tratado internacional.

Já o caso *Almonacid-Arellano vs. Chile* de 2006 é citado na doutrina como o começo da teoria do controle de convencionalidade, pois, de fato, é na referida decisão que se utiliza pela primeira vez a expressão que dá nome à tese. Nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos explicita o que, a seu ver, é o papel do Judiciário interno na aplicação dos tratados internacionais: corrigir eventuais falhas de observância da obrigação internacional, quando o Legislativo edita normas que contrariem tratados (CORTE, 2006a, § 123). Na decisão, refere-se textualmente ao dever do Judiciário de honrar obrigações internacionais e de impedir a aplicação de leis contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos.

No caso em comento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que os juízes internos devem observar o Estado de Direito, determinando o cumprimento da legislação doméstica. Contudo, os juízes internos, como membros do Estado, estão vinculados ao tratado internacional, tendo que reconhecer que certa norma interna que viola as disposições do tratado, na verdade, não o afeta (CORTE, 2006a, § 124). A decisão destaca que os juízes domésticos devem exercer um certo “controle de convencionalidade” entre a legislação interna e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE, 2006a, § 124). A decisão vai além ao ressaltar que também deve ser observada a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidenciando a intenção de tornar seus julgados vinculativos para o Judiciário interno dos Estados que ratificaram a Convenção e aceitaram a jurisdição da Corte em comento.

No caso *Trabalhadores Dispensados do Congresso vs. Peru* de 2006, diz-se, de forma expressa, que os órgãos do Judiciário deveriam exercer não apenas um controle de constitucionalidade, mas também de “convencionalidade” de ofício entre normas domésticas e a Convenção Americana (CORTE, 2006b, § 128). Em seu voto, o Juiz Sérgio Garcia Ramirez des-

taca o papel complementar e subsidiário da esfera internacional na proteção dos direitos humanos, ressaltando, contudo, que o âmbito doméstico é o principal para fins de tutela desses direitos (CORTE, 2006b, § 11).

Em 2010, no caso *Gomes Lund et. vs. Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos retoma o desenvolvimento da teoria do controle de convencionalidade, declarando que, quando um Estado é parte de um tratado internacional, todos os seus órgãos, inclusive os juízes, submetem-se a ele (CORTE, 2010, § 176). A novidade que se extrai da decisão em comento é o reconhecimento pela Corte da existência de um controle de convencionalidade a ser exercido de ofício pelo judiciário interno, observada a jurisdição e os procedimentos legais de cada Estado. O julgado reforça o entendimento de que não apenas o tratado internacional deve ser cumprido, mas também deve haver observância da jurisprudência da Corte Interamericana pelos juízes domésticos.

No parecer do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas, é feita a comparação entre o papel das cortes constitucionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aquelas exercem o controle de constitucionalidade, tendo a palavra final no sistema legal interno, esta teria o entendimento definitivo sobre direitos humanos no sistema regional interamericano (CORTE, 2010, p. 3). A Convenção Americana de Direitos Humanos seria uma Constituição supranacional (CORTE, 2010, p. 3). O juiz mencionado ainda refere que as Constituições nacionais devem ser interpretadas de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE, 2010, p. 3). O Estado membro teria a obrigação de eliminar normas e práticas que violem a Convenção Americana, além de criar normas que tornem efetivo o tratado internacional em comento (CORTE, 2010, p. 3).

No caso *Gelman vs. Uruguai* de 2011, é reforçada a ideia central do controle de convencionalidade, qual seja, quando o Estado ratifica um tratado internacional, todos os seus órgãos e

instituições estão sujeitos a ele, devendo, pois, assegurar que as disposições do tratado não sejam enfraquecidas pela aplicação de normas que lhes sejam contrárias (CORTE, 2010, p. 69). O judiciário interno teria que exercer “um controle de conformidade com a Convenção” de ofício para harmonizar as leis domésticas com o tratado internacional (CORTE, 2010, p. 69).

Outra questão frequentemente presente no debate acerca do controle de convencionalidade é a regra internacional, positivada no art. 27 da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969, sobre a impossibilidade de oposição de normas de direito interno como justificativa para o descumprimento de tratado internacional. O controle de convencionalidade, ou seja, a verificação de validade das leis internas em confronto com os tratados internacionais tem como fundamento o brocardo *pacta sunt servanda* que se estende a todos os órgãos do Estado. O mencionado controle seria exercido pelo Judiciário para que o tratado internacional fosse respeitado, retirando a lei doméstica contrária às disposições da norma internacional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos não definiu explicitamente o modo como deve ser exercido o controle de convencionalidade, isto é, seja de forma difusa, seja de forma concentrada. No entanto, ao estabelecer que todos os órgãos do Estado devem exercer este controle, pode-se inferir que, em havendo no sistema nacional controle difuso de constitucionalidade, também será possível o exercício do controle de convencionalidade por todos os órgãos jurisdicionais, observada a legislação local. Esta é a opinião do juiz Sérgio Garcia Ramirez em artigo sobre o tema⁴.

⁴ A Corte Interamericana não ordenou um regime de controle difuso, ainda que provavelmente simpatize com ele. Deixou a decisão ao encargo dos Estados, sob a condição de que essa favoreceria o controle judicial de convencionalidade, eixo do sistema proposto. (GARCIA RAMÍREZ, 2016, p. 136, grifo nosso, tradução nossa).

Em síntese, nesse breve relato sobre algumas das decisões que tratam do controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos podem ser extraídas as seguintes assertivas que resumem o desenvolvimento do instituto:

- a) a indivisibilidade do Estado em âmbito internacional, tendo todos os órgãos e as instituições a obrigação de observarem o tratado internacional apesar da divisão de poderes;
- b) a necessidade de o judiciário interno corrigir falhas do legislativo quando este edita normas contrárias aos tratados internacionais;
- c) o controle de convencionalidade pode ser exercido de ofício;
- d) a subsidiariedade da jurisdição internacional na proteção de direitos humanos em comparação com a jurisdição interna;
- e) a necessidade de observância da jurisprudência da Corte Interamericana pelos juízes domésticos;
- f) a impossibilidade de oposição do direito interno como justificativa para o descumprimento de tratado internacional;
- g) paralelismo com o controle de constitucionalidade.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DIREITO DO TRABALHO

O controle de convencionalidade é a verificação de validade de uma norma interna em confronto com um tratado internacional ratificado pelo Estado. As convenções da OIT são consideradas tratados, pois preenchem os requisitos do art. 1º, a, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, uma vez que são concluídas por escrito entre Estados, sendo regidas

pelo Direito Internacional⁵. Após a ratificação, as convenções da OIT tornam-se fontes formais de Direito, devendo ser observadas obrigatoriamente.

No entanto, deve-se rememorar que as convenções da OIT somente são aplicadas quando assegurarem condições mais favoráveis aos trabalhadores, nos termos do art. 19, § 8, do Tratado Constitutivo da OIT⁶. Trata-se de regra que se assemelha ao princípio *pro homine* ou *pro personae* do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷. Consoante o mencionado princípio, as regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos somente são aplicadas se não houver regras mais favoráveis no Direito Interno ao ser humano. Aplica-se sempre a norma mais benéfica ao ser humano.

⁵ “Tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica (Art. 1, a, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969) (BRASIL, 2009).

⁶ Em caso algum, a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por um Membro devem ser consideradas como podendo afectar qualquer lei, qualquer sentença, qualquer costume ou qualquer acordo que assegurem condições mais favoráveis para os trabalhadores interessados que as previstas pela convenção ou recomendação (OIT, 2007).

⁷ Sobre o princípio *pro homine*, impende fazer a seguinte citação: “Por esse exato motivo é que a exegese contemporânea dos tratados de direitos humanos leva à aplicação do princípio *pro homine* e do “diálogo das fontes” como meios não rígidos de solução de antinomias, pelos quais os juízes cotejam os textos das normas internacionais e internas de proteção, “escutam” o que elas dizem, e aplicam, no caso concreto, a norma que for mais benéfica para o ser humano de direitos. As próprias normas internacionais de direitos humanos contêm dispositivos que disciplinam tal modo de solução de antinomias, prevendo os assim chamados “vasos comunicantes” entre o Direito Internacional e o Direito Interno, com a facilidade de melhor proteger o destinatário final das normas de direitos humanos: a pessoa humana” (FRANCO FILHO; Mazzuoli, 2016, p.19).

No Direito Interno brasileiro, na seara trabalhista, existem duas teorias principais para examinar qual seja a norma mais benéfica: a teoria da acumulação e a teoria do conglobamento. A primeira teoria permite que se possam extrair de cada instrumento normativo as cláusulas mais favoráveis. A segunda posição sustenta que as normas devem ser comparadas em seu conjunto, o que caracteriza a teoria do conglobamento. Esta teoria é a mais recomendada pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, impen-de refletir se, na verdade, em caso de conflito entre norma interna e norma internacional, a aplicação da teoria do conglobamento implicaria afronta ao disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Ao se fazer uso da teoria do conglobamento para tratados internacionais, pode-se deixar de aplicar norma internacional mais favorável ao trabalhador, porque, supostamente, a norma interna, em seu conjunto, parece mais benéfica ao obreiro. Contudo, para fins de Direito Internacional, a oposição de disposições internas como justificativa para não aplicar tratado é irrelevante para evitar a responsabilização internacional. Desse modo, utilizar a teoria do conglobamento para aplicar tratados pode dar ensejo à responsabilidade internacional do Estado, se o judiciário recusar a incidência das normas internacionais mais benéficas, ainda que a convenção da OIT, analisada globalmente, pareça menos favorável do que norma interna. A teoria da acumulação parece mais consentânea com o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e com o art. 19, § 8, do Tratado Constitutivo da OIT, pois não impossibilita a aplicação de qualquer cláusula que seja mais benéfica ao trabalhador.

A reflexão sobre as teorias referentes a conflito de normas trabalhistas é importante, pois, para tornar efetivo o controle de convencionalidade no meio juslaboral, como forma de promoção de direitos humanos, é necessário que a teoria sobre solução de antinomias a ser aplicada permita que as disposições mínimas acer-

ca de proteção do trabalho sejam observadas. Uma convenção da OIT trata de regras e diretrizes mínimas a serem aplicadas e promovidas por um Estado-membro⁸. Assim, estando em conflito uma convenção da OIT com lei interna, devem prevalecer todas as disposições mais benéficas ao obreiro, independentemente de estarem ou na lei ou no tratado internacional, observando-se a teoria da acumulação.

A aplicação da teoria do conglobamento é justificada quando existe conflito entre lei e instrumentos coletivos ou entre instrumentos coletivos, uma vez que nesses há negociação de condições mais benéficas. Nos tratados internacionais sobre direitos humanos, nos quais se enquadram as convenções da OIT, há o estabelecimento de patamar mínimo ético para as relações de trabalho, o que fundamenta a aplicação da teoria da acumulação. Assim, não se tolera que nenhuma das regras e diretrizes mínimas sobre Direito do Trabalho deixem de ser aplicadas, porque uma lei, em seu conjunto, parece mais benéfica.

O controle de convencionalidade somente pode se desenvolver de forma satisfatória na seara trabalhista se houver a utilização da teoria da acumulação para dirimir o conflito de normas entre convenções da OIT e normas de outra origem. Com a aplicação da teoria do conglobamento para tratados internacionais, o uso da teoria do controle de convencionalidade na seara juslaboral tende a ser pouco eficaz, como já ocorre com a Convenção 132 da OIT, por exemplo.

⁸ Sobre o tema, cita-se o seguinte trecho doutrinário: Von Potobsky e Bartolomé observam que: “As normas internacionais do trabalho têm a vocação de constituir um piso em cujo nível ou acima dele deve evoluir o direito interno dos países. As normas internacionais tendem, ao mesmo tempo, a melhorar o direito e as práticas dos países. Sua função é promover o avanço das normas e costumes nacionais, e nunca serem invocadas com o objetivo de reduzir o nível que estas poderiam ter alcançado em benefício dos trabalhadores”. (PEREZ DEL CASTILLO, 1998, p. 42-43).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de convencionalidade é uma teoria que se desenvolve no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que visa a estabelecer como parâmetro de validade das leis internas os tratados internacionais de direitos humanos. Quando um Estado ratifica um tratado internacional, obriga-se a observá-lo de boa-fé. Dessa forma, independentemente da hierarquia estabelecida no Direito Interno, devem os tratados internacionais serem cumpridos. Fundamentar a inobservância de um tratado em razão de lei interna contrária não exime o Estado de ser responsabilizado internacionalmente. Entender de forma contrária autorizaria os Estados a descumprirem as regras de denúncia dos tratados neles, em geral, previstas.

Uma vez ratificado o tratado internacional, todos os órgãos e as instituições estatais são obrigados a cumpri-lo, o que inclui o judiciário interno. A separação dos poderes não justifica um comportamento contraditório do executivo, do legislativo e do judiciário. Todos devem agir conforme o tratado, sob pena de responsabilização internacional. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe ao judiciário interno corrigir falhas do legislador, quando são editadas leis contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos, o que pode ser feito de ofício. Portanto, o controle de convencionalidade mantém um paralelismo com o controle de constitucionalidade, ainda lhe seja subsidiário e posterior.

No entanto, a novel teoria criada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos somente será hábil a auxiliar o Direito do Trabalho se, para a solução de antinomias, houver a utilização de teoria que prestigie os tratados internacionais juslaborais como patamares mínimos de direitos. A teoria do conglobamento não preenche o mencionado requisito, uma vez que permite que um tratado internacional seja desconsiderado integralmente, caso se conclua que a lei interna, em geral, apresenta disposições mais

benéficas. Desse modo, um direito mais benéfico presente em um tratado pode ser desconsiderado, mesmo que se trate de norma mínima. Para o conflito entre tratados e fontes formais de Direito Interno, a teoria da acumulação mostra-se mais adequada, pois promove a tutela do trabalhador com a aplicação de todas as disposições mais benéficas sem exceção e evita a responsabilização internacional do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.**

Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343/SP**, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 80.004/SE**, 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo TST-Ag-AIRR-206-16.2014.5.09.0303**, 2019. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIRR%20-%20206-16.2014.5.09.0303&ba>

se=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAYB1AAM&dataPublicacao=08/02/2019&localPublicacao=DEJT&query=teoria%20and%20do%20and%20conglobamento%20and%20conven%E7%E3o%20and%20da%20and%20OIT. Acesso em: 10 mar. 2019.

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

CALDAS, Roberto de Figueiredo. **O controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade no Brasil**. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/4045/3549>. Acesso em: 8 ago. 2018.

CASSESE, Antonio. **International law**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile**, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguai**, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**, 25 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 29 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores Dispensados do Congresso (Aguado-Alfaro et al.) vs. Peru**, 24 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_ing.pdf. Acesso em: 29 nov. 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. *In*: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. **Direito internacional do trabalho**: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016. p. 15-23.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. Control de Convencionalidad. **Ciencia Jurídica**, Guanajuato, v. 5, n. 9, p. 133-38, jun. 2016. Disponível em: <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/182/172>. Acesso em: 3 nov. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In*: Marinoni, Luiz Guilherme; Mazzuoli, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3-52.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT); PORTUGAL. Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social. Gabinete para a Cooperação. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Declaração de Filadélfia. Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho. Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho. Lisboa: Etigraf, 2007. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

PASTOR RIDRUEJO, José Antônio. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 18. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das fontes no direito do trabalho. *In*: PLÁ RODRIGUEZ, Américo (coord.). **Estudos sobre as fontes do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 30-64.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.