

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL III

MÁRCIA RODRIGUES BERTOLDI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Márcia Rodrigues Bertoldi; Vladimir Oliveira da Silveira. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-714-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinov.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL III

Apresentação

Esta coletânea está composta por 16 textos que correspondem às pesquisas realizadas em Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil e foi coordenada pela Profa. Márcia Rodrigues Bertoldi, da Universidade Federal de Pelotas e pelo Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira, da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Os artigos apresentados trataram de temas atuais e efervescentes no Direito Internacional Público e Privado: meio ambiente, cultura, gênero, indígenas, refugiados, consumo e trabalho.

A respeito da questão ambiental, José Carlos Loureiro da Silva e Juliana Gerent discutem a criação de um Tribunal Ambiental Internacional como proposta de solução para o enfrentamento dos graves problemas envolvendo o meio ambiente. Por sua vez, Francine Cansi e Paulo Márcio da Cruz analisam perspectivas da sustentabilidade ambiental transnacional como um direito humano efetivo, enquanto condição básica à intervenção social na natureza, bem como pela gestão adequada dos recursos naturais, dos quais encontram-se submetidos à atuação do Estado, a condição social dos indivíduos ou aos grupos sociais e as políticas internacionais de preservação ambiental. Por fim, Micaella Carolina de Lucena e Vladmir Oliveira da Silveira examinam o Princípio da Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais como meio de reafirmar o direito à soberania e de preservar os recursos naturais; e Luísa Ruas Oliveira e Márcia Rodrigues Bertoldi estudam o direito ao patrimônio cultural a partir dos principais instrumentos normativos editados pela ONU e Unesco sobre direitos culturais, visando estabelecer as bases de tal direito a partir dos valores por ele consagrados, bens jurídicos por ele protegidos e principais ameaças a serem enfrentadas para lhe conferir efetividade.

Sobre a questão do consumo, Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres e Alessandra Brustolin discutem as normas e as relações de consumo a nível internacional em busca da identificação da norma a ser aplicada nos conflitos internacionais das relações de consumo no âmbito do Mercosul, especificamente nas relações de consumo eletrônico, em face da Constituição Federal do Brasil, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor, em defesa da imperatividade da proteção brasileira como questão de ordem pública fundamental. Também, Caroline Lais da Silva Stelmach e Eduardo Biacchi

Gomes mostram como o comércio Eletrônico foi conduzido pelo avanço da internet e as novas tecnologias, fatores que geraram impacto expressivo na economia diante da comercialização de bens e serviços por meios eletrônicos.

Na perspectiva gênero e indígenas, Maurício Pedroso Flores estuda a controvérsia suscitada por uma regra da legislação indigenista do Canadá que continha uma discriminação em razão de sexo. Neste sentido, atenta para os desdobramentos da comunicação que Sandra Lovelace dirigiu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU questionando a regra contida no Indian Act, que lhe retirava o status de indígena e analisa, no pensamento do jurista norte-americano Robert Cover, uma forma de compreender a interação entre diferentes espaços normativos que o caso suscita, apontando uma alternativa possível para se pensar problema para além dos limites do direito estatal. Ainda, Gabriela Werner Oliveira e Júlia Fragoni Bicca verificam se a perseguição baseada no gênero pode servir de fundamento para a concessão de refúgio, tendo como pano de fundo os reflexos da pós-modernidade no âmbito do direito internacional.

O direito ao trabalho é discutido no trabalho de Lenara Giron de Freitas, que busca compreender de que forma o transcultural pode estar presente nas regulações internacionais dos trabalhadores a partir das Declarações Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, bem como dos Sindicatos através de acordos coletivos internacionais. Por sua vez, Maira Angelica Dal Conte Tonial e Micheli Piucco estudam a possibilidade de inaplicação da Reforma Trabalhista brasileira em dispositivos acerca do acesso à justiça diante o julgamento do Caso Trabajadores cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú, da Corte Interamericana de Derechos Humanos, e da Teoria do Diálogo das Fontes, aplicando a norma mais favorável.

Igualmente, no âmbito da referida Corte, Emanuela Damo estuda o julgamento do Caso Gomes Lund versus Brasil, envolvendo a Guerrilha do Araguaia, no concernente à edição da Lei de Anistia e a sua controversa interpretação pelo STF, bem como analisa a visão da Corte IDH no julgamento de alguns casos emblemáticos envolvendo crimes de lesa-humanidade e leis de anistia.

Na temática refugiados, Mariah Feijó Pfluck avalia as consequências trazidas pela crise de refugiados do século XXI para a integração jurídica da União Europeia, para o que apresenta o Sistema Europeu Comum de Asilo, aponta lacunas da legislação da União Europeia para refugiados, indicando as deficiências atuais do Sistema evidenciadas e analisa as medidas tomadas pelo bloco europeu para reparar estas lacunas. Ricardo Stanziola Vieira e Mariana

Faria Filard, pesquisam o Regime Internacional dos Refugiados (RIR) quanto aos deslocados ambientais, examinando, ainda, causas e consequências dos deslocamentos e formas de proteção.

Por fim, sobre o transconstitucionalismo, Flávio Marcos De Oliveira Vaz e Mhardoqueu Geraldo Lima França estudam os desafios a serem superados pelo transconstitucionalismo, mais especificamente, sobre como essa teoria lida com o subjetivismo e irracionalidade das decisões judiciais. Acerca da homologação de sentenças estrangeira, Demétrio Beck da Silva Giannakos e Marina de Almeida Rosa examinam se é possível aplicar a “constitucionalização” do direito privado e o conceito de contrato propostos por Gunther Teubner às relações jusprivatistas nos processos de homologação de sentença estrangeira submetidos ao crivo do judiciário brasileiro. Ainda, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Joaner Campello De Oliveira Junior verificam em que medida, na integração sul-americana, notadamente no Mercosul e na UNASUL, pode-se detectar a criação de instâncias destinadas a fomentar essa dimensão pautada no diálogo permanente com a sociedade civil, além de identificar os principais instrumentos normativos sobre o tema, investigando como a participação popular ocorreu no momento da tomada de decisão.

Desejamos um excelente estudo a todos e todas!

Profa. Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi – UFPEL

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - PUC/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DO
ACESSO À JUSTIÇA DOS TRABALHADORES E A REFORMA TRABALHISTA
BRASILEIRA**

**THE CONVENTIONAL CONTROL OF LAWS IN THE INTER-AMERICAN
SYSTEM OF HUMAN RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF ACCESS TO
WORKERS' JUSTICE AND THE BRAZILIAN LABOR REFORM**

Maira Angelica Dal Conte Tonial ¹
Micheli Piucco ²

Resumo

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, os Estados Partes devem realizar o controle de convencionalidade das leis respeitando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diante disso, com o julgamento do Caso Trabajadores cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú surge à possibilidade de inaplicação da Reforma Trabalhista brasileira em dispositivos acerca do acesso à justiça. Além disso, o Poder Judiciário pode utilizar a Teoria do Diálogo das Fontes, aplicando a norma mais favorável. O presente trabalho utiliza o método dedutivo para a realização da pesquisa e a técnica de pesquisa legal-bibliográfica.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Corte interamericana de direitos humanos, Diálogo das fontes, Reforma trabalhista

Abstract/Resumen/Résumé

In the Inter-American System of Human Rights, states parties must carry out the control of the convention of laws respecting the American Convention on Human Rights and the interpretation of the Inter-American Court of Human Rights. In view this, with the judgment of the Case Workers dismissed Petroperú and Others Vs. Peru arises to the possibility of inapplication the Brazilian Labor Reform in devices on access to justice. In addition, the Judiciary may use Sources Dialogue Theory, applying the most favorable norm. The present work uses the deductive method to carry out the research and the technique of legal-bibliographic research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventional control, Inter-american court of human rights, Sources dialogue, Labor reform

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestra em Direito pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho. Professora da Universidade de Passo Fundo.

² Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (Bolsa Capes Modalidade I). Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

Introdução

O Controle de Convencionalidade das Leis surge no Sistema Interamericano de Direitos Humanos em 2003. O primeiro caso sob julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos que faz-se a menção expressa da obrigatoriedade da necessidade de compatibilização de ordenamento interno e ordem internacional de direitos humanos é no Caso *Mack Chang Vs. Guatemala*, no voto do Juiz Sérgio García Ramírez.

Posteriormente no ano de 2006, a Corte Interamericana se utiliza da expressão controle de convencionalidade quando declara como inválida a Lei de Anistia do Chile no Caso *Almonacid Arellano e Outros* por não observar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana sobre as leis de anistia. A partir desse momento, o controle de convencionalidade passa a ser utilizado como obrigação dos Estados em compatibilizarem seus ordenamentos com a Convenção Americana e com a interpretação da Corte Interamericana. Os juízes e tribunais internos são competentes para realizarem uma espécie de controle difuso de convencionalidade das leis em seus julgamentos, sendo essa a grande inovação trazida pela Corte interamericana no ano de 2006.

Em âmbito interno, as normas para serem válidas, para além de vigentes e posteriormente eficazes, devem passar pela dupla compatibilização vertical material. Depois de passarem pelo plano da vigência, no plano da validade as normas deverão observar os parâmetros constitucionais e convencionais, adequando-se a Constituição e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Estado tenha ratificado. Não observando esse regramento, as normas serão existentes, mas sem possuir validade no mundo jurídico.

Quando do possível embate entre ordenamentos interno e internacional, mesmo ocorrendo o controle de convencionalidade, deve-se aplicar a Teoria do Diálogo das Fontes de Erik Jayme. A teoria propõe que desse conflito, prevaleça a norma mais benéfica ao ser humano. Nessa visão, as normas não se excluem, se complementam aplicando-se conforme o caso a norma mais garantidora de direitos as pessoas envolvidas, de forma que os indivíduos passem a ser o centro dos ordenamentos jurídicos.

No ano de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos posiciona-se de forma importante sobre o direito dos trabalhadores ao acesso à justiça e demais garantias expressas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos envolvendo matéria trabalhista. O julgamento é do Caso *Trabajadores cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú*, em que a Corte Interamericana responsabiliza internacionalmente o Estado do Peru por não possibilitar o acesso efetivo das garantias judiciais de direitos consagrados na Convenção Americana, a diversos trabalhadores demitidos no Estado.

Dessa forma, utilizando-se do controle de convencionalidade, que vincula todos os Estados Partes, quando observada a Reforma Trabalhista brasileira do ano de 2017, pode-se observar que ela modificou diversos artigos que permitiam um acesso mais efetivo aos direitos dos trabalhadores, gerando retrocesso social. Além disso, aplicando o controle de convencionalidade e diante da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os juízes e tribunais têm um alibi para não aplicar a lei da Reforma Trabalhista exercendo o controle de convencionalidade difuso. Assim, poderão considerar a norma interna como inválida, por não ter passado por um dos parâmetros (Convenção Americana) quando da compatibilidade vertical material.

Além do exercício do controle de convencionalidade para afastar determinados dispositivos da reforma o Poder Judiciário, até o momento em que o Supremo Tribunal Federal se manifeste ou em último caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a reforma trabalhista, seus juízes podem aplicar a teoria do diálogo das fontes, frente ao conflito, aplicando as normas mais garantidoras de direitos e declarar a inaplicação da lei interna por ser menos benéfica ao ser humano.

I- O Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos desde a edição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos exige que os Estados Partes adéquem seus ordenamentos internos e suas decisões aos compromissos assumidos em âmbito internacional na matéria de direitos humanos. A partir do ano de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, passa a utilizar do termo controle de convencionalidade para expressar essa obrigação de compatibilização de ordenamentos.

A partir de então, os Estados internamente podem controlar a convencionalidade para não serem responsabilizados internacionalmente, não sendo apenas a Corte Interamericana a guardiã desse controle, concebendo apenas a ela o exercício do controle de convencionalidade de forma complementar.

No Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que foi assinada na Conferência Especializada em Direitos Humanos, na cidade de San José, na Costa Rica em 22 de novembro de 1969, é considerada como o principal instrumento de proteção dos direitos humanos nesse sistema regional de proteção e efetivação de direitos humanos (CORTEIDH).

O monitoramento e implementação dos direitos que são estabelecidos na Convenção Americana ficam sob a análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem competência sob todos os Estados partes da Convenção Americana. Quanto aos Estados Partes da Organização dos Estados Americanos é competente quando aos direitos inseridos na Declaração Americana de 1948 (PIOVESAN, 2015, p. 343). A Corte Interamericana possui jurisdição contenciosa ou consultiva somente aos Estados que se submetem a ela de forma expressa (GUERRA, 2013, p. 72).

O termo “controle de convencionalidade” nasce no Conselho Constitucional francês em um julgamento sobre a interrupção voluntária de gravidez, Decisão nº 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975. Para os doutrinadores Oliver Duthellet Lamothe (LAMOTHE, p. 01) e Valerio de Oliveira Mazzuoli (MAZZUOLI, 2014, p. 88) o controle de convencionalidade tem origem nesse julgamento. Na análise do caso, o Conselho francês entendeu não ser competente para analisar de forma preventiva a compatibilidade das leis internas com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. O Conselho alegou que não se tratava de um controle de constitucionalidade, sendo que apenas nesse caso possuiria competência para julgamento (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, p. 40).

Cerca de 28 anos após esse julgamento a teoria do controle de convencionalidade é referida na Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Juiz Sérgio García Ramírez. Em seu voto no julgamento do Caso *Mack Chang Vs. Guatemala* de 25 de novembro de 2003, o juiz utiliza a expressão “Controle de

Convencionalidade” para se referir ao compromisso dos Estados em adequar os ordenamentos internos conforme as obrigações assumidas no Sistema Interamericano. Para Ramírez existia discrepância nas declarações do Estado da Guatemala, através de seus representantes e de outros órgãos os quais o próprio direito interno atribuiu competência de julgamento (Corte Interamericana). Com a ratificação da Convenção e com a competência de jurisdição da Corte Interamericana todo o aparato estatal, de forma integral, devem observar as obrigações assumidas em esfera internacional (CORTEIHD, 2003, p. 165).

De forma inovadora, insere no Sistema Regional Interamericano em seu voto, a expressão “controle de convencionalidade” e a obrigatoriedade de realização da adequação do ordenamento interno com os Tratados Internacionais que tenham os Estados ratificado. Posteriormente no ano de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos através de seu colegiado passa a utilizar da perspectiva e do termo controle de convencionalidade em seus julgamentos (CORTEIHD, 2003, p. 53).

A utilização ocorreu no caso *Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile*. Neste momento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passa a exigir que os Estados controlem a convencionalidade interna, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que concerne a interpretação realizada da Convenção Americana (CORTEIHD, 2006, p. 53).

Segundo a Corte no julgamento em comento se utilizando do termo controle de convencionalidade no ano de 2006:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “**control de convencionalidad**” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (grifo nosso) (CORTEIDH, 2006, p. 53).

Ressalte-se que a obrigação de adequar e controlar a convencionalidade interna no Continente Americano surge com a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Desde seu início a Corte Interamericana controla a convencionalidade das leis dos Estados que a ela se submetem. A Corte, somente se utiliza do termo “controle de convencionalidade” em 2006, entendendo neste momento que competiria aos juízes e tribunais internos realizarem a compatibilização das normas internas com a Convenção Americana e com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2013, p. 94-95).

Deve-se observar que o controle difuso de convencionalidade pode ser exercido por qualquer juiz interno, nos moldes da interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2006. Os controles difuso e concentrado de convencionalidade são realizados nos mesmos parâmetros que os controles difuso e concentrado de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2013, p. 154).

A partir do ano de 2006, a inovação trazida pelo julgamento do Caso *Almonacid Arellano* é de que o controle de convencionalidade deve ser exercido internamente e prioritariamente pelo Poder Judiciário dos Estados Partes. Para Mazzuoli, nesse momento também é verificado que a Corte Interamericana tem a intenção que o controle de convencionalidade de forma difusa seja questão de “*ordre public*” internacional (MAZZUOLI, 2013, p. 95-97).

Segundo o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Carlos María Pelayo Moller nas primeiras vezes que o controle de convencionalidade foi utilizado pelo juiz Sérgio García Ramírez, esse controle pertencia e era exercido apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Havia o exercício de um controle de convencionalidade concentrado, mas a novidade foi o exercício de um controle de convencionalidade difuso, realizado por todos os juízes internos (MAC-GREGOR, 2017, p. 133-134).

O controle difuso de convencionalidade permite que todos os juízes e tribunais realizarem frente ao caso concreto a análise de determinada lei do ordenamento jurídico interno, em face dos Tratados Internacionais. Quando verificada a afronta, a declaração de inconvencionalidade se procederá de forma incidental em relação ao objeto principal da lide, seus efeitos serão *inter partes* e o exame do mérito restará prejudicando (MORAES, 2014, p. 733).

O controle concentrado de convencionalidade tem como objetivo a declaração de inconvencionalidade de uma determinada lei como objeto principal da lide. Desse modo, busca-se a declaração de inconvencionalidade para que seja garantida a segurança e a observância dos direitos humanos assegurados pelos tratados internacionais. Esse controle é exercido através das Cortes Supremas dos Estados e, a manifestação do Poder Judiciário será de forma específica. Em regra, o controle concentrado retira do ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo viciado, buscando a sua invalidação e garantindo segurança nas relações jurídicas, o efeito será *erga omnes* (MORAES, 2014, p. 748-749; BRASIL).

O controle de convencionalidade se preocupa com a validade das normas internas e, nessa perspectiva, uma teoria de extrema relevância é da dupla compatibilização vertical material trazida pelo internacionalista Valerio de Oliveira Mazzuoli. A ideia proposta é de que as normas devem passar pelos parâmetros de vigência, validade e eficácia para produzirem seus efeitos. Quanto ao primeiro plano, observada a forma disposta em lei a norma terá sua vigência determinada (MAZZUOLI, 2013, p. 132-135).

No plano da validade a compatibilização com os tratados internacionais deve ocorrer em dois momentos. Primeiramente a norma faz a compatibilização com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos consagrados em seu ordenamento jurídico, em segundo lugar, a compatibilidade deve ser exercida com os tratados internacionais gerais de matérias comuns (MAZZUOLI, 2013, p. 135).

Quando uma norma passar pelo crivo apenas da Constituição, será ela vigente no plano interno, pois estará sendo publicada como as demais normas em livros jurídicos, mas não poderá ser considerada como uma norma válida, pois deixou de observar um dos limites impostos, que se refere à observação e compatibilização com Tratados Internacionais ratificados (MAZZUOLI, 2013, p. 111; FERRAJOLI, 1999, p. 20). Quanto aos três planos Ferrajoli expõem que:

[...] La *vigencia* guarda relación con la *forma* de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de *correspondencia* de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la *validez*, al referirse al *significado*, es por el contrario una cuestión de *coherencia* o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter substancial sobre su producción (FERRAJOLI, 1999, p. 21-22).

No momento da validade as normas devem realizar a compatibilização com as normas que a elas são hierarquicamente superiores e vinculantes. Além dos dispositivos internos, deve-se observar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois fazem parte dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Partes. Preenchido mais esse “degrau”, a efetividade das normas ocorre na aplicação dos casos concretos.

Importante ressaltar que o controle de convencionalidade interno é considerado o mais importante, pois a Corte Interamericana somente se manifesta de forma complementar, atuando como instância em último grau. Além da Convenção Americana, todos os demais tratados internacionais que fazem parte do corpo do Sistema Interamericana de Direitos Humanos são paradigmas de controle de convencionalidade, formando um “bloco de convencionalidade” que vincula os Estados Partes (MAZZUOLI, 2013, p. 99-100).

Deve-se observar que o controle de convencionalidade das leis não é restrito as normas infraconstitucionais dos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todo o ordenamento jurídico interno, incluindo as Constituições estatais devem passar pela compatibilização das normas com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Estado seja parte (MARINONI, 2013, p. 78).

Ao não seguirem os parâmetros determinados, os Estados podem sofrerem condenações e serem responsabilizados internacionalmente por violação de direitos humanos. Assim, mesmo que não haja o controle difuso interno em determinado Estado, seguindo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o juiz poderá se utilizar dele por ser regramento internacional de uma Corte que seu Estado se submete a sua jurisdição. Salienta-se, que a obrigação dos juízes em controlar a convencionalidade deve ocorrer de forma *ex officio* (MAZZUOLI, 2013, p. 100).

Quanto à obrigação de observância dos Tratados Internacionais ratificados pelos Estados, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, dispõe em seu artigo 27, que as partes não podem invocar direito interno para se escusar de aplicar um tratado ratificado, salvo se esse inadimplemento ocorrer pela existência de uma norma no direito interno que possua uma “importância fundamental”, conforme ressalta do artigo 46, da Convenção (BRASIL).

Nessa perspectiva inclui-se por analogia a teoria do “Diálogo das Fontes” de Erik Jayme. A proposta do diálogo das fontes é que no conflito de normas ou de ordenamentos jurídicos prevaleça o mais benéfico ao ser humano. Segundo essa teoria, as normas não se excluem, elas deixam de ser aplicadas em um momento por outra norma ser mais benéfica e podem ser aplicadas posteriormente em outro caso. Assim, podemos aplicar determinada norma interna quando mais benéfica ao indivíduo, sendo posta a exceção do artigo 46 (MAZZUOLI, 2014; MARQUES, 2012, p. 24).

O próprio texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 2º, dispõe que os Estados Partes devem respeitar os direitos humanos consagrados na Convenção Americana e quando não garantidos pelo ordenamento jurídico interno, o compromisso estatal é de adoção de medidas legislativas ou de outra natureza, para tornar os direitos e liberdades, descritos no artigo 1º, da Convenção Americana efetivos (CIHD).

O controle de convencionalidade das leis surge no Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos como um termo para determinar que os Estados devem realizar a compatibilização das normas internas com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que tenham ratificado. Para realizar esse controle, os Poderes dispõem de ferramentas. No caso do Poder Judiciário poderá exercer o controle de convencionalidade por meio do controle difuso ou concentrado de convencionalidade expelindo a validade da norma ou deixando de aplicá-la por utilizar a teoria do diálogo das fontes.

A utilização do controle de convencionalidade pelos Estados e através da Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstra a preocupação nacional e internacional com as normas que mais protejam e dignifiquem os indivíduos. Quando passível de conflito entre os ordenamentos, mesmo sendo exercido o controle de convencionalidade, deve-se observar a teoria do Diálogo das Fontes e aplicar a norma que mais dignifique o ser humano, não extraíndo do ordenamento a que não for aplicada quando do embate, pois posteriormente ela poderá ser utilizada em um outro caso concreto como a norma mais benéfica.

II- O Caso Trabajadores cesados de Petroperú y Otros VS. Perú e o acesso à justiça com a Reforma Trabalhista de 2017 no Brasil

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos vinculam todos os Estados Partes, que por sua vez devem adequar seus ordenamentos internos e suas decisões. Nesse sentido, o julgamento contra o Estado do Peru, a seguir comentado, passa a ser um “precedente” judicial, fazendo com que essa compatibilização possua esse caráter vinculatório e, caso não seguido a pena é de responsabilização internacional do Estado infrator.

O Caso *Trabajadores cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú* foi julgado em 23 de novembro de 2017, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O julgamento por tal Corte somente foi possível por ser o Estado do Peru parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 28 de julho de 1978, e de reconhecer a competência contenciosa da Corte Interamericana em 21 de janeiro de 1981 (CORTEIDH, 2017, p. 01-10; CIHD).

O caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Para a Comissão Interamericana, a responsabilização internacional do Estado do Peru decorria da violação de direitos às garantias judiciais e a proteção judicial de 163 trabalhadores, sendo 84 da Petroperú, 39 do Ministério da Educação, 15 do Ministério de Economia e Finanças e 25 trabalhadores da Empresa Nacional de Portos. Para a Comissão não houve resposta judicial adequada e efetiva as demissões ocorridas de forma coletiva entre os anos de 1996 e 1998, faltando do poder judiciário eficácia, certeza jurídica, independência e imparcialidade no julgamento dos fatos e reconhecimento dos direitos dos trabalhadores que questionaram a regularidade das demissões (CORTEIDH, 2017, p. 04).

Esses trabalhadores demitidos laboravam no setor público, na época de instauração do Governo de Emergência e Reconstrução Nacional. A demissão coletiva e, ocorreu por meio de decretos para “racionalização” de pessoal. Os trabalhadores adentraram ao Poder Judiciário com ações de reparação, que foram declaradas improcedentes em última instância (CORTEIDH, 2017, p. 60).

Sob análise da Corte Interamericana, essa ressaltou que já havia se manifestado sobre o tema em outros casos como *Lagos del Campo Vs. Perú*, com o entendimento de que o direito do trabalho inclui o direito ao acesso à justiça e a tutela judicial efetiva. No Caso Petroperú e outros, como os trabalhadores não tiveram acesso a um recurso

judicial que fosse efetivo, foram violados os artigos 1.1, 8.1, 25 e 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CORTEIDH, 2017, p. 71-72).

O artigo 1.1 da Convenção Americana, dispõe que os Estados Partes devem reconhecer e garantir o exercício de toda a pessoa aos dispositivos consagrados na Convenção Americana. Já o artigo 8.1, ressalta a garantia judicial dos indivíduos, em que (CIHD):

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CIDH).

Em decorrência, todas as pessoas têm direito a proteção judicial e acesso a recursos perante o Poder Judiciário nacional, e que protejam seus direitos reconhecidos pela Constituição interna ou pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 25 da Convenção Americana). O artigo 26 de tal instrumento internacional ressalta que os Estados Partes se comprometeram a conjuntamente buscarem o desenvolvimento progressivo de direitos econômicos, sociais, educacionais, de cultura e de ciência (CIDH).

Diante de tal julgamento, a Corte Interamericana através de sua interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos vincula os demais Estados a seguirem seu posicionamento e adequarem seus ordenamentos internos e suas decisões em face a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte Interamericana, já que intérprete última da Convenção. No Caso Trabalhadores demitidos de Petroperú e Outros, a Corte Interamericana ressaltou que:

Esta apreciación permite recordar dos cuestiones importantes. La primera, que la aplicabilidad de las normas internacionales en el ámbito interno depende no sólo de su obligatoriedad como instrumentos internacionales, sino también del reconocimiento que el propio derecho nacional haga de estos instrumentos como derecho interno³⁶. La segunda, que la incorporación de las normas internacionales y las interpretaciones que de ellas se hagan por organismos internacionales (como lo es la Corte Interamericana) convive con reglas establecidas en el derecho nacional. Por lo que, en este complejo universo de interacción entre lo nacional y lo internacional, es fundamental que las interpretaciones desarrolladas por la Corte gocen de la mayor legitimidad posible. De ello dependerá que su incorporación sea llevada a cabo por las propias autoridades estatales, lo cual

es aún más importante a la luz del desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad (CORTEIDH, 2017, p. 106).

Quando não observadas as disposições, os Estados que as descumprirem poderão ser sujeitos de responsabilização internacional por violação de direitos humanos e por não controlarem a convencionalidade das leis internas com as normas internacionais de direitos humanos ratificados. Esse controle deve decorrer, conforme salientado, da compatibilização com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Deve-se observar que mesmo com o exercício do controle de convencionalidade poderá ocorrer a exceção disposta no artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. A Convenção dispõe em seu artigo 27, que os Estados não podem invocar disposições de direito interno como formas de escusa na aplicação de um tratado ratificado. Segundo o artigo 46 da Convenção, esse inadimplemento poderia ocorrer se no ordenamento interno do Estado tivesse uma norma de “importância fundamental”.

Através da analogia pode-se utilizar a teoria do “Diálogo das Fontes” para interpretando a Convenção de Viena de 1969, estabelecer que a exceção estará posta, sendo aplicada a norma interna, quando essa norma for mais benéfica ao ser humano. Isso é o que a teoria do Diálogo das Fontes propõe, que face às normas internas e internacionais, seja aplicada no caso concreto a norma que confira maior dignidade a pessoa humana.

Em razão desse julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos condenando um Estado por não proporcionar acesso a justiça e a garantias judiciais efetivas aos trabalhadores é colocada sob análise a lei brasileira 13.467/17, conhecida como a lei da reforma trabalhista, vigente desde o dia 11 de novembro de 2017 (BRASIL).

As alterações que vedam de alguma forma o acesso à justiça como os termos de quitação anual, imposição de pagamento pelo trabalhador de custas processuais quando a demanda for arquivada, um certo “esvaziamento” da possibilidade da justiça gratuita e o estímulo a arbitragem e a adesão ao PDV (Plano de Demissão Voluntária) como forma de quitação geral do contrato de trabalho podem com o julgamento da Corte serem revistos pelos juízes. Para Souto Maior e Severo a reforma trabalhista quanto ao

acesso à justiça dos trabalhadores teve como objetivo que eles não possam se valer de seus direitos por meio do controle exercido pelo Poder Judiciário, tornando assim, mais dificultoso o acesso ao Poder Judiciário (BRASIL; SOUTO MAIOR, 2017, p. 91).

De todas as alterações promovidas pela lei, e sob análise do caso do Peru, pode-se observar que as normas concernentes a vedação de acesso à justiça podem acarretar a responsabilização internacional do Brasil. A Corte pode julgar o Estado, por ele se submeter a sua jurisdição contenciosa desde 10 de dezembro de 1998, conforme estabelece o Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, sendo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos entrou em vigor no Brasil somente em 25 de setembro de 1992, conforme dispõe o Decreto nº 678/92 (BRASIL).

Consideram-se os dispositivos que vedam de qualquer forma o acesso a justiça ou a garantias judiciais, como inválidos. A norma ao passar pelos planos da vigência, validade e eficácia, deve preencher os três “degraus”. A Lei da Reforma Trabalhista pode ser considerada como vigente, pois respeitou os ditames formais de sua edição. Quando colocada ao patamar de norma válida, muitos doutrinadores ressaltam que seria ela inconstitucional o que por si só deveria fazer com que fosse expelida do ordenamento.

O presente artigo propôs uma análise convencional das normas internacionais com as normas internas. Dessa forma, parte-se do pressuposto que a lei observou os ditames constitucionais. Nesse patamar de validade, a dupla compatibilização vertical material, propõe que além das normas Constitucionais a compatibilização e observância devem seguir os ditames internacionais. Quando observamos as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, fica evidente que além de violar dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a reforma brasileira viola a interpretação com base nos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a efetividade ao acesso à justiça e a garantias judiciais.

Dessa forma, os juízes e tribunais internos podem deixar de aplicar a norma interna observando a interpretação da Corte Interamericana, exercendo assim o controle de convencionalidade de forma difusa. Além disso, poderá o Poder Judiciário se valer do Diálogo das Fontes, utilizando das normas internacionais, para deixar de aplicar a normatividade interna por ser menos benéfica, enquanto não declarada a reforma como

inconvenção pelo Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Considerações Finais

Com a obrigatoriedade da compatibilização das normas internas com as normas internacionais através do chamado “controle de convencionalidade das leis”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos promove maior garantia e efetividade para os dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao “bloco de convencionalidade” do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Nascido na França e utilizado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos quase três décadas após seu nascimento, o entendimento a cerca do controle de convencionalidade interamericano é diverso do francês. Esse trata-se de um Conselho Constitucional interno que não modelou seu ordenamento aos tratados internacionais. O primeiro é uma Corte Regional no Sistema Universal de Direitos Humanos que obriga aos Estados Partes a essa observância, quando ratificado o Tratado Internacional de Direitos Humanos.

Com o exercício do controle de convencionalidade, mesmo assim poderá ocorrer conflito entre normas internas e internacionais. Diante disso, a aplicação deve sempre recorrer à teoria do Diálogo das Fontes e ser aplicada a norma mais garantidora de direitos ao ser humano no caso sob análise. Com o controle de convencionalidade e com a teoria do Diálogo das Fontes, juízes e tribunais internos possuem um aparato internacional para deixar de aplicar uma norma por ser inválida (quando não observa os tratados internacionais de direitos humanos) ou menos benéfica ao indivíduo (aplicando a teoria do Diálogo das Fontes).

Com a Reforma Trabalhista brasileira, que em diversos dispositivos dificultou o acesso à justiça pelos trabalhadores, sendo imparcial e não garantindo a efetividade de acesso à justiça, criou uma invalidade de norma interna e, para além dessa invalidade, uma norma menos benéfica quando analisada frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Com o exercício de ambos os instrumentos, controle de convencionalidade e diálogo das fontes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Estados, através de

seus Poderes Judiciários, fazem com que os direitos dos indivíduos sejam observados e garantidos de forma efetiva, observando sempre as normas que mais os dignifiquem e sendo aparatos dos juízes para aplicarem normas que observem os direitos humanos seguindo regramentos internacionais.

Referências das Fontes Citadas

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 06 jul. 2017.

_____. **Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento de Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em 28 dez. 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 28 dez. 2017.

_____. **Decreto nº 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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 28 dez. 2017.

COMISSÃO IDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 26 dez. 2017.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006**. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003**. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em 26 nov. 2017.

_____. **Caso Trabajadores cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú**. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf>. Acesso em 26 de dez. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

LAMOTHE, Oliver Duthellet. **Contrôle de conventionnalité ET controle de cconstitutionnalité em France**. Disponível em Conseil Constitutionnel: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf>. Acesso em 26 nov. 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos María Pelayo. **Las Obligaciones Generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno**. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. Biblioteca On-line da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/33211.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (Na perspectiva do direito brasileiro). In: Coordenadores: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano. Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima Marques (Coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. Disponível na Biblioteca Virtual da Universidade de Passo Fundo. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. – 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O Acesso à justiça sob a mira da Reforma Trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da Reforma Trabalhista**. Biblioteca Digital da Justiça do Trabalho JusLaboris, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/111510/2017_souto_maior_jorge_lui_z_acesso_justica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28 dez. 2017.