

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA: uma real necessidade contemporânea em prol do Estado Democrático brasileiro

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY OF THE LABOR REFORM: a real contemporary necessity in favor of the Brazilian Democratic State

*Claudio Jannotti da Rocha*¹

UFES

*Luiza Baleeiro Coelho Souza*²

Fundação João Batista / FAACZ

Resumo:

O presente artigo tem como objeto precípuo demonstrar que todas as normas advindas da Reforma Trabalhista (Leis nº 13.429 e 13.467, ambas de 2017), necessariamente estão submetidas ao o controle de convencionalidade que deve ser feito pelos intérpretes do Direito brasileiro, tanto pelo controle difuso, como pelo concentrado, para que assim o ordenamento jurídico brasileiro mantenha-se sistêmico endogenamente e harmônico exogenamente com os Tratados Internacionais e Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil, que a partir da Emenda Constitucional 45/04, alcançam o *status* de emenda constitucional ou supralegal, respectivamente.

Palavras-chave:

Democracia; Direito Constitucional; Direito do Trabalho; Reforma Trabalhista; Controle de Convencionalidade.

Abstract:

The main purpose of this article is to demonstrate that all norms arising from the Labor Reform Laws (Laws Nos. 13.429 and 13.467, both of 2017), are necessarily subject to the control of conventionality that must be made by the interpreters of Brazilian Law, both by the diffuse control, as by the concentrate, so that the Brazilian legal system will be systemically endogenous and harmonized exogenously with the International Treaties and International Conventions of the ILO ratified by Brazil, which from Constitutional Amendment 45/04, reach the status of amendment constitutional or supralegal, respectively.

Keywords:

Democracy; Constitutional right; Labor Law; Labor Reform; Conventional Control.

1 INTRODUÇÃO

Aprovadas com uma velocidade um tanto quanto atípica e pouco utilizada no contexto histórico do Poder Legislativo brasileiro, diante de um cenário político, econômico e social extremamente conturbado, as Leis nsº 13.427/17 e 13.467/17, que aglutinadas neste artigo serão denominadas de Reforma Trabalhista, promoveram profundas e perigosas alterações no Direito e no Processo do Trabalho brasileiros, nas perspectivas individual e coletiva, mediante a inserção, modificação e revogação de diversos dispositivos (artigos, parágrafos e incisos) da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e de legislações esparsas.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS).

² Professora na Fundação São João Batista/FAACZ-Faculdades Integradas de Aracruz; Mestranda em Direitos Sociais e pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF); Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário na atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS); Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com formação complementar pela Universidad de Castilla La Mancha (UCLM) Espanha.

Impende destacar inicialmente que a Reforma Trabalhista trouxe em seu bojo uma verdadeira inversão da lógica trabalhista que até então existia, na medida alterou de maneira quase que completa o princípio da proteção, desconsiderando a desigualdade econômica, jurídica, social e política entre o empregado e o empregador, para implementar uma nova ordem jurídica como se iguais fossem no plano fático, subvertendo, inclusive, o princípio da alteridade.

Na verdade, não se trata de uma Reforma Trabalhista, mas sim da implementação de uma nova ordem jurídica, recheada e permeada de inovações pouco vistas no cenário brasileiro, estrangeiro e transnacional, que coloca em risco não somente a dignidade da pessoa humana, a saúde física e mental do trabalhador, a inclusão social da classe trabalhadora, mas até mesmo o próprio Direito do Trabalho.

Diante deste novo cenário, tem-se que a Reforma Trabalhista necessariamente deve ser objeto de dois tipos de controles: o de constitucionalidade e o de convencionalidade. Enquanto o primeiro se perfaz mediante a análise da compatibilidade destas novas normas trabalhistas junto à Constituição da República de 1988, o segundo deverá ser procedido pela análise do recente estuário trabalhista face aos direitos transnacionais, principalmente as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que foram ratificadas pelo Brasil.

Sendo assim, este artigo tem como problemática a seguinte indagação: o intérprete antes de aplicar as normas advindas da Reforma Trabalhista deve realizar o controle convencionalidade?

Destaca-se a título de nota de corte, que o artigo em tela, tem como único objeto o controle de convencionalidade, não analisando o controle de constitucionalidade, porquanto, ultrapassaria o tamanho de páginas limitado por esta distinta Revista.

O método de abordagem ora utilizado é o dedutivo, enquanto que as técnicas de pesquisa consistem em pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legal.

2 DA DEMOCRACIA

O Estado Democrático de Direito é fruto justamente da evolução do constitucionalismo. Muito embora o fenômeno do constitucionalismo tenha sido iniciado na Inglaterra, no século XVII, nos Estados Unidos, na França e até mesmo no Brasil deu-se posteriormente, nos séculos XVIII e XIX. Neste contexto, surge o Estado de Direito, inicialmente na perspectiva liberal, submetendo o Estado ao Direito, limitando as suas funções, estabelecendo maior segurança nas relações jurídicas e garantindo a proteção do indivíduo contra o poder antes absoluto do Estado, e, conseqüentemente, do soberano ou do Chefe de Estado que passaram a ficar submetidos à Constituição.

Ao longo da história do constitucionalismo brasileiro, foram elaboradas seis Constituições,

1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 (bem como na Emenda Constitucional nº 1/69), até que finalmente, em 1988, foi instalada a democracia através da vigente Constituição de República, conhecida por muitos como cidadã.

A democracia é fruto uma criação humana capaz de oferecer às pessoas um efetivo aprimoramento e desenvolvimento do modelo estatal tanto no plano jurídico como no social, tornando o ser humano a referência de todo o ordenamento jurídico. Portanto, o Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração é resultado da evolução constitucionalismo, iniciado na perspectiva liberal e depois na social, quando surgiram os direitos fundamentais de primeira e segunda gerações, respectivamente.

Insta destacar que os direitos fundamentais da terceira geração, conhecidos como direito coletivos são à solidariedade (corresponsabilidade), à fraternidade (reconhecimento do outro como semelhante) e à coletividade (direitos metaindividuais), que fazem emergir “novas acepções de cidadania e de cidadão” (DELGADO, 2006, p. 51).

O surgimento desses novos direitos significa o acompanhamento, o aprimoramento e a regulamentação do ordenamento jurídico vinculados às mudanças da sociedade e voltados para a coletividade.

Quanto à estrutura básica da democracia, “funda-se em um inquebrantável tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e includente; sociedade civil, também concebida como democrática e includente” (DELGADO, 2015, p. 26). Segundo o jurista:

De fato, em razão de suas características e de sua dinâmica, é tendente a produzir – ou, pelo menos, a propiciar e incentivar – significativo processo de inclusão de pessoas humanas. Inclusão política (obviamente, isso é de sua natureza original), inclusão social, inclusão econômica, inclusão cultural (DELGADO, 2015, p. 25).

Na democracia, o Estado desempenha uma função de fomentador de participação pública no processo de reconstrução de um novo projeto de sociedade, em uma perspectiva humanística e inclusiva, com obrigação de observar a população de forma coletiva e, ao mesmo tempo, heterogênea e diversificada. Se antes a perspectiva nascia do individual para o coletivo, agora parte-se também da visão coletiva para a individual. “Tais direitos não apresentam caráter meramente individual, mas sim, feição eminentemente coletiva” (NUNES, 2015, p. 21). Portanto, a partir dos direitos fundamentais de terceira geração, a inclusão social do ser humano passa a ocorrer não somente pelo viés individual, mas também pelo coletivo.

Dentro deste contexto, destaca-se ainda que a democracia atualmente opera-se não somente mais através do sufrágio universal, mas também através de técnicas procedimentais que

permitem um amplo e efetivo debate dos fatos e do direito positivado e das normas internacionais ratificadas, com efetiva participação das partes litigantes e até mesmo da sociedade (*vide* possibilidade de audiência pública e *amicus curiae*), fazendo com que os protagonistas do processo sejam as partes e não quem decide o processo, afinal são elas as detentoras do direito e dos fatos ali debatidos e elas que arcarão com as consequências do comando sentencial.

Ou seja, através do processo os direitos coletivos criados e constituídos no Estado Democrático de Direito devem ser efetivados processualmente caso não estejam sendo observados pelo Estado ou na hipótese de desrespeito por parte dos particulares, bem como caso o Poder Legislativo esteja em mora na elaboração de uma lei e este não fazer prejudique na efetivação de um direito constitucional - ativismo judicial.

Analisa-se, além do acesso formal ao Poder Judiciário, que é de extrema relevância, o acesso material como direito fundamental que é. E isso se mostra essencial na existência de uma Justiça do Trabalho, em que o direito ao trabalho digno irradia sua eficácia para o mundo das normas processuais trabalhistas e vice-versa, até porque é inimaginável uma democracia sem a efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas.

A conjuntura atual é permitir que as normas internacionais ratificadas pelo Brasil sejam efetivadas através do processo objetivando a máxima efetividade da Justiça Especializada Trabalhista, tendo como parâmetro a prestação da tutela justa, efetiva e de forma satisfativa, respeitados os institutos e compatibilidades do modelo especial, mas sempre assegurando a segurança jurídica, eis que os princípios basilares do Direito Processual do Trabalho orientam o intérprete a todo o momento, para que concretizem os direitos fundamentais trabalhistas, que são vértices do Estado Democrático de Direito.

Logo, é de se perceber, nesse breve trabalho, que o direito fundamental à ordem jurídica justa e tempestiva trabalhista não se dá apenas com a leitura isolada dos institutos, mas a partir da identificação pelo aplicador do direito das regras transnacionais ratificadas pelo Brasil, que devem ser efetivadas processualmente para a pronta satisfação da atividade jurisdicional em prol do homem trabalhador, titular do direito fundamental ao trabalho digno.

3 DO PATAMAR MÍNIMO CIVILIZATÓRIO

Mediante um esboço sobre o processo histórico dos direitos que regem a ordem jurídica nacional e internacional hodiernamente, constata-se que sua evolução nunca foi linear, pelo contrário, desenvolveu-se através de um movimento pendular, consistente em avanços e retrocessos de direitos, portanto fluxos e influxos, postura ativa e reativa (DELGADO;

DELGADO, 2017, p. 17).

Prova inequívoca desta premissa é o reconhecimento e a criação de normativas e mecanismos de proteção dos direitos humanos, os quais, especialmente no ramo trabalhista, remontam ao marco histórico de 1917-1919, com as Constituições do México e de Weimar, que trouxeram ao mundo os direitos fundamentais sociais, com a assinatura do Tratado de Versalhes e surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), logo após o mundo ter assistido as diversas e intensas atrocidades dispendidas em desfavor da pessoa humana durante a Primeira Guerra Mundial. Os movimentos históricos, portanto, são responsáveis pelas quebras de paradigmas dos modelos de Estado e, por consequência, da estruturação dos preceitos básicos daquele que o supera e que nos conduziu ao modelo de Estado atual no qual o ser humano foi colocado como o centro gravitacional do ordenamento jurídico.

Muito embora, a ideia de direitos humanos remanesça fundamentalmente vinculada aos direitos denominados de primeira geração (séculos XVII e XVIII), que remetem aos direitos civis e políticos e a uma postura preponderantemente (mas não apenas) negativa do Estado (SARLET, 2017), quando surgiram os direitos à liberdade, à igualdade e à propriedade, trata-se de uma visão já ultrapassada. Até mesmo porque é impossível se falar em liberdade, sem igualdade, fazendo uso das palavras de Henri Dominique Lacordaire: “entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e o servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”. A título de exemplo, tem-se que a superação do paradigma do Estado Liberal de Direito onde os mesmos foram afirmados, demonstrou que os direitos civis e políticos não eram os únicos indispensáveis à vida com dignidade, uma vez que o seu efetivo exercício demandava a consolidação de outros direitos ainda mais básicos, como direito à saúde, à alimentação, à educação e ao trabalho. Tais direitos, por sua vez, apenas vieram a ser consolidados através do Estado Social de Direito (início do século XX), caracterizados preponderantemente por uma postura ativa do Estado e, posteriormente, foram elevados para o Estado Democrático de Direito (final do século XX até a presente data), tendo servido como pano de fundo para a evolução (especialmente através do surgimento dos direitos coletivos *lato sensu*) e a efetivação dos direitos anteriormente consagrados, na perspectiva da pessoa humana e da sociedade política e civil, de forma democrática e inclusiva (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 45).

A respeito da latente interdependência entre as gerações de direitos e da afirmação dos direitos sociais como autênticos direitos humanos, expõe a autora Flávia Piovesan:

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há que ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa

internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais, é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

Corroborando o entendimento de que os direitos sociais são também vertente dos direitos humanos, impende destacar que a própria Declaração Universal de Direitos Humanos afirma, no art. 22 de seu texto, que todo ser humano integrado à sociedade tem direito ao gozo de direitos sociais, direitos estes “[...] indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (ONU, 2017, p. 13).

Dentre os direitos sociais, o direito ao trabalho ocupa inequivocamente papel de destaque. É através do trabalho que o homem se integra efetivamente à sociedade; promove sua subsistência e de sua família; concretiza seu direito ao lazer, cultura e felicidade e, até mesmo, assegura sua saúde e educação, na eventual falha de prestação destes direitos por parte do Estado. Portanto o trabalho possui um caráter dúplice, afinal, ele, ao mesmo tempo, corresponde a um instrumento para que o ser humano alcance os demais direitos, sendo também um direito humano e social, de cunho finalístico.

Partindo dessa perspectiva, os direitos trabalhistas devem ser considerados direitos humanos, porquanto são espécie, do gênero direitos sociais, advindos do constitucionalismo da segunda dimensão além de serem também objeto de normatização da Organização Internacional do Trabalho (OIT), destacando-se que várias das suas Convenções foram ratificadas pelo Brasil.

Especificamente quanto aos direitos trabalhistas, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, defendem a ideia da existência de um patamar mínimo civilizatório de direitos, formado por três grandes eixos normativos: (i) as normas constitucionais brasileiras; (ii) as normas internacionais vigentes no âmbito interno do Brasil e (iii) as normas federais trabalhistas em vigência no Brasil (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 127).

O patamar mínimo civilizatório, ou também chamado pelos citados juristas simplesmente como piso civilizatório, trata-se, portanto, de todo o arcabouço normativo dotado de indisponibilidade que visa tutelar o trabalho e, por consequência, outros direitos e princípios constitucionais indissociáveis deste, como a dignidade humana, a valorização do trabalho, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, elevados à condição de princípios e objetos fundamentais da República, elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Nesta esteira, tem-se que com a evolução histórica dos direitos e, notadamente, entre a relação existente entre eles, os direitos trabalhistas galgaram o reconhecimento como típicos direitos humanos e, sob o prisma do direito interno, direitos fundamentais, compondo um patamar mínimo civilizatório, pressuposto de condição digna de vida humana para o trabalhador,

reconhecido, primeiramente, como homem. Em poucas palavras: o patamar mínimo civilizatório é o conjunto normativo destinado a todo e qualquer trabalhador para que ele tenha um trabalho digno a partir da sua mão de obra, e assim consiga alcançar uma vida melhor para si e para sua família e também uma melhoria na sua condição socioeconômica, o reconhecimento da sua dignidade e a efetivação da sua cidadania.

Assim, este patamar mínimo civilizatório corresponde à pedra de toque do Direito do Trabalho, aquela parte que deve ser respeitada por qualquer normatização posterior, já que ela corresponde à essência do próprio ramo do Direito e com ele se confunde, eis que ambos amparados no princípio da proteção. Dessa forma, é indissociável a ideia de que assegurar um real e efetivo respeito ao patamar mínimo civilizatório significa valorizar próprio Direito do Trabalho, bem como reconhece-lo como um dos principais vértices do Estado Democrático de Direito.

4 AS NORMAS INTERNACIONAIS E A LEGISLAÇÃO NACIONAL INTERNA

O posicionamento de qualquer norma jurídica, ou seja, sua hierarquia dentro do conjunto de regras adotadas em determinado território, perpassa inequivocamente pela difundida teoria da pirâmide kelseniana, segundo a qual, Hans Kelsen, ilustrou por meio da citada figura geométrica, sinteticamente, que: (i) dentro de um ordenamento jurídico existem normas jurídicas com escalonamentos diferentes; (ii) que a definição desta gradação ente as normas é indispensável para solução de eventual conflito entre elas; e (iii) que todas essas normas retiram fundamento de validade em uma norma hipotética fundamental que ocupa o ápice da pirâmide, sobreposta a todas as demais (KELSEN, 2006, p. 155).

No Direito brasileiro, atualmente, a Constituinte de 1988 é a norma que possui preeminência sobre as demais, sendo certo que os seus dispositivos, diretrizes e ideais devem amparar o legislador ordinário ao editar leis de caráter infraconstitucional (bem como eventuais atos normativos emanados pelo Poder Público), quão mais perto, quão mais distante da Constituição, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Inobstante a existência de normas constitucionais, a evolução histórica (principalmente após 1945), a dinamicidade das relações no mundo moderno e a crescente interligação entre Estados soberanos, deu ensejo à criação de normas internacionais elaboradas e pactuadas no seio dos próprios Estados, agrupamentos de Estados ou mesmo de organizações e organismos internacionais.

Conforme será minudenciado adiante, a depender da forma de incorporação das normas internacionais ao ordenamento jurídico, as mesmas poderão, inclusive, gozar da mesma

preeminência que as normas constitucionais, ocupando o mais alto posto dentro do ordenamento jurídico de um país. Assim, revela-se que as normas internacionais têm conquistado não apenas relevância retórica e política, mas sim relevância jurídica, sobre a qual existem mecanismos no direito interno e internacional para exigir a sua efetividade prática e cumprimento.

É importante ainda pontuar que no contexto do mundo atual, a ratificação das normas transnacionais denota-se importante, possui traz consigo objetivos múltiplos, tais como: (i) trazer para o âmbito interno uma maior proteção ao ser humano, (ii) manter o país em contato com as demais nações, já que a globalização fez com que estes ficassem ligados e interligados, em permanente contato e situação de interdependência econômica, social e até mesmo jurídica, fazendo com que as fronteiras físicas, pouco a pouco deixassem de existir e (iii) evitar o *dumping* econômico e social, já que na hipótese de um país baratear a mão de obra da sua população estaria permitindo suas empresas produzirem e venderem seus produtos por um preço aquém das empresas estabelecidas no países que não fizessem uso desta política, e com isso poderia haver um colapso na concorrência empresarial.

5 DA REFORMA TRABALHISTA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Em meio à atual crise econômica, política e social que se instaurou no Brasil, aproximadamente em meados de 2010, porém aprofundada desde 2014, pontuou-se a legislação trabalhista como um dos fatores contributivos para seu ápice, sob o pressuposto de ser muito protetiva e, por consequência, impeditiva de geração de empregos e investimentos, além de uma suposta intervenção estatal demasiada. A tônica ora demonstrada é completamente sem fundamento e comprovação econômica, jurídica ou social. Na verdade, os países mais desenvolvidos (como Alemanha, Suécia, Noruega, Holanda, Áustria, França, Espanha e Itália) possuem um forte Direito do Trabalho, que busca efetivar o princípio da proteção e fomentar que a relação de emprego seja a mais utilizada dentro do gênero trabalho, o que se dá com o objetivo de promover a inclusão social da classe trabalhadora, uma democrática distribuição de renda e uma melhoria socioeconômica dos trabalhadores.

Entretanto, partir do conturbado cenário político e do catastrófico contexto econômico vivenciado no Brasil em 2017, vislumbrou-se e arquitetou-se uma tentativa de superação do até então vigente ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, e, mediante a utilização de um falacioso discurso de “modernização trabalhista” e “reaquecimento de economia” alcançou-se a tão almejada Reforma Trabalhista, através das Leis nº 13.429/17 e 13.467/17, que entraram naquele mesmo ano.

Nos dizeres de Cláudio Jannotti da Rocha e Raimundo Simão de Melo, a Reforma Trabalhista trouxe, em uma apertada síntese, quanto a alguns pontos de destaque, as seguintes regulamentações:

A Reforma Trabalhista normatiza concomitantemente “novas” formas de trabalho, criando e tipificando o trabalhador autônomo exclusivo, o trabalhador intermitente, o teletrabalhador, o terceirizado, o quarteirizado, o empregado hiperssuficiente e, em nome da autonomia da vontade, faz com que o negociado prevaleça sobre o legislado, mesmo que para piorar a situação de vida do trabalhador, restringe a atuação da Justiça do Trabalho na análise dos instrumentos coletivos de trabalho, mudando o conceito e alcance da assistência jurídica integral e gratuita e, com isso, cria obstáculos para o acesso à Justiça. Ainda não satisfeito, relativiza a proteção legal ao meio ambiente de trabalho e à saúde dos trabalhadores, permitindo livre negociação coletiva e até individual sobre normas de saúde e segurança do trabalho, que sempre foram e são de ordem pública e, por isso, indisponíveis ao talante das partes, equipara as dispensas individual, plúrima e coletiva, altera o conceito de tempo à disposição, de jornada de tempo parcial, de horas *in itinere* e de grupo econômico e ainda diz que "regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho". Através destas mudanças legislativas, a empresa ganha superpoderes para escolher quem e como vai contratar, reduz seu espaço físico e transfere parte de seu ônus para os trabalhadores. Com isso já se pode imaginar, a partir dessas mudanças normativas, empresa sem empregado (MELO; ROCHA, 2017, p. 29).

Tendo em vista que a Reforma Trabalhista ofertou profundas e severas alterações no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, tornam-se de fundamental importância o exercício dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, para que o conjunto normativo brasileiro seja sistêmico e harmônico.

Especificamente quanto ao controle de convencionalidade, objeto do presente estudo, é preciso pontuar que até o ano de 2004, os diplomas normativos internacionais (como os Tratados e as Convenções, inclusive os da OIT e os da ONU), quando ratificados pelo Brasil, alcançavam o status da Lei ordinária. Acontece que neste ano, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45, em dezembro de 2004, que inseriu no § 3º do art. 5º da Constituição da República, a previsão de que os Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Diante deste novo cenário normativo ofertado pela EC n. 45/04, o Supremo Tribunal Federal, consoante decisão de seu órgão plenário de 03.12.2008, (HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), estabeleceu as seguintes diretrizes acerca dos Tratados e Convenções Internacionais: (i) versando sobre direitos humanos, quando obedecidos o rito e o *quorum* previstos no § 3º do art. 5º da CR/88, terão *status* de emenda constitucional³; (ii) versando sobre direitos humanos, quando

³ Até a presente data somente a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, foi ratificada pelo Brasil com *status* de emenda constitucional:

não forem obedecidos o rito e o *quorum* previstos no § 3º do art. 5º da CR/88, serão considerados diplomas supralegais (acima das Leis ordinárias e complementares), com isso nesta hipótese também encontram-se aqueles Tratados e Convenções de direitos humanos ratificados antes da EC 45/04 e (iii) não versando sobre direitos humanos, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro no status de Lei ordinária.

Sendo assim, a partir do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o *status* de emenda constitucional ou de supralegalidade aos Tratados e Convenções Internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, todas as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que foram ratificadas pelo Brasil, devem ser consideradas como normas supralegais: acima das Leis ordinárias e complementares. Com isso, havendo incompatibilidade entre uma Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e algum inciso, parágrafo ou artigo inserido na CLT, através da Reforma Trabalhista, deverá ser considerada como inválida, por violar a harmonização sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, deve-se adotar uma interpretação que torne todas as modificações promovidas pela Reforma Trabalhista compatíveis com o ordenamento transnacional, em sede de controle de convencionalidade, que se impõe a todos os membros do Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, o Poder Judiciário nacional, inclusive os juízes de primeira instância, tem a obrigação jurídica de realizar o controle de convencionalidade das leis internas *ex officio*, por serem agentes estatais vinculados às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Devem os magistrados, portanto, deixar de aplicar as normas internas que se contraponham a esse último. Essa obrigação jurídica decorre também do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU; artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da OEA; e artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, da OEA). Tal entendimento, inclusive, já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 89, de 1998⁴.

⁴ Podem ser citadas, ilustrativamente, a decisão do STF no RE 466.343 (data de julgamento: 03.12.2008), bem como as seguintes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70; Caso Paniagua Morales e outros Vs Guatemala. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C. Nº 37; Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. Nº 171; e Opinião Consultiva OC-14/94, sobre a responsabilidade internacional por promulgação e aplicação de leis violadoras da Convenção (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). In NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos humanos**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Neste diapasão, torna-se importante elucidar ao leitor que, amparados sob a premissa de que as normas internacionais compõem um patamar civilizatório mínimo de direitos indisponíveis ao trabalhador, seja no *status* de emenda constitucional ou seja na suprallegalidade, todas as normas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro devem ser objeto do controle de convencionalidade, como condição de validade.

Diante de todo o demonstrado neste artigo, segue abaixo o rol com todas as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que foram ratificadas pelo Brasil e, por isso, possuem *status* de suprallegalidade, que devem ser instrumentos do controle de convencionalidade.

- Convenção 03, de 1919 – Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto (Proteção à maternidade) - denunciada
- Convenção 04, de 1919 – Convenção relativa ao trabalho noturno das mulheres - denunciada
- Convenção 05, de 1919 – Idade mínima de admissão nos trabalhos industriais - denunciada
- Convenção 6, de 1919 – Trabalho noturno dos menores na indústria
- Convenção 07, de 1920 – Convenção sobre a idade mínima para admissão de menores no trabalho marítimo (revista em 1936) - denunciada
- Convenção 11, de 1921 – Direito de sindicalização na agricultura
- Convenção 12, de 1921 – Indenização por acidente do trabalho na agricultura.
- Convenção 14, de 1921 – Repouso semanal na indústria
- Convenção 16, de 1921 – Exame médico de menores no trabalho marítimo
- Convenção 19, de 1925 – Igualdade de tratamento (Indenização por acidente de trabalho)
- Convenção 21, de 1926 – Inspeção dos emigrantes a bordo dos navios
- Convenção 22, de 1926 – Contrato de engajamento de marinheiros
- Convenção 26, de 1928 – Métodos de fixação de salários mínimos
- Convenção 29, de 1930 – Trabalho forçado ou obrigatório
- Convenção 41, de 1934 – Convenção relativa ao trabalho noturno das mulheres (Revista, 1934) - denunciada
- Convenção 42, de 1934 – Indenização por enfermidade profissional (Revista)
- Convenção 45, de 1935 – Emprego de mulheres nos trabalhos subterrâneos das Minas
- Convenção 52, de 1936 – Férias remuneradas - denunciada
- Convenção 53, de 1936 – Certificados de capacidade dos oficiais da marinha mercante.
- Convenção 58, de 1936 – Idade mínima no trabalho marítimo (Revista) - denunciada
- Convenção 80, de 1946 – Revisão dos artigos finais
- Convenção 81, de 1947 – Inspeção do trabalho na indústria e no comércio
- Convenção 88, de 1948 – Organização do serviço de emprego
- Convenção 89, de 1948 – Trabalho noturno das mulheres na indústria
- Convenção 91, de 1949 – Férias remuneradas dos marítimos (Revista) - denunciada
- Convenção 92, de 1949 – Alojamento de tripulação a bordo (Revista)
- Convenção 93, de 1949 – Convenção sobre salários, duração de trabalho a bordo e tripulação (Revista em 1949 – a Convenção não entrou em vigor)
- Convenção 94, de 1949 – Cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos
- Convenção 95, de 1949 – Proteção do salário
- Convenção 96, de 1949 – Concernente aos escritórios remunerados de empregos
- Convenção 97, de 1949 – Trabalhadores migrantes (Revista)

- Convenção 98, de 1949 – Direito de sindicalização e de negociação coletiva
- Convenção 99, de 1951 – Métodos de fixação de salário mínimo na agricultura
- Convenção 100, de 1951 – Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor
- Convenção 101, de 1952 – Férias remuneradas na agricultura - denunciada
- Convenção 102, de 1952 – Normas mínimas da seguridade social
- Convenção 103, de 1952 – Amparo à maternidade (Revista)
- Convenção 104, de 1955 – Abolição das sanções penais no trabalho indígena
- Convenção 105, de 1957 – Abolição do trabalho forçado
- Convenção 106, de 1957 – Repouso semanal no comércio e nos escritórios
- Convenção 107, de 1957 – Populações indígenas e tribais - denunciada
- Convenção 108, de 1958 – Documentos de identidade dos marítimos - denunciada
- Convenção 109, de 1958 – Convenção sobre os salários, a duração do trabalho a bordo e as lotações (Revista em 1958 – a Convenção não entrou em vigor)
- Convenção 110, de 1958 – Convenção sobre as condições de emprego dos trabalhadores em fazendas - denunciada
- Convenção 111, de 1958 – Discriminação em matéria de emprego e ocupação
- Convenção 113, de 1959 – Exame médico dos pescadores
- Convenção 115, de 1960 – Proteção contra as radiações
- Convenção 116, de 1961 – Revisão dos artigos finais
- Convenção 117, de 1962 – Objetivos e normas básicas da política social
- Convenção 118, de 1962 – Igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em previdência social
- Convenção 119, de 1963 – Proteção das máquinas
- Convenção 120, de 1964 – Higiene no comércio e nos escritórios
- Convenção 122, de 1964 – Política de emprego
- Convenção 124, de 1965 – Exame médico dos adolescentes para o trabalho subterrâneo nas minas
- Convenção 125, de 1966 – Certificados de capacidade dos pescadores
- Convenção 126, de 1966 – Alojamento a bordo dos navios de pesca
- Convenção 127, de 1967 – Peso máximo das cargas
- Convenção 131, de 1970 – Fixação de salários mínimos, especialmente nos países em desenvolvimento
- Convenção 132, de 1970 – Férias remuneradas (Revista)
- Convenção 133, de 1970 – Alojamento a bordo de navios (Disposições complementares)
- Convenção 134, de 1970 – Prevenção de acidentes do trabalho dos marítimos
- Convenção 135, de 1971 – Proteção de representantes de trabalhadores
- Convenção 136, de 1971 – Proteção contra os riscos da intoxicação pelo benzeno
- Convenção 137, de 1973 – Trabalho portuário
- Convenção 138, de 1973 – Idade mínima para admissão
- Convenção 139, de 1974 – Prevenção e controle de riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos
- Convenção 140, de 1974 – Licença remunerada para estudos
- Convenção 141, de 1975 – Organizações de trabalhadores rurais
- Convenção 142, de 1975 – Desenvolvimento de recursos humanos
- Convenção 144, de 1976 – Consultas tripartites sobre normas internacionais do trabalho
- Convenção 145, de 1976 – Continuidade no emprego do marítimo
- Convenção 146, de 1976 – Convenção relativa às férias anuais pagas dos marítimos
- Convenção 147, de 1976 – Normas mínimas da marinha mercante
- Convenção 148, de 1977 – Contaminação do ar, ruído e vibrações
- Convenção 151, de 1978 – Direito de sindicalização e relações de trabalho na administração

pública

Convenção 152, de 1979 – Segurança e higiene dos trabalhos portuários

Convenção 154, de 1981 – Fomento à negociação coletiva

Convenção 155, de 1981 – Segurança e saúde dos trabalhadores

Convenção 158, de 1982 – Término da relação de trabalho por iniciativa do empregador - denunciada

Convenção 159, de 1983 – Reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes

Convenção 160, de 1985 – Estatísticas do trabalho (Revista)

Convenção 161, de 1985 – Serviços de saúde do trabalho

Convenção 162, de 1986 – Utilização do amianto com segurança

Convenção 163, de 1987 – Bem-estar dos trabalhadores marítimos no mar e no porto

Convenção 164, de 1987 – Proteção à saúde e assistência médica aos trabalhadores marítimos

Convenção 166, de 1987 – Repatriação de trabalhadores marítimos

Convenção 167, de 1988 – Convenção sobre a segurança e saúde na construção.

Convenção 168, de 1988 – Promoção do emprego e proteção contra o desemprego

Convenção 169, de 1989 – Povos indígenas e tribais

Convenção 170, de 1990 – Segurança no trabalho com produtos químicos

Convenção 171, de 1990 – Trabalho noturno

Convenção 174, de 1993 – Convenção sobre a prevenção de acidentes industriais maiores

Convenção 176, de 1995 – Convenção sobre segurança e saúde nas minas

Convenção 178, de 1996 – Convenção relativa à inspeção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos

Convenção 182, de 1999 – Convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação

Convenção 185, de 2003 – Convenção sobre os documentos de identidade da gente do mar (Revista)

Convenção 186 sobre trabalho marítimo - CTM, de 2006 – denunciada

Inobstante as temáticas acima abordadas, urge pontuar que um Estado, ao se tornar membro da OIT, passa a se comprometer com toda a principiologia que envolve as normativas elaboradas no seu seio, voltadas à proteção do trabalho e trabalhador contra o capital e efeitos da globalização, e principalmente em efetivar as Convenções que ratificar. Nesse sentido, sendo o Brasil membro da OIT, obrigatoriamente a Reforma Trabalhista, a título de validade das suas normas, deve ser objeto do controle de convencionalidade, já que as convenções por ela elaboradas e que foram ratificadas pelo Brasil alcançam o *status* da supralegalidade e devem prevalecer diante de uma Lei ordinária (como é a Reforma Trabalhista) na hipótese de descompasso ou de incompatibilidade.

6 CONCLUSÃO

É incontroverso de que a Reforma Trabalhista (junção das Leis nºs. 13.429/17 e 13.467/17), aprovada sob um discurso falacioso e sem o devido cuidado e estudo sobre seus impactos, promoveu profundas e severas modificações na regulamentação da dinâmica das relações

de trabalho no Brasil, tanto no direito material, como no processual, nos aspectos individuais e coletivos.

A modificação do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, a partir de Reforma Trabalhista, não pode ser acolhida de forma absoluta, devendo obrigatoriamente passar não apenas sob um estudo sobre a sua constitucionalidade, mas também quanto à sua convencionalidade, notadamente, as Convenções da OIT ratificadas e vigentes, na medida em que toda a tutela do trabalho e do trabalhador é considerada norma de direitos humanos, portanto, goza de caráter de supralegalidade ou de emenda constitucional (caso no futuro venham a ser ratificadas no *quorum* do § 3º do art. 5º da CR/88) ante a legislação ordinária, conforme entendimento do STF.

Sendo assim, conclui-se sendo a democracia efetivada também através do processo, também um direito fundamental, na hipótese de algum inciso, parágrafo e artigo advindo da Reforma Trabalhista colidir com qualquer disposição das Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, deverá ser considerado como inválido, para que assim o ordenamento jurídico brasileiro permaneça harmônico e sistêmico, tanto internamente, como internacionalmente, e continue caminhando no sentido de cumprir aquilo que firmou junto às organizações transnacionais, inclusive, de acordo com as modificações ensejadas pela globalização.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; LOPES, Othon de Azevedo (Coords.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **As normas internacionais de direitos humanos e a lei da reforma trabalhista no Brasil**. In ROCHA, Cláudio Jannotti da; LUDOVICO, Giuseppe; PORTO, Lorena Vasconcelos; BORSIO, Marcelo; ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. *Direito Internacional do Trabalho: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da. Introdução. In MELO, Raimundo

Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária**. São Paulo: LTr/FAPDF, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito brasileiro**. Brasília, a. 46, n. 181 jan/mar, 2009. Disponível em: <<http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Controle-de-Convencionalidade.pdf>>. Acesso em 17 set. 2017.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 17 set. 2017.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **A Reforma Trabalhista e a corrida ao fundo do poço: o uso das normas internacionais do trabalho como alternativa para a garantia dos direitos humanos**. In MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária**, São Paulo: LTr/FAPDF, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas internacionais de direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAU, Lucas Moraes; VILLATORE, Marco Antônio. **Reforma Trabalhista e as Falácias das Garantias**. 2017. In MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária**, São Paulo: LTr/FAPDF, 2017.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **Controle de convencionalidade de leis: Uma análise da esfera internacional e interna**. Revista do CAAP, Belo Horizonte, n. 2, v. XVIII, p. 61 a p. 96, 2012. Disponível em: <<https://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/viewFile/305/294>>. Acesso em: 17 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

SOUTO MAIOR; Jorge Luiz. Do direito à **desconexão do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313 jul./dez. 2003.