

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE:
FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS
PARTICIPATIVOS**

ALEXANDRE VERONESE

FABIANA DE MENEZES SOARES

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Alexandre Veronese, Fabiana de Menezes Soares, Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-112-8

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

A obra Direitos Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS realizado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi em Belo Horizonte/MG, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, o qual focou suas atenções na temática Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade. Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos dessa disciplina jurídica. Por uma questão didática, estes artigos estão divididos, conforme a apresentação dos trabalhos no GT:

O trabalho de Saulo de Oliveira Pinto Colho Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais representa uma importante tentativa de ofertar um coerente discurso de fundamentação dos direitos humanos em uma perspectiva crítica.

O trabalho Apatridia e o direito fundamental à nacionalidade, apresentado por Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, trouxe uma instigante análise em prol da ampliação do conceito de nacionalidade para abarcar situações de migração em massa, em especial aquelas que atingem menores. O debate teórico ganha contornos muito interessantes quando se identifica a dificuldade para compatibilizar um acervo de direitos universais com perspectivas específicas.

Um trabalho sobre a efetividade dos direitos humanos foi apresentado por Mellysa do Nascimento Costa e Régis André Silveira Limana (Mentes em reforma: o silenciamento da Lei Federal n. 10.216/2001) que faz uma interessante análise sobre o problema da reforma psiquiátrica no Brasil e os dilemas que acometem os seus atingidos.

Paulo Cesar Correa Borges e Marcela Dias Barbosa afirmam que é necessário ir além da produção de normas e atingir a almejada sensibilização sócio-cultural em gênero e direitos humanos, em todos os espaços do social quando trabalham especificamente a aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Já Saulo De Oliveira Pinto Coelho traz uma reflexão e análise sobre o

fenômeno dos discursos de crítica aos Direitos Humano-Fundamentais como base das sociedades democráticas contemporâneas.

Na sequência, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro analisa os direitos humanos e os direitos fundamentais demonstrando de que forma tais ramos do direito internacional influenciam o contexto da aquisição da nacionalidade, anunciando a necessidade de se fazer uma releitura e uma revisão dos critérios determinadores da aquisição da nacionalidade com fundamento nos direitos humanos. Enquanto que Mellyssa Do Nascimento Costa e Régis André Silveira Limana discutem a efetiva aplicação da Reforma Psiquiátrica no Brasil e, em específico, no Estado do Piauí, a partir da Lei Federal de nº 10216 /01 considerando o conflito referente aos direitos humanos.

Monica Faria Baptista Faria e Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes Salles analisam a polêmica questão do denominado infanticídio indígena, sob a óptica do debate acerca do universalismo e do relativismo na contemporaneidade. Já Evandro Borges Arantes perquire o fenômeno da juridicização dos direitos humanos, com ênfase para o direito à educação, indicando que tal processo não tem obtido resultado satisfatório no tocante à efetivação desse direito.

Carla Maria Franco Lameira Vitale contextualiza o princípio da busca da felicidade, instituto não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, mas que tem sido utilizado para fundamentar importantes decisões. Por sua vez, Maria Hortência Cardoso Lima traça uma abordagem da mediação, como instrumento de pacificação e comunicação eficiente no ambiente ensino-aprendizagem poderá servir para o desenvolvimento de habilidades comunicativas, com vistas à busca de soluções efetivas construídas por todos os que fazem esse ambiente.

Paulo Junio Pereira Vaz verifica a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos na atuação política e jurídica dos Estados com vistas à proteção de grupos vulneráveis. Ana Patrícia Da Costa Silva Carneiro Gama demonstra que apesar do direito à cidadania estar garantido na norma interna dos Estados, bem como nos mais diversos acordos internacionais, efetivamente, muitas pessoas são cerceadas deste direito, a exemplo das vítimas do crime de tráfico humano das pessoas vítimas do crime de tráfico de pessoas.

Deisemara Turatti Langoski e Geralda Magella de Faria Rossetto examinam os fluxos migratórios, indicados sob a denominação de origens e assentamentos seguindo os elementos

de sua formação no contexto contemporâneo. E Camila Leite Vasconcelos investiga as Convenções e Recomendações da OIT e o processo de integração e efetivação das mesmas no plano interno.

Ainda, Valeria Jabur Maluf Mavuchian Lourenço trabalha o caso do massacre de Ituango ocorrido em 1996 e 1997, o qual é um exemplo de complementaridade das tutelas nacionais e regionais dos Direitos Humanos. A autora responde qual é a efetividade das garantias jurídicas e extrajurídicas nas sentenças da CIDH, especialmente quanto à Educação em Direitos Humanos. Enquanto que Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira analisa os instrumentos utilizados pelas organizações não-governamentais de direitos humanos, no processo constitucional abstrato brasileiro.

Leonardo da Rocha de Souza e Deivi Trombka problematizam a emergência do mal banal ambiental nas sociedades complexas contemporâneas a partir do conceito de banalidade do mal desenvolvido por Hannah Arendt na obra "Eichmann em Jerusalém". Thaís Lopes Santana Isaías e Helena Carvalho Coelho traçam linhas gerais sobre o novo Plano Diretor Estratégico de São Paulo e trabalharam dentro desse contexto, a participação e papel dos movimentos sociais.

Graziela de Oliveira Kohler e Leonel Severo Rocha observam, a partir da matriz pragmático-sistêmica, os riscos das inovações tecnológicas sob a ótica dos Direitos Humanos, tendo como pano de fundo o bem comum. Eduardo Pordeus Silva lança reflexões acerca dos direitos humanos em face da necessidade de fomento à tecnologia assistiva no Brasil e verifica se é possível a plena emancipação social das pessoas com deficiência física ou mobilidade reduzida dado o acesso às tecnologias assistivas de que necessitam.

Daniela Silva Fontoura de Barcellos e Paulo Emílio Vauthier Borges De Macedo demonstram a duplicidade de tratamento dos crimes políticos no direito brasileiro, bem como os critérios utilizados para a sua categorização. Sabrina Florêncio Ribeiro aborda a conceituação e as restrições aos direitos de manifestação pública, bem como analisa o conflito dos direitos fundamentais da honra e da manifestação pública centralizado na apelação cível nº 70045236213.

Paula Constantino Chagas Lessa discute a forma de produção da verdade processual penal na sistemática policial e judicial brasileira, para isto apresenta um breve histórico da legislação processual penal atual. João Paulo Allain Teixeira e Ana Paula Da Silva Azevêdo discutem a democracia agonística proposta por Chantal Mouffe a partir da compreensão da crise da democracia representativa com reflexos no esvaziamento do político, e a possibilidade de

recuperação destes espaços por novas formas de manifestações sociais, como o caso do Movimento Ocupe Estelita, de Pernambuco.

Por fim, Rosendo Freitas de Amorim e Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior investigam as origens e aspectos históricos do preconceito vivenciado por homossexuais e o processo de reconhecimento dos direitos de igualdade, liberdade e dignidade como forma de afirmação da cidadania homossexual. E Ivonaldo Da Silva Mesquita e Natália Ila Veras Pereira com amparo na legislação constitucional, infraconstitucional e pactos internacionais, sobre o direito à Audiência de Custódia questionam qual o real significado da Audiência de Custódia, sua abrangência, características e amparo normativo.

Boa leitura!

COMO EM QUE NÍVEL SE EFETIVA A INTEGRAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO NO BRASIL

AS LEVEL AS IS EFFECTIVE INTEGRATION OF INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS IN BRAZIL

Camila Leite Vasconcelos

Resumo

Este artigo investiga as Convenções e Recomendações da OIT e o processo de integração e efetivação das mesmas no plano interno. A finalidade essencial da atividade normativa da OIT é elaborar normas internacionais do trabalho com o escopo de conferir aos seres humanos condições dignas de trabalho. Para concretizar esse fundamento a OIT cria convenções e recomendações que uma vez aprovadas perante a Conferência Internacional do Trabalho, são submetidas no prazo máximo de 18 meses às autoridades competentes de cada Estado-membro para que apreciem a viabilidade de ratificação e conseqüentemente incorporação no plano interno. No que diz respeito ao método de elaboração, destaca-se a peculiaridade da composição tripartite, caracterizado pela participação ativa dos representantes dos governos como também dos representantes das categorias dos empregadores e trabalhadores dos respectivos Estados-membros. Relativamente à integração desses instrumentos internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro cabe registrar que eles possuem natureza constitucional e podem ser equivalente às emendas constitucionais se forem aprovadas de acordo com o quórum estabelecido no Art. 5º, § 3º, da CR/88. Além disso, é preciso mencionar que as convenções não se sobrepõem a leis, sentenças, costumes ou qualquer outro instituto nacional que confirmam disposições mais favoráveis ao trabalhador, não havendo conflito de normas nesses casos. Apesar disso, verifica-se que o Poder Judiciário tem se absterido de aplicar integralmente as convenções da OIT mesmo quando se apresentam mais benéficas, como é o caso da Convenção 132 da OIT que trata sobre as férias anuais remuneradas. De qualquer modo, tal fato não diminui a importância do papel da OIT por ser notável as conquistas alcançadas na efetivação de direitos em prol da classe trabalhadora. O método de pesquisa utilizado na elaboração do presente trabalho foi o bibliográfico com objetivos explicativos.

Palavras-chave: Oit, Normas internacionais do trabalho, Incorporação, Lei brasileira

Abstract/Resumen/Résumé

This article investigates the Conventions and Recommendations of the ILO and the integration process and realization of the same internally. The essential purpose of the regulatory activity of the ILO is to develop international labor standards with the aim of giving human beings decent working conditions. To realize this foundation the ILO creates conventions and recommendations once approved before the International Labour

Conference are submitted within 18 months the competent authorities of each Member State to examine the feasibility of ratification and consequently incorporation internally. With regard to the preparation method, there is the peculiarity of the tripartite composition, characterized by the active participation of government representatives as well as representatives of the categories of employers and workers of its Member States. Concerning the integration of these international instruments by Brazilian law it should be noted that they have constitutional and can be equivalent to constitutional amendments if they are approved in accordance with the quorum set forth in Art. 5º, § 3º, the CR / 88. In addition, it should be mentioned that the conventions do not overlap with laws, judgments, customs or any other national institution that confer more favorable to the worker provisions, there is no conflict of standards in these cases. Nevertheless, it turns out that the judiciary has failed to enforce ILO conventions in full even when you have more beneficial, as is the case of Convention 132 of the ILO which deals with the paid annual leave. Anyway, this does not diminish the importance of the role of the ILO for being the notable achievements in the realization of rights in favor of the working class. The research method used in the preparation of this work was the bibliographic with explanatory goals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ilo, International labour standards, Incorporation, Brazilian law

INTRODUÇÃO

É de amplo conhecimento no mundo jurídico que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é uma agência das Nações Unidas que tem por objetivo promover a justiça social entre os Estados de modo a impedir a concorrência desleal entre eles e consequentemente permitir que homens e mulheres tenham acesso a condições dignas de trabalho.

Para alcançar a sua finalidade, a OIT concentra a sua atividade normativa na elaboração de convenções e recomendações, as quais após um processo de aprovação e ratificação passarão a ter vigência no plano internacional e posteriormente no ordenamento jurídico de cada Estado-Membro.

A OIT estabelece obrigações para os seus Estados Membros no sentido de respeitar, promover e realizar os seus princípios fundamentais do trabalho independentemente de terem ratificado ou não as suas respectivas convenções. Estas, por sua vez, servem de instrumento de proteção do trabalho humano.

Assim, o presente estudo é pautado na análise do processo de elaboração dessas normas internacionais do trabalho como também de integração no âmbito interno.

Contudo, o ápice de discussão deste artigo tem a temática como e em que nível se dá a aplicação dessas normas pelo Brasil, não apenas sob a perspectiva da hierarquia normativa como também do princípio pro homine, examinando a (in)existência de conflito aparente de normas.

Atualmente o Brasil possui cerca de 96 convenções da OIT ratificadas, dentre elas merece destaque a Convenção nº 132, a qual aborda sobre o instituto das férias anuais remuneradas. Após a incorporação dessa norma internacional ao ordenamento jurídico brasileiro, será visto se ela confere maior proteção ao trabalhador do que as disposições constantes no capítulo IV da CLT.

Dessa forma, a referida convenção servirá de parâmetro para analisar o grau de efetividade de uma norma internacional do trabalho no Brasil, mais especificamente no tocante a sua utilização como fundamento legal das decisões preferidas pelo Poder Judiciário.

A abordagem do presente trabalho utilizará a pesquisa qualitativa, tendo em vista que busca aprofundar o conhecimento acerca do processo de integração das normas internacionais

no ordenamento nacional e em que grau se dá a efetivação desses tratados depois de ratificados.

Para desenvolver a temática, o estudo é realizado a partir de pesquisa bibliográfica, ou seja, através de referências doutrinárias já publicadas por meios escritos e eletrônicos, tais como livros, artigos científicos e páginas de web sites.

Quanto aos objetivos, caracteriza-se por ser explicativa, uma vez que identifica a forma com que as convenções e recomendações são internalizadas pelos Estados-Membros e as razões que as levam ter status constitucional.

Portanto, trata-se de uma discussão importante para que os cientistas do direito reflitam a necessidade e a obrigatoriedade de aplicação das normas internacionais do trabalho, quando mais favorável, a fim de conferir a mais ampla e adequada proteção ao trabalhador.

1 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

1.1 Surgimento, características e finalidades

No entendimento do ilustre professor José Soares Filho (2002, p.89), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) integra o sistema das Nações Unidas por ser uma de suas agências especializadas dotada de características especiais que a diferencia dos demais organismos internacionais.

A criação da OIT se deu em 1919 e de acordo com Héctor G. Bartolomei de la Cruz, citado pelo doutrinador José Soares, esse nascimento importou um grande avanço do Direito Internacional para a época não apenas em razão dos procedimentos e regras adotadas como também pela composição tripartite dos principais órgãos.

(...) representou uma inovação no Direito Internacional e uma forma original – avançada para a época – de cooperação internacional, que por seus procedimentos e regras de adoção, ratificação e controle da aplicação de seus instrumentos, quer pela composição tripartite de seus principais órgãos. (SOARES FILHO, 2002, p. 89)

José Maria Ruda aponta as características da OIT que a distingue das demais organizações internacionais, quais sejam: o tripartismo da representação, o método de elaboração das normas internacionais do trabalho e o método de controle de aplicação das normas adotadas em seu âmbito. (1990, p. IX apud SOARES FILHO, 2002, p. 89)

Ainda de acordo com o mesmo autor, o tripartismo da representação abarca os empregadores, trabalhadores e governo em contraposição a representação dos Estados perante os outros organismos internacionais, já que em regra os órgãos plenários e executivos das demais organizações internacionais são compostos apenas de representantes governamentais. Trata-se de um aspecto importante por proporcionar a OIT grande credibilidade perante a sociedade, em especial a classe trabalhadora justamente por ser uma estrutura única “entre os organismos especializados que formam o sistema das Nações Unidas”. (SOARES FILHO, 2002, p. 97)

Essa confiança advém da participação ativa dos representantes das categorias dos trabalhadores e dos empregadores nas diversas fases do processo elaborativo da norma da Organização, como por exemplo na escolha dos temas que serão postos na pauta do dia de uma dada Conferência, na avaliação dos programas de cooperação técnica da OIT, etc.

A razão histórica e ideológica dessa modalidade de composição radica-se na participação das organizações sindicais na construção do direito internacional do trabalho e, especialmente, na criação da OIT. Como já dissemos atrás, a ação sindical foi importante e decisiva para o êxito do movimento empreendido por representantes de vários seguimentos sociais (políticos, juristas, funcionários públicos, empresários, professores universitários, trabalhadores organizados em associações de classe) em prol da internacionalização das normas de proteção ao trabalhador. (SOARES FILHO, 2002, p. 97)

Quanto à elaboração das normas internacionais do trabalho, o método utilizado pela OIT é diferente de qualquer outro tipo de convenção internacional multilateral ou bilateral, até mesmo em razão da sua composição tripartite. Neste caso, não há uma negociação propriamente dita entre os representantes do Estado, mas sim uma exposição dos interesses dos representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores, os quais atuarão de forma independente até alcançarem uma solução para os problemas relacionados ao trabalho.

Por fim, o método de controle de aplicação das normas adotadas no plano internacional está atrelado à comprovação de cumprimento por parte dos Estados que assumiram o compromisso de observar não apenas as convenções e recomendações como também os princípios da organização. Em outras palavras, esse método está relacionado a entrega de uma “prestação de contas” realizada pelos Estados Membros no tocante a aplicação das normas aceitas em seu âmbito, pois a Constituição da OIT determina aos governos dos Estados Membros o envio de relatórios à Repartição Internacional do Trabalho periodicamente, informando a respeito da aplicação das convenções ratificadas no plano interno.

Há quem entenda que se trata de uma autolimitação da soberania, mas que termina sendo compensada pelas grandes vantagens aproveitadas pelo Estado, especialmente pela participação e integração dos jurisdicionados no organismo internacional. Por outro lado, verifica-se que a soberania está preservada porquena medida que os Estados assumem o compromisso formal de observarem os preceitos fundamentais da OIT, eles o fazem e se submetem de livre e espontânea vontade.

Ainda nas palavras de José Soares Filho (2002, p. 90), a OIT “foi concebida como uma organização destinada a melhorar as condições de trabalho no mundo e, por esse meio, obstar o agravamento das tensões sociais, procurando conciliar as convicções pacifistas com as convicções liberais dos promotores do Pacto da Sociedade das Nações”. Ressalta ainda que a OIT sempre foi independente em relação a Sociedade das Nações (SDN), pois inseriu Estados Membros que não participavam da SDN como também manteve outros que haviam saído desta.

Para que os Estados passassem a ser integrantes da OIT, após a revisão constitucional de 1946 normatizou-se que todos os Estados que já pertenciam a ela em 01 de novembro de 1945 já tinham a qualidade de membros da organização. Para o Estado que ainda não era integrante da OIT, mas fazia parte da ONU, caso desejasse se tornar membro da OIT, bastava fazer uma comunicação ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho aceitando as obrigações previstas na Constituição da organização. E, se não fosse membro da ONU, o ingresso ficaria condicionado a realização da comunicação e a aprovação perante a Conferência Internacional do Trabalho com dois terços dos votos dos delegados presentes, inclusive os governamentais. (SOARES FILHO, 2002, p.90)

De qualquer modo, a entrada ou a saída de um Estado da OIT é voluntária e não depende de sua vinculação com a ONU, tal como existia na Sociedade das Nações, onde a adesão a OIT estava condicionada a filiação à SDN. (SOARES FILHO, 2002, p.91)

Por ser a OIT um organismo integrante das Nações Unidas é óbvio que ela desenvolve suas atividades de modo a colaborar com os demais membros a fim de fazer com que todos concretizem os princípios e fundamentos da organização.

A partir do acordo realizado entre a OIT e a ONU, além da regulação da relação jurídica estabelecida entre os dois organismos de direito internacional, a ONU passou a reconhecer a OIT a qualidade de um organismo especializado com poderes para desenvolver

as atividades constantes no seu respectivo instrumento constitutivo, no intuito de concretizar os objetivos nele propostos.

Conforme já dito em linhas anteriores, as convenções e recomendações são aprovadas pela maioria de dois terços dos votos dos delegados presentes, em dois turnos, levando a conclusão de que no âmbito da OIT não existe a unanimidade adotada pelas demais organizações internacionais ao deliberar sobre alguma matéria.

A necessidade da unanimidade da aceitação de todos os termos quando da elaboração dos tratados diplomáticos se dá em razão da formalidade da assinatura, uma vez que esses tratados são firmados pelos próprios Estados pactuantes, enquanto na OIT a norma é assinada apenas pelo Presidente da Conferência e pelo Secretário Geral.

Diferentemente das deliberações unânimes das outras organizações internacionais em que a formalidade da assinatura é suficiente para comprometer os Estados, no campo da OIT os membros só estão obrigados a cumprir as convenções e as recomendações que ratificarem expressamente. É mister ainda que essas normas internacionais do trabalho já estejam vigorando no plano internacional bem assim tenham sido aprovadas pelo autoridade competente nos termos do ordenamento jurídico interno.

Será visto posteriormente de modo mais profundo que o fato de um Estado se tornar membro da OIT confere, neste aspecto, a obrigação de a princípio submeter a norma aprovada na Conferência Internacional do Trabalho a apreciação pela autoridade competente no prazo de doze ou no máximo de dezoito meses a contar do encerramento da sessão. Apenas após o fim desse processo que o Estado-membro fica obrigado a observar a norma internacional do trabalho.

Outra característica interessante relativa a convenção internacional do trabalho diz respeito a não suspensão dos seus efeitos pela ocorrência de guerra entre dois países que ratificaram a norma, visto que o objetivo do instrumento é a união da comunidade internacional.

Nas palavras de Arnaldo Sussekind (2000, p. 246), “o respeito aos tratados constitui “a pedra angular e o objetivo supremo do Direito Internacional”, ou, em outras palavras, seu fundamento e a condição de sua efetividade”.

É estabelecido no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, que proclama a necessidade de manter “o respeito às obrigações decorrentes dos tratados e

de outras fontes do direito internacional”; bem como na Convenção de Viana sobre o Direito dos Tratados (1969), em seu artigo 27. Destarte, o Estado é responsável, na esfera internacional, pelos atos de quaisquer dos seus poderes que violem disposição de um tratado ratificado. (SOARES FILHO, 2002, p.109)

1.2 A natureza jurídica e atividade normativa da OIT

A OIT foi criada através do Tratado de Paz de Versalhes em 1919. Quando do seu surgimento, a OIT fazia parte da Sociedade das Nações e recebia desta a receita para executar suas atividades. Por esse motivo, durante esse período o regime jurídico da organização não é pacífico perante os estudiosos do assunto.

Nas colocações de José Soares Filho:

Segundo Léon-Ely Troclet (apud Süsserkind, 2000:119), Guerreau qualificou-a de “organisme de puissance publique”, considerando que suas condições especiais de funcionamento a enquadravam numa categoria compreendida no domínio do Direito Constitucional, com especificidade de “droit administratif international”; Mahaim entendia ser ela “uma liga de Estados visando à paz social, nascida de uma convenção entre Estados”, geradora de obrigações que importam em séria restrição à soberania destes; Negulesco a visualizava entre “as uniões administrativas internacionais, associações de Estados criadas por acordo e abertas à adesão de outros Estados visando à cooperação dos mesmos para satisfazer certos interesses gerais. (SOARES FILHO, 2002, p. 113)

Em suma, vislumbram-se pelo menos três entendimentos distintos acerca da natureza jurídica da OIT, sendo uma de Direito Constitucional, a outra definida por “uma liga de Estados” que busca a paz social e a última caracterizada por uma união entre os Estados celebrada por acordos e que estavam predispostas a novas adesões de outros Estados para satisfazer interesses gerais.

Independente da indefinição que existia em torno do regime jurídico no referido período, é certo que a autonomia da OIT foi reconhecida logo na primeira sessão da Conferência Internacional do Trabalho, sendo confirmado posteriormente através do Artigo 39 da Constituição da OIT que ela “gozará de completa personalidade jurídica e especialmente de capacidade para: a) contratar; b) adquirir bens móveis e imóveis e dispor deles; c) comparecer em juízo”, não restando questionamentos quanto ao fato de ser uma pessoa jurídica independente.

Em 1945, a personalidade jurídica da organização se firmou como sendo de direito público internacional quando da aprovação da Carta das Nações Unidas e a criação da ONU. Em razão dessa natureza é possível dizer que a OIT não é um ente supra estatal, tendo em

vista que o texto da sua Constituição não deixa de reconhecer a soberania que é própria de cada Estado e a competência das autoridades nacionais para julgarem se determinada norma internacional do trabalho (convenções e recomendações) são apropriadas ou não para a realidade daquele país.

Portanto, os pressupostos para a OIT firmar a sua personalidade jurídica se instituíram a partir do momento que o seu instrumento constitutivo definiu com autonomia a sua estrutura orgânica, com liberdade para nomear os seus órgãos e competência para celebrar tratados em seu próprio nome.

Para concretizar os objetivos insculpidos no seu texto constitucional a OIT elabora as normas internacionais do trabalho através dos tratados e que são conhecidos nessa seara pelas Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho, as quais constituem o Código Internacional do Trabalho.

O papel da atividade normativa ganhou maior importância pelo fato de promover a universalização de normas capazes de proteger a dignidade da pessoa humana, não apenas como um órgão regulamentador como também incentivador da efetivação dos direitos sociais e econômicos.

Ensina o inesquecível jurista Arnaldo Süssekind que “coma finalidade de preparar e fomentar, no âmbito da competência da OIT, a criação de um direito comum a vários Estados, deve a Conferência promover a universalização das normas da Justiça Social”. (SÜSSEKIND, 2000, p.180)

Eis aí o fundamento da sua própria criação: “promover a elaboração e harmonização de uma legislação de caráter social em todos os Estados-membros”. (SOARES FILHO, 2002, p.16)

Assim, a OIT procura desempenhar sua atividade regulamentando a respeito dos mais diversos temas da área trabalhista e conseqüentemente de direitos sociais que são consagrados por muitos Estados como matéria constitucional. Dentre esses inúmeros assuntos é possível encontrar convenções e recomendações que versam liberdade sindical, igualdade de remuneração, não discriminação, condições de trabalho, seguridade social, proteção à maternidade, acidentes de trabalho, promoção do emprego, abolição do trabalho forçado, dentre tantos outros.

Convém assinalar que a atividade normativa da OIT é sem dúvida a sua maior e principal função, contudo não é única, uma vez que essa organização desenvolve também atividades de cooperação técnica, investigação e divulgação.

Por fim, cabe registrar que com relação a normatização realizada pela OIT é essencial que a norma elaborada seja concebida de forma flexível de modo a atender as condições nacionais específicas de cada Estado-membro, haja vista que aplicar ao mesmo tempo um dispositivo internacional pode desequilibrar a harmonia da política econômica com a política social, provocando um efeito contrário aos fins presentes na origem da organização.

2 AS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT

Para que a OIT consiga desenvolver as suas funções e pôr em prática as suas finalidades, faz necessário que ela crie os seus próprios instrumentos de efetivação. O processo de criação dessas ferramentas tem como etapa final o que se denominou chamar de convenção internacional do trabalho ou recomendação internacional do trabalho, a depender dos efeitos jurídicos que se pretenda produzir.

De acordo com Valerio de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 72), as convenções da OIT “são tratados multilaterais abertos, de natureza normativa, elaborados sob os auspícios da Conferência Internacional do Trabalho, a fim de regulamentar o trabalho no âmbito internacional e também outras questões que lhe são conexas”.

Arnaldo Sussekind (1998, p. 30) classifica as convenções internacionais do trabalho como sendo tratados multilaterais, abertos e de caráter normativo. Seriam multilaterais por inexistir um número limitado de partes, de modo que todos os Estados-Membros que desejam aderir ao tratado se tornam integrantes desta norma mesmo que o ingresso à OIT tenha se dado em momento posterior a aprovação da respectiva convenção.

São consideradas tratados abertos porque não há restrição de prazo para serem ratificadas pelos Estados-Membros e de caráter normativo por conter normas que serão submetidas a exame pela autoridade competente interna de cada Estado, visando a incorporação ao direito dos países que manifestaram formalmente adesão a convenção.

Assim, as convenções internacionais do trabalho não possuem destinatários específicos, estando abertas à adesão pelos Estados – membros da OIT como também para aqueles que no futuro se tornarão partes da organização. Conforme já visto, as convenções

buscam concretizar de forma universal as normas de proteção ao trabalho mediante a sua incorporação ao ordenamento jurídico de cada país integrante da OIT. Substancialmente, percebe-se claramente a diferença daquele tratado firmado apenas entre determinados Estados por geralmente visar à concessão de vantagens recíprocas.

Valerio de Oliveira Mazzuoli destaca que:

Tais convenções integram o que a doutrina chama de tratados-lei ou tratados-normativos, que têm por objetivo fixar normas gerais de Direito Internacional Público pela vontade paralela das partes, confirmando ou modificando costumes adotados entre os Estados.

Relativamente à proteção internacional do trabalho, também não se descarta a existência de tratados entre Estados, concluídos nos moldes clássicos conhecíveis pelo Direito dos Tratados, bilaterais ou multilaterais, versando questões decididas entre eles. Dentre os tratados de que o Brasil é parte em matéria trabalhista, merece destaque o Tratado de Itaipu, concluído com o Paraguai em 26 de abril de 1973, sobre a aplicação de normas trabalhistas às relações de emprego e previdenciárias em Itaipu, assim como o Tratado de Assunção, que instituiu o Mercosul em 1991. (MAZZUOLI, 2013, p.75)

As convenções da OIT são produzidas durante a Conferência Internacional do Trabalho. A característica mais marcante desse processo de elaboração é a participação não só dos representantes estatais, mas principalmente dos representantes das classes dos trabalhadores e empregadores de cada Estado-membro. Nesse aspecto, ressalta Rezek (1984) em citação feita por Mazzuoli (2013) que esses representantes classistas são indicados pelo governo de origem de acordo com os círculos profissionais mais representativos das duas classes.

Após a exposição final dos interesses, o texto da convenção é registrado nas atas da Conferência e em seguida assinado pelo Presidente da reunião e pelo Diretor Geral do bureau Internacional do Trabalho.

No entendimento de Arnaldo Sussekind uma convenção internacional do trabalho passa a ter vigência no plano internacional na medida que a mesma é ratificada por um número determinado de Estados. Essa quantidade de ratificações normalmente vem prevista na própria convenção. É necessário ainda que tenha ocorrido o transcurso de um prazo determinado.

Convém salientar que uma convenção não terá vigor interno se não for ratificada pelo Estado e ainda que a mesma tenha sido ratificada ela não produzirá efeitos jurídicos se no momento da ratificação não se encontrar em vigor no plano internacional. Dessa forma,

para que uma convenção vigore no ordenamento jurídico de um determinado país é preciso que a mesma tenha sido ratificada pela autoridade competente, bem como esteja em vigor no âmbito internacional, pois não há que se falar em validade interna de um tratado internacional se sequer existe como um ato jurídico perfeito.

Tem-se visto com frequência as convenções da OIT fixarem que a vigência internacional terá início após o prazo de dozes meses do registro de pelo menos duas ratificações no bureau Internacional do Trabalho. Logo após o segundo registro, o Diretor do bureau promove as comunicações informando aos Estados-Membros que tal convenção entrará em vigor no plano internacional decorrido o referido lapso temporal.

O prazo de vigência das convenções da OIT é indeterminado e por isso possuem a característica de serem permanentes. Contudo, existe a possibilidade da convenção ser denunciada após um período de dez anos. Vale frisar que existe uma discussão no tocante a esse prazo, uma vez que há doutrinadores que entendem que esse período de dez anos para denunciar a convenção é contado a partir da entrada em vigor da mesma no plano internacional. Por outro lado, existe a corrente que defende que esse período só é computado a partir do início da vigência no direito interno, pois apenas analisando o caso concreto a luz da convenção será possível verificar se ela é adequada ou não para vigorar internamente.

Mazzuoli (2013, p. 77) argumenta ainda que as convenções são instrumentos mutualizáveis, visto que a saída de um Estado-Membro da convenção não desobriga os demais países a continuarem observando as normas nela constantes.

No tocante as recomendações Mazzuoli as definem da seguinte forma:

são instrumentos internacionais, destituídos da natureza de tratados, adotados pela Conferência Internacional do Trabalho sempre que a matéria nelas versada não possa ser ainda objeto de uma convenção. A criação de uma recomendação pode dar-se, dentre outros motivos, pelo fato de as disposições aprovadas pela Conferência da OIT não terem contado com número suficiente de adesões. Portanto, em regra, o acordo constitutivo da OIT visa a criação de convenções, determinando, contudo, que a proposição examinada terá a forma de uma recomendação caso a questão tratada, ou algum dos seus aspectos, não se preste, no momento, para a adoção de uma convenção (art. 19, § 1º). (MAZZUOLI, 2013, p. 88)

Mazzuoli (2013) cita Valticos (1977) ao afirmar que as recomendações possuem as funções de servir de inspiração para regulamentarem matérias que ainda não foram possíveis de se normatizar através de uma convenção, bem como ser complemento de uma convenção

que verse sobre princípios e/ou regras gerais e ajudar os poderes nacionais a uniformizar o entendimento sobre um tema adaptando o texto legal de acordo com as necessidades locais.

As recomendações da OIT também possuem características que as diferenciam das demais recomendações existentes no plano do Direito Internacional, pois de acordo com o Art. 19, § 6º, alíneas “b” e “d”, da Constituição da OIT, os Estados-membros são obrigados a submeter a recomendação à autoridade interna competente para ser transformada em lei ou serem adotadas medidas de outra natureza no que diz respeito a matéria nela tratada. As autoridades farão isso se baseando na conveniência e na oportunidade da recomendação na seara interna. É de se notar que essa obrigação não existe quando se trata daquelas conhecidas recomendações presentes no Direito Público Internacional, tornando por isso as da OIT norma internacional *sui generis*.

Incumbe ainda aos Estados-membros da Organização enviar informações ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho (RIT) no tocante a criação de legislação e aplicação desta em observância ao disposto na recomendação da OIT sobre o tema em questão.

Leia-se a transcrição completa do Art. 19, § 6º, alíneas “b” e “d”, da Constituição da OIT para uma melhor compreensão:

(...) 6. Em se tratando de uma recomendação:

b) cada um dos Estados-membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a recomendação à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza.

(...) d) além da obrigação de submeter a recomendação à autoridade ou autoridades competentes, o Membro só terá a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho – nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes – sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação. Deverá também precisar nestas informações até que ponto aplicou ou pretende aplicar dispositivos da recomendação, e indicar as modificações destes dispositivos que sejam ou venham a ser necessárias para adotá-los ou aplicá-los.

Nesse sentido, as disposições das recomendações não obrigam e nem tão pouco vinculam os membros as adotarem ou aplicarem às situações do país, pois na verdade se trata de uma proposta ou até mesmo de uma orientação para melhor interpretar e esclarecer algum

ponto de certas convenções, de modo a nortear a ação dos governos durante a normatização das relações de trabalho.

Nas sábias palavras do professor José Soares Filho a recomendação da OIT deverá ser submetida à autoridade competente interna no prazo máximo de 18 meses para que ela legisle ou tome medidas referentes à matéria versada. De acordo com o referido autor, as possibilidades da autoridade de cada Estado-Membro podem ser vistas na seguinte citação:

Essa autoridade poderá transformar em lei todos, alguns ou apenas um dos dispositivos da recomendação, promover meios para aproveitar seu conteúdo em normas de outra natureza, ou, simplesmente, tomar conhecimento do diploma sem aprovar qualquer ato que lhe diga respeito. Qualquer que seja a atitude adotada, incumbe ao Governo informar a Repartição Internacional do Trabalho, periodicamente, sobre a situação de sua legislação e as providências que haja tomado para a efetiva aplicação das diretrizes contidas nas recomendações, indicando em que medida elas estão sendo atendidas ou pretende ele observá-las e, se for o caso, as modificações que considere necessárias para adotar suas disposições. (SOARES FILHO, 2002, p.123-124)

Portanto, a peculiaridade das recomendações consiste na obrigatoriedade de serem submetidas à análise da autoridade competente, estando, igualmente, dispensadas de promover a respectiva ratificação, constituindo assim fontes materiais do Direito do Trabalho, seja através de lei, decreto, ato administrativo de natureza regulamentar ou até mesmo por meio de negociações coletivas e da arbitragem.

De forma sucinta, a diferença entre convenções e recomendações da OIT se fazem presentes apenas do ponto de vista dos efeitos jurídicos que produzem. Em outras palavras, a distinção se dá sob o enfoque formal, tendo em vista que materialmente tanto as convenções quanto as ratificações poderão abordar sobre os mesmos assuntos.

Formalmente, as convenções são diferentes das recomendações pelo fato daquelas serem “tratados internacionais em devida forma” e por estarem condicionadas a ratificação para que possam ter eficácia e aplicabilidade no ordenamento jurídico interno do Estado-Membro, enquanto estas não são consideradas tratados internacionais, tendo por objetivo dar sugestões de mudanças a legislação interna dos países vinculados a OIT.

De qualquer sorte, não se pode deixar de mencionar que ambos os instrumentos são utilizados na proteção dos direitos humanos e mais especificamente do trabalho e do trabalhador, abarcando um número ilimitado de matérias a eles relacionado.

3 INTEGRAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO

A inserção de uma norma internacional do trabalho na ordem jurídica do Brasil ocorrerá de forma semelhante a qualquer outro tratado celebrado pelo Estado brasileiro, uma vez que seguirá praticamente o mesmo trâmite interno, de modo a observar as regras existentes quanto ao Direito dos Tratados como também as normas constitucionais, em especial os artigos 84, VIII e 49, I da CR/88.

No caso das convenções da OIT existem algumas peculiaridades específicas, pois conforme já dito em linhas anteriores, primeiramente elas precisam ser aprovadas durante a Conferência Internacional do Trabalho pela maioria qualificada de dois terços dos votos dos delegados presentes. Apenas após essa aprovação os Estados-membros poderão adotar as convenções e se estará cumprindo o primeiro requisito de validade das mesmas.

Nas explicações de José Soares Filho (2002, p. 144), no início da Conferência Internacional do Trabalho as propostas apresentadas pelo Diretor Geral da RIT são inseridas na ordem do dia pelo Conselho de Administração. Logo em seguida a questão é submetida a “uma conferencia técnica preparatória” composta por representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores. Com a inscrição na ordem do dia, a pauta é debatida em duas sessões consecutivas no Plenário. Na primeira sessão a questão é analisada por “uma comissão técnica especial, de composição tripartite” e após verificarem se a questão é válida para se criar uma convenção ou uma recomendação, ela passa a ser inscrita na ordem do dia da próxima sessão.

Entre a primeira e a segunda sessão, os governos são consultados pela Repartição através de relatórios e questionários a serem respondidos. Com base nas respostas encaminhadas pelos Estados-membros o texto do projeto da convenção ou da recomendação é elaborado pela Repartição para ser objeto de debate da sessão seguinte, onde passa novamente por uma comissão técnica. Se o texto for aprovado pela comissão, o projeto é submetido a Conferência e obtendo a votação de dois terços dos delegados presentes, o instrumento toma forma de convenção. Caso o projeto obtenha apenas a maioria simples dos votos, a Conferência pode transformá-lo em recomendação ou ainda ser objeto de convenção particular entre os membros que o desejarem.

No tocante as convenções internacionais do trabalho, ao serem aprovadas na Conferência apenas o presidente da sessão e o secretário geral garantem autenticidade ao texto por meio das respectivas assinaturas. Devido a isso, as convenções da OIT dispensam a formalidade da assinatura, diferentemente dos demais tratados internacionais em que todos os membros devem assinar o documento para que possa vincular os Estados e conseqüentemente produzir os efeitos jurídicos nele tratados.

A segunda condição de efetivação da convenção ou da ratificação aprovadas na Conferência é justamente a obrigatoriedade dos Estados Membros de submetê-las a autoridade competente no plano interno para que decida sobre a adoção ou não da matéria nela constante. Essa submissão deve ser feita no prazo de 12 meses ou no máximo de 18 meses contados a partir do encerramento da reunião, conforme prevê o Art. 19, § 5º, alínea “b”, da Constituição da OIT.

Ainda no que diz respeito a integração das convenções da OIT ao direito interno, existem algumas particularidades que por vezes causam dissensões doutrinárias. Dentre elas, se estaria o presidente da república obrigado a ratificar uma convenção após a aprovação por parte do Congresso Nacional. Em outras palavras, questiona-se se a ratificação de uma convenção pelo Presidente da República deixou de ser um ato discricionário para ser obrigatório.

Primeiramente, cabe afirmar que quando a Constituição da OIT determina que as convenções devem ser submetidas a autoridade competente, no caso do Brasil se está falando do Poder Legislativo por ser o órgão competente por criar leis e conseqüentemente tornar válida uma convenção internacional do trabalho no território nacional.

Em análise do Art. 19, § 5º, alíneas “b” e “d”, da Constituição da OIT, Mazzuoli dá a seguinte interpretação:

A “autoridade competente” a que se refere o dispositivo deve ser encontrada à luz do que dispõe o texto constitucional de cada país, sendo certo que, no Brasil, tal autoridade é o Poder Legislativo, pois é o único órgão com função típica de legislar, a fim de dar efeitos à aplicação da convenção internacional do trabalho no plano nacional. Ora, se nos termos da Constituição brasileira compete à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (art. 21, inciso I), bem como legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, inciso I, in fine), e se cabe “ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (...), dispor sobre todas as matérias de competência da União” (art. 48, caput), sendo ainda de sua competência exclusiva “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou aos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao

patrimônio nacional” (art. 49, inciso I), a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a “autoridade competente” referida pela Constituição da OIT é, no Brasil, o Congresso Nacional. À mesma conclusão já havia chegado a comissão de notáveis para a aplicação das convenções e recomendações, reunida na Conferência Internacional do Trabalho (36ª sessão) realizada em Genebra em 1953: “A expressão ‘autoridade competente’ significa a autoridade que tem o poder de legislar sobre as questões que são objeto da convenção ou da recomendação, que é, na maioria dos casos, o Parlamento”. (MAZZUOLI, 2013, p.9)

Para a maioria dos estudiosos da área, uma vez aprovada pelo Congresso Nacional, o Presidente da República fica obrigado a ratificar a convenção da OIT, pois se ele tem o dever de submeter a convenção ao Poder Legislativo e este órgão que é responsável por formular leis aprova o citado instrumento, não haverá a discricionariedade do ato, mas sim a obrigatoriedade da ratificação. Além do mais, ainda de acordo com Mazzuoli “não teria sentido o governo submeter a ele próprio o texto do tratado e, posteriormente, comunicar ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção”.

Depois que a convenção é aprovada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal por meio de Decreto Legislativo, fica a cargo do Presidente da República ratificar o respectivo instrumento e posteriormente enviá-lo a Repartição Internacional do Trabalho para que o Diretor Geral da OIT comunique o ato do Estado-membro ao Secretário Geral da ONU para fins de registro.

Feito esse encaminhamento, o Presidente da República expede o Decreto de Promulgação contendo a indicação do decreto legislativo que aprovou a norma internacional, a data do registro da ratificação na RIT, o dia em que começará a vigorar no país e no final se determina que a convenção “seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.” (SOARES FILHO, 2001, p.153)

Nos termos do Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, para que uma lei entre em vigor no território nacional, ela tem que ser oficialmente publicada. Outrossim, a eficácia de uma convenção que foi ratificada pelo Brasil está necessariamente condicionada ao ato do governo de torna-la pública, fazendo através da divulgação do Decreto de Promulgação no Diário Oficial da União.

Cabe mencionar que a integração das normas internacionais do trabalho no âmbito interno pode gerar por vezes divergências quanto aos efeitos jurídicos por ela ocasionados. José Soares Filho (2002, p. 132) afirma que “a esse respeito, questões interessantes surgem, atinentes a: extensão dos efeitos da integração, conflito entre fontes de Direito Internacional,

conflito entre uma convenção ratificada e a lei nacional (qual delas prevalece?)”. A solução para estes pontos vai depender da organização jurídico-constitucional aderida por cada país.

No que diz respeito às ordens jurídicas, duas concepções servem de parâmetro para dissipar os questionamentos, quais sejam: monista e dualista. De forma concisa, a doutrina monista sustenta que na medida que a convenção da OIT esteja vigorando no plano internacional, ela automaticamente estaria inserida na legislação nacional independentemente da adoção dos atos a serem praticados pelas autoridades internas. Em contraposição, a concepção dualista defende que “a ratificação de um tratado internacional consistiria apenas na responsabilidade perante a seara internacional, exigindo-se a edição de leis próprias no direito interno”. (LISBOA, 2003)

José Soares Filho distingue as concepções monista e dualista da seguinte forma:

Segundo a primeira, a ordem jurídica internacional e a nacional são interdependentes, pelo que, com sua ratificação, o tratado se incorpora automaticamente na legislação interna do Estado, com ela se confundindo. Para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas são independentes; a ratificação do tratado importa no compromisso de legislar em conformidade com seu conteúdo, dependendo a integração da norma internacional no sistema jurídico interno, de um ato formal por parte do legislador do país. (SOARES FILHO, 2002,p. 133)

Arnaldo Sussekind (1998, p. 31) defende que o Brasil adota a teoria monista, pois uma vez vigente no plano internacional as convenções ratificadas da OIT têm o condão de complementar, alterar ou até mesmo revogar o direito interno desde que também se tratem de normas “self-executing”. As convenções auto-aplicáveis “não requerem regulamentação complementar para serem aplicadas pelos Estados que as ratificam”.

Mister ressaltar que as convenções da OIT são considerados tratados internacionais por abordarem matérias intimamente atreladas aos direitos humanos. Por isso, essas normas internacionais são recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro com status materialmente constitucional, em observância do preceito legal contido no Art. 5º, § 2º da CR/88, o qual prevê: “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”.

Contudo, é possível conferir as convenções uma hierarquia formalmente constitucional desde que o Congresso Nacional proceda com aprovação da Convenção em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos

membros. Se assim ocorrer, a norma internacional terá status equivalente às emendas constitucionais, nos moldes previstos no Art. 5º, § 3º, da CR/88.

Mazzuoli defende que mesmo que as convenções da OIT não sejam aprovadas de acordo com o quórum qualificado, isso não retira delas o seu caráter constitucional em razão das mesmas serem tratados internacionais que versam sobre direitos humanos inseridos na Constituição brasileira.

Nesse sentido, as palavras do referido autor em torno do tema consta que:

Segundo o nosso entendimento, o § 3º do art. 5º da Constituição acima transcrito não retira o status de norma constitucional que os tratados de direitos humanos já têm em razão do § 2º do mesmo dispositivo constitucional. Para nós, o que o § 3º do art. 5º da Carta de 1988 faz é simplesmente permitir que, além de materialmente constitucionais, os direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil sejam também formalmente constitucionais. (MAZZUOLI, 2013. p. 83)

Em torno do tema corroboram com o mesmo pensamento os doutrinadores Flávia Piovesan, Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella.

O caráter constitucional das convenções internacionais do trabalho é mais um fundamento que permite a sua aplicação imediata aos casos concretos nacionais por parte do Estado-juiz de forma a invalidar as normas internas com elas incompatíveis e desde que obviamente já tenham sido ratificadas na seara interna.

Com a reforma do texto constitucional advindo da Emenda Constitucional nº 45/2004, a integração dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no plano interno passou a ser formal. Não obstante tal afirmação, havendo conflito entre o texto de uma convenção internacional do trabalho e uma lei nacional, deverá prevalecer a norma mais benéfica ao ser humano.

Nesse sentido, uma vez ratificada a convenção da OIT tem força para complementar, alterar ou revogar legislação nacional desde que não modifiquem “qualquer lei, sentença costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis” que as previstas nas normas internacionais, ainda que estas ocupem posição hierárquica superior as nacionais. Esse é o entendimento preconizado no Art. 19, § 8º, da Constituição da OIT.

Ora, como já dito ao longo do presente estudo, a OIT tem por objetivo precípua criar leis internacionais de cunho universal em prol de uma condição digna de trabalho e por isso não se poderia admitir que tais normas prevalecessem diante de leis internas mais favoráveis.

Mazzuoli (2013, p. 86) argumenta que essa ideia “é exatamente o sentido e o conteúdo do princípio pro homine, que abre as possibilidades de o julgador decidir com mais justiça um caso concreto, sem restar “preso” a critérios previamente definidos de solução de antinomias”.

4 A EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT NO ÂMBITO BRASILEIRO

As férias anuais remuneradas foi objeto de normatização na Conferência Internacional do Trabalho ocorrida em 24 de junho de 1970 em Genebra, dando origem a Convenção nº 132 da OIT. A referida convenção entrou em vigor no plano internacional em 30 de junho de 1973, sendo aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 47, em 23 de setembro de 1981.

Entretanto, o governo brasileiro apenas procedeu com o depósito do instrumento de ratificação do tratado internacional no dia 3 de setembro de 1998 e por isso apenas entrou em vigor no território nacional a partir de 23 de setembro de 1999.

Em atenção ao artigo 1º da Lei de Introdução do Código Civil, o decreto de promulgação nº 3.197, de 05 de outubro de 1999, foi publicado para conferir eficácia à convenção no ordenamento jurídico interno.

De pronto, percebe-se uma distância significativa de tempo entre a data do início da vigência da Convenção em comento no plano internacional e a data da entrada em vigor da mesma no Estado Brasileiro. Nessa percepção, essa demora no início da vigência pode ter tornado muitas das disposições contidas na Convenção nº 132 da OIT sem aplicabilidade prática por ter se criado lei nacional capaz de dar maior proteção aos trabalhadores.

Como se verá nas linhas que seguem, as decisões do Poder Judiciário em torno do emprego dessa convenção ainda variam não apenas pelo fato do Poder Legislativo ter inserido normas mais benéficas na CLT em determinados pontos relacionados às férias anuais remuneradas como também em razão da resistência insensata dos magistrados em não observar as normas constantes na Convenção mesmo quando evidente ser ela mais favorável ao trabalhador. Nesse último caso, verifica-se o cometimento de um ilícito internacional,

tendo em vista que a ordem jurídica brasileira ratificou de livre e espontânea vontade a referida Convenção, obrigando-se a cumprir integralmente o seu teor.

Vários artigos da Convenção nº 132 da OIT estão sem efetividade plena, principalmente aqueles cuja matéria é controversa quando analisadas a luz da CLT. As discussões se concentram de forma mais visível na questão do período de férias, exclusão ou não dos feriados oficiais da contagem dos dias de férias, do período de duração das férias e, especialmente, no direito às férias proporcionais quando a demissão do empregado ocorrer com menos de um ano da celebração do contrato de trabalho.

O objetivo dessa Convenção é justamente proteger a saúde física e psíquica do trabalhador, de forma que ele possa recuperar a sua energia aplicada no trabalho ao longo do ano. Por isso, dentre outros direitos, o instrumento internacional passou a prevê o recebimento de férias proporcionais após seis meses no serviço no momento do término do contrato de trabalho, mesmo que a rescisão tenha sido motivada por justa causa do empregado. A convenção garante ainda que as faltas no serviço por razões alheias a vontade do empregado deverão ser contadas como dias de trabalho; os feriados oficiais ou costumeiros não poderão ser computados no período de gozo e o fracionamento das férias poderá ocorrer desde que um dos períodos não seja inferior a duas semanas de descanso.

O Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região, através do grupo de pesquisa “Os Direitos Humanos Trabalhistas sob a ótica dos julgados que aplicam as normas da Organização Internacional do Trabalho”, coordenado pelo magistrado Luiz Eduardo Gunther, publicou no ano de 2014 relatório versando sobre a matéria intitulada e dentre as convenções analisadas, está a Convenção nº 132 da OIT.

De acordo com o citado relatório, algumas decisões judiciais pesquisadas deixaram de aplicar a Convenção 132 da OIT em face do entendimento consubstanciado na Súmula 171 do C. TST, que assim preconiza:

SÚMULA Nº 171 - FÉRIAS PROPORCIONAIS. PAGAMENTO. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 142 da CLT). Ex-prejulgado nº 51”. (BRASIL, 2004)

O grupo de estudo analisou os julgados das 2ª, 6ª, 7ª e 8ª Turmas do TST e ao final verificou-se que todas foram unânimes “pelo não deferimento das férias proporcionais ao

empregado dispensado por justa causa, pelo reconhecimento do direito aos empregados desligados sem justo motivo e pela aplicabilidade da Súmula 171 da Corte Superior”.

Assim, no tocante as peculiaridades da Convenção 132 da OIT o referido grupo chegou à conclusão de que a mesma é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto essa aplicação só é feita nos termos “do regramento jurídico interno e sob o enfoque da compatibilidade e da hierarquia das normas”.

Em contrapartida, encontraram-se julgamentos proferidos por algumas turmas do TRT no sentido de reconhecer o direito às férias proporcionais independente do motivo do término do pacto laboral, em total consonância com a Convenção em destaque.

A E. 3ª Turma (TRT-PR-06412-2007-513-09-00-6-ACO-34910-2008, publ-30-092008) se posicionou nesse sentido, conforme se vislumbra por meio da transcrição de algumas partes desse julgado:

FÉRIAS PROPORCIONAIS - RESCISÃO POR JUSTA CAUSA - APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 132 DA OIT - Considerando a superveniência de norma internacional ratificada pelo Brasil e os termos da Convenção nº 132 da OIT que dispõe no seu artigo 11 a respeito de férias proporcionais, restaram derogadas as normas da CLT com ela incompatíveis, em específico o entendimento restritivo previsto no parágrafo único do artigo 146 da CLT. Assim, as férias proporcionais são devidas independentemente do motivo da rescisão contratual, ainda que, no caso, tenha ocorrido por justa causa. Recurso ordinário da parte reclamada conhecido e, nesse aspecto, não provido”. Nesse julgado, consta preciosa fundamentação pela aplicabilidade integral da Convenção 132 da OIT, no seguinte sentido: “A Convenção 132 da OIT (Convenção sobre Férias Anuais Remuneradas ratificada pelo Brasil, conforme Decreto nº 3.197, de 05 de outubro de 1999 - DOU 06.10.1999) trata de diversos aspectos referentes ao direito de férias, estabelecendo patamares mínimos a serem observados pelos países signatários (dentre os quais duração das férias, remuneração para o período, possibilidade de fracionamento) tal convenção, ao tratar dos requisitos necessários para configuração do direitos às férias proporcionais (artigo 11), não vincula o direito à modalidade de rescisão contratual, conforme parágrafo único do artigo 146 da CLT: (...)

Observe-se que o artigo 12 da Convenção 132 da OIT (...)veda, inclusive, que mesmo por acordo coletivo seja abandonado esse direito. Note-se que não há "condição nacional" a afastar tal vedação, eis que se segue interpretação de que a legislação assegura apenas direito mínimo a não ser afastado por norma coletiva (...). Assim, a norma internacional complementa e acresce no ordenamento interno e assim não se cogita de análise comparativa entre a norma internacional e o ordenamento interno (teoria do conglobamento). Considerando, desse modo, a superveniência da norma internacional que não contém a restrição prevista internamente, temos que a Convenção nº 132 da OIT derogou as normas da CLT com ela

incompatíveis (no caso, artigo 146 da CLT), mantenho a condenação no pagamento das férias proporcionais”.(Grifos nossos)

No que diz respeito ao fracionamento das férias, os julgados se posicionaram a favor da Convenção 132 da OIT não permitindo que uma das frações seja inferior a duas semanas ininterruptas.

De acordo com os julgados examinados, o Art. 6º da Convenção que prega que os feriados oficiais ou costumeiros estarão excluídos no cômputo do período das férias remuneradas, não vai de encontro com o Art. 130 da CLT. No entanto, os magistrados têm optado pela aplicação da legislação nacional sob o fundamento de ser mais benéfica para o empregado, uma vez que as três semanas previstas na convenção não superam os trinta dias corridos fixados na CLT caso haja feriados nacionais e municipais durante o período de gozo. Dos autos TRT-PR-206172002-002-09-00-5, TRT-PR-2874-2003-002-09-00-6 e TRT-PR-7233-2004-002-09-00-9, extrai-se que “no caso do Brasil, as férias são de 30 dias e, em mês algum do ano, haverá um número de feriados suficiente aferir o período mínimo de férias de 3 semanas assegurado pela Convenção 132 da OIT”. (GUNTHER, 2014, p. 84)

Acerca do direito a férias proporcionais quando o empregado pede demissão da empresa, os argumentos encontrados nas decisões foram em consonância com o posicionamento do TST e no sentido de que o art. 147 da CLT foi parcialmente revogado pela Convenção 132 da OIT. Portanto, a extinção do contrato de trabalho por iniciativa trabalhador gera direito ao recebimento das férias proporcionais.

Além dos aspectos extraídos do relatório do referido grupo de estudo, cabe mencionar que se o trabalhador se afastar do serviço por mais de seis meses em decorrência de alguma doença ou acidente, não há que se falar em perda do direito às férias, prevalecendo a suspensão da contagem até que o trabalhador retorne ao serviço.

Assim, verifica-se que mesmo tendo sido criada há muitos anos a Convenção 132 da OIT continua conferindo ampla proteção ao trabalhador nos dias atuais apesar da resistência da sua efetivação em certos pontos por parte dos aplicadores do direito.

O caso é que o procedimento legal de incorporação da convenção ao ordenamento jurídico brasileiro foi feito em conformidade com o disposto na Constituição da República de 1988 e por certo gera para os juristas a obrigação de aplicarem suas normas por serem mais benéficas aos direitos dos trabalhadores, conforme demonstrado anteriormente.

CONCLUSÃO

Conforme visto, a Organização Internacional do Trabalho é considerada um órgão legislador, o qual tem a finalidade precípua de universalizar normas que visam garantir condições dignas de trabalho. Contudo, a atividade dessa organização vai além da proteção à saúde e a integridade física do trabalhador, pois no âmbito econômico tenta impedir a concorrência desleal entre os países com despesas de mão de obra muito barata.

Na medida que a Conferencia Internacional do Trabalho adota uma Convenção, a Constituição da OIT vincula os seus membros submetê-la a autoridade nacional competente no prazo de 01 (um) ano do encerramento da sessão ou no máximo de 18 (dezoito) meses caso ocorra circunstancias excepcionais.

Uma vez em vigor na seara externa e legalmente ratificada pelo Estado-membro, o instrumento internacional é integrado ao ordenamento jurídico interno com status constitucional por ser um tratado que versa sobre direitos humanos. Caso o Congresso Nacional deseje tornar a convenção equivalente às emendas constitucionais basta aprová-la em dois turnos em cada casa, com três quintos dos votos dos respectivos membros.

De qualquer modo, os juristas mais renomados no campo do Direito Internacional entendem que após o processo de integração as normas internacionais passam a ter status constitucional ainda que não seja ratificada no quórum estabelecido no Art. 5º, § 3º, da CR/88, em razão do disposto no Art. 5º, § 2º do mesmo diploma legal.

O caráter constitucional das convenções só faz reafirmar o seu poder-dever de cumprimento imediato por parte do Estado-Juiz perante os casos concretos pelo motivo de serem autoaplicáveis. Em regra, as convenção programáticas também possuem essa natureza, contudo estão condicionadas as possibilidades fáticas e jurídicas para serem efetivadas

Insta salientar ainda que a incorporação das normas internacionais no Direito brasileiro deve atender ao princípio pro homine insculpido no Art. 19, § 8º da Constituição da OIT, segundo o qual convenção ou ratificação não poderão sobrepor qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que sejam mais benéficos aos trabalhadores.

Igualmente, os instrumentos internacionais devidamente ratificados deverão ser aplicados pela ordem jurídica interna quando suas disposições tiverem um campo mais amplo

de proteção, não havendo que se falar em limitação da soberania do Estado-membro pelo fato dele ter se comprometido livremente a seguir os preceitos constitucionais da OIT.

Entretanto, mesmo obedecendo a um processo rigoroso de ratificação, a realidade é que muitas das convenções internalizadas pelo Congresso Nacional não tem sido efetivadas como deveriam quando dos julgamentos feitos pelo Poder Judiciário nos casos concretos. Exemplo disso é a Convenção 132 da OIT que trata sobre as férias anuais remuneradas.

Comparando o teor da dita convenção com o da CLT acerca da matéria, verifica-se que os magistrados têm optado pela aplicação das disposições da lei nacional por conter condições mais favoráveis ao trabalhador como é o caso da exclusão dos feriados oficiais ou costumeiros no cômputo do período das férias remuneradas que no caso do Brasil são de 30 (trinta) dias.

Por outro lado, não se pode negar que em outros aspectos a Convenção 132 da OIT traz maiores vantagens ao trabalhador ao conferir, por exemplo, o direito do empregado receber as férias proporcionais independentemente do motivo que levou a extinção do contrato de trabalho. Entretanto, no tocante a esse tema, o TST por meio da Súmula 171 se posicionou no sentido de que o trabalhador não faz jus ao recebimento das férias proporcionais se tiver sido demitido por justa causa.

Dessa forma, percebe-se que mesmo havendo uma norma internacional ratificada e com cunho constitucional, o dispositivo não tem sido efetivado na sua plenitude mesmo demonstrando ser mais favorável ao trabalhador.

Mesmo assim, não se pode deixar de admitir o crescente fortalecimento da OIT, o seu empenho para erradicar o trabalho escravo, infantil, bem como todas as formas de discriminação e ao mesmo tempo reconhecer os avanços que esse organismo internacional vem conquistando na busca incansável do trabalho digno e de outros direitos relacionados como a garantia da liberdade sindical.

REFERENCIAS

_____. **Convenção n.º 132 da Organização Internacional do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3197.htm> Acessado em 17 jul. 2015.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 13 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 171. **Dj**. Brasília, 27 abr. 2004.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. **A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT**. *Direito*, v. 2, n. 3, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal**. Publicação on line. Rede de ensino Luiz Flavio Gomes, v. 19, 2007.

GUNTHER, Luiz Eduardo et al (Org.). **Os Direitos Humanos Trabalhistas sob a ótica dos julgados que aplicam as normas da Organização Internacional do Trabalho**. Curitiba: TRT da 9ª Região, 2014.

LISBÔA, Luciana Veck. A Convenção nº 132 da OIT e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi, Teresina, a**, v. 7.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. **Revista de Direito do Trabalho**, 2013.

OIT, **Constituição**. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf Acessado em 15 jul. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2012.

REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**, 1984. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine**. *Revista de Direito do Trabalho*, 2013.

RUDA, José Maria. **Prólogo**, 1990. In: SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional**. São Paulo: LTr, 2002.

SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional**. São Paulo: LTr, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

VALTICOS, Nicolas. Derecho internacional del trabajo, 1977. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine.** Revista de Direito do Trabalho, 2013.