

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bárbara Fagundes

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E NORMAS DA OIT: o caso da  
Convenção 132 da OIT no Brasil

Porto Alegre  
2020

Bárbara Fagundes

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E NORMAS DA OIT: o caso da  
Convenção 132 da OIT no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul como requisito parcial para obtenção  
do título de Mestre em Direito.  
Orientação: Prof. Dra. Luciane Cardoso  
Barzotto

Porto Alegre  
2020

Bárbara Fagundes

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E NORMAS DA OIT: o caso da  
Convenção 132 da OIT no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul como requisito parcial para obtenção  
do título de Mestre em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dra. Luciane Cardoso Barzotto  
Orientadora

---

Professor Dr. Marco Antônio César Villatore

---

Professora Dra. Maria Cláudia Felten

---

Professor Dr. Leandro Amaral Dorneles e Dorneles

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à professora Dra. Luciane Cardoso Barzotto pela oportunidade de cursar mestrado sob sua orientação. Os conselhos e ensinamentos dados ao longo dessa trajetória foram valiosos para a pesquisa e o desenvolvimento da dissertação. Sou-lhe muito grata pela inspiração para o estudo do direito internacional do trabalho e pela confiança em mim depositada.

Aos demais professores do programa de pós-graduação, pois um pouco do que aprendi nas disciplinas está nessas páginas.

Aos professores da banca de qualificação, que auxiliaram na elaboração da dissertação com seus apontamentos.

Aos meus pais, Aurora e Ener, que sempre me incentivaram a estudar e que estão comigo em todos os momentos importantes da minha vida. Sem vocês a caminhada seria muito mais difícil. Amo vocês.

A Natália, querida irmã que está fisicamente longe, mas sempre perto do coração, que já é mestre e me serve de inspiração.

A Haku, Lilica e Frajolino, amigos de outras espécies que tornam os dias mais alegres e divertidos.

Aos amigos e aos colegas, obrigada pelo incentivo, encontros e risadas.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o controle de convencionalidade, teoria inicialmente desenvolvida pelo direito francês na década de 1970 que, no século XXI, é utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para determinar que juízes internos apliquem a Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda que isso implique a declaração de invalidade de normas domésticas. De acordo com a citada teoria, tratados internacionais são normas que controlam a validade de outras, assim como a constituição também o faz. O tema ganhou importância para direito do trabalho brasileiro a partir da Reforma Trabalhista de 2017, quando se passou a defender que a Lei n. 13.467/2017 não era compatível com convenções da OIT. Nesse contexto, perquire-se se o controle de convencionalidade pode ser realizado com relação a convenções da OIT. Após, analisa-se o caso da Convenção 132 da OIT, ratificada pelo Brasil no final do século XX, mas pouco observada. Pergunta-se se a citada convenção teria maior efetividade com o controle de convencionalidade e o que poderia ser feito para promover a aplicação da referida convenção. A hipótese do estudo é que o controle de convencionalidade pode ser utilizado para convenções da OIT, mas que a nova teoria não basta para promover a efetividade da Convenção 132 da OIT.

**Palavras-chave:** Controle de convencionalidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Convenção 132 da OIT.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the control of conventionality, a theory initially developed by French law in the 1970s that, in the 21st century, is used by the Inter-American Court of Human Rights to determine internal judges to apply the American Convention on Human Rights, even though it implies the declaration of invalidity of domestic norms. According to the theory, international treaties are norms that control the validity of others, just as the constitution does. The theme gained importance for Brazilian labor law since the 2017 Labor Reform, when it was argued that it was not compatible with ILO conventions. After that, it is analyzed the case of ILO Convention 132, ratified by Brazil at the end of the twentieth century, although it was little observed. The question is whether such convention would be more effective with conventionality control and what could be done to promote the application of that convention. The hypothesis of the study is that conventionality control can be used for ILO conventions, but that the new theory is not enough to promote the effectiveness of ILO Convention 132 in Brazil.

**Keywords:** Conventionality control. Inter-American Court on Human Rights. ILO Convention 132.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: DO DIREITO INTERNO AO DIREITO INTERNACIONAL</b> .....	<b>11</b>
2.1 CASOS FUNDACIONAIS .....	16
2.1.1 Myrna Mack Chang contra Guatemala: a integralidade estatal perante o direito internacional .....	17
2.1.2 Almonacid Arellano contra Chile: “um certo controle de convencionalidade” e a Corte como intérprete última .....	21
2.1.3 Trabalhadores dispensados do Congresso contra Peru (Aguado Alfaro e outros vs. Peru): controle de convencionalidade de “de ofício” e paralelo ao controle de constitucionalidade .....	24
2.1.4 Cabrera García e Montiel Flores contra México: “órgãos vinculados à administração da justiça” .....	27
2.1.5 Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil: diálogo entre cortes .....	36
2.1.6 Gelman contra Uruguai: “qualquer autoridade pública” .....	42
2.2 CASOS COMPLEMENTARES .....	46
2.2.1 Liakat Ali Alibux contra Suriname: modelo de controle de convencionalidade difuso e concentrado .....	47
2.2.2 Caso Herzog e outros contra Brasil: restabelecendo o diálogo sobre anistia .....	47
2.3 SÍNTESE DA TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE .....	50
2.4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INTÉRPRETE ÚLTIMA: DIÁLOGO ENTRE CORTES COMO SOLUÇÃO .....	54
<b>3 DUALISMO E MONISMO: POSICIONANDO O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ENTRE AS TEORIAS CLÁSSICAS</b> .....	<b>60</b>
3.1 DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL: POSIÇÃO DOS TRATADOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL .....	63
3.2 EXIGÊNCIA DE INVALIDAÇÃO DE NORMAS INTERNAS CONTRÁRIAS AO TRATADO INTERNACIONAL: NEM DUALISMO NEM MONISMO .....	66

<b>4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA TRABALHISTA: A ATUAL SINALIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS PARA APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES DA OIT COMO NORMAS CONTROLANTES .....</b>	<b>72</b>
4.1 COMUNIDADE GARIFUNA DE PUNTA PIEDRA E SEUS MEMBROS CONTRA HONDURAS: TRATADOS INTERNACIONAIS EM GERAL, INCLUSIVE CONVENÇÕES DA OIT, COMO NORMAS CONTROLANTES.....	73
4.2 CASO DOS TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE CONTRA BRASIL: NORMAS CONTRÁRIAS À ESCRAVIDÃO COMO <i>JUS COGENS</i> .....	75
4.3 LAGOS DEL CAMPO CONTRA PERU: A PROGRESSIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E AS NORMAS DA OIT COMO PADRÕES INTERNACIONAIS A SEREM CONSIDERADOS .....	77
4.4 A CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA TRABALHISTA: INEXISTÊNCIA DE RECUSA PELO TST DE QUE AS CONVENÇÕES DA OIT SÃO NORMAS CONTROLANTES .....	81
4.5 CONVENÇÃO DA OIT COMO TRATADO DE DIREITO HUMANO E NORMA CONTROLANTE: A PROMISSORA DECISÃO DA ADI 3937/SP .....	85
4.6 JULGADOS SOBRE CONTROLE NORMATIVOS COM BASE EM TRATADOS INTERNACIONAIS: PERSPECTIVA DE ALTERAÇÃO DA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 132 DA OIT .....	89
<b>5 FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS: DIREITO TRABALHISTA DO SÉCULO XX RECONHECIDO INTERNACIONALMENTE .....</b>	<b>92</b>
5.1 CONVENÇÃO 132 DA OIT: O TRATADO INAPLICADO .....	95
5.2 CONFRONTANDO A CONVENÇÃO 132 DA OIT COM O DIREITO INTERNO. ....	100
5.3 COMITÊ DE PERITOS DA OIT: VIOLAÇÕES DO BRASIL INTERNACIONALMENTE RECONHECIDAS .....	111
5.4 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA TEORIA DO CONGLOBAMENTO PARA A EFETIVIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE QUANTO ÀS FÉRIAS REMUNERADAS .....	113
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>117</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>121</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A ciência jurídica evoluiu para a positivação das normas no intuito de assegurar a certeza e a perenidade dessas. No entanto, paulatinamente a mera existência de lei positiva não mais se mostrou suficiente para garantir a efetividade das normas. A possibilidade de extinção da lei anterior e a ausência de compromisso quanto ao conteúdo do direito positivo tornou necessária a criação de uma lei fundamental da qual o teor das demais auferia sua validade. Assim, passa-se do império da lei para o império da constituição. Estando os Estados inseridos em uma comunidade internacional, há a necessidade de uniformizar e compatibilizar normas jurídicas a fim de viabilizar a relação entre os sujeitos. Isso implica também um alinhamento de textos constitucionais. Há a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização da constituição.

O controle de convencionalidade é um instituto jurídico que surge como resultado do fenômeno de mútua influência entre direito interno e direito internacional. Em um mundo globalizado, não mais bastaria que as leis domésticas observassem a constituição, devendo também ser compatíveis com o conteúdo dos tratados internacionais firmados pelo Estado, assim como com os padrões internacionais. Desse modo, mesmo o constituinte originário não estaria isento das obrigações assumidas pelo Estado internacionalmente em razão da boa-fé e da inoponibilidade da lei interna como justificativa para descumprir tratados.

No ramo juslaboral, a influência internacional na elaboração de normas mostra-se presente desde o surgimento da disciplina direito do trabalho. A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, revela a vocação internacionalista e uniformizante do direito laboral mesmo antes da consolidação da ideia de direitos humanos. Mesmo antes do advento da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, a OIT já tratava de temas como trabalho noturno, maternidade e trabalho e idade mínima para o trabalho, demonstrando seu papel precursor na proteção dos direitos humanos, em especial, quanto à saúde e à segurança do trabalho. Além disso, a OIT já apresentava um sistema de controle normativo para determinar que os Estados-membros legislassem de acordo com os parâmetros mínimos de proteção estabelecidos pela organização.

O problema central da presente dissertação seria relativo à aplicação do controle de convencionalidade ao direito do trabalho, tendo-se como hipótese a possibilidade da aplicação da teoria no ramo juslaboral. No presente trabalho, pretende-se, na primeira parte, estudar a teoria do controle de convencionalidade: origem, histórico de casos, requisitos, críticas. Estabelece-se uma divisão entre os casos essenciais para o estudo da teoria, conforme a doutrina, que são chamados de casos fundacionais: *Myrna Mack Chang contra Guatemala* (2003), *Arellano Almonacid contra Chile* (2006), *Trabalhadores Dispensados do Congresso contra Chile* (2006), *Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México* (2010), *Gomes Lund contra Brasil* (2010) e *Gelman contra Uruguai* (2011). Outro grupo de julgados que representam o desenvolvimento de requisitos para o novel controle normativo, ainda que não frequentemente citados, são denominados de casos complementares: *Liakat Alibux contra Suriname* (2014) e *Vladmir Herzog contra Brasil* (2018). Perquire-se, ainda, sobre o debatido fato de a Corte Interamericana de Direitos Humanos intitular-se intérprete última da convenção americana de direitos humanos e como compatibilizar tal característica do controle de convencionalidade com a liberdade de apreciação do processo do juiz.

Na segunda parte da dissertação, visa-se a estudar três casos internacionais julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que foram utilizadas convenções da OIT (*Comunidade Garífuna de Punta Piedra contra Honduras* (2015), *Trabalhadores da Fazenda Brasil contra Brasil* (2017) e *Lagos del Campo contra Peru* (2017)), e dois casos nacionais, um sobre a cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade (RR-1072-72.2011.5.02.0384), e outro acerca do uso de crisotila pelos estados (ADI 3937/SP), a fim de responder a pergunta se convenções da OIT podem ser normas controlantes de validade, ou seja, se pode haver controle de convencionalidade com base nas citadas normas, e de que maneira os julgados dão suporte à mencionada possibilidade. Sendo a resposta positiva, a Convenção 132 da OIT apresentaria boa perspectiva de modificação de sua aplicação em âmbito interno. Como norma controlante de validade, a citada convenção tornaria inválida toda e qualquer disposição interna menos benéfica ao ser humano que lhe contraviesse. Em caso de resposta negativa, a aplicação da Convenção 132 da OIT de forma diversa tornar-se-ia mais difícil, ainda que não impossível em razão da aplicação de outros tratados e dispositivos da legislação nacional.

Na terceira etapa da dissertação, será analisado o tema férias remuneradas, o qual é abordado pela Convenção 132 da OIT, com o exame de outros tratados internacionais e de doutrina sobre a matéria. Quanto à citada convenção, que apresenta posicionamento consolidado na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em razão da aplicação da teoria do conglobamento, tese que demanda que o intérprete confronte duas normas em sua totalidade, evitando-se a fragmentação de textos, será examinada a aplicabilidade do tratado internacional sob a luz da teoria do controle de convencionalidade. Pretende-se resolver o problema da compatibilidade da teoria do conglobamento com o direito internacional, tendo a hipótese de inconformidade a ser examinada, e, se a teoria da acumulação, tese que admite a fragmentação de textos normativos para análise da compatibilização de normas, seria mais adequada. Confirmada a hipótese de incompatibilidade, haveria a necessidade de se aplicar a teoria da acumulação para o conflito de normas que envolvem direito interno e direito internacional na seara trabalhista.

A tendência internacionalista do direito do trabalho demanda que se estude a teoria do controle de convencionalidade com base em normas internacionais do trabalho. O trabalho humano, não sendo mercadoria, conforme Declaração da Filadélfia, merece ser tratado de forma uniforme pelos Estados, evitando-se que a precarização das normas internas crie vantagens econômicas. A teoria do controle de convencionalidade traz muitos desafios aos juristas, visto que impõe uma nova ordem de hierarquia de normas não estabelecida pelo texto constitucional ou qualquer norma escrita interna, ainda que de forma implícita. O citado instituto jurídico pode implicar o início de uma nova fase do direito em que os tratados e padrões internacionais prevalecem em detrimento das normas domésticas menos benéficas ao ser humano. O direito do trabalho, que lida com questões relativas à subsistência do indivíduo, também é um ramo jurídico que comporta direitos humanos e fundamentais, que tendem a serem reinterpretados, analisados e concretizados sob a luz do controle de convencionalidade.

## **2 TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: DO DIREITO INTERNO AO DIREITO INTERNACIONAL**

A teoria do controle de convencionalidade surgiu na França com a Decisão 75-54/DC do Conselho Constitucional, de 15 de janeiro de 1975, sobre a Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez, conhecida também como decisão I.V.G. (Interrupção Voluntária da Gravidez, em francês, *Interruption Volontaire de Grossesse*) (BRUCE, 2005, p. 2). No caso em comento, pretendia-se examinar a Lei de Interrupção da Gravidez em confronto com o artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que previa o direito à vida.

No entanto, para o Conselho Constitucional, não era sua competência controlar a validade de uma lei, tendo como parâmetro tratados internacionais (LAMOTHE, 2007, p. 4). Assim, a teoria do controle de convencionalidade nasce com a negativa do Conselho Constitucional de controlar a constitucionalidade de uma lei, tendo como norma paradigma um tratado internacional.

A decisão I.V.G. é importante no direito francês, embora muito criticada pela doutrina, uma vez que criou o controle de convencionalidade, ou seja, um controle de validade das leis que tem como parâmetro normas internacionais e não o texto constitucional propriamente dito. No caso, o Conselho Constitucional interpretou literalmente o artigo 61 da Constituição francesa, afastando os tratados internacionais como parâmetro de validade do controle de constitucionalidade a que estava autorizado a realizar.

A doutrina destaca os três argumentos do Conselho Constitucional para assim decidir: a) a Constituição francesa não estabelece que a superioridade dos tratados tenha de ser assegurada com base no artigo 61 (artigo que tratava do controle de convencionalidade pelo Conselho Constitucional); b) a existência de diferença entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade; c) uma lei contrária ao tratado não seria contrária à Constituição (LAMOTHE, 2007, p. 4).

Todos os argumentos são bastante criticados pela doutrina, pois, conquanto no artigo 61 da Constituição francesa não exista a previsão de controle de validade de leis sob a luz de tratados internacionais, o artigo 55 do texto constitucional prevê a superioridade dos tratados em face das leis. Além disso, não haveria significativa diferença entre as citadas formas de controle em termos de efeitos práticos. Por

último, sendo os tratados internacionais superiores às leis, se uma lei atentar contra o texto de uma convenção internacional estaria, por consequência, afrontando a Constituição (LAMOTHE, 2007, p. 4). Na verdade, por trás da negativa de exercer o controle de constitucionalidade com base em tratados internacionais haveria questões de ordem prática: o grande número de tratados e o exíguo prazo de um mês para o Conselho Constitucional proferir sua decisão de controle de constitucionalidade (LAMOTHE, 2007, p. 5).

Ao negar a realização de um controle de conformidade das leis com um tratado internacional, o Conselho Constitucional simplesmente esclareceu que esta tarefa não era de sua competência. Todavia, não houve recusa da existência de uma ferramenta jurídica que confronta leis domésticas e tratados internacionais. A doutrina compreende que a decisão do Conselho Constitucional reconheceu, ainda que de forma implícita, o controle de convencionalidade (CARREAU; MARRELLA, 2018 p. 579). Entre a lei nacional e o tratado internacional, haveria mero conflito de aplicação de normas de naturezas diversas que poderia, contudo, ser dirimido por outros tribunais (CARREAU; MARRELLA, 2018, p. 579).

Percebe-se, assim, que o controle de convencionalidade surgiu, quando se diferenciou o exame de validade das leis com base na norma hierarquicamente superior, ou seja, Constituição e norma internacional. Registre-se que o postulante do controle de constitucionalidade com parâmetro na norma internacional, a princípio, não identificou diferença entre texto constitucional e tratados. Isso se deve ao fato de a Constituição francesa expressamente conceder hierarquia superior aos tratados em face das leis infraconstitucionais<sup>1</sup>.

No entanto, nem todos os Estados conferem aos tratados internacionais a citada hierarquia. No Brasil, por interpretação jurisprudencial, considerou-se que os tratados internacionais tinham hierarquia superior à das leis<sup>2</sup>. Após, em razão da

---

<sup>1</sup> Para Dominique Carreau e Fabrizio Marrella, a Constituição francesa de 1946 reconhecia a superioridade do direito internacional não somente perante as leis ordinárias, mas também do próprio texto constitucional. Segundo os doutrinadores, até a decisão do Conselho Constitucional de 10 de junho de 2004 sobre a *economia numérica*, era possível dizer que a Constituição de 1958 seguia a mesma tradição do texto constitucional anterior, reconhecendo o valor supraconstitucional dos tratados internacionais. Após a citada decisão, o Estado francês estaria situado dentre aquele grupo que utilizam o direito constitucional como uma “tela” entre o direito internacional e o direito interno. (CARREAU; MARRELLA, 2018, p. 93.)

<sup>2</sup> “No Brasil, existem diversos acórdãos consagrando o primado do DI, como é o caso da União Federal v. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951) em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Tem sido citado também um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, em que se declarava

decisão do STF do RE 80.004/SE de 1977, os tratados internacionais passaram a apresentar a mesma hierarquia das leis, o que implicava a possibilidade de revogação das convenções internacionais por lei superveniente que lhe fosse contrária. Posteriormente, com o julgado do RE 466.343/SP, houve nova alteração de posicionamento no sentido de que os tratados internacionais têm hierarquia igual à das leis, com exceção dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com base no artigo 5º, §3º da Constituição Federal que apresentam hierarquia supralegal.

Isso revela que o direito interno brasileiro, ao contrário do direito doméstico francês, não teria condições, por si só, de desenvolver uma teoria do controle de convencionalidade, pois o citado instituto, em sua origem, pressupõe a existência de uma ordem hierárquica em que os tratados estejam acima, no mínimo, das leis ordinárias internas. A inexistência de clareza sobre o reconhecimento da superioridade total ou parcial do direito internacional público em face das leis internas dificulta o desenvolvimento do controle de convencionalidade em qualquer Estado. Ainda que a superioridade do direito internacional público no âmbito da ordem internacional seja inequívoca em virtude de costumes, julgados e tratados, na ordem interna de diversos Estados nem sempre se reconhece o citado princípio.

Há Estados que reconhecem a superioridade do direito internacional, inclusive, possibilitando a alteração do texto constitucional a depender do quórum de aprovação do tratado internacional, como Holanda e Luxemburgo (CARREAU; MARRELLA, 2018, p. 94). Outros Estados, a seu turno, admitem a superioridade do direito internacional, sem, entretanto, renunciar à faculdade de posicionar a Constituição em nível hierarquicamente superior, como Áustria e Irlanda (CARREAU; MARRELLA, 2018, p. 95). Existem ainda numerosos Estados que equiparam tratados internacionais e leis, permitindo que uma lei posterior revogue, em sede de ordem interna, o tratado internacional. Como exemplo, podem ser citados os Estados de *Common Law* e os latino-americanos (CARREAU; MARRELLA, 2018, p. 100).

---

estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Filadelfo de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha.” (MELLO, 2000, p. 366.)

Assim, não somente o Brasil, mas outros Estados americanos não apresentavam condições jurídicas para o florescimento de um controle de conformidade das leis aos tratados internacionais. Diante disso, a inclusão da citada ferramenta jurídica na ordem interna somente poderia ser feita por expressa alteração constitucional e/ou jurisprudencial, o que, em regra, é difícil, tendo em vista a tradição jurídica dos Estados da região, ou por meio de um órgão internacional a que os Estados americanos estivessem vinculados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, desde sua criação, sempre examinou a legislação doméstica dos Estados membros do sistema americano de direitos humanos à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. Note-se que o artigo 2º do Pacto de São José da Costa Rica<sup>3</sup> determina a harmonização da legislação doméstica com os termos da convenção mencionada. Assim, no sistema americano de direitos humanos, há hierarquia superior do direito internacional em face do direito interno, tendo o último de se adaptar às obrigações assumidas internacionalmente pelo Estado.

Parte-se, novamente, de uma ordem normativa hierárquica, mas, dessa vez, estabelecida pelo direito internacional. Cumpre destacar que, no direito internacional, a superioridade das normas internacionais está positivada também no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969<sup>4</sup>, que trata da inoponibilidade do direito interno para justificar o descumprimento de tratados. Desse modo, sempre houve um controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todavia, somente a partir de 2003, inicia-se o desenvolvimento do instituto e ferramenta jurídica denominada controle de convencionalidade no âmbito do Sistema Americano de Direitos Humanos.

Marcelo Torelly apresenta quádrupla classificação do desenvolvimento do controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na primeira fase, estariam posicionados os primeiros casos em que os juízes internacionais elaboraram votos individuais sobre a citada ferramenta, destacando-

---

<sup>3</sup> Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>4</sup> Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

se o voto de Sérgio Garcia Ramirez no caso Myrna Chang contra Guatemala (TORELLY, 2016, p. 222). Em segunda fase, inicia, de fato, a Corte a tratar do controle de convencionalidade como colegiado no caso Almonacid Arellano contra Chile de 2006, quando a Corte se manifesta sobre a necessidade de o judiciário interno realizar a verificação da conformidade das leis com a Convenção Americana, tendo a consciência de que o tribunal internacional é o intérprete último do Pacto de San José da Costa Rica (TORELLY, 2016, p. 227).

Numa terceira fase, explicitamente demanda-se a aplicação de ofício do instituto pelos juízes domésticos, conforme o caso dos Trabalhadores Dispensados do Congresso contra Peru (TORELLY, 2016, p. 228). Em quarta fase, a Corte salienta que o controle de convencionalidade é exercido também pelos órgãos de administração da justiça, ou seja, não somente por aqueles que compõem o judiciário, o que é feito no caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México de 2010 (TORELLY, 2016, p. 234). Na quinta e derradeira fase classificatória, a Corte teria como pretensão a invalidação direta de normas domésticas, isto é, pela atuação do próprio tribunal, sem o auxílio do judiciário interno, ainda que reitere a obrigatoriedade do controle de convencionalidade no plano nacional, sendo exemplos os casos Gomes Lund contra Brasil de 2010 e Gelman contra Uruguai de 2011 (TORELLY, 2016, p. 237-239).

No presente trabalho, não se pretende realizar uma nova classificação doutrinária de fases dos casos julgados pela Corte, uma vez que aquela realizada por Torelly está adequada. Entretanto, é imperioso salientar que, no desenvolvimento do controle de convencionalidade, existem casos que necessariamente devem ser mencionados, que serão denominados de casos fundacionais. Esses são os julgados essenciais que delineiam, por ora, a trajetória principal do instituto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, quais sejam: Myrna Mack Chang contra Guatemala, de 2003; Almonacid Arellano contra Chile, de 2006; Trabalhadores Dispensados do Congresso vs. Peru, de 2006; Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México, de 2010; Gomes Lund contra Brasil, de 2010; Gelman contra Uruguai de 2011. O que distingue os casos fundacionais dos demais é o fato de não apenas repetirem o que outros julgados trataram sobre o instituto jurídico em estudo, mas estabelecerem requisitos, parâmetros e, além disso, as pretensões que a própria Corte tem com relação ao controle de convencionalidade.

Pesa também o fato de os casos em comento serem constantemente objeto de análise pela doutrina.

São estudados os casos fundacionais do controle de convencionalidade não apenas sobre o que tratam da ferramenta jurídica, mas também sobre os fatos que deram ensejo ao uso do instituto, os artigos convencionais violados e a conclusão da Corte. Em sequência, são analisados casos complementares sobre a teoria. O que os diferencia dos demais é o fato de, embora não integrem os casos principais, realizarem esclarecimentos sobre a aplicação da ferramenta jurídica. Foram selecionados apenas os seguintes casos complementares, quais sejam *Liakat Ali Alibux contra Suriname*, de 2014, e *Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus membros contra Honduras*, de 2015. Para esses casos, a abordagem restringe-se ao que foi aperfeiçoado e aclarado na teoria do controle de convencionalidade. Tratam eles, respectivamente, do modelo de controle a ser utilizado pelos Estados e sobre as normas internacionais que servem de parâmetro para a aplicação do instituto. Dentre os casos complementares, ainda são analisados dois casos recentes contra o Brasil em que o controle de convencionalidade foi aplicado: *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil*, de 2017, e *Herzog e outros contra Brasil*, de 2018. Para uma melhor organização do trabalho, os casos complementares *Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus membros contra Honduras*, de 2015, e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil*, de 2017, serão examinados na parte específica do trabalho, pois tratam da aplicação de convenções da OIT no âmbito do sistema americano de proteção dos direitos humanos. Também é feita uma síntese do desenvolvimento jurisprudencial do controle de convencionalidade na região e, por último, são tratadas as principais críticas doutrinárias ao instituto.

## 2.1 CASOS FUNDACIONAIS

Os casos fundacionais são aqueles indicados pela doutrina como aqueles que deram ensejo ao desenvolvimento do controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não são esses casos os únicos que abordam o tema controle de convencionalidade, mas são certamente os que delineiam a teoria aplicada no tribunal internacional. *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, de 2003, trata do início da teoria, mas nem sempre é identificado como o precursor,

uma vez que a ideia do controle normativo estava em um voto individual. Almonacid Arellano contra Chile, de 2006, a seu turno, não raras vezes é apontado como o primeiro caso que fundamenta o conceito de convencionalidade no sistema americano de proteção de direitos humanos, em virtude da abordagem do instituto pelo colegiado.

Trabalhadores dispensados do Congresso contra Peru, de 2006, torna a teoria do controle de convencionalidade mais sólida dentro da Corte e autoriza o controle normativo mesmo de ofício. Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México, de 2010, esclarece que as cortes constitucionais, ainda que não integrem formalmente o judiciário interno, devem realizar o controle proposto. Gomes Lund e outros contra Brasil, de 2010, geralmente é citado pela doutrina brasileira como um importante caso de controle de convencionalidade, tendo em vista a relevância que tem para o direito interno nacional, mas pelos autores latino-americanos. Gelman contra Uruguai, de 2011, trata do confronto entre democracia e direitos humanos, mas também a teoria do controle de convencionalidade. Os casos citados tratam de fases distintas do desenvolvimento do controle normativo em estudo e são apresentados em ordem cronológica.

### **2.1.1 Myrna Mack Chang contra Guatemala: a integralidade estatal perante o direito internacional**

Myrna Mack Chang era uma antropóloga que estudava as populações que haviam se deslocado internamente na Guatemala em virtude de conflitos nacionais, tendo fundado uma associação em defesa dos direitos sociais. A sociedade guatemalteca, à época, não tinha conhecimento das populações deslocadas em razão dos conflitos nacionais, e o trabalho da socióloga divulgava este fato. Em seus estudos, Myrna concluiu que deveria haver a desmilitarização do controle das populações deslocadas.

Havia também populações deslocadas que não estavam sob o controle do exército, uma vez residiam em locais de difícil acesso. Eram chamados os povos de resistência que tentavam retornar a sociedade após os conflitos internos. Myrna passou a ser associada pelo exército a estas populações. Ainda que, inicialmente, a antropóloga tenha obtido a permissão militar para trabalhar com estes povos,

despertou a desconfiança do exército. Assim, em 11 de setembro de 1990, na Cidade de Guatemala, Myrna Mack Chang foi assassinada com 27 facadas.

O relatório de investigação de 24 de setembro de 1990 concluiu que Myrna Mack Chang havia sido assassinada por motivos políticos por militares vinculados ao Estado Maior Presidencial, órgão do exército responsável pela segurança do presidente (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 168). Este órgão tinha por hábito realizar execuções extrajudiciais. O citado relatório, no entanto, foi substituído por outro de conteúdo diverso, no qual se concluía que Myrna havia sido vítima de roubo e, por consequência, assassinada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 169). Um dos investigadores do caso e responsável pelo primeiro relatório foi assassinado por membros do Estado Maior Presidencial (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 187).

Apenas um assassino responsável pela materialidade do crime havia sido condenado pelo homicídio de Myrna, quando o caso foi apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os mentores intelectuais do crime não foram punidos. Um juiz que havia tentado julgar o caso e responsabilizar os idealizadores do crime afastou-se da jurisdição, mudando-se para o exterior em virtude das ameaças sofridas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafos 184-5). Foi demonstrado que, na Guatemala, havia um temor entre os magistrados de terem de julgar casos como o de Myrna que envolviam altos membros do exército guatemalteca.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a Guatemala violou os artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 234), ou seja, a vida, a integridade física, as garantias judiciais e a proteção judicial. Para fins de reparação, houve determinação de pagamento de indenizações aos familiares da vítima. Além disso, foi determinado que a Guatemala deveria investigar efetivamente o que ocorreu com a antropóloga, a fim de identificar, julgar e punir todos os autores materiais e intelectuais do crime, assim como aqueles que atuaram no intuito de esconder a verdade sobre o caso (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 275).

Inclusive houve a expressa determinação para que o Estado se abstinhasse de deixar de punir os responsáveis pela morte de Myrna em virtude a anistia, prescrição

e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 276). É importante destacar que a Corte cita precedente em que entende não haver possibilidade de aplicação dos mencionados institutos jurídicos nos casos de graves violações de direitos humanos, como tortura, execuções sumarias e desaparecimentos forçados. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 276). Dentre as reparações determinadas pela Corte, estão a criação de uma bolsa de estudos em antropologia com o nome da vítima a ser concedida anualmente (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 285), assim como nomear uma rua ou praça conhecida, na Cidade de Guatemala, em homenagem a Myrna (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 286). Registre-se que a própria sentença, por si só, foi considerada uma forma de reparação (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 134).

No caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, inicia oficialmente o pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a teoria do controle de convencionalidade<sup>5</sup>. Em parecer, o juiz Sérgio Garcia Ramirez avalia a conduta do Estado guatemalteco que, desde a denúncia da violação do direito à vida da vítima que dá nome ao caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1990, fez diferentes declarações sobre a responsabilidade assumida pelo assassinato da antropóloga, que estudava o deslocamento de pessoas em virtude dos conflitos internos. Ora o Estado da Guatemala admitia a responsabilidade pela morte de Myrna Mack Chang, ora pretendia a reinterpretação tanto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange as declarações anteriormente feitas.

---

<sup>5</sup> Sobre o início do controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos impende citar o Cuadernillo de jurisprudência n. 07: “*El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en Almonacid Arellano la Corte precisa sus principales elementos.*” (O controle de convencionalidade, com essa denominação, aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana no caso Almonacid Arellano contra Chile. Anteriormente, o juiz Sergio García Ramírez, em seus votos nos casos Myrna Mack e Tibi, havia adotado uma abordagem conceitual para o controle da convencionalidade, realizada na sede interamericana e em nível interno dos Estados, mas em Almonacid Arellano, a Corte define seus principais elementos.) [tradução livre da autora] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017b, p. 7.)

Diante das intenções volúveis da Guatemala ao se declarar responsável pela morte de Myrna, o juiz Sérgio Garcia Ramirez reconhece a existência de divisão de poderes no direito interno dos Estados. Contudo, sustenta que, para fins de direito internacional público, as declarações de responsabilidade do Estado abrangem-no de forma integral. Em suma, para o plano internacional, o Estado é indivisível (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafos 26 e 27). Para o magistrado, não seria possível subtrair da Corte o exame da convencionalidade. Partes do Estado não podem ser eximidas do controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A declaração do Estado, ao assumir certos fatos como verdadeiros, não poderia ser condicional nem impedir que certos órgãos estatais não sejam abarcados por ela (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 29). O direito internacional público e os tribunais internacionais não poderiam se sujeitar a declarações precárias e condicionadas dos Estados. O direito interno não poderia ter a aptidão de, eventualmente, alterar uma declaração internacional estatal que obriga o Estado em sua inteireza (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 31). Em seu voto, o mencionado juiz internacional reforça a tendência das cortes internacionais em reconhecerem a impossibilidade de o direito interno ser utilizado como justificativa para a não observância de tratados internacionais, citando literalmente a Convenção de Viena sobre o tema (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 31).

Nesse voto concorrente, não se aborda expressamente a obrigação de o juiz interno aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos, motivo pelo qual, provavelmente, o caso Myrna Mack Chang contra Guatemala não é sempre relacionado como o primeiro a tratar do controle de convencionalidade<sup>6</sup>. Ademais, como já asseverado, a expressão controle de convencionalidade foi citada em um voto concorrente de um juiz da Corte e não na decisão propriamente, mais uma razão possível para o caso não ser destacado, em regra, como precursor da teoria do controle de convencionalidade. Entretanto, ao tratar da indivisibilidade das

---

<sup>6</sup> Em sua tese, Marcelo Torelly reconhece que o caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 2003 foi o primeiro em que foi usada a expressão “controle de convencionalidade” no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, destaca também a importância do caso A última tentação de Cristo vs. Chile de 2001 em que o tribunal internacional determinou que o Estado chileno adequasse o texto constitucional por não observar a Convenção Americana de Direitos Humanos. (TORELLY, 2016.)

declarações estatais em âmbito internacional, o caso suscita o elemento essencial da teoria do controle de convencionalidade, qual seja, as obrigações assumidas pelo Estado internacionalmente abarcam-no integralmente sem exceção de quaisquer dos poderes internos.

### **2.1.2 Almonacid Arellano contra Chile: “um certo controle de convencionalidade” e a Corte como intérprete última**

Alfredo Almonacid Arellano era professor e militante do partido comunista (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 82.2), que, em 16 de setembro de 1973, foi detido por policiais em sua residência, além de ter sido baleado em frente à sua família. Após ter sido alvejado, Almonacid Arellano foi levado ferido pela polícia. No dia seguinte, a vítima morreu no hospital (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 82.8). A investigação e o julgamento do crime foram sobrestados até o advento do Decreto-lei n. 2.191/1978 que concedeu anistia a todos que cometeram atos delituosos no período de estado de sítio entre 11/09/1973 a 10/03/1978 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 82.9 a 82.10).

Encerrado o regime autoritário chileno, a viúva de Almonacid Arellano requereu o fim do sobrestamento do processo sobre a morte de seu marido. No entanto, muitas questões processuais foram suscitadas como competência da justiça civil ou da justiça militar para julgar a causa. Além disso, discutia-se a aplicação do Decreto-lei n. 2191/1978, que concedia anistia a quem havia cometido crimes quando o Chile estava em estado sítio. Em 1998, o processo de Almonacid Arellano foi arquivado sem que houvessem sido apontados os responsáveis por sua execução (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 82.23).

A Corte entendeu que o assassinato de Almonacid Arellano em 1973 foi um crime de lesa-humanidade e que a proibição desse tipo de crime é uma norma de *jus cogens*<sup>7</sup>, motivo pelo qual a condenação pelo direito internacional é obrigatória

---

<sup>7</sup> “A principal característica distintiva de tais regras é sua não derogabilidade. São regras de direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Os exemplos menos controversos deste tipo de regras são a proibição do uso da força, as regras sobre genocídio, o

(CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 99). Concluiu-se que, no Chile, à época, o Estado visava a eliminar sistematicamente determinados grupos da população civil, nos quais se encaixava o perfil da vítima, que era membro do partido comunista, representante de trabalhadores e candidato a cargo eletivo. Assim, não seria devida a concessão de anistia aos crimes de lesa-humanidade.

Ademais, o tribunal internacional em comento decidiu que o Decreto-lei n. 2191/1978 era genérico, podendo abarcar na concessão de anistia crimes de lesa-humanidade, o que é defeso (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 116). Para a Corte, não houve cumprimento pelo Estado chileno da obrigação de harmonizar o direito interno ao disposto na Convenção, conforme determina o artigo 2º do Pacto de São José da Costa Rica. Ao manter no ordenamento jurídico o Decreto-lei n. 2191/1978, o Chile não observou a obrigação internacional mencionada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 122). Mesmo que o citado decreto-lei não mais tivesse aplicação pelos tribunais internos do Chile, não havia sido revogado, o que permitia que o judiciário eventualmente alterasse seu posicionamento e voltasse a aplicá-lo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 121). A Corte entendeu que o artigo 2º da Convenção impõe uma obrigação legislativa ao Estado de suprimir toda a norma interna contrária (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 121).

A Corte decidiu que o Chile violou os artigos 1º, 2º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 134). Foi determinado que o Estado chileno assegurasse que o Decreto-lei n. 2191/1978 não mais fosse um obstáculo para a investigação da execução extrajudicial da vítima nem para a identificação e punição dos responsáveis. Da mesma forma, o citado decreto-lei não poderia mais ser um empecilho para a investigação e o julgamento de casos similares. Além disso, outra obrigação de fazer foi determinada ao Chile: a publicação da parte da sentença “fatos provados” em Diário Oficial e em outro meio de grande circulação no prazo de seis meses da intimação da decisão internacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 162).

---

princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade, e as regras que proíbem o comércio de escravos e pirataria”. (BROWLIE, 1997, p. 537.)

O caso Almonacid Arellano e outros contra Chile é considerado pela doutrina, em geral, como a decisão que inicia o desenvolvimento da teoria do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se da primeira decisão que passa a definir o que é o controle de convencionalidade e que determina que os juízes internos dos Estados que ratificaram o Pacto de São José da Costa Rica devem aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos ainda que o Legislativo falhe em observá-la ao produzir normas domésticas.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos concede ao Poder Judiciário uma opção clara de resolver um caso particular. Não tendo o Poder Legislativo observado o Pacto de São José da Costa Rica ao criar leis, o Poder Judiciário teria a obrigação de se abster de aplicar normas internas contrárias ao mencionado tratado internacional de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 123). Aplicar leis contrárias à convenção daria ensejo à responsabilidade internacional do Estado. Segundo a Corte, é um princípio básico do direito internacional público que o Estado é responsável internacionalmente pelos atos e omissões de quaisquer de seus poderes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 123).

Ainda que os juízes internos tenham de observar as leis, devem realizar um controle de convencionalidade ao aplicar as normas domésticas, verificando se essas estão de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 124). Os juízes domésticos, como integrantes do Estado que ratificou a convenção, devem observá-la e, portanto, absterem-se de aplicar leis contrárias, sob pena de violação de tratado internacional.

Acrescenta a Corte que não apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser aplicada, mas também tem de ser observada a interpretação que o mencionado tribunal internacional confere ao tratado referido por se tratar de intérprete último do pacto em comento. Para reforçar seu argumento, a Corte rememora princípio costumeiro de direito internacional público, posteriormente positivado no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969, que estabelece a inoponibilidade do direito interno para fundamentar violação a direito internacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 125). No caso em análise, a Corte entendeu que o Estado chileno

descumpriu a obrigação de adequar o direito interno às garantias e aos direitos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 129).

Assim, fazendo uso de princípios clássicos de direito internacional público, a Corte Interamericana de Direitos Humanos delinea a teoria do controle de convencionalidade, pois cabe ao Estado, como um todo, observar a convenção, o que inclui o Poder Judiciário interno. Havendo falha do legislativo por inobservar as disposições do tratado, impende ao judiciário doméstico recusar-se a aplicar norma contrária a pacto internacional. A aplicação pelo judiciário de norma doméstica violadora de tratado acarreta responsabilidade internacional do Estado, uma vez que o direito interno não é fundamento válido para justificar a contrariedade à convenção.

### **2.1.3 Trabalhadores dispensados do Congresso contra Peru (Aguado Alfaro e outros vs. Peru): controle de convencionalidade de “de ofício” e paralelo ao controle de constitucionalidade**

Em 1992, durante o primeiro mandato do presidente Alberto Fujimori, instalou-se o “governo de emergência e reconstrução nacional”, conforme Decreto-lei n. 25.438 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 89.7). Foi instituída uma Comissão Administradora do Patrimônio do Congresso da República para iniciar um processo de racionalização administrativa (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 89.8). Para tanto, seria feito um processo de avaliação dos trabalhadores do Congresso que não aceitassem os incentivos econômicos nem optassem pela renúncia voluntária ao cargo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 89.12).

Foram dispensados os empregados que não se inscreveram nos exames ou que não alcançaram o número de vagas definido pela Comissão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 89.13). Os trabalhadores dispensados apresentaram recursos administrativos e, após, esgotada a mencionada via, ajuizaram ação contra a extinção contratual, sem, no entanto, obterem êxito. Anos depois, Comissões Especiais foram instauradas e concluíram

que vários trabalhadores haviam sido dispensados irregularmente do setor público na década de 1990.

A Corte constatou que as dispensas ocorreram em um período histórico em que houve muitas extinções contratuais irregulares no setor público, o que foi reconhecido pelo próprio Estado peruano a partir 2001 através de leis e disposições administrativas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 108). A Corte pontuou que os Estados têm discricionariedade para reorganizar suas instituições, remover pessoal em razão das necessidades de serviço público, além de gerir interesses de ordem pública, mas devem ser observadas as garantias do devido processo e proteção judicial (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 110).

Segundo a Corte, não havia clareza de como os trabalhadores deveriam proceder para defender os direitos que entendiam violados. Havia três vias possíveis de ação: a via administrativa do Congresso, a via administrativa contenciosa e a via judicial. Contudo, existia dúvida nas resoluções que tratavam do tema, o que dificultava a conclusão sobre ter de se recorrer a via administrativa do Congresso e ter de se esgotar a via administrativa contenciosa antes de se ajuizar ação judicial (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafos 111-6). Afora isso, havia decreto-lei que impedia o ajuizamento de ação judicial para questionar os atos do processo de racionalização administrativa, o que contribuía para a insegurança jurídica (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafos 119-120), razão pela qual foram violados os artigos 1.1, 2º, 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Foi determinado que o Estado peruano constituísse um órgão independente e imparcial para decidir de forma vinculante e definitiva se os trabalhadores foram dispensados de forma regular ou não do Congresso (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 148), cujas decisões finais deveriam ser adotadas no prazo de um ano a contar da notificação da sentença internacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 155). Além disso, o Estado peruano foi condenado a pagar indenização por danos imateriais às 257 vítimas reconhecidas pela Corte no mesmo prazo anterior (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 151).

No caso Trabalhadores dispensados do Congresso contra Peru, há uma evolução da teoria do controle de convencionalidade, uma vez que se assevera

expressamente que é uma obrigação do juiz interno realizar o controle de convencionalidade das normas domésticas, inclusive, de ofício, caso o sistema legal estatal assim o permita. Na decisão, foi referido que os juízes do Estado que ratificou um tratado internacional, como a Convenção Americana, estão a ela submetidos, razão pela qual deveriam zelar para que os efeitos do pacto não sejam reduzidos ou anulados pela aplicação de leis internas contrárias (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 128). Não apenas o controle de constitucionalidade deveria ser feito pelos juízes internos, mas também o controle de convencionalidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, parágrafo 128).

A partir do mencionado caso, foi estabelecido que o controle de convencionalidade é um dever dos juízes internos, que devem exercê-lo, de ofício, quando o direito doméstico autorizar. Além disso, houve, pela primeira vez, a afirmação implícita de um paralelismo entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, ao se destacar que os juízes internos não poderiam se limitar apenas ao primeiro. Assim, as leis internas teriam mais de um controle de validade, tendo um deles parâmetro diverso da constituição estatal, qual seja: a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, a doutrina aponta o caso em comento como aquele que, de fato, tornou o controle de convencionalidade uma ferramenta e um instituto jurídico. Sagues ressalta, por exemplo, que, no julgado Arellano Almonacid contra Chile, a Corte havia falado de uma espécie de controle de convencionalidade, mas no caso dos Trabalhadores Dispensados do Congresso contra Peru trata diretamente do controle de convencionalidade (SAGÜÉS, 2010, p. 120). O controle de convencionalidade, de acordo com o citado autor, é tratado na mencionada sentença como um ato de fiscalização a que deve ser submetida a legislação interna à luz da Convenção Americana e da interpretação dada pela Corte ao referido tratado (SAGÜÉS, 2010, p. 120).

A autorização para a atuação de ofício dos magistrados dos Estados membros do sistema americano de proteção dos direitos humanos visa à maior promoção dos direitos humanos. Para esta matéria, os juízes internos deveriam tutelar os direitos de forma proativa, ou seja, independentemente da provocação das partes. Em razão desse aspecto, a doutrina aponta que a teoria do controle de

convencionalidade coaduna-se com o controle difuso, ainda que não haja a sua adoção de modo expresse nas decisões que tratam da tese<sup>8</sup>.

#### **2.1.4 Cabrera García e Montiel Flores contra México: “órgãos vinculados à administração da justiça”**

No dia 2 de maio de 1999, quarenta membros do 40º Batalhão da Infantaria do exército entraram na comunidade em que viviam Cabrera Garcia e Montiel Flores a fim de realizar atividades contra o narcotráfico. Um civil foi morto a tiros pelos militares, o que levou as pessoas mencionadas a se esconderem atrás de árvores e arbustos para se protegerem. No entanto, foram detidos pelo exército (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 67) e, somente após passados dois dias, foi autorizada a prisão pelo judiciário. Houve investigação e processo, tendo sido os dois homens condenados por porte ilegal de armas e de drogas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafos 69 e 70).

Os acusados recorreram da decisão de primeiro grau, uma vez que alegaram terem sido torturados e existir perícia médica nos autos que confirmava o fato. A sentença de primeiro grau foi anulada, mas a nova decisão prolatada mantinha a condenação dos acusados por entender não ser suficiente a prova da tortura alegada, o que não foi reformado pela segunda instância (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafos 71 a 73).

No caso em comento, o Estado mexicano apresenta exceção preliminar de que a Corte estaria a exercer o papel de quarta instância, o que seria defeso, uma vez que já havia realizado o controle de convencionalidade de ofício (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 13). A Corte decide que não poderia valorar a prova apreciada pelos tribunais internos nem atuar como uma quarta instância, modificando a decisão dos órgãos estatais domésticos

---

<sup>8</sup> "La Corte Interamericana no ordenó un régimen de control difuso, aunque probablemente simpatizara con él. Dejó la decisión final a cargo de los Estados, a condición de que aquella favoreciera el control judicial de convencionalidad, eje del sistema propuesto." ("A Corte interamericana não ordenou um regime de controle difuso, ainda que provavelmente simpatize com ele. Deixou a decisão ao encargo dos Estados, sob a condição de que essa favoreceria o controle judicial de convencionalidade, eixo do sistema proposto." [tradução livre da autora] (GARCIA RAMÍREZ, 2016, p. 136.)

em razão da inconformidade das partes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 13).

Contudo, poderia analisar, no mérito, se o Estado exerceu o controle de convencionalidade de acordo com as obrigações internacionais que assumiu e conforme a jurisprudência da Corte (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 21). Da decisão, extrai-se a conclusão de que, embora o controle de convencionalidade tenha de ser exercido precipuamente pelos Estados, nada obsta que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faça o controle de convencionalidade de forma subsidiária. O exercício do controle de convencionalidade pelo Estado não impede que o tribunal internacional também o faça.

Ainda sobre o tema, no voto fundamentado do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, o magistrado refere que este foi o primeiro caso em que um Estado alegou ter observado o controle de convencionalidade por meio de seus tribunais nacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 6). Para o juiz internacional, a jurisdição interamericana é competente para revisar a atuação dos juízes nacionais, inclusive quanto ao exercício correto do controle de convencionalidade, sob a luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, de seus protocolos e da jurisprudência da Corte (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 11).

A Corte concluiu que era imprescindível que as instâncias judiciais houvessem realizado diligências para esclarecer a relação entre as marcas nos corpos dos acusados e a tortura alegada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 131). Foi constatado que a primeira perícia sobre tortura somente foi realizada três meses após a primeira menção sobre o fato (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 131).

Segundo o tribunal internacional, os Estados têm a obrigação de investigar, quando há alegação de que a confissão foi obtida mediante coação, inclusive de ofício. Caberia ao Estado o encargo probatório de demonstrar que a confissão foi voluntária (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 136). A Corte também reitera sua jurisprudência no sentido de que a jurisdição militar não é foro competente para investigar, julgar e punir os autores de

alegadas violações de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 198). Para a Corte, a jurisdição militar deveria ser restrita a casos de disciplina militar (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 197). A intervenção do foro militar na investigação prévia da tortura das vítimas do caso contrariou a regra de restrição da jurisdição militar definida pela Corte em julgados anteriores (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 199).

A Corte renova a obrigação de os juízes internos realizarem, de ofício, o controle de convencionalidade, mas também a estende aos órgãos vinculados à administração da justiça, observadas as competências e a regulação processual (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 225). Outrossim, reitera-se que não somente o tratado internacional deve ser observado, isto é, o Pacto de São José da Costa Rica, mas também a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 225). Para reforçar seu posicionamento, a Corte cita decisões de tribunais superiores internos que tratam do controle de convencionalidade e do uso jurisprudência internacional como parâmetro. A Corte sinaliza que, independentemente das reformas legislativas que deveriam ser feitas pelo Estado, as autoridades judiciais deveriam aplicar o controle de convencionalidade de ofício para reconhecer a competência do tribunal penal ordinário (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 233).

Para fins de reparação, dentre outras determinações e condenações, a Corte ordenou que o Estado mexicano conduzisse eficazmente a investigação dos fatos em comento, em especial os atos de tortura contra as vítimas mencionadas, no intuito de responsabilizar os perpetradores penalmente, devendo ser observada a jurisdição ordinária para o caso (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 215). Além disso, o tribunal internacional determinou que o México realizasse reformas legislativas para compatibilizar o artigo 57 do Código de Justiça Militar com os padrões internacionais sobre a matéria e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Do mesmo modo, a alteração legal também deveria contemplar a criação de um recurso efetivo para impugnar a competência do foro militar (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, parágrafo 215, item 15).

Isso demonstra que a Corte, como tribunal internacional, reconhece a impossibilidade de, apenas com sua decisão, alterar a ordem jurídica interna dos Estados. No entanto, há um esforço contínuo para a aplicação efetiva do artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispositivo que determina que os Estados signatários devem adequar seu direito interno aos termos do tratado internacional de direitos humanos ratificado.

Ordena-se a alteração legislativa a fim de se harmonizar o direito doméstico com o direito internacional dos direitos humanos na região, devendo-se ter como parâmetro não somente o texto do Pacto de São José da Costa Rica, mas também a jurisprudência da Corte. A teoria do controle de convencionalidade é mais uma forma de dar efetividade ao artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos por meio da atuação do judiciário interno e dos órgãos de administração da justiça.

Também é importante ressaltar que nem sempre a Corte determina que o Estado modifique sua legislação interna. Às vezes a mera alteração de interpretação é suficiente para adequação aos parâmetros convencionais (tratados e jurisprudência). No caso em comento, a Corte rememora outro julgado referente à jurisdição militar no México (Radilla Pacheco vs. México, 2009) em que o mencionado tribunal internacional destaca que o artigo 13 da Constituição Política mexicana não precisa ser alterado, mas sim interpretado conforme os princípios convencionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, parágrafos 338 e 341). Aliás, no caso Radilla vs. Pacheco de 2009, a Corte destaca que não basta haver normas de acordo com princípios convencionais, pois a interpretação também deve ser coerente com a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>9</sup> (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, parágrafo 338).

Além da sentença do caso contencioso Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México, está anexado à decisão o voto fundamentado do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, que se dedica a explicar o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade até o julgado referido. Trata-se de voto bastante didático e importante para a definição de aspectos relevantes da tese em estudo, razão pela qual se passa a citar seus principais pontos.

---

<sup>9</sup> Nestor P. Sagüés aduz que o controle de convencionalidade tem uma faceta destrutiva e outra construtiva, sendo a primeira referente à possibilidade de eliminação de normas domésticas contrárias ao Pacto de San José da Costa Rica e a segunda concernente à interpretação das leis internas conforme a Convenção Americana. (SAGÜÉS, 2010, p. 130-131.)

No voto, o magistrado trata do controle difuso de convencionalidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 13). Ressalta-se que o voto mencionado acompanha a decisão da Corte, mas não a integra. De qualquer modo, trata-se de opinião importante sobre a matéria de juiz que fez parte da Corte acerca da forma como deve ser exercido o controle de convencionalidade, ou seja, por todos os juízes que analisem determinado caso.

O mencionado magistrado *ad hoc* rememora o surgimento da doutrina do controle de convencionalidade, estabelecendo seu marco no caso Almonacid Arellano contra Chile em 2006 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 13). Ressalta que o precedente foi reiterado dois meses depois no caso dos Trabalhadores Dispensados do Congressos vs. Peru acrescido de alguns delineamentos, quais sejam: a) exercício de ofício pelos juízes internos; e b) observância da competência e das normas processuais correspondentes, além de pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 14).

Conforme o juiz *ad hoc*, no caso Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México foram estabelecidos novos critérios relevantes à doutrina do controle de convencionalidade, uma vez que a expressão “Poder Judicial”, utilizada desde o julgado precursor Arellano Almonacid contra Chile de 2006, passa a ser substituída pelo termo “todos os órgãos do Estado”, “incluídos seus juízes” e “e que juízes e órgãos vinculados à administração de justiça de todos os níveis” devem exercer o controle de convencionalidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 18).

Esclarece o magistrado que a intenção da Corte é definir que o controle de convencionalidade deve ser exercido por qualquer juiz ou tribunal que materialmente realize função jurisdicionais, o que inclui Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas, mesmo que formalmente não pertençam ao Poder Judiciário (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 20). Há assimilação de conceitos de direito constitucional, o que configura a internacionalização do direito

constitucional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 20).

Para Mac-Gregor, a Corte realiza o controle concentrado de convencionalidade desde seu surgimento, uma vez que submete ao exame de convencionalidade as normas do Estado em um caso particular (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 22). O que se desenvolve posteriormente é o controle difuso de convencionalidade, pois a obrigação do exame de convencionalidade estende-se aos juízes nacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 22).

Conforme o magistrado, existem graus diferentes de exercício do controle difuso de convencionalidade. Quando, no Estado, um juiz interno tem a competência de afastar lei inconstitucional, poderia fazer o mesmo com relação às leis inconventionais, havendo um grau intermediário do controle difuso de convencionalidade. Ao se apresentar o caso à Corte Suprema do Estado, que decide de forma definitiva sobre a constitucionalidade das normas, atinge-se o grau máximo do controle difuso de convencionalidade com efeito *erga omnes* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 36).

No entanto, nos Estados em que o controle de constitucionalidade é realizado apenas de modo concentrado, os juízes internos teriam o dever de fazer uma interpretação conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos da norma doméstica. Não sendo possível a interpretação convencional da norma interna, caberia ao juiz interno aplicá-la, mas suscitar sua inconventionabilidade no intuito de provocar os juízes com competência para deixar de aplicar a norma a realizar o controle difuso de convencionalidade em seu grau máximo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafos 37 e 39).

É oportuno reparar o uso que o juiz *ad hoc* faz dos termos controle concentrado e controle difuso. O que se interpreta da colocação feita pelo magistrado em seu voto é que esse considera que o controle concentrado era exercido apenas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde a sua origem. A partir do surgimento da doutrina do controle de convencionalidade,

emerge o modelo difuso da mencionada ferramenta, porque não apenas um tribunal ou juiz detém a competência para submeter normas domésticas ao crivo de validade em face de normas internacionais, mas também os órgãos judiciais internos.

Ao que parece, para o juiz *ad hoc*, o controle concentrado é aquele executado por apenas uma corte, ao passo que o difuso é aquele que pode ser exercido por mais de uma autoridade judicial, razão pela qual o controle concentrado a ser feito pelos órgãos jurisdicionais internos é sempre difuso nessa perspectiva, mesmo que na ordem jurídica nacional o controle de constitucionalidade seja realizado somente de forma concentrada. O citado critério terminológico também é utilizado por alguns autores brasileiros, que defendem que, na verdade, não existe um sistema misto de controle de constitucionalidade, mas apenas o controle difuso<sup>10</sup>. Segundo o mencionado parâmetro, se mais de um órgão tem a competência para realizar o controle de constitucionalidade, há necessariamente o modelo difuso.

Note-se que o juiz *ad hoc* não afirma em momento algum que o controle de convencionalidade deve ser realizado, conforme o modelo difuso pelos juízes internos. Ao contrário, o magistrado reconhece que há Estados que adotam a forma concentrada de controle de constitucionalidade, o que também deve ser observado pelos juízes domésticos. No entanto, isso, por si só, não impediria a realização do controle de convencionalidade em um grau de menor intensidade. Reitera-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não adota nenhum modelo de controle que deve ser observado pelos Estados, o que, inclusive, foi esclarecido no caso *Liakat Ali Alibux contra Suriname*, de 2014<sup>11</sup>. Assim, a escolha de um modelo interno de controle de validade das leis cabe ao Estado.

---

<sup>10</sup> “Isso quer dizer que, nos sistemas em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer caso, e, ao lado disso, este controle também é deferido à Suprema Corte mediante via direta, há, na realidade, controle difuso decorrente das formas incidental e principal. Misturam-se, portanto, os modelos incidental e principal, não o controle difuso com o concentrado. Se existe sistema misto, esse é constituído pelo modelo incidental somado ao principal, os quais, por sua vez, permitem o controle concreto e o controle abstrato, ainda que, como já demonstrado, a via principal possa, excepcionalmente, também levar ao controle concreto. (...) Deixe-se claro, assim, que o sistema brasileiro não é um sistema misto, em que se associam o controle difuso e concentrado. No Brasil há sistema difuso, conjugando-se, isto sim, os controles incidental e principal e os controles concreto e abstrato”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 974-975.)

<sup>11</sup> “*sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*”. (sobre a violação do direito à proteção judicial devido à ausência de um Tribunal Constitucional, embora a Corte

No voto fundamentado mencionado, defende-se que o parâmetro do controle difuso de convencionalidade é todo *corpus juris* interamericano e não somente a Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, os Protocolos Adicionais e outros instrumentos internacionais de mesma natureza e cuja matéria seja de competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos são objeto do controle de convencionalidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 48).

Para ilustrar o fato de que não somente os tratados do âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos integram o referido *corpus iuris*, o juiz *ad hoc* cita a opinião consultiva OC-16/99 concernente à aplicação e à interpretação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 48). Quanto ao que configura jurisprudência da Corte, o magistrado faz uma ampla interpretação da expressão, uma vez que inclui no conceito, além das sentenças dos casos contenciosos, as opiniões consultivas<sup>12</sup>, as medidas provisionais, a supervisão de cumprimento da sentença e a interpretação da sentença (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 49).

No que tange à retroatividade da declaração de inconvenção da norma interna, o juiz *ad hoc* afirma que a Corte ainda não decidiu expressamente acerca do efeito da decisão se *ex tunc* ou *ex nunc*. Contudo, pelo teor das sentenças

---

reconheça a importância desses órgãos como protetores de mandatos constitucionais e direitos fundamentais, a Convenção Americana não impõe um modelo específico para a realização um controle de constitucionalidade e convencionalidade. Nesse sentido, a Corte recorda que a obrigação de exercer o controle da convencionalidade entre as normas domésticas e a Convenção Americana é de responsabilidade de todos os órgãos do Estado, inclusive de seus juizes e de outros órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis.) [tradução livre da autora] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014a, parágrafo 124) (grifei).

<sup>12</sup> Na OC-21/14, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expressamente refere que as opiniões consultivas também servem de parâmetro para o controle de convencionalidade. Sobre o tema, cita-se o seguinte trecho: “*Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.*” (É por esse motivo que se considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, também com base no que indica no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva, que inegavelmente compartilha com sua competência contenciosa o objetivo do sistema Direitos humanos interamericanos, qual seja, “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”.) [tradução livre da autora] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014b, parágrafo 31.) (grifei).

de casos contenciosos que trataram do tema, como o julgado precursor Arellano Almonacid contra Chile, referente ao decreto que conferia anistia àqueles que violaram as leis durante o período ditatorial, deve-se estender os efeitos da decisão retroativamente (*ex tunc*) para que os direitos violados sejam respeitados e reparados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafos 53 e 57).

Em suma, o voto fundamentado do juiz *ad hoc* em comento em muito contribui para aclarar o estado da teoria do controle de convencionalidade, visto que trata de questões muitas vezes não abordadas diretamente pela Corte em suas decisões. Os aspectos com relação aos quais o referido voto lança luz são os seguintes:

- a) Possibilidade de a Corte Interamericana de Direitos Humanos realizar o controle de convencionalidade, ainda que os juízes internos também o tenham feito;
- b) O controle de convencionalidade é resultado da internacionalização do direito constitucional;
- c) O controle de convencionalidade a ser exercido pelos juízes internos é difuso;
- d) O controle de convencionalidade difuso também pode ser exercido pelos juízes internos de Estados que adotem o controle concentrado de constitucionalidade, mas em grau menor;
- e) Todos aqueles que exercem materialmente a jurisdição devem exercer o controle de convencionalidade, mesmo que não integrem formalmente o Poder Judiciário;
- f) São parâmetros para o controle de convencionalidade o Pacto de São José da Costa Rica, os Protocolos Adicionais, as Convenções do sistema americano de direitos humanos, os tratados internacionais cuja matéria seja de competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a jurisprudência da mencionada Corte;
- g) A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos são as sentenças dos casos contenciosos, as opiniões consultivas, as medidas provisionais, a supervisão de cumprimento da sentença e a interpretação da sentença;

- h) A Corte Interamericana de Direitos Humanos não se expressou sobre o tema, mas tende a adotar o efeito *ex tunc* para o controle de convencionalidade.

### **2.1.5 Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil: diálogo entre cortes**

O caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil é referente à detenção arbitrária, à tortura e ao desaparecimento forçado de 70 pessoas, dentre as quais membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, em razão das operações realizadas pelo exército brasileiro entre 1972 e 1975 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 2). Em virtude da Lei n. 6.683/1979 (Lei da Anistia), os responsáveis pelo desaparecimento forçado não foram julgados nem punidos. As vítimas das violações de direitos humanos, parentes dos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia, já haviam ajuizado ação em 1982 (Ação Ordinária para a Prestação de Fato n. 82.00.24682-5, na 1ª Vara Federal do Distrito Federal<sup>13</sup>), que, até a data da apresentação da denúncia à Corte Interamericana de Direitos Humanos, não havia recebido decisão definitiva.

Posteriormente, em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153/DF) referente a não recepção da Lei de Anistia pela ordem constitucional

---

<sup>13</sup> Sobre a citada ação, Sydney Guerra assim descreve: “A partir dos fatos acima descritos, as famílias das vítimas da guerrilha do Araguaia ajuizaram Ação Ordinária para Prestação de Fato n. 82.00.24682-5, na 1ª Vara Federal do Distrito Federal, em fevereiro de 1982. O objeto da demanda era a obtenção de maiores informações a respeito do desaparecimento forçado das vítimas; caso existissem apenas restos mortais, lhes fossem dado o direito a um sepultamento digno, bem como a declaração de ausência das mesmas. (...) Passaram-se sete anos e o processo foi julgado extinto sem resolução do mérito sob o fundamento de que o objeto era material e juridicamente impossível. Além disso, o pedido de declaração de ausência das vítimas, segundo o juiz de primeira instância, já havia sido superado pela Lei de Anistia. Os autores da demanda inconformados apelaram da decisão; após quatro anos da sentença, em 1993, foi possibilitada a análise do mérito da causa, determinado pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região. (...) Somente em 2003 o juiz da 1ª Vara Federal do Distrito Federal sentenciou o caso julgando procedente o pedido autoral (...). O Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública n. 2001.39.01.000810-5 com o objetivo de arrecadar informações sobre o caso que envolveu as Forças Armadas e a Guerrilha do Araguaia. A ação foi julgada procedente e determinado à União abstenção na utilização das Forças Armadas para visitar e/ou promover atividades de assistência social cujos beneficiários sejam ex-guias do Exército durante a Guerrilha do Araguaia; e que a União exiba, reservadamente, todos os documentos que contenham informações sobre as ações militares contra a Guerrilha do Araguaia.” (GUERRA, 2018, p. 293-295.)

iniciada em 1988. Desse modo, mesmo após o julgamento mencionado, não houve investigação nem punição dos responsáveis pelo desaparecimento forçado das vítimas. Para o tribunal interno, o fato de a anistia ter sido bilateral e fruto de um acordo político tornava-a legítima inclusive à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em novembro de 2010, alguns meses após o julgamento da ADPF 153/DF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos prola a decisão do caso Gomes Lund e outros contra Brasil. Dentre as exceções preliminares apresentadas pelo Estado brasileiro, está a alegação de que, no caso, a Corte estaria a desempenhar o papel de quarta instância, uma vez que, em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil interpôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para que o Supremo Tribunal Federal outorgasse uma interpretação conforme a Constituição a fim de declarar que a anistia concedida não abarcava os crimes comuns praticados por agentes de repressão contra opositores políticos durante o regime militar (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 43). Em razão do julgamento da mencionada ação, o Brasil questionou a competência da Corte que, segundo a alegação do Estado, não poderia revisar a decisão já adotada pelo mais alto órgão jurisdicional interno (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 44).

A Corte rejeitou os argumentos do Estado brasileiro, pois, no momento em que foi apresentada a denúncia de violação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não existia a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 46). Além disso, a citada ação não poderia ser considerada um recurso disponível, visto que as supostas vítimas dos fatos não estão dentre os legitimados para ajuizarem (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 46). Ademais, de acordo com a Corte, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não é uma ação que tenha como escopo a apuração de fatos e a reparação de danos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 46).

A Corte também esclareceu que a denúncia feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos não objetiva revisar a decisão do Supremo Tribunal Federal até mesmo porque se trata de julgado posterior à apresentação do ajuizamento da ação perante a Corte (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS

HUMANOS, 2010b, parágrafo 48). Para a Corte, conforme seus julgados, esta pode examinar os processos internos do Estado, inclusive decisões dos tribunais superiores, a fim de verificar se este violou suas obrigações internacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 49). Não caberia à Corte analisar se o Brasil violou sua Constituição Federal, mas sim realizar um controle de convencionalidade, ou seja, verificar a compatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 49). Assim, o julgamento do caso pela Corte não configuraria quarta instância.

No caso em comento, a Corte manteve sua jurisprudência no sentido de que anistia, prescrição e excludentes de responsabilidade que visam a impedir a investigação e a punição dos responsáveis por violações graves de direitos humanos são proibidas por violarem direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 171). Por consequência, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Lei de Anistia viola o dever do Brasil de investigar e de punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 175).

Para a Corte, a questão de se tratar de “anistia”, “autoanistia” ou “acordo político”, temas abordados na decisão do judiciário brasileiro, não é relevante. O que importa para a Corte é o fato de serem deixados impunes graves violações de direitos humanos cometidas no período do regime militar (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 175). Não houve, assim, harmonização do direito interno com o direito internacional, como determina o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No presente caso, a Corte volta a utilizar a expressão “Poder Judicial” para tratar da obrigação do Estado de realizar o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, tendo em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte lhe confere (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 176). Isso, entretanto, não pode ser interpretado como um retrocesso na linha evolutiva da doutrina do controle de convencionalidade. O retorno do uso do termo “Poder Judicial” decorre do fato de a interpretação dada a Lei de Anistia pelo Supremo Tribunal Federal não se coadunar com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, o

controle de convencionalidade jurisdicional baseado na reiterada jurisprudência da Corte tinha de ser reforçado no caso em tela.

Para a Corte, o Supremo Tribunal Federal não realizou o controle de convencionalidade ao declarar válida a Lei de Anistia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b, parágrafo 176). Contudo, ao se ler a decisão do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o tribunal interno realizou o controle de convencionalidade, uma vez que considerou que, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, são vedadas apenas as leis de autoanistia<sup>14</sup>. Assim, contrariamente ao que decidiu a Corte internacional, entende-se que houve controle de convencionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, a citada ferramenta não foi empregada da forma recomendada pelo tribunal internacional, isto é, com observância da sua jurisprudência. Na verdade, esta é uma das contribuições do caso Gomes Lund e outros contra Brasil para a doutrina do controle de convencionalidade: o exame de uma decisão interna superveniente à ação que pretendeu aplicar a citada ferramenta sem considerar adequadamente a jurisprudência da Corte.

Ressalta-se que, em sua decisão, o tribunal brasileiro não fez uso da expressão “controle de convencionalidade”, conquanto esta já tivesse emprego recorrente nas decisões da Corte Interamericana. Da mesma forma, não foi arguida preliminar, em defesa na ação internacional, de que o controle de convencionalidade já havia sido exercido pelo tribunal interno como fez o Estado mexicano no caso Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México. No entanto, um dos argumentos utilizados por alguns Ministros foi a jurisprudência do tribunal internacional que, na interpretação dada pela Corte interna, autorizava anistias decorrentes de acordo. Utilizar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como parâmetro de validade da legislação doméstica é exercer o controle de

---

<sup>14</sup> Em seu voto, o Ministro Celso de Mello assim destaca: “Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Alto”, em 2001, e “Loyaza Tamayo”, em 1998 e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) -, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia”. (...) “É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. O Ministro Cezar Peluso também ressalta que a autoanistia é censurada pelos tribunais internacionais e não a anistia decorrente de acordo como ocorreu no Brasil. (BRASIL, 2010, p. 183-184;210.)

convencionalidade, motivo pelo qual se entende que a citada ferramenta foi usada pelo tribunal interno, ainda que não haja explícita menção ao termo.

O Supremo Tribunal Federal estava ciente dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre anistia, tanto que no voto do Ministro Eros Grau é feita a citação de doutrina que menciona o caso Arellano Almonacid contra Chile. No entanto, o trecho referido destaca que a autoridade dos arestos da Corte internacional foi reconhecida em 2002 para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998, razão pela qual a manutenção da validade da Lei de Anistia brasileira não estava ameaçada pela jurisprudência da Corte Interamericana (BRASIL, 2010, p. 37). O mesmo texto doutrinário também é referido no voto do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2010, p. 193-4).

Igualmente, em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski refere que o Brasil se obrigou por meio de tratados internacionais a investigar, julgar e punir os responsáveis por violações de direitos, disposição prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, esta última, conforme decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2010, p. 129-130). O Ministro Celso de Mello, outrossim, cita tratados internacionais ratificados pelo Brasil. No entanto, como estes teriam sido internalizados posteriormente à Lei de Anistia não teriam o condão de revogá-la ou anular seus efeitos jurídicos, que seriam imediatos ao impedir a punibilidade de crimes de determinado período histórico (BRASIL, 2010, p. 162).

A tese de que os tribunais internacionais são contrários apenas à autoanistia é exposta nos votos dos Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso (BRASIL, 2010, p. 183-184;210). No entanto, como assevera a Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgado do caso Gomes Lund e outros contra Brasil, o fato de se tratar de anistia concedida a todos ou a um grupo é irrelevante. Ainda assim é oportuno destacar que tanto no caso Barrios Alto contra Peru, de 2001, quanto no caso Arellano Almonacid contra Chile, de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz uso da expressão autoanistia em seus julgados, o que certamente induziu ao equívoco de interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto ao posicionamento do tribunal internacional na ADPF 153/2010.

Registre-se, contudo, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não faz diferenciação conceitual nos citados julgados quanto aos termos anistia e autoanistia. Aliás, ao tratar da autoanistia, o tribunal internacional refere que esta

viola os artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que afasta da jurisdição os crimes cometidos por agentes do Estado. Todavia, cabe reconhecer que mesmo a anistia decorrente de acordo político apresenta idêntica característica: afastar crimes da jurisdição, motivo pelo qual é indevida a distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal para manter a validade da Lei de Anistia.

A citação doutrinária feita pelos Ministros Eros Grau e Celso de Mello em seus votos interpreta de forma equivocada os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à abrangência da jurisdição do mencionado tribunal internacional<sup>15</sup>. No referido trecho de doutrina, ressalta-se que o Brasil não poderia ser julgado quanto a fatos ocorridos antes 10 de dezembro de 1998, razão pela qual não haveria risco de o Estado brasileiro ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No entanto, no caso *Arellano Almonacid contra Chile*, citado no excerto doutrinário, a preliminar quanto à competência temporal da Corte em comento foi rejeitada. Os fatos que levaram a óbito *Arellano Almonacid* ocorreram em setembro de 1973, e o Estado chileno reconheceu a competência do tribunal internacional para fatos a partir de 21 de agosto de 1990 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 39). Para o Chile, a investigação do caso deveria ser considerada um ato único e permanente no tempo. Tendo essa iniciado em 1973, a Corte não teria competência para examinar sua adequação ao Pacto de São José da Costa Rica (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 47).

Contudo, para a Corte, o transcurso de um processo pode constituir feitos independentes de denegação de justiça (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 48). Assim, para os fatos ocorridos a partir de 21 de agosto de 1990, a Corte se considerou competente para julgar, ainda que o crime tenha ocorrido em 1973, ano em que também se deu início às investigações. O Estado chileno teria a obrigação de adequar sua legislação à Convenção Americana de Direitos Humanos desde a ratificação do tratado internacional e não a partir do decreto que concedeu anistia em 1978. Em suma, para a Corte não basta verificar a

---

<sup>15</sup> O trecho doutrinário foi escrito por Nilo Batista em Nota Introdutória constante da obra “Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade, da editora Saraiva, 2010, que ora se transcreve parcialmente: (...) “em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente “*Arellano x Chile*”, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas “para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

data do crime ou da primeira violação, mas sim de cada uma das afrontas ao Pacto de São José da Costa Rica. Posteriormente, o mencionado raciocínio foi observado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros contra Brasil ao ressaltar que desaparecimentos forçados têm caráter contínuo e permanente. Logo, a Corte seria competente para julgar o caso.

Apesar de o Estado brasileiro ter sido condenado no caso em comento, percebe-se que houve diálogo, ainda que conflituoso, entre tribunal interno e Corte internacional. Ao interpretar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos aceitava anistias bilaterais e fruto de acordo político, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um diálogo com o tribunal internacional e permitiu que a referida Corte esclarecesse posteriormente seu posicionamento quanto a diplomas normativos que concedem anistia. A menção constante e acriteriosa das expressões anistias e autoanistias, termos com significados distintos, em julgados anteriores, como o caso Almonacid Arellano contra Chile, possivelmente induziu o entendimento de que somente autoanistias eram vedadas pelo sistema americano de proteção direitos humanos. Houve o estabelecimento de um diálogo vertical ascendente quando o Supremo Tribunal Federal externou sua interpretação das decisões da Corte Interamericana. Após, o tribunal internacional reforçou seu posicionamento sobre a vedação de qualquer anistia em diálogo vertical descendente com o judiciário interno<sup>16</sup>.

### **2.1.6 Gelman contra Uruguai: “qualquer autoridade pública”**

Em decorrência da Operação Condor<sup>17</sup>, um casal de argentinos, formado por Maria Claudia Garcia Iruretagoyena de Gelman e Marcelo Gelman foi detido em

---

<sup>16</sup> Sobre as formas de diálogo que podem ser estabelecidas pela ferramenta controle de convencionalidade, assim descreve Luís Carlos Santos Lima: “Para Sudre (2004), é possível estabelecer diálogos nas seguintes direções: horizontal, entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Partes do SIPDH; verticais descendentes, entre a Corte IDH e juízes e tribunais nacionais dada sua condição de intérprete da CADH. Entretanto, há que se acrescentar o fluxo vertical ascendente, em que as jurisdições nacionais emitem pronunciamentos enriquecedores e inovadores em matéria de direitos humanos, permitindo que a Corte IDH forneça um *feedback* positivo ou negativo quanto à aplicação do direito convencional em cada contexto.” (LIMA, 2018, p. 245.)

<sup>17</sup> A sentença do caso em comento conceitua o que teria sido a Operação Condor ao citar outro caso da Corte (Goyburú e outros vs. Paraguai): “*En este marco, tuvo lugar la llamada “Operación Cóndor”, nombre clave que se dio a la alianza que unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur en su lucha y represión contra personas designadas como “elementos subversivos”. Las actividades desplegadas como parte de dicha Operación estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha Operación sistematizó e hizo más*

Buenos Aires. O homem foi executado, e a mulher foi levada ao Uruguai onde deu à luz a uma menina. A menina foi deixada à porta de um casal uruguaio que não tinha filhos por quem foi criada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 2). Anos após os fatos narrados, Juan Gelman procurava sua neta desaparecida, tendo encontrado o paradeiro de Maria Macarena Tauriño (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafos 110 a 112). Realizado o exame de DNA, foi constatado que a moça de 23 anos era neta de Juan Gelman (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 114). A jovem ajuizou ação a fim de que fosse reconhecida sua verdadeira filiação (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 115) para alterar seu nome para Maria Macarena Gelman Garcia Iruretagoyena (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 116).

Na decisão consta que, em 1986, foi aprovada a Lei de Caducidade que estabelecia que havia caducado a pretensão punitiva do Estado quanto aos cometidos delitos até 01/03/1985 por militares e policiais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 144). Em 1988, a Suprema Corte de Justiça decidiu que a Lei de Caducidade era constitucional e que, apesar de não ser usado expressamente o termo anistia, conferia autêntica anistia às forças de segurança. A decisão apenas conferia eficácia *inter partes* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 146). Em 1989, um grupo de familiares de pessoas detidas e desaparecidas obteve a assinatura de 25% do eleitorado uruguaio para realizar um referendo contra a Lei de Caducidade. No entanto, o referendo não foi aprovado, tendo sido mantida, por voto popular, a Lei de

---

*efectiva la coordinación clandestina entre "fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia" de la región [...] Para que la Operación Cóndor funcionara era necesario que el sistema de códigos y comunicaciones fuera eficaz, por lo que las listas de "subversivos buscados" eran manejadas con fluidez por los distintos Estados." (Nesse contexto, ocorreu a chamada "Operação Condor", um nome-chave dado à aliança que uniu as forças de segurança e os serviços de inteligência das ditaduras do Cone Sul na luta e repressão contra pessoas designadas como "elementos subversivos". As atividades desenvolvidas como parte desta Operação foram basicamente coordenadas pelos militares dos países envolvidos. Esta Operação sistematizou e tornou mais eficaz a coordenação clandestina entre "forças de segurança e serviços militares e de inteligência" da região [...] Para que a Operação Condor funcionasse, era necessário que o sistema de código e comunicação fosse eficaz, para o que listas de "subversivos procurados" foram tratadas fluentemente pelos vários estados.) [tradução livre da autora] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 44). Da mesma forma, a citada operação é conceituada na ADPF 153/DF, julgada pelo STF: "(...) Operação Condor, organização secreta criada, ao que consta, para perseguir adversários políticos dos regimes militares implantados na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, o qual teria participado de operações clandestinas que culminaram no sequestro e desaparecimento de diversas pessoas levadas a uma fábrica desativada onde eram submetidas a interrogatórios e torturas". (BRASIL, 2010, p. 104.)*

Caducidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 147).

Em 2009, a Suprema Corte de Justiça declarou inconstitucionais alguns artigos da Lei de Caducidade no caso Salbasagaray Curutchet Blanca Stela (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 148). No mesmo ano, foi realizada nova consulta popular para reformar a Constituição e declarar nula a Lei de Caducidade. Contudo, novamente não houve aprovação (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 149). Em 2010, em outro julgado a Suprema Corte de Justiça do Uruguai manteve sua jurisprudência quanto à inconstitucionalidade da Lei de Caducidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 150).

A citada lei que declarava que a pretensão punitiva do Estado uruguaio havia caducado mostrou-se um entrave na tentativa de investigação e sanção dos responsáveis pela morte dos pais e pelo sequestro de Maria Macarena de Gelman. À época da prolação da sentença pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso ainda estava em investigação, mas não existiam avanços, nenhuma pessoa havia sido punida nem havia sido descoberto o paradeiro da mãe da vítima (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 182).

A Corte Interamericana ressalta no julgado que a proibição de desaparecimento forçado e o dever de investigação e sanção desses fatos têm caráter de *jus cogens*<sup>18</sup> há muito tempo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 183). Destaca a Corte que já havia se pronunciado em outros casos sobre a incompatibilidade de leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos com o direito internacional, o que também teria sido feito por outros organismos regionais e universais de proteção de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 195). Por consequência, as disposições da Lei de Caducidade que impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos, como ocorreu com a família Gelman, são contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Um ponto bastante interessante no caso em comento é a Corte entender que o fato de Lei de Caducidade ter sido aprovada em um regime democrático e ratificada duas vezes (em 1989, por referendo e, em 2009, em plebiscito para a

---

<sup>18</sup> A definição de *jus cogens* está na página 20 do trabalho.

reforma da Constituição), não a tornam legítima perante o Direito Internacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 238). Acrescenta a Corte que a legitimação democrática está limitada pela proteção dos direitos humanos, o que não é suscetível de ser decidido pela maioria (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 239). Em suma, a maioria não poderia decidir pela ausência de investigação e de punição por graves violações de direitos humanos. Assim, além de determinar a realização de investigações e julgamento dos responsáveis em um prazo razoável, foi determinado pela Corte que o Uruguai deve assegurar que a Lei de Caducidade não se torne novamente um obstáculo para tanto (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 312, item 11 do dispositivo).

No presente julgado, a Corte afirma que o controle de convencionalidade é função e tarefa de toda autoridade pública e não somente do Poder Judiciário (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parágrafo 239). Logo, a jurisprudência da Corte evolui da determinação de que o controle de convencionalidade deveria ser exercido por todo e qualquer juiz interno de ofício (Caso Trabalhadores Dispensados do Congresso contra Peru) para se passar a empregar o termo “todos os órgãos do Estado” (Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México) até se fazer uso da expressão “qualquer autoridade pública” (Gelman contra Uruguai).

Disso se depreende que o controle de convencionalidade é um dever do Estado, tendo de ser utilizado por qualquer autoridade que o represente, independentemente do Poder a que esteja vinculada, ainda que não exerça materialmente a jurisdição. Assim, a doutrina do controle de convencionalidade não é apenas jurisdicional, mas sim estatal, ou seja, está voltada a orientar o comportamento do Estado como um todo, apesar da divisão de poderes, o que induz à lembrança do voto concorrente do juiz Sérgio Garcia Ramirez no caso Myrna Mack Chang contra Guatemala de 2003, precursor da teoria em estudo, que destacava que, internacionalmente, o Estado é indivisível.

Logo, iniciada a teoria com o ensinamento de que o Estado é percebido internacionalmente em sua integralidade, obrigando-se a respeitar o tratado sem exceções decorrentes da divisão de poderes, a doutrina sustenta-se a partir do caso Arellano Almonacid contra Chile como ferramenta a ser utilizada pelos juízes internos ou por quem exerça a função jurisdicional materialmente. No entanto, com o

caso Gelman contra Uruguai, retoma-se a origem da teoria, que prega a observância do tratado internacional por todo o Estado.

## 2.2 CASOS COMPLEMENTARES

Estudados os casos que deram origem ao controle de convencionalidade, conforme a doutrina, impende analisar também outros julgados em que requisitos adicionais da teoria foram definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso Liakat Ali Alibux contra Suriname uma importante questão é solucionada, qual seja, o modelo de controle de convencionalidade a ser aplicado pelos juízes internos: difuso ou concentrado. Já no caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra contra Honduras a Corte esclarece quais são as normas controlantes no controle de convencionalidade. Trata-se de casos complementares sobre a teoria, uma vez que respondem alguns questionamentos importantes para a aplicação do mencionado controle normativo pelos juízes internos dos Estados-membros do sistema americano de proteção dos direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já julgou violações cometidas pelo Estado brasileiro, além do caso Gomes Lund e outros de 2010, que auxiliam no estudo do controle de convencionalidade de forma complementar. Não são casos em que se verifica a construção original do instituto, mas são julgados recentes que revelam o posicionamento da Corte sobre trabalho escravo (Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil, 2017) e que o diálogo dos juízes internacionais e internos deve ser aprimorado para o bem do desenvolvimento dos direitos humanos (Herzog contra Brasil, 2018).

Reitera-se que, embora os casos Comunidade Garífuna de Punta Piedra contra Honduras, de 2015, e Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil, 2017, sejam classificados como complementares, serão analisados na parte específica do trabalho em virtude de sua relação com as convenções da OIT. Adianta-se, entretanto, que, no caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra contra Honduras, o que se desenvolve no colegiado da Corte é a ideia de que os padrões internacionais são parâmetro para o controle de convencionalidade e não apenas os tratados firmados no sistema americano de direitos humanos. Já no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil, 2017, a Corte decide que

escravidão é um crime de lesa humanidade e que as normas que a proíbem têm caráter de *jus cogens*.

### **2.2.1 Liakat Ali Alibux contra Suriname: modelo de controle de convencionalidade difuso e concentrado**

No caso em comento, a Corte destaca que o Pacto de São José da Costa Rica não impõe um modelo específico de controle de constitucionalidade nem de convencionalidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014a, parágrafo 124). É oportuno rememorar que, em voto concorrente, o juiz *ad hoc* Eduardo Mac-Gregor, no caso Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México, também havia afirmado que a Corte não exige a adoção de determinado modelo de controle dos Estados-membros, isto é, difuso ou concentrado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a, voto fundamentado juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 35).

Todavia, é no caso Liakat Ali Alibux contra Suriname que a Corte sustenta inexistir exigência para que os Estados façam o controle de convencionalidade de forma difusa ou concentrada. Reitera-se que naquele voto o juiz *ad hoc* utiliza a expressão controle difuso de convencionalidade para ressaltar que o uso do mencionado instituto não mais se restringe ao citado tribunal internacional, pois também é demandado dos órgãos jurisdicionais domésticos. Logo, no âmbito do sistema americano de direitos humanos, o controle de convencionalidade é difuso, pois mais de um órgão jurisdicional deve realizá-lo. Assim, a Corte observa a faculdade de os Estados elegerem a competência de seus órgãos jurisdicionais e o modelo de controle que pretendem adotar, mas ainda exige que o controle de convencionalidade seja exercido.

### **2.2.2 Caso Herzog e outros contra Brasil: restabelecendo o diálogo sobre anistia**

Os fatos iniciais do caso ocorreram no contexto da ditadura militar brasileira, quando jornalistas e membros do Partido Comunista Brasileiro passaram a ser sequestrados, torturados e mortos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 109). Vladimir Herzog era jornalista e membro do

Partido Comunista Brasileiro (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 115) e, após, ter sido intimado, no dia seguinte, compareceu voluntariamente à sede do DOI/CODI para ser interrogado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 121), onde foi torturado e assassinado. À época, a perícia constatou que houve suicídio em razão de enforcamento, razão pela qual foram encerradas as investigações em 1976 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 128). No mesmo ano, os familiares da vítima ajuizaram ação em que foi demonstrado que o laudo pericial havia sido falsificado, não havendo prova do suicídio alegado pela União (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 135).

Em 1992, houve declaração em revista por um militar de que havia sido o único responsável pelo interrogatório de Herzog (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 140), o que levou a pedidos de averiguação sobre os fatos. Apesar de iniciadas as investigações, essas foram encerradas porque foi julgado e concedido o *habeas corpus* interposto pelo militar em virtude da Lei de Anistia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 143). Em 1995, houve promulgação de lei que permitiu a reparação pelo Estado de danos em razão do assassinato de opositores ao regime militar (Lei n. 9.140/1995).

A mesma lei criou a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafos 146-7). Em razão das conclusões da Comissão, o advogado Fábio Konder Comparato entendeu que havia um novo marco jurídico para o Estado investigar e punir os crimes de lesa humanidade, tendo requerido a atuação do Ministério Público Federal (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 152). No entanto, o Ministério Público Federal emitiu parecer em sentido contrário, o que foi acolhido pelo judiciário (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafos 156 a 160).

Em 2008, foi ajuizada Ação Civil Pública contra a União e os ex-comandantes do DOI/CODI/SP para tornar pública as informações sobre as atividades desenvolvidas pelo II Exército entre 1970 e 1985, condenar ao pagamento de indenização pelos responsáveis e determinar a perda de função pública (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 161). A ação foi

julgada improcedente em razão do julgado da ADPF 153/DF, que, dentre outros argumentos, considerou válida a Lei de Anistia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 163).

No caso em tela, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou seu entendimento sobre a Lei de Anistia, que já havia sido explicitado no caso Gomes Lund e outros contra Brasil de 2010. Destacou que a Ordem dos Advogados do Brasil, parte autora da ADPF 153/DF, opôs embargos de declaração em 2011, que, à época do julgado em comento, março de 2018, ainda não havia sido apreciado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 139). Para o tribunal internacional, a Lei de Anistia brasileira carece de efeitos jurídicos porque impede a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 292).

Em 1992, quando foi julgado o *habeas corpus* relativo ao militar que alegara ter sido o único responsável pelo interrogatório de Vladimir Herzog, o Brasil já havia se obrigado a observar a Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, os juízes internos que analisaram o caso deveriam ter exercido de ofício o controle de convencionalidade, mormente porque se tratava de crime de lesa humanidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 292).

Para a Corte, o controle de convencionalidade também não foi exercido pelas autoridades que encerraram as investigações do caso Vladimir Herzog em 2008 e 2009. O tribunal internacional rememora que, em 2010, o Supremo Tribunal Federal considerou válida a Lei de Anistia, contrariando dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ainda assim, destaca, como fez em outros julgados, que as obrigações convencionais do Estado vinculam todos os seus poderes e órgãos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 311).

A importância do mencionado julgado é reiterar o posicionamento da Corte quanto à invalidade das leis domésticas que concedem anistia, em especial a Lei de Anistia brasileira (Lei n. 6.683/79) o que impede a investigação, a punição e a reparação dos danos sofridos pelas vítimas. A Corte, no citado caso, retoma o diálogo vertical descendente com o judiciário interno brasileiro, rebatendo novamente o argumento de que a anistia foi concedida em um contexto de “acordo político”, fundamento apresentado nas razões da decisão da ADPF 153/DF.

Defende o tribunal internacional que a anistia brasileira, assim como outras concedidas pelas ditaduras sul-americanas, foi estabelecida num momento prévio à democracia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 209). A Corte afirma que foi criada uma narrativa de existência de conflito bélico, sendo concedidas anistias pelo governo de forma supostamente magnânima aos crimes cometidos por todos. No entanto, no entender da Corte, não havia conflito armado, mas sim alguns delitos de motivação política punidos de modo equivocado pelo Estado e que serviram como pretexto para perseguição de pessoas consideradas perigosas para a manutenção do poder vigente (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, parágrafo 209).

É necessário reconhecer que não há, no presente caso, a criação de um novo requisito para a teoria do controle de convencionalidade. Existe, contudo, a possibilidade de nele verificar a reiteração do diálogo entre o judiciário internacional e interno. Trata-se de uma interação intensa em que, naturalmente, o judiciário interno tentará se valer de fontes de direito domésticas, ressaltando o texto constitucional como paradigma derradeiro de validade das normas. O judiciário internacional, a seu turno, tende a abordar argumentos distintos, destacando a importância dos costumes e tratados internacionais e, especialmente, a necessidade de o Estado adequar seu direito interno às convenções que firma em razão do princípio da boa-fé. Mesmo conflituoso, o diálogo entre tribunais tende a ser enriquecedor, pois estimula o juiz interno a refletir sobre o direito internacional e possibilita que o direito interno influencie o direito internacional.

### 2.3 SÍNTESE DA TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A teoria do controle de convencionalidade tem origem no direito interno francês em decorrência da Decisão 74/54, de 15 de janeiro de 1975, do Conselho Constitucional. Ao se recusar a examinar a constitucionalidade da Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez, o Conselho Constitucional afirma, expressamente, a existência de dois controles<sup>19</sup>. A partir da citada decisão, o direito interno francês

---

<sup>19</sup> “*Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles*”. (Considerando-se, assim, que o controle do respeito ao princípio do artigo 55 da Constituição não pode ser exercido no âmbito do exame previsto no artigo 61, em virtude da diferença de natureza desses dois controles) [tradução livre da autora] (FRANÇA, 1975.)

passou a admitir que tratados internacionais pudessem ser parâmetro de controle das leis internas, negando, contudo, sua competência para realizar a análise de conformidade mencionada. O nível hierárquico dos tratados internacionais na ordem interna francesa permitiu torná-los normas paradigmas e controlantes de validade e/ou aplicação das leis domésticas. Desde a referida decisão do Conselho Constitucional, juízes administrativos e judiciais realizam o controle de conformidade das leis com os tratados internacionais<sup>20</sup>.

Contudo, o controle de convencionalidade exercido na França transcendeu o plano interno. É certo que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não tratam explicitamente do controle de convencionalidade francês, todavia impende reconhecer a origem do instituto jurídico. Isso, no entanto, não retira o mérito da Corte Interamericana de Direitos Humanos no desenvolvimento da teoria. O âmbito em que se desenvolve o controle de convencionalidade, o sistema regional interamericano, não era aparentemente adequado para tanto, pois os Estados da região têm a tradição de não reconhecerem a superioridade do direito internacional em face do direito interno, equiparando hierarquicamente leis domésticas e tratados internacionais.

Todavia, por ter a Corte Interamericana de Direitos Humanos um perfil expansionista e mais ousado<sup>21</sup>, por exemplo, do que a Corte Europeia de Direitos Humanos, conseguiu desenvolver o controle de convencionalidade na região, exigindo o uso do instituto para todos os Estados-membros. Isso demonstra que o direito interno e o direito internacional retroalimentam-se. Há internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional. O controle de convencionalidade replica o itinerário dos direitos humanos, isto é, do direito interno para o direito internacional e desse novamente para aquele a fim de estabelecer parâmetros mínimos de proteção interestatal<sup>22</sup>. Surgido no direito interno, o controle

---

<sup>20</sup> É oportuno destacar que a expressão “controle de convencionalidade” não foi usada na Decisão 74-54, de 1975. Dominique Carreau e Fabrizio Marrella, em seu livro *Droit International*, tratam da decisão em comentário, sem, entretanto, fazer qualquer menção ao referido termo. No entanto, o mérito da citada decisão está em permitir que os tratados internacionais sejam normas paradigma para o exame de aplicação e/ou validade das leis. (CARREAU; MARRELLA, 2018.)

<sup>21</sup> Marcelo Torelly explica que a Corte Interamericana tem um caráter mais ativista, uma vez que teve de se desenvolver em um ambiente com ditaduras, além de elencar medidas concretas a serem tomadas pelo Estado para evitar a violação de direitos humanos. (TORELLY, 2016, p. 218-220.)

<sup>22</sup> Antonio Cassese destaca em sua obra *International Law* que os direitos humanos surgiram da convicção compartilhada de que para a prevenção das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra seria necessário proclamar padrões básicos de respeito aos direitos humanos. Os Estados Unidos

de convencionalidade expande-se no âmbito internacional para ser aplicado pelos órgãos domésticos dos Estados do sistema americano de direitos humanos com requisitos elaborados por um tribunal internacional.

Existem julgados essenciais para a compreensão da teoria do controle de convencionalidade: os casos fundacionais. Myrna Mack Chang contra Guatemala, de 2003, é o primeiro caso em que um juiz da Corte Interamericana, Sérgio Garcia Ramirez, em voto apartado, trata da necessidade de aplicação do controle de convencionalidade. O Estado é visto como um todo, não podendo quaisquer dos órgãos internos abster-se de observar o tratado internacional. Em 2006, no caso Arellano Almonacid contra Chile, o colegiado da Corte estabelece que os Estados devem realizar um certo controle de convencionalidade, impedindo a aplicação de uma norma contrária à convenção. No entanto, não basta apenas aplicar o Pacto de San José da Costa Rica. Deve-se fazer uso da interpretação conferida à convenção pela Corte, uma vez que se trata de intérprete última da citada norma internacional.

Ainda no ano de 2006, no caso Trabalhadores Dispensados do Congresso contra Peru, a Corte define que o controle de convencionalidade é uma obrigação dos juízes internos, devendo ser exercido, inclusive, de ofício. Além disso, estabelece-se um paralelismo entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade, sendo indevida a limitação estatal apenas ao último. No caso Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México, de 2010, deixa-se de usar apenas a expressão “Poder Judicial” para se empregar o termo “órgãos vinculados à administração da justiça” para que também as cortes constitucionais internas que, eventualmente, não integrem o Poder Judiciário, realizem o controle de convencionalidade. O instituto jurídico não é somente exigido do judiciário, mas de todos os órgãos estatais.

No mesmo ano de 2010, a Corte, no caso Gomes Lund contra Brasil, retoma o uso da expressão “Poder Judicial”, uma vez que considerou que o judiciário interno brasileiro não aplicou o controle de convencionalidade ao considerar constitucional a Lei de Anistia. Nesse julgado, percebe-se o diálogo ascendente e descendente entre Corte interna e Corte internacional, com prevalência da interpretação última do tribunal internacional. O caráter hierárquico da teoria mostra-se ainda mais evidente na citada decisão. Em 2011, no caso Gelman contra Uruguai, explicita-se que o

---

lideraram essa tendência, uma vez que seu sistema jurídico é baseado em “cartas de direitos”, projetando conceitos domésticos para a comunidade internacional. (CASSESE, 2005, p. 377.)

controle de convencionalidade deve ser empregado por “qualquer autoridade pública”. No referido julgado, a Corte demonstra o caráter contramajoritário dos direitos humanos, mas também de seus posicionamentos ao considerar inconveniente norma democraticamente mantida no ordenamento jurídico interno uruguaio.

Como complemento à teoria, em 2014, no caso *Liakat Ali Alibux contra Suriname*, refere pela primeira vez em colegiado, que não se exige dos Estados a adoção de um modelo específico de controle. Assim, tanto o controle difuso quanto o concentrado são aceitos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como consentâneos ao controle de convencionalidade. Já no caso *Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus membros contra Honduras*, de 2016, esclarece-se que as normas e padrões internacionais são parâmetros para o controle de convencionalidade, não havendo limitação aos tratados firmados no âmbito do sistema americano de direitos humanos. O que é promissor para o direito do trabalho no mencionado caso é o fato de os padrões internacionais serem uma convenção da OIT, mais precisamente a Convenção 169 da OIT sobre direito indígena.

A hierarquia das normas é uma matéria que, tradicionalmente, interessa à ordem jurídica interna, sendo a ordem internacional indiferente quanto à escala normativa definida no plano doméstico. Ainda assim, no direito internacional público é pacífica a superioridade do direito internacional em face do direito interno, o que, em regra, não é reconhecido pelo direito doméstico. O controle de convencionalidade é um instituto para aplicação do direito internacional dos direitos humanos, da Convenção Americana e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>23</sup>. Ao adotar a citada ferramenta, o tribunal internacional em comento passa a interferir na legislação interna, o que inclui a constituição, para inverter a ordem hierárquica das normas, posicionando os tratados internacionais no ápice da pirâmide normativa. A Corte Interamericana acaba por impor a

---

<sup>23</sup> “65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.” (Por outro lado, o conceito de “controle de convencionalidade” foi cunhado na jurisprudência interamericana, concebido como um instituto que se utiliza para aplicar o Direito Internacional, nesse caso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, especificamente a Convenção Americana e suas fontes, incluindo a jurisprudência deste tribunal”.) [tradução livre da autora]. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013, parágrafo 65.)

supraconstitucionalidade da Convenção Americana e dos demais tratados internacionais apesar do que esteja positivado na legislação interna<sup>24</sup>.

#### 2.4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INTÉRPRETE ÚLTIMA: DIÁLOGO ENTRE CORTES COMO SOLUÇÃO

Uma das principais características do controle de convencionalidade é a ênfase dada à observância da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que seria a intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se de atributo polêmico do mencionado instituto, uma vez que implica que os demais tribunais da região, inclusive as Cortes Supremas, devem conhecer e aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diante disso, perquire-se se é possível defender o caráter vinculativo da jurisprudência do tribunal internacional mencionado mesmo para os Estados que não integraram o processo internacional, e, caso seja possível, como pode ser observado, considerando-se a existência de tribunais autônomos. Para tanto, serão analisados alguns autores que tratam do tema como Miguel Carbonell, Víctor Bazán, Juan Carlos Hitters, Miriam Lorena Henríquez Viñas, Marcelo Torelly e Alexandra Huneeus.

Miguel Carbonell entende que, além de “coisa julgada”, existe “coisa interpretada”, isto é, as considerações da Corte Interamericana de Direitos Humanos contidas nas suas sentenças seriam obrigatórias para todos os Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e não apenas para os Estados parte em um processo internacional (CARBONELL, 2013, p. 80-81). O citado doutrinador destaca que esse é um dos motivos pelos quais o artigo 69 do Pacto de San José da Costa Rica<sup>25</sup> determina a transmissão das sentenças para todos os Estados que ratificaram o tratado internacional. Assim, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não são apenas orientadoras para os demais Estados, mas sim obrigatórias (CARBONELL, 2013, p. 80-81).

---

<sup>24</sup> “*En síntesis, el “control de convencionalidad” se perfila a la postre, en los veredictos que citamos, como un “control de supraconstitucionalidad”, quiéraselo o no llamar así.*” (Em síntese, o “controle de convencionalidade” é definido enfim, nos vereditos que citamos, como um “controle de supraconstitucionalidade”, queiramos ou não chamá-lo assim.) [tradução livre da autora] (SAGÜÉS, 2010, p. 130.)

<sup>25</sup> Art. 69 do Pacto de San José da Costa Rica: A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados-partes na Convenção.

Victor Bazán entende igualmente que não se pode negar o caráter vinculativo das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos aos Estados que aceitaram voluntariamente e no exercício de sua soberania a jurisdição do tribunal internacional por questão de boa-fé (BAZÁN, 2012a, p. 75). Para Juan Carlos Hitters, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos são vinculantes não apenas para o Estado parte no processo internacional, mas também para todo o Estado membro em assuntos similares, o que implicaria o feito expansivo das decisões da Corte em comento (HITTERS, 2008, p. 154). Destaca também que para o tribunal internacional referido a obrigatoriedade dos pronunciamentos não se esgota na parte resolutiva, mas abarca os fundamentos da decisão (HITTERS, 2008, p. 147). Ainda para o mencionado doutrinador argentino as opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos também têm força jurígena que se justifica pela autoridade moral e científica do órgão jurisdicional internacional (HITTERS, 2008, p. 148-9).

No entanto nem todos os doutrinadores concordam com o posicionamento do tribunal internacional ao tornar seus julgados vinculantes. Miriam Lorena Henríquez Viñas entende que a Corte Interamericana de Direitos Humanos confere ao Pacto uma interpretação mutativa ao decidir que a jurisprudência tem o mesmo valor do texto literal do tratado (HENRÍQUEZ VIÑAS, 2015, p. 128). Segundo ela, não há artigo na Convenção que sustente a interpretação de que a jurisprudência da Corte é vinculante (HENRÍQUEZ VIÑAS, 2015, p. 128). A jurisprudência de um tribunal internacional somente teria caráter vinculante se a Constituição de cada Estado lhe atribuísse tal valor (HENRÍQUEZ VIÑAS, 2015, p. 129).

Marcelo Torelly também critica a postura da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao estabelecer que é a intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao fazer isso, a Corte pretende solucionar conflitos através de um sistema hierárquico, submetendo as Cortes Supremas domésticas, o que vai de encontro com a governança transversal existente no direito internacional público contemporâneo. Cita o autor que, no caso *Almonacid Arellano contra Chile*, de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos instituiu um controle de convencionalidade que permitia a interação de conteúdos interpretativos entre ordem jurídica doméstica e internacional (TORELLY, 2016, p. 241), ou seja, não havia hierarquia entre regimes e cortes. Posteriormente, em casos como *Gomes Lund e outros contra Brasil*, de 2010, e *Gelman contra Uruguai*, de 2011, a Corte

passa a adotar um sistema hierárquico, determinando o caráter *erga omnes* de suas decisões. Haveria, assim, vinculação a casos análogos de outros Estados que reconheceram a competência da Corte, o que limitaria a interpretação dos direitos humanos pelo judiciário doméstico. Isso levaria à resistência ou à convergência dos tribunais nacionais em adotarem a jurisprudência da Corte (TORELLY, 2016, p. 241).

De fato, não há dispositivo no Pacto de San José da Costa Rica que confira à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos caráter vinculante aos Estados membros do sistema regional de proteção de direitos humanos. Além disso, muitos dos Estados que reconhecem a competência da Corte não positivaram o caráter vinculativo dos julgados dela. Contudo, como sustenta Miguel Carbonell, os Estados-membros, ainda que não sejam parte do processo internacional, são notificados das decisões da Corte, o que demonstra que a interpretação conferida à Convenção pelo tribunal é juridicamente relevante, devendo ser conhecidas pelos demais Estados. Isso, aliás, tem relação com a terceira fase de desenvolvimento do direito internacional público mencionada por Marcelo Torelly. Segundo o autor citado, o referido ramo jurídico está em sua terceira fase, caracterizada pela presença de vários atores públicos e privados que participam da construção do direito e pelo declínio da estatalidade (TORELLY, 2016, p. 57-8). Nessa fase, as cortes têm grande relevância, pois são contramajoritárias e responsáveis por dizer o que é o direito. Há ampliação da atividade judicial e um protagonismo das cortes (TORELLY, 2016, p. 62).

Afora isso, as decisões de um órgão jurisdicional têm autoridade moral e força jurídica independentemente de a jurisprudência ser considerada fonte formal do direito ou não pelo direito positivo. Mesmo no direito romano germânico no qual a jurisprudência, em regra, não é fonte formal do direito, os julgados são citados tanto por juízes quanto por advogados como referências de interpretação do direito a serem observadas ou afastadas (como no *distinguishing* e no *overruling*). A existência de súmulas dos tribunais revela que os julgados anteriores são importantes parâmetros para julgamentos futuros, ainda que não haja obrigatoriedade em observá-los.

Os órgãos jurisdicionais buscam em seus julgados pretéritos razões de decidir, pois é uma tendência humana utilizar os mesmos procedimentos e ferramentas para resolver problemas similares posteriores. No mais, pretende-se

que o direito seja razoavelmente previsível a fim de que exista segurança jurídica. Considerar a jurisprudência anterior é dar previsibilidade ao direito. Desse modo, o simples fato de o direito positivo não prever a jurisprudência internacional como fonte formal do direito não impede que essa tenha caráter vinculante. Considerar facultativa a observância da interpretação dada à Convenção Americana pelo tribunal mencionado pode induzir juízes internos dos Estados-membros a não aplicarem os entendimentos da Corte, o que pode implicar a responsabilização internacional do Estado. O caso Gomes Lund e outros contra Brasil mostra as consequências da inobservância da jurisprudência da Corte internacional, o que, inclusive, persiste nos fundamentos da decisão do caso Herzog contra Brasil. Nos julgados mencionados, concluiu-se que o Estado brasileiro não aplicou a jurisprudência da Corte que considera que a anistia não pode ser concedida a crimes de lesa-humanidade. A divergência interpretativa entre tribunal doméstico e internacional foi determinante para a responsabilização internacional do Brasil.

Apesar disso, é importante reconhecer que, embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos seja a intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos, não é o único tribunal hábil a interpretar o mencionado tratado. Vigem o princípio da subsidiariedade o qual pressupõe o esgotamento das vias internas para que a jurisdição internacional seja provocada. Assim, outros tribunais também interpretam o Pacto de São José da Costa Rica antes da Corte em comento. Pode haver, assim, interpretações mais benéficas ao ser humano as quais devem prevalecer sobre quaisquer outras, independentemente do órgão jurisdicional de origem.

Da mesma forma como existem normas que devem ser preferidas a outras em virtude do princípio *in dubio pro homine* ou *pro personae*, as interpretações também devem seguir a mesma lógica. Desse modo, o fato de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ser a intérprete última da Convenção Americana não afasta a necessidade de se interpretar a norma de forma mais benéfica ao ser humano. Victor Bazán destaca que a necessidade de observância dos pronunciamentos da Corte não implica vinculação hierárquica entre tribunais, mas um dever de interpretação dos direitos e garantias de acordo com o princípio *pro persona* ou *favor libertatis*<sup>26</sup>. Assim, mesmo o caráter vinculativo das decisões da

---

<sup>26</sup> “Tal mandato de interpretación conforme a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos tem limite no princípio *in dubio pro homine* ou *pro personae*. Bazán entende, inclusive, que a Corte Interamericana estabelece um padrão interpretativo e as demais cortes nacionais, a partir disso, podem estender a interpretações mais benéficas ao ser humano (BAZÁN, 2012a, p. 74).

Impende destacar, no entanto, que nem sempre é fácil distinguir a interpretação mais benéfica ao ser humano. A Corte Interamericana de Derechos Humanos, por exemplo, relativiza direitos penais como prescrição e coisa julgada em casos de crimes de lesa-humanidade, como ocorreu no caso *Almonacid-Arellano* contra Chile, de 2006, e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* contra Brasil, de 2017. Muitos desses direitos liberdades são associados com a primeira fase de desenvolvimento dos direitos fundamentais, o que impõe uma dificuldade de execução da sentença internacional no âmbito interno e de identificação de que se trata de interpretação mais favorável ao ser humano. Ainda assim, a aplicação do princípio *in dubio pro homine* ou *pro personae* é importante parâmetro para a observância da jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Há também a possibilidade de resistência dos juízes domésticos de aplicarem o direito da forma como a Corte o determina. Alexandra Huneeus demonstra em artigo sobre o cumprimento das decisões da Corte Interamericana o quão mais difícil é haver a observância das sentenças quando o destinatário dessas é o judiciário nacional (HUNEEUS, 2011, p. 514). Há uma interlocução mais fácil entre a Corte e o poder executivo dos Estados, mas não entre o tribunal internacional e os juízes nacionais. Da mesma forma, em muitos Estados, não há clareza quanto à posição das decisões da Corte Interamericana de Derechos Humanos no ordenamento jurídico, o que seria fundamento para não cumprir os julgados. Nesse cenário, para a autora, deveria haver maior persuasão do tribunal internacional para a observância das suas decisões. Para tanto, a Corte deveria citar exemplos de cumprimento de julgados por outro judiciário nacional, aumentar o diálogo com o judiciário doméstico, ter maior deferência por cortes supremas, dentre outros (HUNEEUS, 2011, p. 521).

---

*norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio pro persona o favor libertatis), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.*” (Essa determinação de interpretação de acordo com essas fontes legais deve ser lida não em termos de uma relação hierárquica, mas sim no dever de buscar a interpretação mais favorável e eficaz da norma para a proteção de direitos, garantias e liberdades (princípio *pro persona* ou *favor libertatis*), na linha do art. 29 do CADH.) [tradução livre da autora] (BAZÁN, 2012a, p. 66.)

No intuito de superar a resistência das cortes domésticas, o elemento de intérprete última da Convenção Americana, que integra o conceito de controle de convencionalidade, deveria ser lido da seguinte forma: os julgados da Corte Interamericana são vinculativos para todos os Estados que reconhecem sua jurisdição; no entanto, a interpretação constante nas decisões pode ser suplantada por outra mais benéfica ao ser humano. O padrão interpretativo fixado pela Corte seria apenas o mínimo de proteção conferido no sistema regional, podendo, contudo, ser estendido. Isso confere ao judiciário interno espaço de atuação quanto à aplicação dos direitos humanos, pois permite que haja interpretação quando a Corte Interamericana não tratou do tema, ou mesmo que sobre ele tenha se manifestado, ainda existiria espaço para expansão.

Ao mesmo tempo, concede-se ao tribunal internacional o devido espaço de intérprete que se encontra topologicamente ao final da atividade judicial no sistema regional americano de direitos humanos. Aplica-se o princípio *in dubio pro homine*, o que não prejudica o caráter vinculativo das decisões da Corte. Permite-se a evolução do padrão interpretativo na região. Nesse cenário, para melhorar o diálogo entre cortes e induzir o cumprimento de suas decisões, caberia também à Corte Interamericana citar julgados do judiciário interno dos Estados-membros tanto na fixação de novos parâmetros hermenêuticos ou na revisão desses.

Em suma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pretende estabelecer um sistema hierárquico de observância de suas decisões, o que se torna mais claro ao longo da evolução pretoriana do conceito de controle de convencionalidade. É natural que a Corte julgue casos análogos de forma semelhante e defenda o cumprimento dos padrões interpretativos até mesmo para evitar novos julgamentos sobre idêntica matéria. A posição de julgador subsidiário e último de casos de violação de direitos humanos na região reforça a ideia de que se trata do intérprete último da Convenção Americana. Todavia, o judiciário interno pode resistir a observar os julgados por não haver positivação clara quanto à obrigatoriedade das decisões da Corte, tanto no âmbito nacional e internacional. Assim, é necessário conceber que a Corte Interamericana é a intérprete última e que suas decisões têm efeitos *erga omnes*, mas que os parâmetros hermenêuticos podem ser modificados em favor do ser humano. É certo que pode haver dúvidas quanto à interpretação mais benéfica ao ser humano, o que é comum a toda solução que vise à melhor condição e ao benefício de certos grupos, mas é justamente a abertura do princípio

*in dubio pro homine* que confere maior liberdade para as cortes nacionais aplicarem o direito e resistirem menos às decisões da Corte Interamericana.

### **3 DUALISMO E MONISMO: POSICIONANDO O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ENTRE AS TEORIAS CLÁSSICAS**

Nos Manuais de Direito Internacional Público, sempre há um capítulo destinado ao estudo da relação entre o direito interno e o direito internacional. Uma vez que o direito internacional público, a partir das Guerras Mundiais, passa a apresentar coincidência de sujeitos de direito e de objetos de direito com o direito interno, a relação entre a ordem jurídica interna e internacional torna-se mais importante. O tratamento diferenciado da mesma matéria pelo direito interno e pelo direito internacional público pode dar ensejo a conflito de normas. O modo de solucionar o conflito é o escopo do estudo dessa relação, que muitas vezes se mostra tensa, contraditória e distinta das principais teorias que visam a explicar o fenômeno.

A teoria do controle de convencionalidade, desenvolvida pela resolução de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos liga-se essencialmente a esta relação entre direito interno e direito internacional público. Aplicando-se a citada teoria, verifica-se se a legislação interna de um Estado é compatível com os tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificados. A Corte Interamericana de Direitos Humanos incita os juízes internos a aplicarem os tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em detrimento da legislação nacional do Estado membro, sob pena de responsabilização internacional.

No presente capítulo, visa-se a identificar o posicionamento da mencionada teoria sobre a relação entre direito interno e direito internacional público, explicando o contexto a partir do qual é criada a mencionada teoria. Da mesma forma, pretende-se alocar a nova tese, dentre as principais teorias que tratam do choque entre fontes do direito internas e internacionais.

A relação entre o direito interno e o direito internacional público é tratada principalmente por duas teorias amplamente conhecidas: o dualismo e o monismo.

O dualismo defende que o direito interno e o direito internacional público apresentam sujeitos e estruturas diversas. Os sujeitos de direito internacional somente seriam os Estados. Nenhuma das ordens jurídicas, seja interna, seja internacional, pode invalidar as normas da outra (STEINER, 2000, p. 1004). O monismo, por sua vez, entende existir uma ordem jurídica mundial, tendo o direito interno e o direito internacional sujeitos e matérias semelhantes. Em caso de conflito, haveria supremacia do direito internacional (STEINER, 2000, p. 1004).

O desenvolvimento das citadas teorias, dualismo e monismo, está relacionado com a evolução e a modificação do direito internacional público. Quando surge o direito das gentes, a relação entre Estados era o objeto do mencionado ramo jurídico. Os sujeitos de direito eram unicamente os Estados. Assim, existia uma ordem jurídica interna que tratava das relações entre os indivíduos e entre estes e os Estados, e uma ordem jurídica externa que visava a regular as relações entre os Estados.

Nesse cenário, o direito interno e o direito internacional público cuidavam de ordens jurídicas distintas que poucas vezes conflitavam. O dualismo coaduna-se, em tese, com um direito internacional público que não tem o indivíduo como sujeito de direitos. Trata-se de teoria consentânea com a época em que o ser humano somente era protegido internacionalmente a depender da relação que mantinha com um Estado, este sim sujeito de direito internacional público (CASSESE, 2005, p. 376).

Para o dualismo, o direito interno pode permitir a aplicação do direito internacional, mas isso decorre do exercício de sua autoridade (BROWLIE, 1997, p. 44). As normas internacionais seriam aplicadas quando se tornassem normas nacionais. Como defensores do dualismo, pode-se citar Trippel e Anzilotti.

O monismo internacionalista passou a ser difundido com maior ênfase após Primeira Guerra Mundial (BROWLIE, 1997, p. 215). A popularidade da tese monista ocorre concomitantemente com o desenvolvimento dos direitos humanos. Quando o ser humano é visto como sujeito de direito internacional a ser tutelado independentemente da vontade dos Estados, a doutrina monista torna-se mais relevante. A relação dos indivíduos com o Estado é transformada em tema de direito internacional público.

Passa, assim, a haver sujeitos de direito e objeto de direito semelhantes tanto no âmbito doméstico quanto no internacional, o que potencializa a existência de conflitos. No entanto, ao contrário da teoria dualista que defendia haver duas ordens

jurídicas distintas, que não poderiam invalidar normas que não lhe fossem próprias, o monismo pugna pela supremacia do direito internacional e, portanto, a possibilidade de invalidar normas nacionais com conteúdo diverso das internacionais (BROWLIE, 1997, p. 215). O direito interno tem como fundamento de validade o direito internacional. Como representantes desse pensamento, podem ser citados Hans Kelsen e Hersch Lauterpacht.

O monismo internacionalista tem correspondência com os direitos humanos. Tanto a doutrina dos direitos humanos, quanto o monismo surgem com a ideia de mitigação da soberania nacional. A proteção dos direitos humanos independe do voluntarismo estatal. Nenhum Estado teria o direito de vida e de morte com relação aos indivíduos que circulam em seu território, tendo que observar normas internacionais para tutelá-los. Os direitos humanos e o monismo internacionalista retiram dos Estados a plena liberdade de criação legislativa. O direito internacional, mais propriamente os tratados internacionais ratificados pelo Estado, impediriam o legislador nacional de criar leis contrárias às normas internacionais.

É justamente a mencionada limitação que torna o monismo internacionalista, na prática, pouco atrativo para os Estados. Não se pode dizer que exista prevalência do direito internacional sobre o direito interno. Na verdade, existe a tendência de os Estados reconhecerem a supremacia da ordem jurídica interna em relação à internacional em razão da importância da prerrogativa legislativa (SHAW, 2010, p. 135). Para Malcom Shaw, esta supremacia da ordem jurídica interna em relação à internacional é um princípio geral inegável.

De fato, não se segue, estritamente, nenhuma das duas teorias mencionadas, mas sim uma mistura de ambas com tendência ao dualismo (BROWLIE, 1997, p. 46; JO, 2000, p. 161). Para Cassese, o dualismo era uma teoria que explicava adequadamente o direito internacional no século XIX e na primeira metade do século XX, quando o direito das gentes era destinado basicamente a reger as relações entre Estados soberanos (CASSESE, 2005, p. 216). Segundo o mesmo autor, Kelsen apresentou uma teoria moderna, mas que não representava as relações internacionais (CASSESE, 2005, p. 216). Na verdade, a teoria monista kelseniana ainda não é aplicável à realidade do direito internacional. Até hoje se trata de um ideal a ser alcançado, uma vez que os Estados, em sua maioria, não reconhecem a supremacia do direito internacional.

A solução do conflito entre direito interno e direito internacional depende de cada ordem jurídica interna. Essa definirá a posição das normas internacionais, em especial, dos tratados, estabelecendo hierarquia entre normas a fim de se resolver eventual conflito. No plano internacional, entretanto, há um claro posicionamento no sentido de prevalência do direito internacional em face do direito interno, o que é evidenciado pela redação do artigo 27 da Convenção de Viena sobre tratados de 1969, que estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 252; PASTOR RIDRUEJO, 2014, p. 169).

Diz-se haver mera tendência porque, embora seja pacífica a aplicação do direito internacional em caso de conflito de normas em cortes internacionais, o tribunal meramente aplica a norma internacional sem, contudo, invalidar a norma interna que lhe seja contrária. Dessa forma, há a supremacia do direito internacional no julgamento da responsabilidade internacional. Entretanto, mesmo havendo a citada prevalência, a corte internacional não anula nem invalida a norma interna, o que, para a teoria acadêmica do monismo internacionalista, seria viável pelo fato de o direito interno e o direito internacional integrarem uma ordem jurídica mundial unitária.

A declaração da invalidade de normas por incompatibilidade de outra de hierarquia superior cabe aos tribunais e juízes internos, se a ordem jurídica nacional assim permitir. Logo, a hierarquia de normas estabelecida pelo direito interno interessa apenas ao direito nacional (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 252). Ao direito internacional, interessa a obrigação a que se comprometeu o Estado ao ratificar o tratado internacional. Se, internamente, a norma internacional apresenta hierarquia inferior à norma nacional, isso em nada afeta a decisão da corte internacional em virtude dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre tratados de 1969. Haverá, contudo, um problema se o Estado não reconhecer a prevalência do direito internacional, quando conflitante ao direito interno: a responsabilização internacional.

### 3.1 DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL: POSIÇÃO DOS TRATADOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

O direito constitucional brasileiro anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004 não apresentava uma redação clara quanto ao posicionamento dos tratados internacionais na hierarquia de normas. A disposição original do artigo 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 nada tratava acerca da hierarquia de normas nem posicionava os tratados no direito interno.

O dispositivo em comento apenas ressaltava que os direitos e garantias expressos constitucionalmente não excluem outros nem mesmo quando previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Há mero esclarecimento sobre a existência de outros direitos além daqueles elencados no texto constitucional. No entanto, Roberto de Figueiredo Caldas cita que Augusto Cançado Trindade, proponente do mencionado artigo, pretendia que o referido dispositivo desse aos tratados internacionais *status* hierárquico constitucional (CALDAS, 2013, p. 397).

Outros Estados soberanos optaram por fazer uso de uma redação mais clara quanto à posição dos tratados internacionais, como a França que, em seu artigo 55 da Constituição de 1958, estabelece que “os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte”. A Constituição da Argentina, em seu artigo 75, 22, por sua vez, destaca que os tratados têm hierarquia superior à de leis, mas há tratados com *status* hierárquico constitucional em rol taxativo passível de ampliação. Os demais tratados internacionais de direitos humanos, ao serem aprovados pelo Congresso, devem ter o voto de mais de dois terços das partes da totalidade dos membros de cada Câmara para terem hierarquia constitucional.

Possivelmente a falta de clareza na redação do artigo 5º, §2º da Constituição Federal quanto à posição dos tratados internacionais decorre do fato de o constituinte original e o legislativo não desejarem, de fato, conceder a hierarquia constitucional às convenções internacionais. Rememora-se que ainda prevalece uma tendência ao dualismo nos Estados soberanos, pois a competência legislativa lhes é muito cara. Provavelmente apresentar um artigo cuja redação concedesse aos tratados internacionais hierarquia constitucional implicaria a sua não inclusão no texto final. É possível que a intenção do proponente do artigo fosse estabelecer a hierarquia constitucional dos tratados internacionais por meio da interpretação finalística da norma. O fato de o artigo não ser explícito quanto à hierarquia do

tratado internacional demonstra o quão polêmico é o tema no direito interno nacional.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido em 1977, no RE n. 80.004/SE, que a Convenção de Genebra não se sobrepunha sobre as leis internas, sendo o Dec.-lei n. 427/69 constitucional e válido. Com a citada decisão, os tratados passaram a ter, segundo a jurisprudência, hierarquia de lei, podendo ser revogados como qualquer outra lei pelo Congresso Nacional. O citado julgado implicou uma mudança de entendimento, pois anteriormente a jurisprudência defendia o primado do direito internacional (PIOVESAN, 2017, p. 152).

O advento da Emenda Constitucional 45/2004 levou o Supremo Tribunal Federal a decidir novamente sobre a hierarquia dos tratados internacionais no direito interno. O constituinte derivado, com o artigo 5º, §3º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, estabeleceu que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

O citado texto causou polêmica, pois, se para os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional há *status* hierárquico de norma constitucional derivada, para os demais tratados ainda não havia clareza quanto ao posicionamento. Muitos internacionalistas defendiam antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45/2004 que os tratados internacionais de direitos humanos eram, no mínimo, materialmente constitucionais. Outros entendiam que o artigo 5º, 2º, da Constituição Federal concedia aos tratados internacionais de direitos humanos *status* formalmente constitucional (PIOVESAN, 2017, p. 126-128; MAZZUOLI, 2016, p. 85)

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar novamente sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais no julgamento do RE n. 466.343/SP. No caso em comento, foi analisado o conflito entre norma interna constitucional, artigo 5º, LXVII, que autoriza a prisão civil do depositário infiel, e a norma internacional do artigo 7º, §7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece que ninguém deve ser detido por dívidas, salvo em caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

A referida decisão apresentou dois possíveis posicionamentos para os tratados internacionais que não preenchessem os requisitos do artigo 5º, §º 3º, da Constituição Federal. O primeiro, defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, estabelecia a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, estes estariam acima da lei, mas abaixo da Constituição Federal. O segundo posicionamento, capitaneado pelo Ministro Celso de Mello, referia que o nível hierárquico dos demais tratados internacionais de direitos humanos também era constitucional. Por apenas um voto de diferença o Supremo Tribunal Federal definiu que os tratados internacionais de direitos humanos não ratificados com o quórum de emenda constitucional, conforme artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, teriam nível supralegal e eficácia paralisante com relação às normas infraconstitucionais, ou seja, não retirariam as normas contrárias do ordenamento jurídico, mas impediriam que produzissem efeitos.

Essa, no entanto, foi apenas uma decisão incidental do julgado em debate. A questão principal era definir a norma a ser aplicada, qual seja: a norma interna ou a norma internacional. No caso, prevaleceu a norma internacional, pois, apesar de o tratado internacional de direitos humanos, isto é, a Convenção Americana de Direitos Humanos estar abaixo da Constituição, a sua ratificação impediria a criação de legislação contrária, havendo o efeito paralisante. Nesse sentido, na prática, a Convenção Americana de Direitos Humanos paralisou os efeitos da disposição constitucional que autorizava a prisão civil do depositário infiel (CALDAS, 2013, p. 400-404).

Após o julgamento do RE 466.343/SP, dentre outros precedentes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 25 que estabelece que é “ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Houve verdadeiro controle de convencionalidade, sem, contudo, haver a retirada do texto inconveniente do ordenamento jurídico. A importância do citado julgado é grande tanto para o estabelecimento da hierarquia dos tratados internacionais no direito interno brasileiro quanto para a teoria do controle de convencionalidade. Logo, é inegável a intrínseca relação entre as duas matérias.

### 3.2 EXIGÊNCIA DE INVALIDAÇÃO DE NORMAS INTERNAS CONTRÁRIAS AO TRATADO INTERNACIONAL: NEM DUALISMO NEM MONISMO

A teoria do controle de convencionalidade surge, com a citada denominação pelo colegiado do tribunal, em 2006, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o julgamento do caso (Almonacid-Arellano contra Chile). A doutrina nacional conceitua a mencionada tese como “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país” (MAZZUOLI, 2013, p. 07). Ainda, segundo a doutrina brasileira, “o objetivo principal do controle de convencionalidade é atribuir aos juízes nacionais a missão de deixar de aplicar as regras do direito interno opostas ao Pacto de São José da Costa Rica” (FIGUEIREDO, 2016, p. 84).

No caso Almonacid-Arellano contra Chile, de 2006, a Corte afirma que é missão do judiciário interno, ao aplicar tratados internacionais, corrigir eventuais falhas de observância internacional, quando o Legislativo edita normas que contrariem tratados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 123). A Corte Interamericana decidiu, nesse caso paradigmático, que os juízes internos deveriam exercer um certo “controle de convencionalidade” entre a legislação interna e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, parágrafo 124).

É necessário entender o contexto em que a teoria aparece a fim de compreendê-la. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma corte internacional. Desse modo, aplica, por consequência, a regra costumeira, posteriormente positivada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre tratados de 1969. Assim, a existência de norma interna contrária ao tratado internacional não é oponível para justificar eventual descumprimento do tratado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos julga a responsabilidade internacional dos Estados por violações a tratados por eles ratificados. Não se trata de tribunal que tem como objetivo ou mesmo competência para invalidar normas internas.

Veja-se que, mesmo com a tendência ao monismo internacional, não se reconhece às cortes internacionais a prerrogativa de invalidar normas contrárias aos tratados. Se houver um descumprimento do tratado pelo Estado, este é julgado pela corte internacional que responsabiliza o sujeito de direito violador, mas nada pode fazer quanto a futuros atos estatais fundados em uma norma interna contrária à convenção internacional.

O Estado pode ser responsabilizado internacionalmente, mas, por existir norma interna contrária não invalidada pela corte internacional, persistir na violação

do tratado. Somente os juízes e os tribunais internos, podem invalidar normas internas. O que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz ao aplicar a teoria do controle de convencionalidade é atribuir aos juízes internos o dever de declarar a invalidade das normas internas, quando estas sejam contrárias ao tratado internacional.

Nisso, a teoria do controle de convencionalidade é original, uma vez que exige do judiciário interno uma postura proativa quanto à observância de tratados internacionais. Assim, para a teoria em estudo, não bastaria reconhecer a violação da convenção internacional e responsabilizar o Estado, destacando apenas que os juízes internos deveriam aplicar o tratado, mas seria necessário provocar os julgadores domésticos a invalidarem a legislação contrária ao tratado.

No caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala* de 2003, no parecer do juiz Sérgio Garcia Ramirez, foi tratado acerca da indivisibilidade do Estado na esfera internacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, parágrafo 27). Para fins de direito internacional público, o Estado obriga-se de forma integral, independentemente de aderir em sua ordem jurídica interna à separação dos poderes. Dessa forma, o judiciário também estaria vinculado aos tratados ratificados e internalizados pelo executivo e pelo legislativo.

Muito antes do surgimento da teoria do controle de convencionalidade, as cortes internacionais responsabilizavam internacionalmente os Estados por terem violado tratados em razão da atuação do Judiciário interno. No caso sobre a *Fábrica de Chorzow*, de 1928, julgado pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, foi ressaltado que há “numerosas decisões jurisdicionais e arbitrais internacionais que reconhecem a responsabilidade do Estado em virtude das decisões dos tribunais nacionais não conformes a um tratado” (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 254). Logo, a obrigação de o Estado, através do judiciário interno, aplicar o tratado é reconhecida há muito tempo pelas cortes internacionais.

Cortes internacionais não podem invalidar norma interna, assim como juízes e tribunais não podem anular tratados internacionais. Norma interna somente pode ser invalidada pelos juízes internos, se houver autorização legal. Tratados ratificados pelo Estado e em vigor internacional também não podem ser invalidados por juízes internos. Nesse aspecto, a teoria dualista parece descrever melhor a realidade da relação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional em comparação à teoria monista. Tendo base na ciência desse fato, e para superar os

entraves entre o direito interno e o direito internacional público, a teoria do controle de convencionalidade exige que o juiz interno invalide a norma interna contrária ao tratado internacional.

As cortes internacionais já demandavam uma postura ética do direito interno e das autoridades estatais ao responsabilizarem o Estado pela não aplicação do tratado pelo judiciário. No entanto, não exigiam a revogação e/ou a invalidade da norma interna contrária. Determinava-se apenas que o juiz interno não aplicasse a norma doméstica em desacordo com o tratado internacional. Como exemplo, pode-se citar o caso da Administração de Finanças do Estado vs. Simmenthal, julgado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, em que foi destacado que “não é, portanto, necessário que a norma legislativa nacional, contrária à norma comunitária diretamente aplicável, tenha sido formalmente revogada para que o juiz nacional se abstenha de a aplicar” (DINH; DAILLIER; PELLET, 1999, p. 254).

Portanto, o que as cortes internacionais requeriam dos juízes internos era a mera abstenção da aplicação da norma interna contrária ao tratado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos passa a fazer uma exigência distinta ao demandar que os juízes domésticos invalidem normas internas contrárias ao tratado, inclusive, de ofício. Visa-se a prevenir a violação futura de tratados internacionais no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, pois, uma vez inválida a norma interna causadora de conflito, o Estado não mais a aplicará.

Há, na teoria em estudo, um inerente reconhecimento de que a corte internacional não pode invalidar normas da ordem jurídica interna dos Estados. Por isso, a teoria não defende um monismo internacionalista kelseniano. Na verdade, a nova doutrina adapta-se à realidade da interação entre direito interno e direito internacional, exigindo que, no seio do direito interno, por suas autoridades judiciais, o próprio Estado que ratificou o tratado invalide as normas domésticas contrárias ao tratado.

Não há nem dualismo nem monismo. A teoria do controle de convencionalidade demanda um comportamento dos Estados baseado no brocardo *pacta sunt servanda* e na boa-fé objetiva, respeitando a integridade das ordens jurídicas. Em cada ordem jurídica, há autoridades judiciais hábeis para reconhecerem a invalidade das normas, o que não impede que as cortes internacionais requeiram a anulação de normas internas por juízes internos, se possível. A teoria revela a adoção de um misto de ensinamentos sobre dualismo e

monismo, pois demonstra a crença na existência de duas ordens jurídicas que interagem, embora sejam distintas, com a prevalência do direito internacional, em caso de conflito de normas<sup>27</sup>.

A interação entre direito interno e direito internacional não é pacífica, mas sim tensa. Se, por um lado, os Estados, em sua maioria, visam a garantir o primado do direito interno, a fim de valorizar a própria soberania e a maior independência do Legislativo nacional, por outro, o direito internacional público também defende a sua hegemonia através do disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre tratados de 1969. Às cortes internacionais não interessa a hierarquia de normas estabelecida pelo direito interno, pois a norma doméstica não justifica o descumprimento do tratado nem evita a responsabilidade internacional.

No entanto, as mesmas cortes internacionais não têm o poder de invalidar a norma interna que seja contrária ao tratado internacional. Na prática, o Estado violador pode reincidir em seu descumprimento em razão de haver norma interna que contraria o tratado. Nisso, cria-se um círculo vicioso de violação do tratado internacional. Na verdade, o direito internacional público passa a ter internamente pouca eficácia sem a possibilidade de invalidação da norma doméstica contrária.

Com base nos julgados internacionais que há muito já reconheciam que o judiciário interno poderia descumprir tratado internacional por deixar de aplicá-lo ao favorecer a norma interna, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, de 2003, destacou que o Estado é indivisível internacionalmente. Ressaltou também a importância de se realizar um “controle de tratado”. Após, em 2006, a citada corte internacional, no caso *Almonacid-Arellano e outros contra Chile*, iniciou o efetivo desenvolvimento da teoria do controle de convencionalidade.

Através da teoria do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos provoca os juízes internos a aplicarem os tratados do sistema interamericano de direitos humanos, declarando a invalidade das normas internas que lhes sejam contrárias. Assim, com a citada tese, há o reconhecimento de duas ordens jurídicas distintas (conforme defende o dualismo), que se relacionam. Todavia, nessa relação, é necessário admitir o primado do direito internacional

---

<sup>27</sup> Ao que parece, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao criar a teoria do controle de convencionalidade, entende que há duas ordens jurídicas que interagem, mas com a superioridade do direito internacional público como defendido por Michel Virally. (VIRALLY, 1997.)

(consoante defende o monismo internacionalista) para que este tenha eficácia no direito interno, assim como para observar o brocardo *pacta sunt servanda* e a boa-fé objetiva.

É na exigência de uma postura proativa do juiz doméstico que deve anular a norma interna contrária que reside a originalidade da nova tese. A citada teoria não assume integralmente nenhuma das principais teses que explicam a relação entre direito interno e direito internacional (dualismo e monismo), o que, em regra, os Estados não fazem. No controle de convencionalidade, há uma mistura de ensinamentos de ambas as escolas teóricas.

#### **4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA TRABALHISTA: A ATUAL SINALIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS PARA APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES DA OIT COMO NORMAS CONTROLANTES**

A teoria do controle de convencionalidade, em âmbito internacional e, mais precisamente, interamericano, é bastante recente, pois data do início do século XXI. Ainda assim, mesmo na seara trabalhista, que infelizmente prossegue a sofrer resistência quanto ao reconhecimento como um dos ramos nos quais se encontram direitos humanos, a nova teoria já é aplicada pelos tribunais. As convenções da OIT pela importância que têm no direito internacional do trabalho são paulatinamente introduzidas nas fundamentações de decisões como normas controlantes. Mesmo a legislação brasileira, a título de curiosidade, não apenas se inspira nas citadas convenções em alguns casos, como também as cita, o que se percebe pela leitura do artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 150/2015, que menciona a Convenção 182 da OIT sobre as piores formas de trabalho infantil a fim de justificar a idade mínima para o labor doméstico.

Antes de adentrar à aplicação dessas normas em casos concretos, é preciso fazer uma breve introdução. Com o final da Primeira Guerra Mundial, foi incluída no Tratado de Versalhes a criação da Organização Internacional do Trabalho que teria como objetivo adotar convenções e recomendações sobre a matéria. Em 1944, com a Declaração de Filadélfia, o compromisso com o direito internacional do trabalho foi reafirmado, e a citada declaração foi incluída na constituição da OIT (VALTICOS; VON POTOBSKY, 1995, p. 18-19). As convenções da OIT são as normas destinadas a criarem obrigações para os Estados que as ratificaram, ao passo que as recomendações têm como escopo oferecer aos Estados diretrizes em matéria trabalhista sem dar ensejo a obrigações (VALTICOS; VON POTOBSKY, 1995, p. 50).

As primeiras não podem ser objeto de reserva em virtude da constituição tripartite da OIT, isto é, que é composta por membros estatais, representantes de empregados e empregadores (VALTICOS; VON POTOBSKY, 1995, p. 50). No entanto, mesmo quanto a uma convenção não ratificada, o Estado-membro da OIT

pode ser provocado a informar sobre a legislação nacional existente sobre a mesma matéria e até que ponto há a pretensão de aplicar a convenção não ratificada (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946, artigo 7, “b”, IV). Procedimento semelhante ocorre com a recomendação, acrescentando-se a obrigação de o Estado-membro ter de submetê-la à autoridade competente em doze ou dezoito meses (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946, artigo 6).

Nessa parte do trabalho, é feita a análise de três casos internacionais julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, Comunidade Garífuna de Punta Piedra contra Honduras, de 2015, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil e Lagos Del Campo contra Peru, ambos de 2017. Em todos, há a utilização de normas da OIT na fundamentação dos julgados, mas esse último sinaliza de forma mais clara a importância da proteção do direito do trabalho no sistema interamericano de direitos humanos. No caso, normas da OIT são utilizadas como fundamentação da decisão, e a legislação trabalhista peruana e os atos das autoridades daquele Estado passam pelo controle de convencionalidade, tendo como parâmetro o direito individual de liberdade de expressão, além da liberdade de associação e da estabilidade laboral. Da mesma forma, no plano nacional, são examinados dois casos, um julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 2014, sobre a possibilidade de cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade, e outro pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a ADI 3937/SP, que trata da proibição da crisotila por leis estaduais. Ambos os casos internos, citam expressamente convenções da OIT e usam ora de forma mais explícita, ora de modo mais sutil, as referidas normas como modelos de validade de outras leis. Com isso, pretende-se examinar se a aplicação da Convenção 132 da OIT tem possibilidade de ser utilizada no exercício do controle normativo.

#### 4.1 COMUNIDADE GARIFUNA DE PUNTA PIEDRA E SEUS MEMBROS CONTRA HONDURAS: TRATADOS INTERNACIONAIS EM GERAL, INCLUSIVE CONVENÇÕES DA OIT, COMO NORMAS CONTROLANTES

No presente caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou a importância da devida interpretação legislativa e do uso da ferramenta controle de convencionalidade com base em sua jurisprudência e em padrões internacionais

aplicáveis (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015, parágrafo 211). Conquanto o caso seja referente à propriedade coletiva indígena, a aplicação de padrões internacionais também deve ser feita relativamente a outros casos como parâmetro do controle de convencionalidade, assim como na Opinião Consultiva n. 16/99 em que a Corte utilizou como base jurídica de seu parecer tratados internacionais não pertencentes ao sistema americano de direitos humanos.

Na Opinião Consultiva, o parâmetro jurídico era a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Para a Corte, essa tem competência para interpretar outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos e não apenas a Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999, parágrafo 69). No caso, os Estados deveriam informar os estrangeiros sobre o direito de entrar em contato com os agentes consulares para obter assistência jurídica no momento da prisão e antes de qualquer declaração ou confissão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999, parágrafo 106). Na mesma Opinião Consultiva, a Corte destaca que as disposições dos artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos concernem à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999, parágrafo 109).

A constante menção à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 desde as primeiras decisões que desenvolveram o controle de convencionalidade demonstra que o mencionado instituto não tem como paradigma apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos nem somente os tratados internacionais firmados dentro do sistema americano de direitos humanos. Todos os tratados internacionais de direitos humanos são passíveis de serem parâmetros de validade da legislação doméstica. O disposto na decisão do caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus membros contra Honduras é importante por expressamente fazer referência a padrões internacionais.

O mais importante para a seara trabalhista é que, no caso em comento, foi citada a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais no julgado. Isso demonstra que, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as convenções da OIT são padrões internacionais a serem considerados no sistema interamericano de direitos humanos. Embora já houvesse o indicativo em decisões anteriores que outros tratados internacionais externos ao âmbito americano também poderiam ser

utilizados para fins de justificar o controle de convencionalidade, o caso em comento esclarece em definitivo sobre a citada possibilidade.

#### 4.2 CASO DOS TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE CONTRA BRASIL: NORMAS CONTRÁRIAS À ESCRAVIDÃO COMO *JUS COGENS*

Em 1988, foi apresentada denúncia de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde pelos pais de dois jovens que foram arregimentados para trabalhar no local por 60 dias, tendo, posteriormente, desaparecido (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafos 129 e 130). As investigações da polícia federal sobre o caso teriam sido insuficientes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 140). Em 1993, também não havia sido constatado trabalho escravo na fazenda, mas sim recrutamento ilegal de trabalhadores e desrespeito a direitos trabalhistas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 141).

Ao longo dos anos, foram constatadas graves violações de direitos trabalhistas na mencionada fazenda, como descumprimento do que era prometido antes da chegada na fazenda, condições de vida e de trabalho degradantes e anti-higiênicas, alimentação insuficiente e de má qualidade, consumo de água inapropriado, jornada de trabalho de 12 horas todos os dias, com exceção dos domingos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 300). Todavia, as autoridades entendiam que não se tratava de trabalho escravo.

Para a responsabilização do Estado quanto a violações de direitos humanos por particulares, é necessário, segundo a Corte, que as autoridades soubessem ou devessem saber acerca do risco real e imediato para a vida de um indivíduo ou de um grupo sem que fossem adotadas as medidas para prevenir ou evitar o risco (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 323). No caso em comento, o Estado brasileiro tinha ciência do risco para a vida dos trabalhadores em razão das denúncias apresentadas desde a década de 1980, ainda assim não agiu com a devida diligência para impedir o dano (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 328). Crimes relativos à submissão de pessoas à condição de trabalho escravo foram considerados prescritos.

No citado caso que envolve o Estado brasileiro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que a escravidão é um delito de direito internacional cuja proibição tem status de *jus cogens*, ou seja, norma imperativa de direito internacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafos 249 e 412). No julgado, a expressão controle de convencionalidade é mencionada uma vez, quando a Corte recorda que os Estados estão obrigados a realizarem um controle de convencionalidade de ofício entre as normas internas e a Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 408). Na decisão, ressalta-se que cabe ao Estado que celebra um tratado internacional introduzir em seu direito interno modificações necessárias para a execução das obrigações assumidas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 409).

Houve violação do Pacto de São José da Costa Rica ao se considerar que estavam prescritas as penas quanto aos crimes de redução à condição análoga a de escravo, atentado contra a liberdade de trabalho e recrutamento ilegal de trabalhadores de um local para o outro do território nacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 411). Para a Corte, não é possível invocar a prescrição para não se obrigar a investigar e a sancionar delitos de direito internacional na condição de *jus cogens* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, parágrafo 412). A prescrição, no caso em comento, teria prejudicado a investigação e a punição dos responsáveis, além do direito de reparação das vítimas.

Nesse caso, não houve a criação de um novo requisito para a teoria do controle de convencionalidade. Ainda assim, a citada teoria é nele mencionada, pois, ao se considerar a escravidão um crime de lesa humanidade e um delito de direito internacional cuja proibição é norma de *jus cogens*, conforme a Corte, não poderia haver empecilho para investigação, punição e responsabilização dos perpetradores. Como a Corte considera que crimes de lesa humanidade não prescrevem, o que também foi definido no precedente precursor da teoria do controle de convencionalidade (Arellano Almonacid contra Chile, de 2006), o Estado brasileiro não teria observado a jurisprudência do tribunal internacional, os costumes e tratados internacionais, ao pronunciar a prescrição dos crimes. Isso demonstra que o controle de convencionalidade é, de fato, uma ferramenta de aplicação do direito

internacional no âmbito do direito interno (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013, parágrafo 65).

Outro ponto a se destacar quanto ao mencionado julgado é a citação de convenções da OIT que integram os princípios fundamentais da organização, quais sejam: convenção 29, sobre trabalhos forçados; convenção 138, sobre idade mínima e convenção 182 da OIT sobre as piores formas de trabalho infantil. Todas as citadas convenções são ratificadas pelo Estado brasileiro. A Corte, assim, reforça o entendimento de que as convenções da OIT são padrões internacionais a serem observados pelos Estados membros do sistema americano de direitos humanos, o que é muito relevante para aplicação do controle de convencionalidade na seara trabalhista.

#### 4.3 LAGOS DEL CAMPO CONTRA PERU: A PROGRESSIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E AS NORMAS DA OIT COMO PADRÕES INTERNACIONAIS A SEREM CONSIDERADOS

Alfredo Lagos Del Campo trabalhava há mais de treze anos para o mesmo empregador, quando era Presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa. Em junho de 1989, concedeu uma entrevista a uma revista, denunciando as eleições que teriam sido fraudulentas apesar da existência de comitê eleitoral (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 50). O gerente geral da empresa entendeu que o trabalhador incorreu em falta grave ao conceder a entrevista com as acusações de fraude eleitoral, chantagem e coerção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 52). O empregado ajuizou ação que foi julgada procedente em primeira instância, tendo sido posteriormente reformada. Lagos Del Campo esgotou os recursos internos, não tendo obtido êxito em âmbito doméstico quanto ao seu pedido de declaração de nulidade da dispensa. Assim, buscou o sistema americano de direitos humanos para denunciar o descumprimento de seus direitos laborais. Após tratativas com o Estado peruano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte Interamericana ação contra o Peru.

As violações trabalhistas não haviam sido apresentadas à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, a Corte notou que, tanto no judiciário interno quanto perante à Comissão, Lagos Del Campo havia

afirmado, de forma reiterada, a ocorrência de violações laborais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 133). Por isso, a Corte decide analisar os supostos descumprimentos de direitos laborais, com base no princípio *iura novit curia*, e em normas da Convenção Americana não citadas pelas partes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 133). A partir dessa digressão, o tribunal internacional passa a examinar se o Estado peruano violou o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata da previsão genérica da progressividade dos direitos sociais. Importante notar que a recusa ou o receio de se apresentar à Corte alegações de vulnerações de normas trabalhistas é mais uma prova da resistência em se enxergar os direitos laborais, ou a menos alguns deles, como direitos humanos.

No presente caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos definiu que é competente para julgar violações ao artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 154). A Corte Interamericana, na decisão, emprega conceitos utilizados pela OIT, como, por exemplo, aquele referente a representantes dos trabalhadores que está no artigo 3º da Convenção 135 da OIT (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 154). Também é citada a Convenção 158 da OIT que trata do direito do empregado de ter uma dispensa lícita, assim como o direito do obreiro de ter acesso a recursos efetivos contra a extinção contratual ilegal (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 148). Menciona-se também a Recomendação 143 da OIT que trata dos representantes dos trabalhadores que garante a essas medidas adequadas e recursos acessíveis para tutela deles (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 148).

Todas as citadas referências a normas da OIT complementam o sentido dado ao artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, nenhuma das convenções da OIT mencionadas foi ratificada pelo Estado peruano<sup>28</sup>. A recomendação, por não ser tratado internacional nem documento vinculante,

---

<sup>28</sup> Conforme informações do sítio eletrônico da OIT, o Peru não ratificou as Convenções 135 e 158 da OIT.

<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312280](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312280)

> e

<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312303](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303)

> . Acesso em: 04 dez. 2019.

também não precisaria ser observada obrigatoriamente, mas ainda assim é citada pela Corte como referência para a proteção dos representantes dos trabalhadores. A não ratificação das convenções pelo Estado peruano e o uso de uma recomendação como complemento do sentido de outra norma internacional pode parecer polêmico. No entanto, rememorando-se que o Peru é Estado-membro da OIT e tem a obrigação de submeter as recomendações adotadas à autoridade competente e informar sobre a observância dessas e sobre a necessidade de alterações legislativas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946, artigo 6), a utilização de uma recomendação não parece desarrazoada. Mesmo no caso de convenções não ratificadas, o Estado-membro da OIT tem de informar, quando solicitado, sobre a observância de dispositivos pelas autoridades e legislações internas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946, artigo 7, b, IV).

Assim, há fundamento jurídico para complementar o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos com convenções não ratificadas e recomendações. Ainda que não sejam normas que criem obrigações, têm relevância por serem da OIT, organização da qual o Estado é membro. Sobre o tema, cumpre destacar, por exemplo, que o Estado brasileiro modificou a legislação interna sobre trabalho doméstico antes de ratificar a Convenção 189 da OIT. A Emenda Constitucional n. 72/2013 e a Lei Complementar n. 150/2015 são anteriores a ratificação da Convenção 189 da OIT, que ocorreu somente em 2018. O direito interno brasileiro foi modificado para a ratificação do citado tratado internacional.

Há, assim, uma diferença entre o caso dos Trabalhadores Dispensados contra Peru e o caso de Lagos Del Campo, visto que, no primeiro, não são citadas convenções da OIT nem por analogia para tratar da dispensa arbitrária e da falta de acesso à justiça dos trabalhadores, ao passo que, no segundo, são referidas duas convenções da OIT não ratificadas e uma recomendação para justificar a necessidade de proteção progressiva dos direitos sociais. Isso também é uma distinção em comparação com o caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra contra Honduras, uma vez que a Convenção 169 da OIT, referida no julgado do tribunal internacional, é ratificada pelo Estado hondurenho. A Corte cita que a constituição peruana prevê a estabilidade laboral, mas o sentido desse direito nacionalmente reconhecido é preenchido por normas internacionais não vinculantes ao Estado peruano no julgamento.

Define-se no julgado que o Estado tem as seguintes obrigações quanto à estabilidade do empregado: a) adotar as medidas adequadas para a regulação e fiscalização do direito à estabilidade laboral; b) proteger o obreiro da dispensa injusta; c) em caso de dispensa injusta, reintegrar ou indenizar o trabalhador; d) garantir o acesso à justiça e a tutela do direito à estabilidade laboral (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 149). A Corte concluiu que, com a dispensa de Lagos Del Campo em razão das denúncias por ele feitas contra supostas irregularidades do processo eleitoral do qual participava, o Estado peruano violou o direito de estabilidade laboral, de liberdade de expressão, na representação laboral e no seu direito de associação (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 166). Destaca-se que o reconhecimento das violações trabalhistas se deu por maioria, tendo dois juízes da Corte, Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Sierra Porto, sido vencidos quanto ao aspecto. Ainda que por maioria, a Corte associa o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos que trata da progressividade dos direitos sociais com outros artigos que asseguram direitos de liberdade, o que revela a interdependência entre direitos individuais e direitos sociais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017a, parágrafo 141).

O julgado Lagos Del Campo contra Peru sinaliza a importância que as normas da OIT apresentam, mesmo no âmbito de um tribunal internacional, ao se analisarem violações trabalhistas. As convenções da OIT são padrões internacionais a serem observados e, inclusive, normas controlantes de validade de outras, como restou esclarecido no caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra contra Honduras, quando se aplicou a Convenção 169 da OIT. É certo que há resistência em se reconhecer os direitos trabalhistas como direitos humanos, mas o caso em comento revela o valor que as normas da OIT têm. Ainda que não ratificadas pelo Estado membro, as Convenções 135 e 158 da OIT foram utilizadas para aclarar o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos em um caso concreto. É possível afirmar que, sem o uso das normas da OIT, o resultado do julgado seria diverso. Os padrões internacionais de proteção do trabalho têm valor. Logo, tratados internacionais ratificados também o tem e podem dar ensejo à responsabilização internacional quando desrespeitados. Este caso demonstra o quão importante é observar as convenções da OIT.

#### 4.4 A CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA TRABALHISTA: INEXISTÊNCIA DE RECUSA PELO TST DE QUE AS CONVENÇÕES DA OIT SÃO NORMAS CONTROLANTES

A cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade sempre foi um tema tormentoso. Por um lado, defendia-se a cumulação de adicionais para tornar a exposição aos agentes insalubres e perigosos mais custosa, incentivando-se, assim, que os riscos fossem elididos. Por outro, afirmava-se que haveria a monetização do risco. No entanto, o cerne da discussão restringia-se ao texto constitucional (artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal) em confronto com a redação da norma celetista (artigo 193, §2º da CLT).

No entanto, uma nova argumentação passa a ganhar destaque em 2014 com o julgamento do RR-1072-72.2011.5.02.0384: a aplicação de normas internacionais através da teoria do controle de convencionalidade. As Convenções 148 e 155 da OIT são suscitadas na análise da questão e são posicionadas como normas controlantes do artigo citado da CLT, assim como a Constituição Federal. O presente capítulo visa a realizar um exame da citada decisão, bem como do julgado que a reformou, em especial, das teorias aplicadas. Ao final, visa-se a refletir sobre o que as decisões podem contribuir para o emprego da Convenção 132 da OIT.

No julgado em comento, inicia-se com a defesa de que o artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal assegurou de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem ressalva quanto à cumulação, ainda que se remeta à lei ordinária, e que o artigo 193, §2º da CLT não foi recepcionado (BRASIL, 2014, p. 06). A origem diversa dos direitos justificaria a possibilidade de cumulação (BRASIL, 2014, p. 06). Ao instituir norma menos benéfica, o legislador infraconstitucional teria ultrapassado limites em detrimento do artigo, 7º, *caput*, da Constituição Federal, que trata de outros direitos, além dos expressamente elencados, desde que visem à melhoria da condição social do trabalhador (BRASIL, 2014, p. 07).

Acresce-se à argumentação o disposto no artigo 8.3 da Convenção 148 da OIT que usa o termo “exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho”, e no artigo 11 da Convenção 155 da OIT que emprega a expressão “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes”. O Ministro Cláudio Brandão, relator da decisão, interpreta os mencionados

trechos como autorizações conferidas pela regra internacional para que os adicionais de insalubridade e de periculosidade sejam considerados de modo cumulativo (BRASIL, 2014, p. 11).

O ministro rememora o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que os tratados internacionais de direitos humanos que ingressaram no ordenamento jurídico antes da EC 45/2004, sem quórum qualificado, têm status de norma supralegal (BRASIL, 2014, p. 14). Destaca também que, desde o ano 2000, o STF discute que os tratados internacionais de direitos humanos estão acima das leis ordinárias ou no plano constitucional, mas não são mais equivalentes a leis ordinárias (BRASIL, 2014, p. 15).

Para o ministro, o STF inaugurou uma nova forma de verificação de compatibilidade do sistema jurídico denominada controle de convencionalidade (BRASIL, 2014, p. 15-16). Há uma citação de trecho do caso *Arellano Almonacid contra Chile*, de 2006 (BRASIL, 2014, p. 17). Ainda o ministro refere que, mesmo que se entendesse pela paridade normativa entre o texto celetista e as convenções internacionais, as últimas prevaleceriam, porquanto são posteriores e tratam de matéria especial (BRASIL, 2014, p. 18).

Para justificar a decisão, o ministro Cláudio Brandão reconhece que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é diversa, mas que isso decorreria do fato de não haver precedentes na Seção de Dissídios Individuais I (SDI) que analisassem o tema da cumulação de adicionais em razão da natureza das convenções da OIT (BRASIL, 2014, p. 23). A decisão do STF no julgado RE 466.343-1/SP não teria sido considerada em julgados anteriores sobre a cumulação de adicionais, motivo pelo qual haveria um elemento de distinção capaz de afastar a jurisprudência anterior (BRASIL, 2014, p. 24).

O julgado emprega convenções da OIT como fundamento da modificação do direito interno que com elas não mais era compatível, fazendo uso de alguns conceitos importantes acerca do controle normativo. Conquanto o julgado do RE 466.343-1/SP tenha importância no estudo da teoria do controle de convencionalidade pelo fato de a Convenção Americana de Direitos Humanos ter sido aplicada para paralisar texto constitucional que com ela confrontava, expressamente, a decisão inaugura o conceito de supralegalidade. Tanto a supralegalidade quanto à convencionalidade tratam do controle normativo, posicionando tratados internacionais como normas controlantes, isto é, de cujo teor

as demais extraem sua validade. Da mesma forma, ambas alocam os tratados internacionais de direitos humanos acima das leis ordinárias. Contudo, são teorias diferentes.

A teoria da supralegalidade surge no julgado do RE 466.343-1/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 2008, ou seja, é uma teoria brasileira, criada com base no texto constitucional, artigo 5º, §3º, da Constituição Federal. O citado artigo posiciona os tratados internacionais de direitos humanos aprovados como emenda constitucional como normas formalmente constitucionais. Com a lacuna quanto ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com quórum qualificado, o STF estabelece a existência de um novo degrau na pirâmide normativa hierárquica que se situa entre a Constituição Federal e a legislação ordinária, o qual está reservado às normas supralegais. Assim, para uma lei ordinária ser válida é necessário que haja compatibilidade entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal. Embora inovadora por criar novel patamar hierárquico, a teoria da supralegalidade é extraída do direito interno e de normas constitucionais que tratam do nível hierárquico dos tratados internacionais, sendo clássica nesse aspecto.

O controle de convencionalidade desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a seu turno, tem origem internacional, no caso *Almonacid Arellano contra Chile*, em 2006, e desafia os padrões clássicos de estabelecimento de hierarquias. A teoria defendida pelo tribunal internacional em comento demanda que os juízes internos dos Estados que reconhecem a jurisdição da corte apliquem os tratados internacionais do sistema regional americano de direitos humanos em detrimento de quaisquer normas ou atos que lhes sejam contrários, mesmo que o direito interno fixe hierarquia diversa. Trata-se de teoria mais subversiva, pois as normas internacionais passam a ter hierarquia superior às normas internas em razão dos julgados proferidos pela corte mencionada. Além disso, no confronto entre norma constitucional e norma internacional prevalece a segunda, se mais benéfica ao ser humano.

Certo é que, na prática, a decisão do RE 466.343-1/SP aplica norma internacional mais favorável ao ser humano, afastando texto constitucional, conquanto não se reconheça expressamente no julgado que houve controle de convencionalidade. Aliás, nota-se resistência do STF em reconhecer a teoria do controle de convencionalidade tanto na decisão da ADPF n. 153 de 2010, quando se

aplica a teoria sem fazer menção à sua denominação, quanto no julgamento de ADI 3937/SP, em que se afirma que a corte suprema nacional ainda está no caminho de aceitar o controle de convencionalidade (BRASIL, 2017b, p. 54). Na verdade, na decisão 466.343-1/SP, cria-se a teoria da supralegalidade, mas, ao se deixar de aplicar norma constitucional em favor de norma internacional, aplica-se o controle de convencionalidade. Há duas formas de controle normativo na mesma decisão que, no entanto, não se confundem. Assim, é um mérito da decisão do RR-1072-72.2011.5.02.0384 citar as novas teorias que posicionam os tratados internacionais de direitos humanos em patamar superior, além de fundamentar que, mesmo que as novas teses não fossem empregadas, pela aplicação da solução do conflito de normas em razão do tempo e da especialidade, prevaleceriam as normas internacionais.

O julgado E-RR-1072-72.2011.5.02.0384 reforma a decisão do recurso de revista citado, mas o faz sem enfrentar as teorias da supralegalidade, do controle de convencionalidade nem a solução do conflito de normas pela anterioridade e especialidade. O julgamento dos embargos cita o julgado do recurso de revista em sua integralidade e apenas menciona as Convenções 148 e 155 da OIT indiretamente, ou seja, pela citação da ementa de outro processo (E-RR-443-80.2013.5.04.0026). Na ementa referida, o conteúdo das convenções da OIT é questionado pelo fato de não se poder concluir que há previsão do pagamento de adicionais de forma cumulada (BRASIL, 2016, p. 21). É destacado que normas internacionais tratam da individualização dos riscos e não da cumulação de adicionais (BRASIL, 2016, p. 21). A fundamentação do julgado é quanto à existência do artigo 193, §2º da CLT sem análise da recepção do dispositivo pela Constituição Federal e da compatibilidade com os tratados internacionais sobre a matéria. Uma decisão motivada pelas modernas teorias de controle normativo é substituída por outra que claramente evita os citados temas.

Apesar desse desfecho desfavorável para os tratados internacionais em matéria trabalhista, o julgado do recurso de revista despertou o interesse do estudo do controle de convencionalidade com base nas convenções da OIT. O julgamento dos embargos, embora tenha reformado a decisão do recurso de revista, não impede a aplicação do controle de convencionalidade. Há somente na decisão em comento, de forma indireta, decorrente da citação de ementa de outro julgado, a interpretação diversa quanto ao conteúdo das Convenções 148 e 155 da OIT. Disso

se conclui que o TST não recusa a realização de controle normativo com base em normas internacionais.

#### 4.5 CONVENÇÃO DA OIT COMO TRATADO DE DIREITO HUMANO E NORMA CONTROLANTE: A PROMISSORA DECISÃO DA ADI 3937/SP

O posicionamento das convenções da OIT na pirâmide hierárquica normativa brasileira é um tema tão polêmico quanto à alocação do direito do trabalho como direito humano. Os direitos sociais sofrem preconceito com relação à sua classificação como direito humano, o que se depreende da menor adesão dos Estados aos tratados que abordam o tema. A mera menção do desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 26) é um sintoma de que a inclusão de direitos sociais de forma mais detalhada em tratados pode dar ensejo a recusas de ratificação. Por consequência, a classificação das convenções da OIT como tratados de direitos humanos não é pacífica. Nesse capítulo, pretende-se analisar se a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3937/SP traz elementos para justificar o posicionamento das convenções da OIT como tratados internacionais de direitos humanos e normas controlantes de outros textos normativos.

A utilização de uma convenção da OIT como parâmetro para a realização de controle normativo de leis já ocorreu no Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3937/SP. A citada ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria para questionar a constitucionalidade de lei estadual paulista (Lei n. 12.684/2007), que proibia o uso de quaisquer produtos, materiais ou artefatos que contivessem quaisquer tipos de amianto e asbesto. Para o autor da ação, haveria competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, com base no artigo 24 da Constituição Federal, para legislar sobre produção e consumo, cabendo à lei federal estabelecer normas gerais (artigo 24, §1º), e a lei estadual suplementá-la (artigo 24, §2º). A existência de lei federal que admitia o uso das mencionadas substâncias de forma controlada (artigo 2º da Lei n. 9.055/1995) tornaria a Lei Estadual n. 12.684/2007 inconstitucional por lhe ser contrária.

Não se tratava da primeira ação sobre o tema julgada pela corte suprema nacional. Na verdade, em maio de 2003, o STF havia julgado precedentes duas ações sobre idêntica matéria (ADI 2396 e 2656), isto é, declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que proibiam o uso de amianto em virtude de a Lei n. 9.055/1995 permitir a utilização em âmbito nacional (BRASIL, 2017b, p. 46). Nas decisões das referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a fundamentação baseia-se no texto constitucional, em especial, na aplicação do artigo 24 da Constituição Federal. Ambas as ações foram ajuizadas pelo Governador de Goiás, estado onde se encontra uma das maiores minas de amianto crisotila do mundo (BRASIL, 2003, p. 05).

Em nenhuma das decisões são citados tratados internacionais sobre o tema nem se questiona a constitucionalidade da Lei n. 9.055/1995. À época, as decisões sobre a crisotila restringiam-se sobre a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, tendo sido expressamente mencionado pela Ministra Ellen Gracie que não cabia à corte dar a última palavra sobre os riscos à saúde da população decorrente do uso da crisotila, mas sim às autoridades sanitárias (BRASIL, 2003b, p. 10-11). Nenhuma das ações suscitou maiores debates sobre o tema na corte, tendo havido votos dos relatores e do Ministro Marco Aurélio, seguidos do julgamento pela parcial procedência por unanimidade. Seguindo a jurisprudência da corte, na ADI 3937/SP, o Ministro Marco Aurélio deferiu a liminar de suspensão da lei estadual, o que, no entanto, não foi referendado pelo Plenário em 2008, havendo sinalização de que a posição do tribunal seria alterada (BRASIL, 2017b, p. 209).

Na decisão definitiva, a modificação do posicionamento da corte sobre a matéria tornou-se evidente quando o Ministro Dias Toffoli defendeu que, incidentalmente, como questão prejudicial, deveria ser examinada a constitucionalidade do artigo 2º da Lei n. 9.055/1995 (BRASIL, 2017b, p. 164-165). Para a análise da adequação da citada lei, a Convenção 162 da OIT foi utilizada explicitamente como diploma normativo controlante. Trata-se de convenção da OIT de 1986, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 51/1989 e promulgada pelo Decreto n. 126/1991, sobre a utilização do abesto (amianto) com segurança. A convenção em comento não proíbe o uso do abesto, mas sim admite seu emprego seguro, como sugere sua denominação. No entanto, o referido tratado internacional prevê a

progressiva eliminação da utilização da substância, no artigo 10, quando houver viabilidade técnica e no intuito de proteger a saúde dos trabalhadores.

Associada à citada convenção, também é feita menção à Convenção 139 da OIT, de 1974, sobre a Prevenção e o Controle de Riscos Profissionais causados pelas Substâncias ou Agentes Cancerígenos, que busca a substituição de substância e de agentes cancerígenos por não cancerígenos ou menos nocivos, que também foi ratificada pelo Brasil (BRASIL, 2017b, p. 227). Ainda se refere na decisão sobre a 95ª Sessão da Conferência Internacional, de 2006, da OIT, que estipulou a eliminação de todas as formas de amianto (BRASIL, 2017b, p. 176). Alguns julgadores que se alinharam ao posicionamento majoritário identificaram nos instrumentos internacionais citados que o Estado brasileiro se comprometeu com a progressiva eliminação do amianto, devendo proceder a atualização legislativa.

Dados científicos mencionados ao longo do acórdão revelaram que já existem substâncias passíveis de substituir o amianto e que, em muitos países, esse agente não era mais utilizado em quaisquer de suas formas. Por isso, alguns ministros concluem que o artigo 2º da Lei n. 9.055/1995 padece de inconstitucionalidade superveniente, não tendo acompanhado o desenvolvimento científico e tecnológico sobre a matéria. Declarada a inconstitucionalidade da lei federal, a qual caberia tratar das normas gerais, poderiam os Estados legislar livremente sobre o tema (artigo 24, §3º, da Constituição Federal), razão pela qual as leis estaduais que proibiam o amianto não seriam inconstitucionais. Se, no voto do Ministro Marco Aurélio, que defendia a procedência da ação e a inconstitucionalidade da lei estadual, ressalta-se a inexistência de banimento do uso do amianto pela Convenção 162 da OIT, nos votos dos Ministros Edson Facchin, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Rosa Weber, o tratado internacional é referido como marco do compromisso internacional firmado pelo Brasil de redução e eliminação paulatina de substâncias cancerígenas como o amianto.

É de se salientar que, apesar do emprego da citada convenção como norma parâmetro de validade da lei federal, não há menção à teoria do bloco de constitucionalidade<sup>29</sup>, tese marcada como uma das primeiras tentativas de se

---

<sup>29</sup> O bloco de constitucionalidade é uma teoria surgida na decisão 71-44, de 16 de julho de 1971, do Conselho Constitucional, em que se decide que, observados os princípios das leis da república, a constituição francesa e o preâmbulo da constituição, a lei sobre contrato de associação submetida à apreciação estava em desconformidade à liberdade de associação. Assim, não apenas o texto constitucional, mas outras leis atuaram como normas controlantes da validade de outra. Sobre o

posicionar normas de direito internacional como normas controlantes de validade<sup>30</sup>. Por outro lado, a teoria da supralegalidade é mencionada no acórdão no voto da Ministra Rosa Maria Weber ao destacar que as Convenções 139 e 162 da OIT têm caráter supralegal, estando hierarquicamente acima das demais leis ordinárias (BRASIL, 2017b, p. 227; 247).

É importante mencionar que o Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da medida cautelar da ADI n. 3937/SP destacou que a Convenção 162 da OIT possuía, no mínimo, status de norma supralegal e infraconstitucional (BRASIL, 2008, p. 51). Além disso, o Ministro Ayres Britto também já havia ressaltado a supralegalidade da mesma convenção no voto da ADI n. 3357/RS (BRASIL, 2017a, p. 19). A teoria do controle de convencionalidade, no entanto, é mencionada brevemente no acórdão do Ministro Marco Aurélio ao referir que a corte está no caminho de admitir o controle de convencionalidade da legislação infraconstitucional, mas que não seria o caso de fazê-lo (BRASIL, 2017b, p. 54).

Dessa ausência de menção das teorias referidas, extrai-se que a maioria dos ministros não pretendeu se comprometer com a declaração da natureza das convenções da OIT, isto é, de tratados internacionais de direitos humanos. Não houve, assim, uma explícita preocupação em posicionar as convenções da OIT, nem mesmo as que tratam de saúde do trabalhador, acima das leis infraconstitucionais. Contudo, ao se reconhecer que as Convenções 139 e 162 da OIT revelam o compromisso internacional do Brasil de eliminar progressivamente o amianto, a corte, na prática, situa as convenções da OIT sobre saúde do trabalhador em um nível superior às demais leis infraconstitucionais, pois claramente fundamenta a

---

conceito de bloco de constitucionalidade, cita-se o seguinte trecho doutrinário: “O bloco de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional.” (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 83.)

<sup>30</sup> “*La internacionalización del derecho constitucional opera para cada caso en los planos del derecho interno, en la medida en que cada uno de los Estados fija el lugar que deben ocupar los tratados públicos y sus normas. Para resolver el asunto de la ubicación de los tratados públicos dentro del sistema de fuentes interno, Colombia, al igual que otros países latinoamericanos, ha hecho uso de la figura del Bloque de constitucionalidad, utilizada como instrumento por el que acontece el proceso de internacionalización del derecho constitucional.*” (A internacionalização do direito constitucional opera para cada caso nos planos de direito interno, na medida em que cada um dos Estados estabelece o lugar que os tratados e suas normas devem ocupar. Para resolver o problema da hierarquia de tratados no sistema interno de fontes, Colômbia, assim como outros países latino-americanos, utilizou a figura do bloco de constitucionalidade, usado como instrumento pelo qual ocorre o processo de internacionalização do direito constitucional.) [tradução livre da autora] (QUINCHE RAMÍREZ, 2009, p. 169.)

declaração de inconstitucionalidade de lei federal à contrariedade superveniente com os referidos tratados internacionais em comento.

Houve um controle normativo de lei infraconstitucional cuja norma controlante era um tratado internacional de direito humano. As poucas diferenças entre a teoria da supralegalidade e a teoria do controle de convencionalidade autorizariam, em tese, a defesa de que existiu tanto um controle de supralegalidade quanto de convencionalidade. No entanto, impende lembrar que, de forma explícita, houve menção da supralegalidade das Convenções 139 e 162 da OIT em um dos votos. Assim, o STF reconhece que os tratados internacionais de direitos humanos estão acima das leis infraconstitucionais, mas abaixo do texto constitucional. A teoria do controle de convencionalidade posiciona os tratados acima da constituição nacional, o que nenhum dos ministros fez.

#### 4.6 JULGADOS SOBRE CONTROLE NORMATIVOS COM BASE EM TRATADOS INTERNACIONAIS: PERSPECTIVA DE ALTERAÇÃO DA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 132 DA OIT

As decisões dos casos RR-1072-72.2011.5.02.0384 do TST e ADI 3937/SP do STF revelam que as mais altas cortes brasileiras que aplicam direito do trabalho admitem controles normativos com base em tratados internacionais de direitos humanos em matéria laboral. A decisão do caso RR-1072-72.2011.5.02.0384 busca traçar todos os fundamentos que autorizariam aplicação da norma internacional em detrimento de norma interna que lhe seja contrária, o que inclui o controle de convencionalidade. Mesmo a decisão que posteriormente a reforma, timidamente, esclarece pela citação de ementa que há divergência quanto à interpretação dada às Convenções 148 e 155 da OIT, mas não se nega a posição de tratados internacionais de direitos humanos conferida às normas convencionais.

Apesar de não haver literal aplicação do controle de convencionalidade com base em convenção da OIT, a decisão da ADI 3937/SP também é promissora. Nela se reconhece que os mencionados tratados internacionais são hábeis a se tornarem normas controlantes em controle normativo de leis infraconstitucionais. Também se declara que, em alguns votos, que as Convenções 139 e 162 da OIT são tratados internacionais de direitos humanos, estando apenas abaixo da constituição na pirâmide normativa.

A evolução do tratamento dado ao uso da crisotila no Brasil, substância paulatinamente vedada pelos estados da federação, apesar da lei federal permissiva, revela a importância que atualmente é conferida aos tratados internacionais. Em 2003, o debate sobre a crisotila limitava-se ao texto constitucional. Após decisão do RE 466.343/SP que criou a teoria da supralegalidade, aplicando o controle de convencionalidade, a questão relativa ao amianto não mais se restringiu às normas formalmente constitucionais, visto que tratados internacionais passaram a ser citados desde a medida cautelar revogada pelo pleno em 2008.

A aplicação da Convenção 162 da OIT alterou a jurisprudência da corte, implicando a declaração de inconstitucionalidade incidental da lei federal a fim de se declarar a constitucionalidade das leis estaduais que proíbem o uso do amianto. Mesmo na recente decisão da ADI 5938/DF, de 2019, que declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 394-A, II e III, da CLT, alguns ministros citaram tratados internacionais para fundamentarem seus votos, como Rosa Maria Weber e Luiz Fux.

Assim, o STF admite o uso de tratados internacionais como parâmetro de validade das normas, em especial, as convenções da OIT. Ainda cabe lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus membros contra Honduras mencionou a Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Estado que se encontrava no polo passivo da ação, para fundamentar a decisão, o que evidencia que as convenções da OIT são normas controlantes para o tribunal internacional que desenvolveu o controle de convencionalidade no âmbito internacional<sup>31</sup>. No caso Lagos Del Campo contra Peru, novamente são utilizadas normas da OIT como complemento do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda que tais normas não tenham sido ratificadas pelo Estado violador. Logo, as convenções da OIT são parâmetros de validade da legislação infraconstitucional que trata de idêntico tema, ou seja, são

---

<sup>31</sup> Considerando-se os julgados mencionados, é possível realizar o controle de convencionalidade tendo como base convenções da OIT, ao contrário do que defendem Ana Maria D'Ávila Lopes e Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab em artigo científico. Cita-se trecho sobre o tema: "Nesse sentido, no caso do Brasil que apenas reconhece a competência contenciosa da CortelDH, caberia afirmar a existência de um controle de convencionalidade apenas em relação à CADH e não, por exemplo, a respeito dos pactos da Organização Internacional do Trabalho (OIT)." (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 88).

hábeis a revogar as leis que lhes sejam contrárias, devendo ser observadas pelas leis posteriores, conforme artigo 98 do Código Tributário Nacional.

A valorização dos tratados internacionais, em especial os de direitos humanos, cria um cenário favorável para revisitar a aplicação da Convenção 132 da OIT. Temas com convenções relacionadas têm suscitado a citação concomitante desses tratados para fins de fundamentação. Assim, ao se tratar de férias remuneradas, será necessário mencionar a Convenção 132 da OIT. Além disso, há uma perspectiva de alteração de posicionamentos anteriores com a aplicação dos tratados internacionais, como ocorreu na ADI 3937/SP.

A Convenção 132 da OIT, desde que aplicada em sua integralidade, salvo nas questões pontuais de normas menos benéficas, na forma do artigo 19, §8 da Constituição da OIT, é hábil a modificar a matéria férias no Brasil. Considerando-se que férias remuneradas são direito humano, conforme artigo XXIV da Declaração Universal de Direitos Humanos, e que também estão previstas no Protocolo de San Salvador (artigo 7º, h), torna-se mais fácil argumentar que a Convenção 132 da OIT, que trata de idêntico tema, é tratado internacional de direito humano, podendo ser norma controlante tanto para a teoria da supralegalidade, quanto para a teoria do controle de convencionalidade.

## **5 FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS: DIREITO TRABALHISTA DO SÉCULO XX RECONHECIDO INTERNACIONALMENTE**

O controle de convencionalidade desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma teoria de controle normativo inovadora, pois permite que um tribunal internacional exija dos Estados, ainda que esses não posicionem os tratados internacionais acima das normas domésticas, o cumprimento das normas internacionais em detrimento da legislação nacional que lhes seja contrária. A hierarquia estabelecida pelo artigo 27 da Convenção de Viena de 1969 passa a ser exigida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para que os juízes internos declarem a invalidade de lei doméstica contrária. Não há dúvida que a teoria em estudo visa a concretizar direitos humanos em âmbito nacional. Por isso, na segunda parte do trabalho, que compreende dois capítulos, ou seja, este e o subsequente, será examinado o direito a férias remuneradas e a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade quanto ao citado direito, além do uso das convenções da OIT como normas controlantes de validade de outras.

A doutrina indica que, apesar da importância hodierna dada ao instituto das férias anuais remuneradas, a citada forma de descanso somente foi reconhecida no século XX como necessária ao trabalhador (GOTTSCHALK, 1956, p. 23). Em 1936, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Convenção 52, que foi ratificada pelo Brasil. A mencionada convenção tratava do direito de toda pessoa que houvesse prestado serviços contínuos depois de um ano usufruir seis dias úteis de férias anuais remuneradas, tendo os menores de 16 anos direito a doze dias úteis de férias. Já na citada convenção era previsto que os feriados e os dias de enfermidade não seriam computados como férias anuais remuneradas.

A impossibilidade de renúncia das férias foi estabelecida na referida convenção. Havia também o objetivo de vincular o tempo de férias progressivamente ao tempo de contrato. Além disso, previa-se que o empregado teria direito a receber a remuneração das férias, caso a dispensa fosse imputável ao empregador. No

mesmo ano, a OIT também lançou a Recomendação 47 da OIT que, dentre outros assuntos, salienta que as férias podem ser fracionadas excepcionalmente em no máximo dois períodos. Em 1954, lança-se a Recomendação 98 da OIT sobre férias remuneradas, aumentando o período mínimo de férias para duas semanas, salvo para trabalhadores menores de 18 anos cujo período de férias deveria ser superior. Em 1970, a Convenção 52 da OIT perde sua vigência, uma vez que passa a ser substituída pela Convenção 132 da OIT.

Fora do âmbito da OIT, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo XXIV, estabelece que todo ser humano tem direito a férias remuneradas periódicas, o que definitivamente consagra o instituto como direito humano positivado. O Protocolo de San Salvador, em seu artigo 7º, *h*, prevê o direito a férias remuneradas, tornando o instituto reconhecido no sistema americano de direitos humanos. No Brasil, as Constituições mencionam o direito em comento desde 1934.

Assim, férias são um direito trabalhista do século XX que é reconhecido internacionalmente como direito humano. A definição do citado direito, conforme Wagner Giglio é de “direito do empregado, adquirido anualmente, de não prestar os serviços contratados durante vários dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração (GIGLIO, 1978, p. 82). Elson Gottschalk, por sua vez, inclui na sua definição de quem deve partir a iniciativa das férias, assim como sua finalidade. Para o citado doutrinador, “entende-se por férias o direito do empregado interromper o trabalho por iniciativa do empregador, durante um período variável em cada ano, sem perda da remuneração, cumpridas certas condições de tempo no ano anterior, a fim de atender aos deveres da restauração orgânica e de vida social” (GOTTSCHALK, 1956, p. 14). Logo, consoante as definições clássicas de férias são características desse direito a anualidade e o não trabalho em dias consecutivos sem perda da remuneração.

No item 2 da Recomendação 47 da OIT, consta que a finalidade das férias é permitir que o organismo humano recupere as forças físicas e morais perdidas durante o ano. Da mesma forma, a doutrina aponta para a necessidade de recomposição física e moral do empregado. Gottschalk entende que a interrupção anual do trabalho é um imperativo de ordem biológica e psíquica para a manutenção do equilíbrio orgânico em virtude da fadiga, sendo esse fundamento uma das principais razões da sua existência (GOTTSCHALK, 1956, p. 16). Sussekind também identifica na fadiga acumulada ao longo do ano uma das razões para a

justificação das férias, pois, com elas, haveria um afastamento por higiene social (SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA; TEIXEIRA, 2003, p. 873).

Para Giglio, as férias são o mais completo dos repousos, uma vez que visam a atender todas as necessidades, complementando a finalidade de descansos semanais e feriados (GIGLIO, 1978, p. 145). Predomina, assim, o entendimento de que as férias visam à recuperação social e psicológica do empregado e não somente a recomposição física e muscular que seria propiciada por descansos mais curtos. A necessidade humana de liberdade seria satisfeita com as férias (GIGLIO, 1978, p. 144). Há uma pressuposição de que a exigência por longo período de que o empregado esteja no mesmo lugar, realizando atividades por obrigação, sem liberdade para se negar, levaria ao adoecimento psíquico.

Férias, desse modo, não seriam um prêmio concedido ao empregado em razão de seu desempenho, motivo pelo qual não poderiam ser suprimidas pelo fato de o obreiro não ter alcançado as expectativas patronais. Sobre isso, Wagner Giglio pontua que, por muito tempo, predominou a teoria de que as férias seriam um prêmio do empregador ao empregado. No entanto, ainda haveria resquícios da citada teoria na legislação nacional, como a redução do período de férias de acordo com as faltas e o não pagamento de férias proporcionais em razão da dispensa por justa causa (GIGLIO, 1978, p. 148). As férias têm natureza direito público, pois são instituto que visa a assegurar a saúde e o meio ambiente laboral. Trata-se de direito e dever do empregado de se afastar do trabalho durante as férias, assim como é dever de o empregador concedê-las e determinar sua fruição pelo empregado. Não são passíveis de renúncia, uma vez que são de interesse coletivo (GOTTSCHALK, 1956, p. 73-4).

Em suma, o direito a férias é recente em comparação aos demais direitos referentes à desconexão do empregado do trabalho e de saúde e meio ambiente de trabalho. Trata-se, no entanto, de direito que recebeu relevância ainda na primeira metade do século XX, com a adoção da Convenção 52 da OIT, em 1936, específica sobre o tema, que atingiu seu ápice ao se tornar direito humano positivado na Declaração Universal de Direitos Humanos, no artigo XXIV. De seis dias úteis, o tempo de férias foi estendido para três semanas com a Convenção 132 da OIT, de 1970.

Da doutrina de férias, aprende-se que estas não são prêmio nem mesmo são passíveis de renúncia em virtude de seu caráter de direito público, ainda que

inserido em contrato privado. As férias visam a restaurar o corpo humano da fadiga acumulada durante o ano, permitindo que o indivíduo tenha maior liberdade e realize seus planos sociais e familiares. Por toda a importância do instituto em comento, é relevante examinar a Convenção 132 da OIT e no que o citado tratado pode aperfeiçoar direito a férias no âmbito interno.

### 5.1 CONVENÇÃO 132 DA OIT: O TRATADO INAPLICADO

O controle de convencionalidade é uma ferramenta de aplicação do direito internacional no direito interno, conforme conceito desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de instituto jurídico que visa a viabilizar a aplicação de normas internacionais nos Estados. Embora positivada a regra costumeira de inoponibilidade do direito interno no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969, o que evidencia o posicionamento superior que o direito internacional público confere às normas internacionais, somente com o desenvolvimento da teoria do controle de convencionalidade no sistema regional americano de proteção de direitos humanos que um tribunal internacional passa a exigir dos juízes internos que apliquem as normas internacionais de direitos humanos mais favoráveis, independentemente da hierarquia de normas definida pelo direito interno.

Entretanto, ainda que se trate de teoria estudada na esfera internacional recentemente e que recebe número crescente de adeptos, impende refletir se seu uso, por si só, permitirá que normas internacionais sejam aplicadas nas relações de trabalho em que o direito brasileiro seja aplicável. Além do controle de convencionalidade, há outras teorias que são utilizadas para a aplicação do direito internacional do trabalho no Brasil, tendo como norte a norma mais favorável. O Tratado Constitutivo da OIT, em seu artigo 19, §8º, consagra o princípio da norma mais favorável ao impedir que a ratificação de uma convenção por um membro afete lei, sentença, acordo, costume que assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores interessados<sup>32</sup>. O artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal também

---

<sup>32</sup> Em caso algum, a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por um Membro devem ser consideradas como podendo afectar qualquer lei, qualquer sentença, qualquer costume ou qualquer acordo que assegurem condições mais favoráveis para os trabalhadores interessados que as previstas pela convenção ou recomendação. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946.)

segue a mesma lógica ao estabelecer que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (FELICIANO, 2013, p. 245). A menção à melhoria de sua condição social permite defender que a Constituição Federal prevê a aplicação da norma mais favorável.

No direito do trabalho, o conflito de normas é resolvido pela aplicação da norma mais favorável. Assim, ainda que a hierarquia formal da norma mais favorável seja inferior a outra norma em conflito (FELICIANO, 2013, p. 245), deve-se aplicá-la por concretizar o princípio da proteção, fundador do direito juslaboral. No ramo trabalhista, mesmo que exista uma pirâmide rígida de normas, como nas demais searas jurídicas, há também a flexibilidade do princípio da norma mais favorável que, em termos de aplicação de normas, permite que aquela que promova a melhor condição social do trabalhador prevaleça. Nisso o direito do trabalho coincide com os direitos humanos, pois, no direito internacional público pós-guerra, o conflito de normas é resolvido pelo princípio *in dubio pro homine* ou *in dubio pro personae*, ou seja, o que determina a aplicação de determinada norma é a maior proteção conferida ao ser humano e não sua superior hierarquia formal<sup>33</sup>. O artigo 19, §8º do Tratado Constitutivo da OIT é expressão do princípio *in dubio pro homine*, isto é, da norma mais favorável ao ser humano no direito internacional dos direitos humanos.

Para solucionar antinomias com base no princípio da norma mais favorável, a doutrina juslaboral refere haver duas teorias principais: a teoria da acumulação e a teoria do conglobamento. A teoria da acumulação também pode ser chamada de teoria da atomização e fraciona o conteúdo dos textos normativos ao retirar de cada um deles os preceitos mais favoráveis ao trabalhador (DELGADO, 2009, p. 216). O fato de textos normativos serem cindidos, o que permite ora aplicação de normas de um diploma normativo, ora de outro, leva à doutrina a evitar a teoria da acumulação. Para a citada teoria, devem ser aplicáveis as normas mais favoráveis ao trabalhador, ainda que estejam em fontes do direito distintas, o que, para parte da doutrina, induziria à criação de um diverso diploma normativo.

A teoria do conglobamento, por sua vez, pode ser dividida em total ou global e setorizada ou mitigada. O conglobamento total determina que se considere o

---

<sup>33</sup>Tal significa que, no plano material, é irrelevante falar em critérios rígidos de solução de antinomias, como são os critérios hierárquico, da especialidade e o cronológico, porque, pelo princípio *pro homine*, há de ser sempre aplicada a norma que mais amplia o gozo de um direito, liberdade ou garantia no caso concreto. (FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016, p. 20.)

diploma normativo como um todo para análise da norma favorável, não autorizando a divisão por instituto ou matéria (DELGADO, 2019, p. 218). O conglobamento setorizado ou mitigado, a seu turno, permite que o conjunto normativo de normas seja equiparado a outro de mesmo universo temático (DELGADO, 2019, p. 217). Analisa-se o conjunto de normas de cada diploma em relação a cada matéria. Assim, se dois diplomas normativos tratam de garantia de emprego e horas extras, deve-se perquirir qual deles promove a melhoria das condições sociais em cada uma das matérias. Não se confrontam normas de matérias diversas, pois seriam, em tese, incomparáveis. Maurício Godinho Delgado e Guilherme Guimarães Feliciano entendem que a teoria do conglobamento setorizado ou mitigado é a melhor, tendo sido, inclusive, positivada no artigo 3º, II, da Lei n. 7.064/1982 (DELGADO, 2019, p. 218; FELICIANO, 2013, p. 246).

No mesmo sentido dos autores brasileiros, Palma Ramalho destaca que a teoria do cúmulo (teoria da acumulação) e da conglobação simples (teoria do conglobamento total ou global) devem ser rejeitadas. A primeira porque as negociações coletivas contemplam cedências múltiplas entre os sujeitos que deram ensejo à criação da norma. A segunda, a seu turno, porque exacerba em abstração e induz a resultados subjetivos (RAMALHO, 2012, p. 281). Assim, há forte tendência doutrinária em adotar a teoria do conglobamento setorizado ou mitigado como alternativa para a solução de conflito entre normas. A doutrina, entretanto, não faz distinções entre conflito entre normas internas e entre normas internas e internacionais. A principal referência, ao tratar de antinomia, são os instrumentos coletivos.

No entanto, é difícil definir o que, de fato, é uma norma mais favorável. A doutrina explicita teorias sobre o tema. Maurício Godinho Delgado afirma que, para estabelecer a norma mais favorável, deve-se considerar o trabalhador como componente de uma categoria e não de modo individual (DELGADO, 2019, p. 218). Plá Rodriguez prevê critérios para auxiliar o intérprete, quais sejam: a) consideração do conteúdo e não das consequências econômicas; b) benefício da coletividade e não de apenas um trabalhador; c) apreciação objetiva e não subjetiva dos interessados; d) confronto de forma concreta (RODRIGUEZ, 1978, p. 57). Contudo, a orientação doutrinária é insuficiente. Palma Ramalho afirma que, independentemente do método utilizado, a comparação de fontes é de difícil realização, uma vez que os instrumentos de regulação coletiva são extensos e

complexos (RAMALHO, 2012, p. 281). Diante de regra que promove aumento de ganho pecuniário e de outra que prestigie a continuidade do pacto laboral, por exemplo, não há diretriz que estabeleça qual norma é mais benéfica. Na prática, recai-se no subjetivismo e no casuísmo para eleger a norma que assegure condições mais favoráveis ao obreiro.

A Convenção 132 da OIT foi concluída em 1970 e entrou em vigor internacional em 30/06/1973 (COUTINHO, 2002, p. 14). O Estado brasileiro, no entanto, apenas ratificou a citada convenção internacional em 1997, promulgando-a por Decreto Presidencial em 1999 (FRANCO FILHO, 2016, p. 439). Assim, desde 1997, há a obrigação internacional de o Brasil observar os termos da Convenção 132 da OIT. Contudo, segundo jurisprudência pátria, somente com a promulgação do Decreto Presidencial, ou seja, em 1999, passou a ser exigível, no âmbito interno, o citado tratado internacional.

Conquanto outros instrumentos internacionais consagrem o direito a férias<sup>34</sup>, a Convenção 132 da OIT é o tratado mais amplo sobre a matéria, excetuando somente a disposição sobre o tema quanto aos trabalhadores marítimos cuja disciplina é feita pela Convenção 146 da OIT (FRANCO FILHO, 2002, p. 562). Ainda que, desde 1999 exista a obrigação interna de observância do mencionado tratado internacional, sua aplicação enfrenta dificuldades em razão da opção feita pelo direito brasileiro para dirimir o conflito de normas nacionais e internacionais que tratam sobre a mesma matéria.

O problema para a aplicação da Convenção 132 da OIT está na adoção da teoria do conglobamento total ou global para a escolha da norma mais favorável. A doutrina e a jurisprudência<sup>35</sup> avaliam que o tratado internacional, em seu todo, deve

---

<sup>34</sup> Cumpre citar Georgenor de Sousa Franco Filho sobre o direito a férias no âmbito internacional: "Sua consagração internacional deu-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 (art. XXIV), e, a partir de então, restou reconhecida por todos e para todos." (FRANCO FILHO, 2002, p. 561.)

<sup>35</sup> Ementa ilustrativa da jurisprudência dominante no TST: "RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. PAGAMENTO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS ACRESCIDA DO TERÇO CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO N. 132/OIT E ARTIGO 146 DA CLT. CONFLITO DE NORMAS. SÚMULA N. 171/TST. Os tratados internacionais devem ser interpretados à vista do princípio da especialidade das leis, segundo o qual certas normas de direito interno não podem ser derogadas *in absoluto* pelo conteúdo do tratado, ainda que sejam aparentemente conflitantes entre si. Tal hipótese verifica-se quando as leis - (nova e anterior) forem gerais, ou especiais. No conflito entre o artigo 136, parágrafo único da CLT, e os artigos 4º e 11 da Convenção n. 138/OIT deve se considerar que se tratam de normas de idêntico valor, não havendo necessariamente a prevalência de uma sobre a outra. Portanto, em ocorrendo a concomitância de normas disciplinando a mesma matéria, a escolha deverá considerar o confronto entre o conjunto normativo relativo a cada *quaestio iuris* apresentada a exame e a realidade fática dos autos. Desse

ser confrontado com o capítulo IV da CLT, que discorre sobre as regras referentes às férias anuais. Já é pacífico na jurisprudência que as disposições da CLT sobre férias são, em geral, mais favoráveis ao empregado, razão pela qual a Convenção 132 da OIT não é aplicada em absoluto<sup>36</sup>. Assim, eventuais normas internacionais constantes no tratado ratificado pelo Estado brasileiro, ainda que mais favoráveis aos empregados em certos aspectos, deixam de ser aplicadas, uma vez que se convencionou argumentar que a CLT é mais benéfica. Há, claro, manifestações dissidentes que reconhecem a necessidade de aplicação da teoria da acumulação ou mesmo a superioridade da convenção<sup>37</sup>.

Por isso, o tratado internacional, em comento, parece inaplicado, tendo pouco alterado a disposição sobre férias anuais no direito do trabalho brasileiro. A ratificação da Convenção 132 da OIT mostrou-se pouco eficaz. No entanto, é forçoso reconhecer que, ao ratificar um tratado internacional, o que é um ato complexo do qual participam executivo e legislativo, o Estado pretende modificar seu direito interno, garantindo patamares mínimos de proteção aos nacionais e aos demais trabalhadores regidos pelo direito laboral brasileiro.

Ainda que eventualmente não se busque a alteração da legislação de imediato, ao menos se pretende que futuras modificações legislativas observem o

---

modo, 'a percepção da norma mais favorável faz-se considerando-se seu sentido no universo do sistema a que se integra'(in Maurício Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 1.396), disso resultando que a escolha não pode recair sobre dispositivos específicos de uma e outra norma, considerados isoladamente mais benéficos. Considerando as peculiaridades de que se reveste a Convenção n. 132 da OIT, no ordenamento jurídico brasileiro, este Tribunal Superior do Trabalho solucionou a questão por meio da reedição da Súmula n. 171 que se posicionou no sentido de que o empregado dispensado por justa causa não tem direito às férias proporcionais. Recurso de revista conhecido e provido." (BRASIL, 2013.)

<sup>36</sup> Cumpre citar o seguinte trecho de artigo para exemplificar a posição da doutrina sobre o tema: "Após análise do que decidido pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho, chegou-se à conclusão de que, analisando-se a Convenção n. 132 da OIT em sua integralidade paralelamente à integralidade do capítulo celetista sobre férias anuais e em observância à teoria do conglobamento, mais corretas aparentam estar as decisões judiciais que aplicam a regra prevista no parágrafo único do art. 146 da CLT em detrimento do art. 11 da Convenção n. 132 da OIT, isso porque, apreendendo-se o conjunto da normativa internacional, foi possível concluir que, apesar de neste ponto em específico essa ser mais benéfica ao empregado, a legislação brasileira é mais benéfica no conjunto por inteiro, respeitando-se, assim, *data maxima venia*, o princípio *pro homine* em maior amplitude." (CANÇADO, 2016, p. 113.)

<sup>37</sup> José Luiz Ferreira Prunes, em obra sobre o tema, aduz que deveria ser dada primazia à convenção, citando como justificativa a Convenção de Havana e a inoponibilidade do direito interno frente ao direito internacional, sem tratar das teorias da acumulação ou do conglobamento. Cita-se trecho do livro: "Salta aos olhos, pela sistemática, conteúdo e extensão da Convenção n. 132, que esta norma não revoga (pela ratificação interna) o conjunto de normas vigentes sobre as férias. O espírito geral (gênero) da Convenção é o mesmo do Capítulo IV da Consolidação das Leis do Trabalho, impondo-se – contudo e completamente – a adequação das particularidades que se mostram diversas (espécies), dando-se primazia para a Convenção e tendo-se como revogadas as normas internas colidentes." (PRUNES, 2004, p. 11.)

tratado internacional até regular denúncia da norma internacional. O certo é que o tratado ratificado, assim como os princípios, tem função normogênica (por se tornar parâmetro de criação de novas normas internas), função hermenêutica (por auxiliar a interpretação do direito interno) e função derogatória (por eliminar normas contrárias, no que muito auxilia a teoria do controle de convencionalidade). Contudo, a Convenção 132 da OIT exemplifica hodiernamente o que é um tratado pouco aplicado e frequentemente ignorado, apesar das recentes alterações legais. Trata-se de posição bastante injusta, uma vez que o tratado internacional em comento teria condições de modificar o direito do trabalho brasileiro quanto às férias anuais, evitando retrocessos.

Nesse cenário, mesmo com o reconhecimento de que o controle de convencionalidade é aplicável no Brasil, haveria a barreira da teoria do conglobamento que impediria que normas internacionais fossem aplicadas, caso se entendesse que, em seu conjunto, não são mais benéficas do que o direito interno. A função derogatória do tratado internacional seria prejudicada. Assim, conclui-se que a teoria do controle de convencionalidade somente poder ser útil no direito do trabalho brasileiro, caso se reflita acerca da forma de solução de antinomias. O modo como atualmente se dirimem conflitos entre normas no direito juslaboral tende a descumprir o disposto no artigo 19, §8º do Tratado Constitutivo da OIT, no artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969. Em suma, o controle de convencionalidade não permitirá, por si só, que normas internacionais sejam aplicadas nas relações de trabalho em que o direito brasileiro seja aplicável, em razão das questões acima expostas.

## 5.2 CONFRONTANDO A CONVENÇÃO 132 DA OIT COM O DIREITO INTERNO

Explicitada a principal dificuldade para a aplicação da Convenção 132 da OIT, isto é, o uso da teoria do conglobamento para solucionar conflitos entre normas internas e normas internacionais, impende examinar os pontos de convergência e de divergência entre a norma internacional e a norma interna a fim de verificar quais são as normas mais favoráveis aos trabalhadores em cada uma delas. Quanto à duração das férias, o artigo 3º, 3, da Convenção 132 da OIT estabelece que a “duração das férias não deverá em caso algum ser inferior a 3 semanas de trabalho, por 1 ano de serviço.” O artigo 130 da CLT prevê que, após cada período de 12

meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias de 12 a 30 dias corridos à proporção de suas faltas. Até 5 faltas injustificadas, o período de férias será de 30 dias, de 24 a 32 faltas, as férias serão de 12 dias corridos. A Lei Complementar n. 150/2015, em seu artigo 17, também prevê que o empregado doméstico terá férias anuais de 30 dias. No entanto, ao contrário do dispositivo da CLT, não reduz as férias do empregado doméstico à proporção de suas faltas.

O que se percebe é que o tratado internacional não estabelece relação entre faltas injustificadas e férias anuais a serem gozadas, o que ocorre no direito interno. Para uniformizar as disposições nacionais e internacionais, deveria ser considerado como período mínimo de férias 3 semanas, ou seja, 21 dias em qualquer hipótese<sup>38</sup>. Assim, no caso de faltas, o empregado perderia até 9 dias corridos de férias. Outra alternativa seria desconsiderar a redução das férias proporcionais às faltas por se tratar de prática que induz ao entendimento de que férias são um prêmio pela boa conduta do empregado, teoria já superada. Contudo, o que, em geral se defende é que, no aspecto, o direito brasileiro apresenta norma mais favorável, sendo aplicável o artigo 130 da CLT em sua integralidade<sup>39</sup>.

Ainda quanto à possibilidade de redução do tempo de férias em razão de contrato a tempo parcial, impende destacar que, com a Lei n. 13.467/2017, foi revogado o artigo 130-A da CLT. Assim, os empregados contratados a tempo parcial fazem jus a 30 dias de férias, da mesma forma que os demais, o que se coaduna com a Convenção 132 da OIT que define que os trabalhadores terão três semanas de férias no mínimo. No entanto, quanto ao empregado doméstico, não houve revogação da disposição no que tange às férias em contrato de tempo parcial, isto é, do artigo 3º, §3º da Lei Complementar n. 150/2015. O mencionado artigo da lei especial não é compatível com a Convenção 132 da OIT, uma vez que impõe aos trabalhadores período de férias inferior ao estabelecido como mínimo pelo tratado internacional.

No que concerne às férias proporcionais, o artigo 4º, 1, prevê que *toda* “pessoa que tenha completado, no curso de 1 ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas.”

---

<sup>38</sup> Esse também é o posicionamento de Aldacy Rachid Coutinho. (COUTINHO, 2002, p. 29.)

<sup>39</sup> Georgenor de Sousa Franco Filho defende a aplicação da CLT quanto à duração das férias. (FRANCO FILHO, 2016, p. 440.)

Para as férias individuais, o direito brasileiro não apresenta a mesma previsão, pois é utilizado como parâmetro cada ano de contrato e não o ano civil, como ocorre no tratado internacional em comento. Existe possibilidade de gozo de férias proporcionais ao tempo de contrato inferior a 12 meses, quando estas são coletivas, conforme artigo 140 da CLT. Outra questão a ser esclarecida é o fato de a Convenção 132 da OIT não ter disposições sobre férias coletivas (FRANCO FILHO, 2016, p. 440). Sobre o gozo de férias proporcionais, conclui-se que não há conflito de normas, uma vez que direito internacional e direito interno partem de pressupostos distintos, ano civil e ano contratual, e nenhum deles beneficia ou prejudica o empregado.

Ainda quanto às férias proporcionais, uma questão bastante importante deve ser rememorada por ter sido possivelmente a principal influência da Convenção 132 da OIT no direito juslaboral nacional, qual seja: o pagamento de férias proporcionais. O artigo 5º, 1, da convenção em comento estabelece que “um período mínimo de serviço poderá ser exigido para a obtenção de direito a um período de férias remuneradas anuais”, e o artigo 5º, 2, destaca que este período mínimo não poderá ultrapassar, em caso algum, seis meses. Em nenhum momento a convenção mencionada vincula o direito a férias proporcionais à forma de extinção contratual.

O artigo 146, parágrafo único, da CLT, ao contrário, retira do empregado dispensado por justa causa o direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias. Assim, para o direito interno, a modalidade de extinção contratual tem relação com o pagamento das férias proporcionais. O artigo 147 da CLT prevê que o “empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias.” Dessa forma, o dispositivo assegura aos empregados dispensados sem justa causa ou em contrato com prazo determinado o pagamento das férias proporcionais, ainda que o contrato tenha duração inferior a doze meses. Existe, entretanto, uma lacuna quanto a uma forma de extinção contratual bastante comum: o término contratual sem justa causa por iniciativa do empregado, popularmente conhecido como pedido de demissão.

Tendo em vista a citada lacuna, por muitos anos prevaleceu a interpretação de que somente o empregado dispensado sem justa causa pelo empregador e aquele com contrato a prazo determinado, mesmo com contrato inferior a doze meses, tinha direito à remuneração das férias proporcionais. O empregado, com

contrato inferior a doze meses, que pretendesse extinguir o pacto laboral, não tinha direito às férias proporcionais. A Súmula 261 do TST apresentava a seguinte redação original de novembro de 1986: “o empregado que, espontaneamente, pede demissão, antes de completar doze meses de serviço, não tem direito a férias proporcionais.”

No entanto, o texto da CLT não vedava o pagamento de férias proporcionais ao empregado que encerrasse o contrato de trabalho inferior a doze meses. Com a ratificação da Convenção 132 da OIT, que veda a exigência de período mínimo superior a seis meses para a retirada do direito à remuneração das férias proporcionais, a manutenção da redação original da súmula tornou-se impossível. Desse modo, em novembro de 2013, a súmula foi alterada da seguinte forma: “O empregado que se demite antes de complementar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais”.<sup>40</sup>

Outra alteração jurisprudencial posterior à ratificação da convenção em comento é a da Súmula 171 do TST. Com redação original de outubro de 1982, a súmula previa que

salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho, com mais de um ano, sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de doze meses (art. 142, parágrafo único, combinado com o art. 132 da CLT).

Assim, para fazer jus a férias proporcionais, o empregado deveria ter contrato de trabalho de mais de um ano.

A redação posterior da súmula referida alterou justamente o prazo de mais de um ano para que o empregado obtivesse o direito à remuneração das férias proporcionais, salvo no caso de dispensa por justa causa. A súmula 171 do TST, alterada em novembro de 2003, ou seja, quando já vigente a Convenção 132 da OIT no Brasil, assim estabeleceu:

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

---

<sup>40</sup> Georgenor de Sousa Franco Filho identifica que a alteração da redação da citada súmula decorre da ratificação da Convenção 132 da OIT. (FRANCO FILHO, 2016, p. 441.) Luiz Eduardo Gunther e Cristina Zornig também reconhecem que as súmulas 171 e 261 do TST tinham redações contrárias ao texto da Convenção 132 da OIT. (GUNTHER; ZORNIG, 2002, p. 6.)

(doze) meses (art. 142, parágrafo único, combinado com o art. 132, da CLT).

Com base nas alterações jurisprudenciais mencionadas, a Lei Complementar n. 150/2015, em seu artigo 17, §1º, estabelece que o empregado doméstico, desde que não tenha sido demitido por justa causa, tem direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, na proporção de um doze avos por mês de serviço ou fração superior a 14 dias.

Diante das alterações de interpretação da norma interna em razão da norma internacional, impende destacar que, ao menos quanto à remuneração das férias proporcionais, o Estado brasileiro, através do judiciário trabalhista, adequou-se parcialmente ao disposto no tratado internacional ratificado. Diz-se parcialmente porque o artigo 11 do tratado não exclui a remuneração das férias proporcionais em razão da forma de extinção contratual. Assim prevê o dispositivo:

toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o 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.

Logo, independentemente da duração do contrato e da modalidade de extinção contratual, para o tratado internacional, o empregado faz jus a férias proporcionais, o que inclui a dispensa por justa causa. Sobre o tema, Luiz Eduardo Gunther e Cristina Zornig citam Cláudia Salles Vianna que entende que, segundo a convenção em estudo, todos os empregados terão direito ao recebimento de férias proporcionais quando de sua rescisão contratual, ainda que seja esta por pedido de demissão ou dispensa por justa causa (VIANNA, 2000, p. 902-903, *apud* GUNTHER; ZORNIG, 2002, p. 6).

A Convenção 132 da OIT cumpriu sua função hermenêutica ao induzir a alteração de interpretação da norma interna pela jurisprudência nacional. No aspecto, nem a teoria do conglobamento nem a interpretação de que o capítulo IV da CLT sobre as férias anuais é mais favorável ao empregado em sua integralidade, impediram o citado tratado internacional de produzir efeitos<sup>41</sup>. Vólia Bomfim Cassar e

---

<sup>41</sup> Vólia Bomfim Cassar reconhece que a alteração da redação da Súmula 261 do TST foi reflexo da vigência em território nacional da Convenção 132 da OIT, apesar de a doutrina majoritária entender que se deve aplicar a teoria do conglobamento e, por consequência, o capítulo IV da CLT. Sobre o

Maurício Godinho Delgado reconhecem que a modificação da Súmula 261 do TST ocorreu por influência da Convenção 132 da OIT, ainda que haja jurisprudência consolidada no sentido de que o mencionado tratado é menos favorável do que a legislação doméstica e que se deve utilizar a teoria da conglobação<sup>42</sup>. Mitigou-se o uso da teoria do conglobamento no caso da remuneração das férias proporcionais dos empregados com menos de um ano de contrato, pois, do contrário, nem mesmo na citada matéria seria aplicável a Convenção 132 da OIT. Contudo, quanto à dispensa por justa causa, o direito interno não é compatível com o direito internacional. O artigo 146, parágrafo único, da CLT, o artigo 17, §1º da Lei Complementar n. 150/2015 e a Súmula 171 do TST ainda autorizam o não pagamento das férias proporcionais ao empregado dispensado por justa causa, o que é um equívoco, considerando-se que, na doutrina sobre férias, está consagrado que o descanso prolongado anual não é prêmio. Assim, o empregado que comete ato faltoso a justificar a extinção contratual não pode ser punido com a perda das férias proporcionais.

Com relação aos feriados, em seu artigo 6º, 1, a convenção proíbe que tais datas sejam computadas no período de férias anuais. Com a Lei n. 13.467/2017, houve a vedação expressa de início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado, conforme artigo 134, §3º, da CLT. Ainda assim, a CLT é silente quanto ao cômputo de feriados, prevendo apenas férias de 30 dias corridos, por exemplo, a depender do número de faltas injustificadas durante o período aquisitivo. Disso se interpreta que os feriados podem ser considerados nas férias anuais, conforme o direito interno. Rememora-se que a Convenção 52 da OIT, que não mais está em vigor em razão da adoção da Convenção 132 da OIT, já estabelecia que os feriados não seriam considerados na contagem de férias. Ainda assim, o Decreto-Lei n. 1.535/1977 que modificou a CLT no capítulo, IV do título II e representa significativamente o que ainda vige sobre

---

tema, cita-se o seguinte trecho doutrinário: “Como a Convenção 132 da OIT não excepcionou os empregados que rompem seus contratos por sua iniciativa (pedido de demissão) o TST resolveu alterar a redação da Súmula 261 para estender a estes o direito a férias proporcionais, contrariando a redação da CLT. (...) Não concordamos com a tese, pois adotamos a teoria de que a lei brasileira (CLT) é mais favorável ao trabalhador sob o ponto de vista da teoria do conglobamento. Logo, prevalece o comando do art. 147 da CLT no sentido de que empregado que pede demissão com menos de um ano de emprego não tem direito às férias proporcionais”. (CASSAR, 2012, p. 781.)

<sup>42</sup> “Atualmente, com respaldo na Convenção 132 da OIT, a nova redação da Súmula 261 do TST (Res. 121/2003) entende cabíveis as férias proporcionais com 1/3 em qualquer situação de pedido de demissão, independentemente do prazo do contrato”. (DELGADO, 2009, p. 912.)

férias no Brasil não adaptou o texto legal ao disposto na convenção de 1936. Também na Recomendação 98 da OIT, de 1954, conforme artigo 5, determina-se que os Estados definam quais dias não são considerados de férias, citando-se como exemplo feriados nacionais, descanso semanal, ausência por acidente de trabalho ou doença, além dos dias anteriores e posteriores ao parto.

Georgenor de Sousa Franco Filho entende que o referido dispositivo da convenção não é mais favorável ao empregado, uma vez que, no calendário gregoriano adotado, não há nove feriados em um período de 21 ou 30 dias (FRANCO FILHO, 2016, p. 440). Assim, seria mais favorável o período de férias anuais de 30 dias do que não computar feriados nesse interregno. Aldacy Rachid Coutinho, ao contrário, defende que a regra de não integração dos feriados nas férias não tem relação com o período mínimo de duração do descanso anual (COUTINHO, 2002, p. 30). Desse modo, no Brasil, as férias seriam de 30 dias por ano, sem possibilidade de cômputo de feriados. Essa última posição parece mais acertada, visto que os artigos 3º, 3 e 6º, 1, da Convenção 132 da OIT não tem relação de dependência, podendo ser aplicados separadamente. No entanto, predomina o entendimento da inaplicabilidade da convenção quanto ao tema em razão da teoria do conglobamento.

Segundo o artigo 5º, 4, da Convenção 132 da OIT,

as condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país, as faltas ao trabalho por motivos independentes da vontade individual da pessoa empregada interessada tais como faltas devidas a doenças, a acidente, ou a licença para gestantes, não poderão ser computadas como parte das férias remuneradas anuais. Em sentido semelhante, o artigo 6º, 2, estabelece que em condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país, os períodos de incapacidade para o trabalho resultantes de doença ou de acidentes não poderão ser computados como parte do período mínimo de férias anuais.

A CLT, a seu turno, nada trata sobre a exclusão dos dias de incapacidade do cômputo das férias. Impende destacar que a citada norma de impossibilidade de contagem dos dias de enfermidade já era prevista na Convenção 52 da OIT de 1936. Cumpre referir também que a Recomendação 98 da OIT, de 1954, em seu artigo 5º, determina que os Estados definam quais dias não são considerados de férias, citando-se como exemplo feriados nacionais, descanso semanal, ausência por acidente de trabalho ou doença, além dos dias anteriores e posteriores ao parto.

Apesar de o Brasil ter ratificado ambas as convenções sobre férias, não adequou o texto legal de acordo com tratados internacionais mencionados.

Há autores que entendem que o dispositivo da convenção é contrário ao que prevê o artigo 133, IV, da CLT, dentre eles Georgenor de Sousa Franco Filho e Aldacy Rachid Coutinho (FRANCO FILHO, 2016, p. 441; COUTINHO, 2002, p. 33). Contudo, ao fazer uso da interpretação literal e gramatical, conclui-se que, na verdade, a norma da convenção trata da impossibilidade de cômputo dos períodos de incapacidade nas férias, ou seja, viabiliza a prorrogação das férias em virtude de doença<sup>43</sup>. O artigo 133, IV, da CLT trata de incapacidade ocorrida no período aquisitivo e não durante o gozo das férias, motivo pelo qual não há incompatibilidade entre esse dispositivo e o artigo 6º, 2, da convenção. A norma de direito interno não é justa ao impedir que o empregado que adoecce, causa absolutamente involuntária, tenha prejuízo no período aquisitivo de férias. Todavia, o que se examina não é a injustiça da norma, mas sim sua compatibilidade com o tratado internacional.

Quanto ao fracionamento das férias, o artigo 8º, 2, da Convenção 132 da OIT, assim estipula:

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, numa das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos.

Antes da Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), o artigo 134, §1º da CLT previa que as férias seriam concedidas em dois períodos em casos excepcionais, um dos quais não poderia ser inferior a dez dias.

Após a alteração legislativa mencionada, o referido artigo estabelece que, com a concordância do empregado, as férias podem ser fracionadas em até três períodos, não sendo um deles inferior a quatorze dias corridos, e os demais não podem ser inferiores a cinco dias. Assim, retirou-se a necessidade de excepcionalidade para o fracionamento das férias, o que a jurisprudência já aceitava, conforme Súmula 77 do TRT da 4ª Região (“O fracionamento das férias,

---

<sup>43</sup> Nesse sentido, também entende Vênia Godoy de Brito, conforme trecho que ora se transcreve: “Aliás, este é o ponto em que reside a preocupação da norma internacional: preservar a integralidade das férias, na hipótese de doença ou acidente ocorridos durante o seu fluxo, porque, nessa circunstância, o trabalhador já cumpriu o seu período aquisitivo e, portanto, faz jus ao descanso anual, que se interrompeu em virtude de uma adversidade.” (GODOY, 2010, p. 938.)

em períodos não inferiores a 10 (dez) dias, é válido, ainda que não demonstrada a excepcionalidade a que alude o artigo 134, § 1º, da CLT.”).

Afora isso, aumentaram-se o número de frações de férias para três. No entanto, nota-se que a Lei n. 13.467/2017 respeitou os limites impostos pela Convenção 132 da OIT, pois, um dos períodos de férias equivale a duas semanas de trabalho ininterrupto. A convenção em comento não limita o número de frações de férias, estabelecendo, entretanto, que numa das frações o período deve corresponder a pelo menos a duas semanas de trabalho ininterrupto, o que equivale a uma fração de quatorze dias corridos.

Aldacy Rachid Coutinho entende que a citada convenção mantém o princípio do não fracionamento de férias e acata a cisão de dois períodos, devendo uma das frações ser de duas semanas a ser usufruída no período concessivo de doze meses (COUTINHO, 2002, p. 37). Todavia, conforme esclarecido, a convenção não limita expressamente a dois períodos de férias, o que induz o entendimento de que o fracionamento pode ser de três períodos, observada a fração de duas semanas em um deles. Cumpre rememorar que a Recomendação 47 da OIT, de 1936, previa que o fracionamento deveria ser limitado a dois períodos no máximo, não podendo nenhum deles ter duração inferior à mínima prevista. Tratava-se, contudo, de recomendação, isto é, norma internacional não obrigatória nem vinculativa.

Apesar das críticas feitas à Reforma Trabalhista, neste aspecto, o legislador observou os limites estabelecidos pelo tratado internacional ratificado pelo Brasil. A norma interna posterior adequou-se ao tratado da forma como prevê o artigo 98 do CTN. É necessário reconhecer que, no que concerne ao fracionamento, a norma interna anterior era mais benéfica, pois limitava as férias em duas frações, não sendo uma delas inferior a dez dias. Ainda assim, cabe perceber que a modificação legislativa está de acordo com a Convenção 132 da OIT.

Quanto ao empregado doméstico, não houve alteração decorrente da Lei da Reforma Trabalhista. Assim, o artigo 17, §2º da Lei Complementar n. 150/2015 ainda estabelece que as férias poderão ser fracionadas, a critério do empregador, em até 2 períodos, sendo um deles de, no mínimo, 14 dias. Trata-se de dispositivo compatível com a Convenção 132 da OIT e, inclusive, mais benéfico do que aquele aplicável aos empregados em geral.

A convenção referida também prevê que a fração ininterrupta de férias dever ser usufruída dentro de um ano, e o resto do período em dezoito meses a contar do

término do ano em que foi adquirido o direito a gozo de férias, conforme artigo 9º, 1. No direito interno, ainda que fracionadas as férias, estas devem ser gozadas no período de doze meses a contar da aquisição dessas, nos termos do *caput* do artigo 134 da CLT. Assim, para o fracionamento de férias, a norma doméstica é mais benéfica do que o tratado internacional, inclusive quanto ao período concessivo.

No que concerne à época das férias, o tratado internacional é mais benéfico, pois, no artigo 10, 1, da convenção estabelece-se que “a ocasião em que as férias serão gozadas será determinada pelo empregador, após consulta à pessoa empregada interessada”. Assim, tanto os interesses do empregador quanto do empregado devem ser sopesados para a definição do período de férias, o que mostra mais claro com o artigo 10, 2, que prevê que “para fixar a ocasião do período de gozo das férias serão levadas em conta as necessidades do trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada”. Rememora-se que o artigo 9º da Recomendação 98 da OIT, de 1954, destaca que deveriam ser considerados, para fins de definição do período de férias, os desejos do trabalhador. Assim, há sinalização das normas internacionais do trabalho, desde a metade do século XX, no sentido de que os interesses do empregado também sejam considerados ao se definir o período de férias.

O direito interno, a seu turno, prevê que “a época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador”, de acordo com o artigo 136 da CLT. Há, no entanto, exceções, quando membros de uma mesma família trabalhem no estabelecimento ou empresa, terão direito de gozar férias na mesma época se desejarem e se disso não resultar prejuízo, ou se o empregado tiver menos de 18 anos, quando terá direito de coincidir as férias com as férias escolares, conforme artigo 136, §§ 1º e 2º, da CLT. A Lei Complementar n. 150/2015 nada trata sobre os interesses que devem prevalecer ao se estabelecer o período de férias do empregado doméstico, pois o artigo 17, §6º estabelece que as férias serão concedidas pelo empregador nos 12 meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. Desse modo, a norma internacional é mais benéfica ao conjugar, sem exceções, interesses do empregado e do empregador para a fixação da época das férias.

Outra questão bastante importante é relativa ao pagamento de abono pecuniário concernente a um terço de férias anuais. No direito interno, o artigo 143 da CLT faculta ao empregado converter 1/3 do período de férias a que tiver direito

em abono pecuniário. Igual previsão está consagrada no artigo 17, §3º da Lei Complementar n. 150/2015. O artigo 12 da Convenção 132 da OIT estabelece que

todo acordo relativo ao abandono do direito ao período mínimo de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3 do Artigo 3 da presente Convenção ou relativo à renúncia ao gozo das férias mediante indenização ou de qualquer outra forma, será, dependendo das condições nacionais, nulo de pleno direito ou proibido.

Dessa redação, conclui-se que o tratado internacional proíbe o pagamento de indenização pela renúncia ao gozo do período mínimo de férias, o que inviabilizaria o abono pecuniário praticado no Brasil. Considerando-se que o período mínimo de férias, segundo a convenção em análise, é de três semanas por um ano de serviço, interpreta-se que qualquer acordo que reduza o mencionado período seria nulo de pleno direito. O abono pecuniário trata do pagamento de um terço do período de férias. Assim, quem faz jus a trinta dias de férias, pode converter dez dias em abono pecuniário.

No entanto, vinte dias de férias é inferior a vinte e um dias de férias anuais, isto é, três semanas previstas no tratado internacional<sup>44</sup>. Logo, com base nessa interpretação, o abono pecuniário é incompatível com o artigo 12 da Convenção 132 da OIT, norma mais benéfica quanto ao tema, uma vez que prestigia o descanso anual do empregado. Todavia, caso pudesse ser observado o período mínimo de férias de vinte e um dias, ou seja, três semanas, seria viável o abono pecuniário relativo a nove dias de férias (FRANCO FILHO, 2016, p. 440).

Do confronto entre artigos da Convenção 132 da OIT e de dispositivos da CLT, o que se percebe é a dificuldade em se estabelecer qual diploma em seu conjunto é mais benéfico para o trabalhador. Há pontos em que claramente o direito interno confere mais direitos ao obreiro, em outros o direito internacional é nitidamente mais favorável. Ademais, nem sempre uma análise aritmética entre vantagens e desvantagens permite decidir sobre qual fonte de direito é melhor em sua integralidade. Por exemplo, seria mais benéfico um período maior de férias ou

---

<sup>44</sup> “Inicialmente no que se refere ao prazo mínimo de 3 (três) semanas de férias, já que com a “venda das férias” o trabalhador somente usufruiria 20 (vinte) dias. Se tal incompatibilidade poderia ser superada assegurando ao trabalhador o período mínimo de gozo de férias, ou seja, os 21 (vinte e um) dias correspondentes a 3 (três) semanas, previsto no art. 3, item 3, insuperável é o conflito entre os dispositivos em relação à natureza proibitiva da norma da Convenção 132.” (COUTINHO, 2002, p. 33.)

uma remuneração maior para as férias? A complexidade do exame de diplomas jurídicos em conjunto revela que uma outra teoria poderia balizar o conflito entre norma interna e norma internacional e não a teoria do conglobamento.

### 5.3 COMITÊ DE PERITOS DA OIT: VIOLAÇÕES DO BRASIL INTERNACIONALMENTE RECONHECIDAS

O controle normativo da legislação interna também é feito pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Nesse caso, os órgãos da OIT apontam as inconformidades das normas domésticas para que os Estados adequem as leis internas de acordo com a convenção ratificada. Desde que a OIT foi criada, há a obrigação de elaboração anual de um relatório para a promoção da eficácia das convenções ratificadas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 11). Em 1926, foi estabelecido um órgão para confeccionar o mencionado relatório anual, qual seja: a Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações, isto é, o Comitê de Peritos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 12). Trata-se de órgão da OIT composto por vinte membros entre renomados juristas que se reúne anualmente para examinar os memoriais enviados pelos Estados-membros sobre o direito interno e as convenções ratificadas ou não, além das recomendações, conforme artigos 19 e 22 do Tratado Constitutivo da OIT de 1946 (VON POTOBOSKY, 1990, p. 100-1). O Comitê de Peritos realiza um controle normativo técnico para promover o cumprimento das normas internacionais do trabalho.

Para o mencionado órgão da OIT, a Convenção 132 da OIT é classificada dentre as normas internacionais do trabalho que tratam da duração do trabalho, o que se percebe pela posição do citado tratado nos relatórios do Comitê. Ainda que as férias remuneradas sejam um tema que comporta outra espécie de qualificação, como saúde e segurança, a opção do Comitê de Peritos foi alocá-la na duração do trabalho. No que concerne à Convenção 132 da OIT, o Comitê de Peritos identificou uma inadequação da norma doméstica brasileira com relação ao mencionado tratado. Em relatório de 2018 sobre normas internacionais de duração do trabalho, o Brasil é citado juntamente com Burkina Faso e República da África Central, como exemplo de Estados que apenas consideram as ausências por doença e acidente como tempo de efetivo trabalho para fins de aquisição do direito a férias, quando são

decorrentes de causas ocupacionais. Cita o artigo 131 da CLT como contrário à Convenção 132 da OIT no aspecto (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018, p. 111). O Comitê, ao final, destaca a importância de se computar como parte do período aquisitivo das férias qualquer razão que esteja além do controle do empregado, como doença, lesão ou maternidade, e não apenas ausências decorrentes de acidentes e doenças ocupacionais (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018, p. 111). O Brasil, assim, viola o artigo 5 (4) da Convenção 132 da OIT ao estabelecer que apenas ausências de causas ocupacionais integrem o período aquisitivo de férias.

Outro ponto com relação ao qual o Comitê de Peritos cita o Brasil como violador da Convenção 132 da OIT, ainda que em nota de rodapé, é a possibilidade de se computar feriados e períodos de doença como tempo de férias. O Brasil está dentre os Estados que calculam as férias conforme os dias de calendário e não quanto aos dias de trabalho. Além disso, não estabelece que os dias de feriados e de afastamento por enfermidade não sejam considerados como férias (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018, p. 116-7). Enfatiza o Comitê a importância de que feriados e afastamentos por doença não sejam considerados como férias a fim de que o período anual de licença remunerada atinja seu propósito de propiciar aos trabalhadores descanso e lazer após um longo tempo de trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018, p. 120).

Para o Comitê de Peritos, o artigo 11 da Convenção 132 da OIT visa a garantir que os empregados que adquiriram o direito a férias mantenham-no independentemente da forma como foi extinto o contrato de trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018, p. 134). O entendimento do mencionado órgão da OIT demonstra que a redação atual do artigo 146, parágrafo único, da CLT e da Súmula 171 do TST ainda não está em conformidade com o tratado internacional em estudo, uma vez que empregado dispensado por justa causa não faz jus a férias proporcionais. Não há falar que não houve aquisição do direito a férias proporcionais ao término do contrato por justa causa, visto que, nas demais modalidades de extinção contratual, basta que o empregado preencha o requisito de dias trabalhados para adquirir o direito a férias proporcionais. A aquisição do direito a férias ocorre a cada mês de labor, ou melhor, a cada 14 dias de trabalho em um mês, nos termos do artigo 146, parágrafo único, da CLT.

Desse modo, a OIT por meio do Comitê de Peritos tem ciência de que o Brasil não cumpre a Convenção 132 da OIT em sua integralidade, tendo emitido recente relatório em que cita as violações. Assim, o Brasil não passa pelo crivo do controle normativo da organização internacional ainda que, internamente, alegue observar a Convenção 132 da OIT sob o argumento de que a legislação doméstica é mais benéfica. Os apontamentos feitos pelo Comitê de Peritos coincidem em muitos aspectos com o que a doutrina nacional sinaliza como inadequações do direito do trabalho brasileiro quanto à citada convenção. É certo que o controle feito pelo Comitê de Peritos visa a obter a conformidade, sem sanções, do direito interno com o direito internacional. Ainda assim, trata-se de um bom parâmetro e indicador para avaliar eventual risco de responsabilização internacional<sup>45</sup>.

#### 5.4 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA TEORIA DO CONGLOBAMENTO PARA A EFETIVIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE QUANTO ÀS FÉRIAS REMUNERADAS

Conquanto a Convenção 132 da OIT seja mais benéfica ao empregado em muitos aspectos, o direito interno brasileiro continua a ser aplicado em sua inteireza quanto à matéria férias. Isso possivelmente decorre do fato de o artigo 130 da CLT prever o período mínimo de 30 dias de férias por ano de contrato de trabalho, assim

---

<sup>45</sup> Sobre o tema, impende citar trecho de recente relatório do Comitê de Peritos que trata da interação do referido órgão da OIT e outros sistemas regionais de proteção aos direitos humanos: *Many of the countries which have ratified ILO Conventions have also ratified UN human rights treaties with corresponding provisions. If there is a case of non-compliance with these provisions, the case will often be treated both by the CEACR and one or several UN supervisory bodies. Over the years, this has led to the development of synergies between these bodies, with the UN bodies in many cases quoting comments of the CEACR and urging the respective governments to respond to them. Similarly, the CEACR has also, in many cases, quoted comments made by these supervisory bodies in its reports in order to reinforce its own statements.* 50 There are also a number of regional multilateral treaties which treat issues relevant to ILO standards, such as the European Social Charter or the Social Charter of the Americas. In the case of the European Committee on Social Rights, it has established links with the CEACR for countries that have ratified both treaties. (Muitos países que ratificaram convenções da OIT também ratificaram tratados de direitos humanos da ONU com correspondentes direitos. Se há um caso de não conformidade com tais direitos, esse será tratado tanto pelo Comitê de Peritos e por um ou muitos órgãos de supervisão da ONU. Ao longo dos anos, isso levou ao desenvolvimento de sinergia entre tais órgãos com muitos deles citando comentários do Comitê de Peritos e requerendo aos governos correspondentes a resposta a eles. Semelhantemente, o Comitê de Peritos também, em muitos casos, citou comentários feitos por tais órgãos de supervisão e seus relatórios para reforçar suas assertivas. Há também um grande número de tratados multilaterais regionais que tratam de questões relevantes para os padrões da OIT, como a Carta Social Europeia ou a Carta Social das Américas. No caso do Comitê Europeu de Direitos Sociais, foram estabelecidas relações entre o Comitê de Peritos para Estados que ratificaram ambos os tratados. [tradução livre da autora] (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 33.)

como artigo 17 da Lei Complementar n. 150/2015, e o artigo 7º, XVII, da Constituição Federal, estabelecer o pagamento de um terço a mais do salário normal com o gozo das férias anuais remuneradas. Um maior período de férias associado a uma maior remuneração é o que provavelmente explica a opção da jurisprudência e da doutrina em considerar o direito interno mais benéfico.

A teoria da conglobação total e a teoria da conglobação mitigada inviabilizam a aplicação da Convenção 132 da OIT, pois a primeira impede que qualquer norma do diploma normativo considerado menos benéfico seja aplicada, e a segunda paralisa a aplicação de todas as normas do diploma menos benéfico que tratem do mesmo instituto. No caso, o tema férias é visto como um único instituto, sendo, pois, passível de comparação com os artigos da CLT e de outras leis trabalhistas que tratam do mesmo tema. Ainda que bastante prestigiada pela doutrina, a aplicação da teoria do conglobamento mitigado não seria útil para intensificar a observância da Convenção 132 da OIT.

Cindir instrumentos normativos, isto é, normas autônomas decorrentes de negociação coletiva, pode induzir à desconsideração dos ajustes definidos entre empregados e empregadores de uma categoria econômica. Contudo, o mesmo não ocorre quando há confronto entre norma de direito interno e norma de direito internacional. Aplicar as normas mais benéficas sobre determinado instituto dentre aquelas presentes tanto no âmbito doméstico quanto no internacional, não implica desvirtuar negociações. O direito internacional do trabalho estabelece o patamar mínimo de proteção aos trabalhadores, o qual pode ser ampliado, conforme redação do artigo 19, §8º do Tratado Constitutivo da OIT. É este nível básico de proteção que está em xeque quando se aplica a teoria do conglobamento em quaisquer de suas modalidades. Note-se que o tratado internacional em comento somente foi pontualmente observado quando se aplicou a teoria da acumulação nas alterações das Súmulas 171 e 261 do TST<sup>46</sup>.

O controle de convencionalidade é uma teoria inovadora que tem como escopo permitir que normas internacionais sejam aplicadas em âmbito interno, ainda que a pirâmide normativa hierárquica estabelecida em seara doméstica não

---

<sup>46</sup> Vale esclarecer que o Tribunal Superior do Trabalho, ao publicar a Súmula 261, pacifica o entendimento sobre a questão das férias proporcionais no contrato de trabalho vigente há menos de um ano, em caso de pedido de demissão. O TST, ao tomar o referido posicionamento, o fez, como ficou claro, pela linha da teoria da acumulação, não cabendo, portanto, aqui, maiores discussões, pois esta teoria não é o foco do presente trabalho. (LONGHI, 2009, p. 98.)

consagre os tratados internacionais como normas superiores às leis infraconstitucionais. Entretanto, a citada teoria, por si só, não será hábil a auxiliar a aplicação de tratados internacionais de direito do trabalho, se não houver a superação da teoria do conglobamento. A insistência em se considerar o direito interno globalmente mais benéfico do que a Convenção 132 da OIT impede que o controle de convencionalidade mude as normas sobre férias no Brasil. Já existem, felizmente, sinais de que a citada convenção da OIT será mais efetiva. No Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região aumenta o número de acórdãos que aplicam a Convenção 132 da OIT para condenar o empregador a pagar ao empregado férias proporcionais, ainda que haja dispensa por justa causa<sup>47</sup>. Reconhece-se, contudo, que o mencionado posicionamento não predomina no Tribunal Superior do Trabalho, que aplica a Súmula 171 do TST para justificar o não pagamento de férias proporcionais aos empregados dispensados por justa causa apesar da Convenção 132 da OIT<sup>48</sup>.

As férias remuneradas periódicas são direito humano, pois estão expressamente previstas no artigo XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>49</sup> Trata-se, inclusive, de direito humano previsto no sistema regional americano de proteção, conforme artigo 7º, h, Protocolo de San Salvador<sup>50</sup>. Isso demonstra a importância do tema férias em âmbito internacional. Desse modo, o tratado internacional mais abrangente quanto à matéria de férias remuneradas periódicas no sistema universal de proteção de direitos humanos, qual seja, a Convenção 132 da OIT, merece ser aplicado em tudo quanto seja mais benéfico do que as normas de direito interno, sob pena de se permitir que no Brasil as férias remuneradas tenham sua tutela mitigada. Também pesa o fato de as férias remuneradas visarem a recuperação do organismo humano, sendo direito laboral

---

<sup>47</sup> Ementa ilustrativa da jurisprudência mencionada: **JUSTA CAUSA. FÉRIAS E 13º**

**PROPORCIONAIS.** Ainda que reconhecida a ruptura do contrato de trabalho por justa causa do empregado, são devidos, a título de verbas rescisórias, as férias com 1/3 e o 13º salário proporcionais. Aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula 93 deste Tribunal e dos termos da Convenção n. 132/OIT, ratificada no Brasil pelo Decreto-Legislativo n. 47/81 e validada no território nacional por meio do Decreto 3.197/99. (BRASIL, 2018.) Recurso Ordinário 0020166-07.2017.5.04.0233.

<sup>48</sup> Ementa ilustrativa da jurisprudência mencionada: **FÉRIAS E 13o SALÁRIO PROPORCIONAIS – DISPENSA POR JUSTA CAUSA – INDEVIDOS – ART. 3o DA LEI 4.090/62 - SÚMULA 171 DO TST.** No citado julgado, o relator esclarece que a jurisprudência da Corte Superior já se consolidou, mesmo após a Convenção 132 da OIT, que o empregado dispensado por justa causa não tem direito a férias proporcionais. Recurso de Revista 20895-75.2015.5.04.0662.

<sup>49</sup> Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

<sup>50</sup> Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

para a manutenção da saúde. Logo, como segurança e saúde no trabalho são um princípio e direito fundamental no trabalho, conforme o Declaração do Centenário da OIT de 2019<sup>5152</sup>, a Convenção 132 da OIT também pode ser incluída dentre aquelas convenções fundamentais, o que torna imperiosa sua aplicação para um Estado que a ratificou.

---

<sup>51</sup> A segurança e saúde no trabalho é um princípio e direito fundamental no trabalho, além dos enunciados na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998). (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019.)

<sup>52</sup> Sobre a Declaração do Centenário da OIT, Luciane Cardoso Barzotto assim esclarece: “A Declaração é uma fonte “sui generis” de Direito Internacional do Trabalho de que gera obrigações “erga omnes” para todos os estados membros com relação a um núcleo básico de direitos, de caráter cogente. A OIT dispensa a rigidez dos instrumentos codificadores, na medida em que, do ponto de vista normativo, os direitos humanos se expressam como princípios. Por outro lado, recusa o modelo relativista e flexibilizador, porque formam o cerne do Direito Internacional do Trabalho e, portanto, não são disponíveis”. (BARZOTTO, 2019, p. 62-63.)

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto jurídico controle de convencionalidade é uma espécie de controle normativo que surgiu na França a partir da decisão 75-54/1975 do Conselho Constitucional Francês. A constituição francesa, por meio de seu artigo 55, aloca os tratados internacionais acima das leis. No entanto, para o Conselho Constitucional, não era sua competência controlar a validade de uma lei, tendo como parâmetro tratados internacionais. Da diferenciação do exame de validade das leis com base na norma hierarquicamente superior, isto é, constituição e norma internacional, emerge o controle de convencionalidade. Diante da clareza do texto constitucional francês quanto à hierarquia dos tratados internacionais, um controle normativo com base em normas internacionais não causava estranheza, uma vez que as normas modelos estavam acima das normas controladas em hierarquia constitucionalmente estabelecida. Isso, contudo, não acontece com relação ao texto constitucional de outros Estados. O Brasil, por exemplo, não teria condições jurídicas de desenvolver internamente uma teoria do controle de convencionalidade pela falta de clareza quanto à hierarquia dos tratados internacionais no direito interno.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possivelmente adota o controle de convencionalidade advindo da França, ainda que não haja um reconhecimento expresso. No entanto, contrariando a tradição de estabelecimento hierárquico normativo constitucional, o tribunal internacional em comento determina que se apliquem os tratados internacionais do sistema americano de direitos humanos e suas decisões que os interpretam em detrimento da legislação interna, o que inclui a constituição. Assim, mesmo que a constituição não considere que os tratados internacionais de direitos humanos sejam hierarquicamente superiores, no sistema americano, esses devem ser aplicados no lugar de leis que lhes sejam contrárias, salvo se mais benéficos aos seres humanos. O controle de convencionalidade francês ainda segue uma diretriz tradicional, ao passo que o internacional modifica a pirâmide hierárquica normativa, ainda que a constituição não o faça, o que torna a teoria inovadora. Outro ponto a ser lembrado é que não somente o executivo e o legislativo podem violar tratados, mas também o judiciário ao negar a aplicação de tratados internacionais. Por isso, a importância do controle jurisdicional de

convencionalidade que rememora ao juiz interno a sua obrigação como parte do Estado que ratificou o tratado internacional.

Dentre os casos que delineiam o controle de convencionalidade no âmbito do sistema americano de proteção de direitos humanos, o precursor é Myrna Mack Chang contra Guatemala, de 2003, que, por meio de voto apartado do Juiz Sérgio Garcia Ramirez, reconhece que o Estado é indivisível internacionalmente e usa, pela primeira vez, a expressão controle de convencionalidade. Em 2006, no caso Arellano Almonacid contra Chile, a Corte, em seu colegiado, menciona pela primeira vez o termo um certo controle de convencionalidade e estabelece que é a intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos. No mesmo ano, no caso Trabalhadores Dispensados do Congresso contra Peru, a Corte aduz que o controle de convencionalidade deve ser exercido de ofício e refere haver um paralelismo com o controle de constitucionalidade.

Em 2010, no caso Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México, pela primeira vez o controle de convencionalidade é utilizado como exceção preliminar pelo Estado réu, e a Corte decide que a aplicação da citada ferramenta jurídica pelos órgãos internos não prejudica o exame de validade a ser exercido pelos órgãos internacionais. Ainda, na mesma decisão, a Corte decide que os órgãos vinculados à administração da justiça também devem exercer o controle de convencionalidade. No mesmo ano, no caso Gomes Lund contra Brasil, estabeleceu-se um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A corte brasileira entendeu que observou a jurisprudência do sistema americano sobre o tema anistia com o que não concordou o tribunal internacional, destacando o descumprimento do controle de convencionalidade pelo Brasil. No caso Gelman contra Uruguai, de 2011, define-se que qualquer autoridade pública deve realizar o controle de convencionalidade e não apenas o poder judiciário.

O controle de convencionalidade, mesmo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que raramente trata de questões trabalhistas, já teve como parâmetro normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra contra Honduras, de 2015, estabelece que padrões internacionais devem ser observados para fins de aplicação do controle de convencionalidade, não restringindo, assim, a ferramenta jurídica aos tratados internacionais do sistema americano. Desse modo, para tratar da propriedade

coletiva indígena, a Corte aplica a Convenção 169 da OIT. Em 2017, no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil, a Corte cita normas da OIT relativas ao trabalho escravo, referindo que se trata de normas de *jus cogens*, quais sejam: Convenções 29, 138 e 182. No caso Lagos del Campo contra Peru, de 2017, a Corte trata da estabilidade de representantes de trabalhadores e cita a Recomendação 143 da OIT e duas Convenções não ratificadas pelo estado peruano, isto é, as Convenções 135 e 158.

No direito interno brasileiro, existem julgamentos que fizeram uso do controle de convencionalidade na seara trabalhista. Na decisão do caso RR-1072-72.2011.5.02.0384, o Ministro Cláudio Brandão defendeu a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, pois o art. 193, §2º da CLT não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo também contrário às Convenções 148 e 155 da OIT. Posteriormente, em decisão de embargos, o julgamento foi reformado, sem, no entanto, negar a aplicação do controle de convencionalidade. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3937/SP, o STF aplicou as Convenções 139 e 162 da OIT, em detrimento da legislação federal que não mais se adequava ao texto do derradeiro tratado mencionado.

A previsão de progressiva eliminação do amianto quando houver viabilidade técnica não foi observada pela Lei n. 9.055/1995, o que induziu a declaração de inconstitucionalidade superveniente. Ainda que o texto da decisão demonstre haver uma resistência quanto à admissão do controle de convencionalidade, há aplicação de tratado internacional em detrimento de norma interna, o que revela existir um exame de validade que tem como parâmetro normas internacionais do ramo juslaboral. Outro ponto importante quanto ao referido julgado é o fato de as normas da OIT mencionadas serem classificadas por alguns ministros como tratados internacionais de direitos humanos, o que viabiliza também a aplicação da teoria da supralegalidade.

Férias periódicas remuneradas são direito humano, conforme Declaração Universal de Direitos Humanos e Protocolo Adicional de San Salvador. No contexto do desenvolvimento de uma nova teoria sobre aplicação de tratados internacionais, a Convenção 132 da OIT foi examinada, concluindo-se que muitos de seus pontos carecem de observância pelo Brasil em razão da teoria do conglobamento. Cita-se, por exemplo, a consideração de dias feriados e de enfermidade como se de

descanso fossem, o que é vedado pelo tratado internacional em comento, assim como pelas normas internacionais anteriores sobre o mesmo tema. Contudo, a mencionada teoria não está em consonância com o princípio internacional da inoponibilidade do direito interno, presente no art. 27 da Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais de 1969, expondo o Estado brasileiro à eventual responsabilização internacional. A teoria da acumulação, mesmo que muito criticada, é mais adequada para a aplicação de tratados internacionais, pois permite que apenas as normas mais benéficas, independentemente de sua origem, sejam aplicadas. Somente com o afastamento da teoria do conglobamento o controle de convencionalidade pode ser aplicado satisfatoriamente quanto à Convenção 132 da OIT. Aliás, a alteração da redação das Súmulas 171 e 261 do TST demonstra o quão necessário é apartar a teoria do conglobamento para que os tratados internacionais sejam observados. A teoria do controle de convencionalidade, por si só, não é suficiente para a aplicação da Convenção 132 da OIT. Deve-se aplicar a teoria da acumulação para maior efetividade da convenção em comento.

Como as convenções da OIT já foram consideradas tratados internacionais de direitos humanos por alguns ministros, torna-se otimista a perspectiva de aplicação efetiva da Convenção 132 da OIT. Seja pela aplicação da teoria da suprallegalidade, seja pelo controle de convencionalidade, as normas da OIT ganham maior importância no direito interno brasileiro, sendo normas controlantes de validade de outras leis. Diante disso, a postura mais razoável é o reconhecimento de que a Convenção 132 da OIT trata da segurança e da saúde no trabalho, o que a inclui como princípio e direito fundamental do trabalho, conforme Declaração do Centenário da OIT, de 2019, tendo de ser aplicada no lugar de leis internas que lhe sejam contrárias.

## REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Declaração do Centenário da OIT de 2019. In: FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin; OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. **Trabalho**: perspectivas históricas e desafios atuais, Erechim: Deviant, 2019. p. 57-71.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Férias na Reforma Trabalhista. In: AZEVEDO, André Jobim de (Org.). **Reforma trabalhista**: desafio nacional. v. 1. 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2018. p. 198-215.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos Humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 202-238, maio/jun. 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2085>>. Acesso em: 10 de ago. de 2019.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**: El control de convencionalidad. Colombia: Unión Gráfica Ltda, 2012. p. 17-55. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30034.pdf>>. Acesso em: 10 de ago. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2396/MT. Requerente: Governador do Estado de Goiás. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul e Governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2656/SP. Requerente: Governador do Estado de Goiás. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3357/RS. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 30 nov. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749040549>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937/SP. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>>. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 maio 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341223346&ext=.pdf>>. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Arguinte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937/SP. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 04 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80004/SE. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Relator para o acórdão: Min. Cunha Peixoto. Brasília, 01 jun. 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 17 de fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 de fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0020166-07.2017.5.04.0233. Recorrente: Irapuru Transportes Ltda. Recorrido: Everton dos Santos Oliveira. Relatora: Desa. Beatriz Renck. Porto Alegre, 19 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/VaSkX38BRFjsYqr60W-00OQ?&tp=conven%C3%A7%C3%A3o+132+da+OIT>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista 967-81.2011.5.04.0403. Agravante: Adalson da Cruz Netto Escobar. Agravado: Fortaleza Sistema de Segurança Eletrônica Ltda. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 11 jun. 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/921bbb70345d3eea42909e293071ebbc>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista 1072-72.2011.5.02.0384. Embargante: Amsted-Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S.A. Embargado: Ivanildo Bandeira. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 13 out. 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#ea652ad4c050d8f4e31d5119c6cb179d>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1072-72.2011.5.02.0384. Recorrente: Amsted-Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S.A. Recorrido: Ivanildo Bandeira. Relator: Min. Cláudio Brandão. Brasília, 24 set. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#ea652ad4c050d8f4e31d5119c6cb179d>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 20895-75.2015.5.04.0662. Recorrente: JBS Aves LTDA. Recorridos: Gledson Ferreira de Araújo e FRS S.A. – Agro Avícola Industrial. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho, 27 nov. 2019. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=20895&digitoTst=75&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0662&submit=Consultar>> Acesso em: 06 fev. 2020

BROWLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRUCE, Eva. **Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel**. 2005. VI<sup>e</sup> Congrès de droit constitutionnel (Association Française de Droit Constitutionnel), jun. 2005, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, France. Disponível em: <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BRUCE2.pdf>>. Acesso em: 08 de jun. 2016.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. O controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade no Brasil. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, a. XIX, p. 393-415, 2013. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/4045/3549>>. Acesso em: 08 de ago. 2018.

CANÇADO, Fernanda Brandão. A aplicação da convenção n. 132 da OIT no âmbito do judiciário trabalhista brasileiro. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional do trabalho: o estado da arte**

sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016. p. 106-113.

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (coord.). **El constitucionalismo contemporáneo**. Homenaje a Jorge Carpizo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 67-95. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>>. Acesso em: 10 de ago. 2019.

CARREAU, Dominique; MARRELLA, Fabrizio. **Droit International**. 12. ed. Paris: Pedone, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco contra México. Presidenta: Cecilia Medina Quiroga. San José, 23 nov. 2009. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabajadores Dispensados do Congresso (Aguado-Alfaro et al.) contra Peru. Presidente: Sergio García Ramírez. San José, 24 nov. 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_ing.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid-Arellano e outros contra Chile. Presidente: Sergio García Ramírez. San José, 26 set. 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García e Montiel Flores contra México. Presidente: Diego García-Sayán. San José, 26 nov. 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus membros contra Honduras. Presidente: Humberto Antonio Sierra Porto. San José, 08 out. 2015. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_305\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil. Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. San José, 20 out. 2016. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman contra Uruguay. Presidente: Diego García-Sayán. San José, 24 fev. 2011. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil. Presidente: Diego García-Sayán. San José, 24 nov. 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Lagos Del Campo contra Peru. Presidente: Roberto F. Caldas. San José, 31 ago. 2017. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf)> Acesso em: 15 de nov. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Liakat Ali Alibux contra Suriname. Presidente: Humberto Antonio Sierra Porto. San José, 30 jan. 2014. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Presidente: Antônio A. Cançado Trindade. San José, 25 nov. 2003. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vladmir Herzog e outros contra Brasil. Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. San José, 15 mar. 2018. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. n. 7: Control de Convencionalidad. San José, 2017. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-16/99**: el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Presidente: Antônio A. Cançado Trindade. San José, 01 out. 1999. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-21/14**: derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Presidente: Humberto Antonio Sierra Porto. San José, 19 ago. 2014. Disponível em:

<[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Supervisão de Cumprimento de Sentença do caso Gelman contra Uruguai. Presidente: Diego García-Sayán. San José, 20 mar. 2013. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019.

COUTINHO, Aldacy Rachid. As férias depois da convenção 132 da OIT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 27, n. 48, p. 13-44, jul./dez. 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain Pellet. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FAGUNDES, Bárbara. Teoria do controle de convencionalidade e seu uso no direito do trabalho. **Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 225-245, jan./jun. 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FRANÇA. Conselho Constitucional, **Décision n. 71-44 DC**. Paris, 16 jul. 1971. Disponível em: <<http://mafr.fr/en/article/conseil-constitutionnel-5/>>. Acesso em: 27 out. 2019.

FRANÇA. Conselho Constitucional, **Décision n. 74-54 DC**. Paris, 15 jan. 1975. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A convenção n 132 da OIT e seus reflexos nas férias. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 66, n. 5, p. 561-564, maio 2002.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Férias: convenção n. 132 da OIT e o regime da CLT. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, v. 52, n. 79, p. 439-441, out. 2016.

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

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. Control de Convencionalidad. **Ciencia Jurídica**, Guanajuato, v. 5, n. 9, p. 133-138, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/182/172>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

GARLICKI, Lech. **Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité**. 2009. Disponível em: <[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/cedh\\_13fev2009/cedh\\_garlicki\\_130209.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/cedh_13fev2009/cedh_garlicki_130209.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2016.

GIGLIO, Wagner. **Férias e descansos remunerados**. São Paulo: LTr, 1978.

GODOY, Vênia Brito de. A convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho e sua força vinculante e hierárquica na ordem jurídica interna: o direito à prorrogação do gozo de férias em virtude ou acidente. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 74, n. 8, p. 934-938, ago. 2010.

GOTTSCHALK, Elson. **Férias anuais remuneradas**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GUERRA, Sydney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: o caso junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coord.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 289-317.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. As férias proporcionais e a convenção n. 132 da OIT. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, v. 19, n. 902, p. 5-6, 18 fev. 2002.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. La polisemia del control de convencionalidad interno. **International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional**, v.12, n. 24, p. 113-142, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.11144/Javeriana.IL14-24.pcci>>. Acesso em: 10 ago. de 2019.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidade y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, p. 131-156, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. **Cornell International Law Journal**, v. 44, n. 3, p. 493-533, 2011. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1777&context=cilj>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

JO, Hee Moon. **Introdução do direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000.

LAMOTHE, Olivier Dutheillet de. **Contrôle de Constitutionnalité et Contrôle de Conventionalité**. 2007. Disponível em: <[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2016.

LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (coord.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 231-260.

LONGHI, Dânia Fiorin. **Teoria do conglobamento**: conflito de normas no contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5776417>>. Acesso em: 25 out. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 3-56.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOSCOSO-BECERRA, Gerson. La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Dikaion**, v. 28, n. 2, p. 385-403, 2019. Disponível em <<https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.2.7>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2011. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 11, n. 1, p. 221-274, 2013. Disponível em: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000100007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100007)>. Acesso em: 27 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia)**. 1946/1944. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 52 da OIT**. Genebra, 1936. Disponível em: <[www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTUMENT\\_ID:312197:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTUMENT_ID:312197:NO)>. Acesso em: 15 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 132 da OIT.**

Genebra, 1970. Disponível em:

<[www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235863/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235863/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 135 da OIT.**

Genebra, 1971. Disponível em:

<[www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235867/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235867/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 148 da OIT.**

Genebra, 1977. Disponível em:

<[www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236121/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236121/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 155 da OIT.**

Genebra, 1981. Disponível em:

<[www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236163/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 158 da OIT.**

Genebra, 1982. Disponível em:

<[www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236164/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 da OIT.**

Genebra, 1989. Disponível em:

<[www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236247/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Documento final del centenario de la OIT.** Genebra, 2019. Disponível em:

<[https://sinait.org.br/docs/declaracao\\_do\\_centenario\\_oit.pdf](https://sinait.org.br/docs/declaracao_do_centenario_oit.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Ensuring decent working time for the future.** Genebra, 2018. Disponível em:

<[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_618485.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618485.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Monitoring Compliance with international labour standards.** Genebra, 2019. Disponível em:

<[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_730866.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_730866.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 47 da OIT.**

Genebra, 1936. Disponível em:

<[www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R047](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R047)>. Acesso em: 15 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 98 da OIT**. Genebra, 1954. Disponível em:

<[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312436:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312436:NO)> Acesso em: 05 fev. 2020.

PASTOR RIDRUEJO, José Antônio. **Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales**. 18. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

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

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Férias anuais remuneradas: na CLT e na Convenção n. 132 da OIT**. São Paulo: LTr, 2004.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, v. 12, p. 163-190, jul./dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Parte I: Dogmática geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, 1978.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, Santiago, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International Human Rights in context: law politics morals**. v. 11. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. v. II. São Paulo: LTr, 2003.

TONIAL, Maira Angélica; PIUCCO, Micheli. Controle de convencionalidade das leis: o Caso Lagos Del Campo e seus reflexos na Reforma Trabalhista brasileira. **Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 15-39, jan./jun. 2019.

TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: Experiências Latino-Americanas**. 2016. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20918/1/2016\\_MarceloDalmasTorelly.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20918/1/2016_MarceloDalmasTorelly.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2019.

VALTICOS, Nicolas; VON POTOBSKY, Geraldo W. **International Labour Law**. 2. ed. Boston: Deventer, 1995.

VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**: Ensayos escritos al correr de los años. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.