

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: a compatibilidade material entre as normas trabalhistas brasileiras e os tratados internacionais

Carlos Eduardo Andrade Gratão¹

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou, sem precedentes na história do país, uma nova conjuntura jurídica relacionada à afirmação dos direitos humanos e uma nova posição do Estado brasileiro no cenário internacional.

Além do processo político de redemocratização, o legislador constituinte claramente sinalizou a reinserção do Brasil na arena internacional, com pode ser visto nos arts. 4º, principalmente os incisos II, III, VIII e IX, e 5º, §§ 1º e 2º, da CRFB/88 (PIOVESAN, 2011). Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, esse movimento novamente foi enaltecido com o acréscimo dos §§ 3º e 4º ao mencionado art. 5º e a previsão contida no art. 109, § 5º.

Isso fez com que o Estado brasileiro passasse a ratificar diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, como, por exemplo, o PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o PIDCP - Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos da ONU, ambos da ONU e ratificados em 1992, a Convenção Americana de Direito Humanos (também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica), igualmente ratificada em 1992, além de tantos outros.

Esse novo cenário repercute na apreciação dos tratados internacionais pelo Legislativo e, sem sombra de dúvidas, na aplicação dessas normas jurídicas diante dos casos concretos que são submetidos ao Poder Judiciário, além da eventual aplicação pelo Poder Executivo.

Por isso, torna-se cada vez mais relevante o conhecimento a respeito da interpretação e da aplicação das normas veiculadas pelos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e de que modo isso pode impactar o direito interno: o (recém) chamado controle de convencionalidade das

1. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Assistente de Desembargador.

leis.

Dessa forma, o presente trabalho pretende demonstrar como se realiza esse controle de convencionalidade, unicamente em relação aos tratados sobre direitos humanos, e, ainda, examinar alguns conflitos de entre essas normas e as internas e apresentar uma possível solução. Obviamente, não se tem a pretensão de esgotar o tema, nem tampouco de apresentar uma verdade imutável, mas apenas fomentar o interessante debate.

2 POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

A doutrina especializada sobre o assunto, capitaneada notadamente pelos juristas Flávia Piovesan, Antonio Augusto Cançado Trindade e Valerio de Oliveira Mazzuoli, defende que os tratados sobre direitos humanos têm *status* constitucional (MAZZUOLI, 2011), por força do art. 5º, § 2º, da CF e art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

No entanto, prevalece o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343, qual seja, de que os tratados internacionais de direitos humanos têm posição hierárquica supralegal, estando acima da legislação infraconstitucional, porém abaixo da Constituição.

Convém destacar que no referido caso se discutiu a possibilidade da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, ao examinar o conflito entre o art. 7º, parágrafo 7, da Convenção Americana de Direito Humanos e o art. 4º do Decreto-Lei nº 911 de 1969 (com redação dada pela Lei 6071/74).

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS. CONCEITO E MÉTODOS DE CONTROLE (INTERNO E INTERNACIONAL)

O conceito de controle de convencionalidade vem exposto pela doutrina especializada com o procedimento de verificação da compatibilidade material e vertical das normas jurídicas internas de um Estado em face de um tratado internacional de direitos humanos, como leciona o eminente Valério

Mazzuoli (2013, p. 25):

Falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos. Que os tribunais internacionais de direitos humanos exercem o controle de convencionalidade não se tem dúvidas, eis que este é exatamente o seu papel. Porém, por decisão das próprias cortes de direitos humanos (v.g., da Corte Interamericana, desde 2006) devem também (e em primeiro lugar) os juízes e tribunais internos controlar essa mesma convencionalidade, cabendo, então ao jurista pátrio investigar como há de se desenvolver a mecânica desse controle interno.

Na mesma lição, Mazzuoli (2013, p. 88) ainda registra que

É ainda necessário deixar claro que a expressão ‘controle de convencionalidade’ tem origem francesa e data do início da década de 1970. Não foram os autores pátrios citados, tampouco a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por primeiro se utilizaram dessa ideia de controle e o seu conseqüente (e já conhecido) neologismo. Tal se deu originalmente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão n.74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente – naquele caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de constitucionalidade propriamente dito (...).

A doutrina revela que são dois os modelos ou métodos (MAZZUOLI, 2013): 1) exercido internacionalmente pelos órgãos ou tribunais internacionais incumbidos dessa competência, de modo complementar ou subsidiário; e o 2) exercido pelos juízes e tribunais nacionais de forma interna e primordial. É dizer, apenas se estes não o realizarem ou o realizarem de modo incompleto aqueles o farão.

Mais uma vez, na lição de Mazzuoli (2013, p. 90-92):

(...) o controle nacional (realizado pelos juízes e tribunais locais) da convencionalidade das normas domésticas é o que por primeiro deve ser levado a cabo, antes de qualquer

manifestação de um tribunal internacional a respeito. As cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente. Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional da convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) é que seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal raciocínio guarda a insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais (v.g., da Corte Interamericana) que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem (em primeira mão, antes de qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas (...). O controle de convencionalidade internacional é apenas coadjuvante ou complementar do controle oferecido pelo direito interno, como destaca o segundo considerando da Convenção Americana, que dispõe ser a proteção internacional convencional ‘coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos’.

Conforme leciona Mazzuoli (2013, p. 94-95), somente a partir de 2006, no *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, a Corte Interamericana passou a entender que era obrigação dos juízes e tribunais pátrios examinar a compatibilidade das normas internas à luz da Convenção Americana e “também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de São José”.

É dizer, além de observarem a compatibilidade das normas internas, devem os juízes pátrios observarem a interpretação que a Corte Interamericana faz da Convenção. Por ser oportuno, registra-se trecho de decisão da Corte, transcrita pelo referido autor, proferida no julgamento do *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas posições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e

dos regulamentos processuais correspondentes (2013, p. 97).

Em seguida, o autor arremata:

Perceba-se a redação imperativa da Corte no sentido de ser um dever do Poder Judiciário interno o de controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no país. Na frase derradeira do primeiro trecho citado, segundo a qual o Poder Judiciário ‘deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana’, fica claro que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deverá também pautar-se pelos padrões estabelecidos pela ‘intérprete última’ da Convenção. Isso tem reflexos no chamado controle difuso de convencionalidade, pois se a Corte Interamericana (repita-se: ‘intérprete última’ da Convenção) não limita o dito controle a um pedido expresso das partes em um caso concreto, e se, ao seu turno, os juízes e tribunais locais ‘devem’ levar em conta a interpretação que do tratado faz a Corte Interamericana, tal significa que o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio*, sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que o Estado seja parte: *iura novit curia* (2013, p. 98).

A propósito, apesar do exame de ofício da convencionalidade das leis, à luz do Novo CPC, mais precisamente nos arts. 9º e 10, o juiz deverá ouvir as partes antes de decidir a questão (deixando de lado, neste momento, a aplicação ou não ao processo do trabalho):

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

(...)

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Há que se destacar, ainda, que não só as decisões proferidas pela Corte Interamericana servirão de parâmetro, mas também os pareceres e as opiniões consultivas exaradas por ela, na forma do art. 64 da CADH (Pacto de São José):

Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão

consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

É o que Mazzuoli (2013) denomina de “bloco de convencionalidade”.

Por último, na lição de Mazzuoli (2013) e Piovesan (2011) não é só a CADH que deve servir como parâmetro para o controle de convencionalidade das leis, mas todo e qualquer tratado de direitos humanos.

A propósito, não se pode olvidar que os direitos sociais também residem na expressão “direitos humanos”, valendo registrar que a previsão dos direitos humanos declarados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em dois Pactos Internacionais no âmbito da ONU (PIDESC e PIDCP) ocorreu em razão da polaridade do mundo durante a Guerra Fria. Essa divisão foi o meio encontrado pelos articuladores para que não fossem jogadas por terra as tentativas de ratificação dos tratados sobre direitos humanos por um maior número de Estados (PIOVESAN, 2011).

Por isso, como se verá adiante, as Convenções da OIT são também tratados internacionais de direitos humanos e como tal parâmetro para o controle de convencionalidade das leis.

5 FORMAS DE CONTROLE: LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIAL

O controle de convencionalidade é realizado precipuamente pelo Judiciário, mas nada impede – aliás, recomenda-se – ser realizado pelo Legislativo quando da análise de projetos de leis contrários a tratados internacionais de direitos humanos notadamente pelas CCJs e também pelo Executivo ao poder-dever de vetar os referidos projetos, por meio do veto jurídico. A doutrina defende ainda a

possibilidade de o administrador público adotar decisões em prol dos administrados à luz dos mencionados tratados (MAZZUOLI, 2013).

5.1 FORMAS DE CONTROLE JUDICIAL: DIFUSO E CONCENTRADO

Judicialmente, a aferição do controle de convencionalidade pode se dar no plano difuso ou concentrado, na esteira do que acontece com o controle de constitucionalidade.

Entende-se como marco do surgimento do controle de convencionalidade no Brasil o advento da CRFB/88 no caso do controle difuso. E a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 o controle concentrado para os tratados aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CF. Cabe registrar que apesar dessa possibilidade existir desde 1988, a doutrina e a jurisprudência apenas começaram a valer-se da expressão “controle de convencionalidade” a partir de 2008/2009, conforme ensina Mazzuoli (2013).

Como se disse, são duas as suas formas: o controle difuso, tendo como parâmetro qualquer tratado de direitos humanos (com ou sem a aprovação na forma do art. 5º, § 3º, CF) e o controle concentrado, somente para tratados aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, CF. Os referidos controles se dão na mesma forma como os controles de constitucionalidade.

A propósito, não faria sentido a Constituição Federal equiparar os tratados sobre direitos humanos e não conceder aos operadores do Direito e ao Judiciário mecanismos para conter normas que aviltassem esses tratados.

Na lição de Mazzuoli,

os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado de convencionalidade autorizam que os legitimados para a propositura das ações do controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF, etc.), previstos no art. 103 da Constituição de 1988, proponham tais medidas no STF como meio de retirar a validade de uma norma interna (ainda que compatível com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país (2013, p. 194).

No mesmo sentido, fundado em decisões da Corte Interamericana, o doutrinador defende que o objeto de tal controle é qualquer norma jurídica do Estado signatário do tratado sobre direitos humanos utilizado como parâmetro. Isso porque os Estados se obrigam ao ratificar os tratados e devem cumpri-los de boa-fé e não invocar seu direito interno para descumpri-los, como prescrevem os arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Tratados, de 1969 (MAZZUOLI, 2011).

Com efeito, “o controle de convencionalidade pode ser exercido inclusive em face do texto constitucional, a fim de compatibilizá-lo com os instrumentos internacionais de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2013, p. 159).

Além dessas regras, especificamente em relação à interpretação dos tratados de direitos humanos há regra específica, configurada na **interpretação mais benéfica à pessoa humana**. Também é chamada de **interpretação pro homine**, **interpretação mais favorável à vítima ou à pessoa humana**.

Nas normas internacionais, extrai-se expressamente tal disposição no art. 29 da CADH (Pacto de São José da Costa Rica):

Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

(...)

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

Assim também, na Constituição da OIT – Organização Internacional do Trabalho, no art. 19, parágrafo 8º:

8. **Em caso algum**, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, **deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação** (sem negrito no original).

No mesmo sentido, o art. 5º, parágrafo 2º, do PIDESC:

ARTIGO 5º

(...)

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos

direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Essa regra de interpretação também já foi abraçada pela jurisprudência do STF, como pode ser visto no julgamento do HC 91.361:

“HABEAS CORPUS” - (...). **HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - (...). - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.** (HC 91361, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120, o negrito é de agora)

Sobre essa interpretação é relevantíssima a lição da jurista Flávia Piovesan, ao tratar do impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito interno brasileiro:

O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) reproduzir direito assegurado pela Constituição; b) inovar o universo de direitos constitucionalmente previstos; e c) contrariar preceito constitucional. Na primeira hipótese, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados. Na segunda, esses tratados estarão a ampliar e estender o elenco dos direitos constitucionais, complementando e integrando a declaração constitucional de direitos. Por fim, quanto à terceira hipótese, prevalecerá a norma mais favorável à proteção à vítima. Vale dizer, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo

dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas as três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno (2011, p. 163).

Como será visto no último tópico deste artigo, a interpretação mais favorável à pessoa humana resolverá diversos conflitos entre a legislação interna e os tratados internacionais sobre direitos humanos, no âmbito da OIT.

Por último, também há relevância na nomenclatura dada pela doutrina especializada a esses dispositivos que determinam a aplicação da norma mais favorável. **São os chamados “vasos comunicantes” ou “cláusulas de diálogo”, identificadas por meio da já famosa teoria do diálogo das fontes.** Nas palavras do eminente Valerio Mazzuoli:

Trata-se de aplicar aquilo que Erik Jayme chamou, no seu Curso da Haia de 1995, de ‘diálogo das fontes’ (dialogue des sources). Nesse sentido, em vez de simplesmente excluir do sistema certa norma jurídica, deve-se buscar a convivência entre essas mesmas normas por meio de um diálogo. Segundo Jayme, a solução para os conflitos normativos que emergem no direito pós-moderno é encontrada na harmonização (coordenação) entre fontes heterogêneas que não se excluem mutuamente (normas de direitos humanos, textos constitucionais, tratados internacionais, sistemas nacionais, etc.), mas, ao contrário, ‘falam’ umas com as outras. Essa ‘conversa’ entre fontes diversas permite encontrar a verdadeira ratio de ambas as normas em prol da proteção do ser humano (em geral) e dos menos favorecidos (em especial). É bom que fique nítido que os próprios tratados de direitos humanos já contêm ‘cláusulas de compatibilização’ das normas internacionais com as de direito interno, as quais chamamos de ‘cláusulas de diálogo’, ‘cláusulas dialógicas’ ou ‘vasos comunicantes’ (ou ainda ‘cláusulas de retroalimentação’). Tais cláusulas interligam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre o outro em quaisquer casos, mas fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) ‘dialoguem’ e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se as duas

prevalecerão concomitantemente no caso concreto) quando presente uma situação de antinomia (2013, p. 66/67).

6 ALGUNS CASOS PRÁTICOS ENVOLVENDO O DIREITO MATERIAL DO TRABALHO

A partir de agora, serão apresentados alguns casos envolvendo o conflito de normas entre os tratados internacionais de direitos humanos, limitadamente aqui as Convenções da OIT, e a CLT.

O intuito não é esgotar o tema, mas apenas demonstrar alguns exemplos desses conflitos e sugerir uma solução, à luz da interpretação dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

6.1 DIREITO A FÉRIAS: CONVENÇÃO 132 DA OIT X CLT

O primeiro caso são dois conflitos de normas que versam sobre férias: de um lado a Convenção 132 da OIT e as disposições da CLT sobre o tema.

O primeiro conflito refere-se ao **pagamento das férias quando o empregado é dispensado por justa causa**. O art. 146, p. único, da CLT dispõe que o empregado terá direito ao pagamento das férias, salvo se for dispensado por justa causa, ao passo que os arts. 4º e 11 da Convenção 132 não fazem essa restrição:

Art. 4 — 1. Toda pessoa que tenha completado, no curso de um ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no Artigo 3 acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas.

2. Para os fins deste Artigo, o termo ‘ano’ significa ano civil ou qualquer outro período de igual duração fixado pela autoridade ou órgão apropriado do país interessado.

(...)

Art. 11 — Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviços que pode ser exigido de acordo com parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito, em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.

Como se vê, é patente a incompatibilidade da regra prevista no art. 146 da CLT – e, à luz da interpretação da norma mais favorável ou interpretação “pro homine”, prevalece o disposto na Convenção da OIT, considerando-se revogado o dispositivo da CLT, já que a norma internacional entrou em vigor no país em 1999, por meio do Decreto nº 3197.

Há julgado do TST nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. 1. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA SÚMULA 171 DO TST. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT SOBRE O ARTIGO 146 DA CLT. **O direito às férias encontra-se previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição Federal, que o assegura de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à despedida por justa causa. No mesmo sentido está a Convenção nº 132 da OIT, conforme disciplina inserta nos seus artigos 4º e 11. A restrição existe apenas no artigo 146 da CLT. Todavia, não há como se sustentar a recepção dessa norma pelo ordenamento jurídico.** O posicionamento adotado no STF é no sentido de que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por essa razão, sem o quórum qualificado exigido (art. 5º, §3º), possuem status de norma supralegal, como reconhecido no voto prelevante do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP. Antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de conflitos de norma de hierarquia equivalente e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre ambas. Contudo, a partir de então, se a Convenção mencionada situa-se acima da legislação consolidada, as suas disposições não de prevalecer, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF. **Têm-se, portanto, as seguintes premissas: o artigo 4º da Convenção nº 138 da OIT não estabelece nenhuma condicionante à obtenção do direito às férias proporcionais e se trata de norma situada em patamar superior à legislação ordinária, no caso, a CLT. Vale destacar que, nos termos da aludida norma internacional, a aquisição do direito às férias ocorre mensalmente; apenas a sua fruição é diferida. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire**

o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3, mas deverá aguardar o transcurso de um ano, para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de duração proporcionalmente reduzidas. Correta a decisão regional, proferida nesse sentido. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR - 804-12.2012.5.04.0292, Redator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 17/06/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2015, o negrito é de agora)

No entanto, prevalece o entendimento, consubstanciado na súmula 171 do TST, de que as férias proporcionais não devem ser pagas no caso de rompimento do contrato de trabalho por justa causa cometida pelo trabalhador:

CONVENÇÃO N.º 132 DA OIT. FÉRIAS PROPORCIONAIS. GRATIFICAÇÃO NATALINA PROPORCIONAL. MOTIVO DA DISPENSA. 1. A Convenção n.º 132 da Organização Internacional do Trabalho foi ratificada pelo Brasil e incorporada à ordem jurídica interna por meio do Decreto n.º 3.197, de 5/10/1999, assegurando o direito a férias remuneradas a todas as categorias de empregados não excepcionadas por seu próprio texto (marítimos) ou por declaração expressa produzida no ato de ratificação. 2. Ao ratificar o instrumento internacional, o Brasil declarou-o aplicável aos empregados urbanos e rurais, sem consignar qualquer exceção (documento ILOLEX n.º 191998BRA132). **3. Sucede que a jurisprudência sumulada desta Corte superior manteve a possibilidade de exclusão do direito às férias proporcionais na hipótese de dispensa com justa causa ensejada pelo empregado, reputando vigente o comando emanado do artigo 146, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, consoante os termos da Súmula n.º 171, segundo o qual, “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. 147 da CLT)”.** 4. Revelando a decisão recorrida sintonia com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do

Trabalho, não se habilita a processamento o recurso de revista, nos termos do artigo 896, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho. 5. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 50000-65.1996.5.02.0421, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 28/10/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015, o negrito é de agora)

Assim também o RR - 928-92.2013.5.04.0701, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (DEJT 06/11/2015).

O segundo caso é a **contagem dos dias das férias**. Para a CLT, o período de férias é contado em dias corridos, conforme art. 130, o que implica que eventuais feriados que estiverem dentro do lapso temporal serão desprezados. Já para a Convenção 132 no seu art. 6º, os feriados não serão computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas:

Art. 6 — 1. Os dias feriados oficiais ou costumeiros querem se situem ou não dentro do período de férias anuais, não serão computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3 do Artigo 3 acima.

2. Em condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país, os período de incapacidade para o trabalho resultantes de doenças ou de acidentes não poderão ser computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3 do Artigo 3 da presente Convenção.

No entanto, há julgado não admitindo a regra prevista no dispositivo internacional:

“EXCLUSÃO DOS FERIADOS NO PERÍODO DE FÉRIAS – CONVENÇÃO N. 132 DA OIT – Não obstante ter sido ratificada pelo Brasil a Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, por meio do Decreto n. 3. 197, de 5.10.1999, a legislação pátria alusiva às férias anuais remuneradas é mais benéfica que a norma da OIT, que prevê férias anuais não inferiores a três semanas de trabalho, na medida em que assegura ao trabalhador férias anuais remuneradas de trinta dias, com acréscimo de um terço, não havendo falar em derrogação da escala de férias prevista no art. 130 da CLT. A legislação internacional não enseja aplicação na hipótese versada ante a ausência de conflito com a legislação pátria” (TRT 12ª Região. R0-V 00537-2002-010-12-00-1 –

Mais uma vez e com o devido respeito, defende-se aqui a disposição prevista na Convenção 132 da OIT, à luz da interpretação “pro homine”.

Além disso, a CLT prevê que o **período mínimo no caso de fracionamento das férias** será de dez dias (art. 134, § 1º), ao passo que a Convenção 132 da OIT prevê que o período mínimo do fracionamento será de, pelo menos, duas semanas – norma mais benéfica, que derroga o artigo celetista:

Art. 8 — 1. O fracionamento do período de férias anuais remuneradas pode ser autorizado pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país.

2. Salvo estipulação em contrário contida em acordo que vincule o empregador e a pessoa empregada em questão, e desde que a duração do serviço desta pessoa lhe dê direito a tal período de férias, uma das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos.

Com efeito, deve-se privilegiar a norma internacional, não só em razão da interpretação “pro homine”, mas também a observância daquilo que foi ratificado pelo Estado brasileiro, na forma dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena Sobre os Tratados de 1969 e o art. 19, parágrafo 8º da Constituição da OIT.

6.2 POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: CONVENÇÃO 155 DA OIT X CLT

Outro interessante conflito de normas internas com as da OIT, é o caso de cumulação de adicionais de insalubridade ou de periculosidade ou, ainda, de uns com os outros.

No âmbito da OIT, a Convenção 155, que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores, dispõe no art. 11, “b” a possibilidade de cumulação:

Art. 11 — Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverá garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

(...)

b) a determinação das operações e processos que serão

proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; **deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes;** (o negrito é de agora).

Mas, de outro lado, a CLT tem regra expressa em sentido oposto, conforme art. 193, § 2º.

Com efeito, a possibilidade de cumulação dos mencionados adicionais se fundamenta em virtude de os fatos geradores dos direitos ao(s) adicional(is) serem diversos (exposição simultânea), na esteira da Convenção 155.

No TST, há divergência. Posicionamento recente defende a cumulação, conforme decisão proferida no RR-1072-72.2011.5.02.0384, da 7ª Turma e da lavra do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (DEJT 03/10/2014). Nesse mesmo sentido:

RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT - JURISPRUDÊNCIA DO STF - OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT. No julgamento do RR-1072- 72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, esta Turma firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. **A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Além disso, a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos.** Assim, não se aplica mais

a mencionada norma da CLT, sendo possível o pagamento conjunto dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista desprovido. (RR - 2439-05.2011.5.15.0018, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 02/12/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015)

No entanto, ainda prevalece no TST o entendimento de que não é possível a cumulação de adicionais:

RECURSO DE REVISTA - ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O TST firmou o entendimento no sentido da impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, conforme interpretação do art. 193, § 2º, da CLT. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 10963-63.2014.5.03.0165, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 21/10/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015)

No mesmo sentido, o julgado proferido no AIRR - 10358-78.2014.5.03.0081, 4ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen (DEJT 09/10/2015).

Sempre com o devido respeito aos magistrados que decidiram por aplicar a norma da CLT, por tudo o que foi defendido neste artigo é o caso de aplicar as Convenções da OIT, por serem normas internacionais de direitos humanos, cuja aplicação requer não só a interpretação “pro homine” à luz do art. 19, parágrafo 8º, da Constituição da OIT, mas também a observância daquilo que foi ratificado pelo Estado brasileiro, na forma dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena Sobre os Tratados de 1969, como já foi explicitado linhas atrás.

Por oportuno, com o advento da lei 13.015/2014, perdeu-se grande oportunidade de inserir no art. 896 da CLT como parâmetro de recorribilidade do Recurso de Revista a ofensa a tratados internacionais de direitos humanos, valendo destacar que tornaram-se paradigma de recorribilidade a violação a lei federal, a divergência jurisprudencial e a ofensa à Constituição Federal nas execuções fiscais e nas controvérsias da fase de execução que envolvam a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) (art. 896, § 10, da CLT).

6.3 TRABALHO NOTURNO: CONVENÇÃO 171 X ART. 73 DA CLT

Outro conflito de normas refere-se ao período considerado noturno. Na CLT, o art. 73 deixa certo que o trabalho noturno é aquele executado entre as 22h de um dia até às 5h do outro dia.

Já para a Convenção 171 da OIT, o art. 1º dispõe que a expressão ‘trabalho noturno’ designa todo trabalho que seja realizado durante um período de pelo menos sete horas consecutivas, que **abranja o intervalo compreendido entre a meia noite e às cinco horas da manhã**, e que será determinado pela autoridade competente mediante consulta prévia com as organizações mais representativas dos empregadores e de trabalhadores ou através de convênios coletivos (sem negrito no original).

Como se vê, **a norma internacional é menos benéfica do que a legislação interna, prevalecendo o disposto na CLT**, à luz da interpretação mais favorável ou interpretação “pro homine” e à luz do art. 19, parágrafo 8º, da Constituição da OIT.

7 CONCLUSÃO

Tentou-se demonstrar neste trabalho a importância do tema do controle da convencionalidade das leis, os modelos e as formas do exame da compatibilidade material das normas internas para com as normas internacionais, sem o intuito de esgotar o tema, até porque o tema é interessantíssimo e relativamente novo, requerendo mais estudo e debate.

Além disso, tentou-se demonstrar a relevância deste conhecimento para a aplicação prática no cotidiano do Judiciário do Trabalho, com a ilustração de conflito entre algumas normas celetistas e normas internacionais da OIT.

Por tudo o que foi defendido neste artigo, devem prevalecer as disposições contidas nas Convenções da OIT quando a legislação interna for incompatível com elas, por serem normas internacionais de direitos humanos, que requer não só a interpretação “pro homine” (norma mais favorável), mas também a

observância daquilo que foi ratificado pelo Estado brasileiro, na forma dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena Sobre os Tratados de 1969 e o art. 19, parágrafo 8º, da Constituição da OIT.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. Anne Joyce Angher (org.). 21. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. **Vade Mecum Direito Internacional do Trabalho**. Luiz Carlos Michele Fabre (org.). 1. ed. São Paulo: Orgânica, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. 11 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.