

INTEGRAÇÃO DAS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS DA OIT NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO PRO HOMINE

Valerio de Oliveira Mazzuoli¹

Resumo: Este ensaio investiga a integração das convenções e recomendações da OIT no Brasil sob a perspectiva do princípio *pro homine*. O estudo revela o modo de elaboração desses instrumentos internacionais, bem assim como tais convenções e recomendações da OIT se internalizam na ordem jurídica brasileira. O artigo conclui que a aplicação das convenções e recomendações da OIT no Brasil deve pautar-se pelo princípio *pro homine*, segundo o qual a primazia é da norma mais favorável ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Convenções da OIT. Recomendações da OIT. Incorporação dos tratados no Brasil. Princípio *pro homine*.

Abstract: This paper investigates the integration of ILO conventions and recommendations in Brazil from the perspective of the *pro homine* principle. The study reveals the way that those international instruments are developed, as well as how those ILO conventions and recommendations are internalized in the Brazilian legal system. The article concludes that the application

¹ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor summa cum laude em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNESP, campus de Franca. Professor Adjunto de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD).

of Conventions and Recommendations of the ILO in Brazil should be guided by the *pro homine* principle, under which the primacy is given in favor of the rule that is more favorable to human being (worker) subject of rights.

Keywords: International treaties. ILO conventions. ILO recommendations. Incorporation of treaties in Brazil. *Pro homine* principle.

Introdução

A atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT) consiste basicamente na elaboração de *convenções e recomendações* internacionais do trabalho, cuja finalidade é promover justiça social entre os Estados, de maneira equitativa e de modo a que não exista concorrência desleal entre eles (MAZZUOLI, 2013, p.1075-1091). Até 2010 a OIT já havia aprovado 188 Convenções e 199 Recomendações, as quais versam temas dos mais diversos e dos mais importantes para o cenário jurídico laboral.

Contudo, as convenções e as recomendações são instrumentos jurídicos distintos, merecendo ser analisados separadamente. Tais instrumentos, que examinaremos a seguir, têm sua regulamentação prevista na Constituição da OIT, à qual os Estados ratificantes se comprometeram a cumprir e a fielmente executar. Sua aplicação interna, porém, há de atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual, havendo conflito entre as disposições internacionais e as de Direito interno, deve-se optar pela norma *mais benéfica* ou *mais favorável* ao ser humano sujeito de direitos. É sob esse prisma que se deve compreender a integração das convenções e das recomendações da OIT no Brasil.

1 As Convenções da OIT

Na gênese, as convenções da OIT tinham por finalidade proteger apenas os trabalhadores da indústria. Posteriormente (por decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, de 1922) atingiram também os trabalhadores agrícolas. Com o passar do tempo, evoluiu-se para a proteção dos trabalhadores tanto do setor público como do privado, passando depois a também atingir os autônomos e cooperados. Atualmente, até mesmo grupos ou sociedades tradicionais, como os índios e povos tribais, são protegidos pelas convenções (destaque-se, v.g., a Convenção 169 de 1989). Essa “ação normativa” da OIT tem sido, ao longo dos anos, a *pedra angular* de todo o sistema internacional de proteção ao trabalho e ao trabalhador. (SÜSSEKIND, 1986, p.176)

Deve-se, portanto, compreender a mecânica dessas convenções (sua natureza jurídica, modo de elaboração, vigência internacional etc.) e seu processo de integração à ordem jurídica interna, para depois investigar como há de ser aplicado o princípio *pro homine* quando em jogo a utilização de uma convenção da OIT no Brasil.

1.1 Conceito de convenção

As convenções da OIT são tratados multilaterais abertos,² de natureza normativa, elaborados sob os auspícios da Conferência Internacional do Trabalho, a fim de regulamentar o trabalho no âmbito internacional e também outras questões que lhe são conexas.

² V. a exceção do art. 21, § 1º, da Constituição da OIT (infra).

Por autorização da própria Constituição da OIT, a Conferência Internacional do Trabalho poderá adotar *convenções, recomendações e resoluções*, no que se percebe que o labor da Conferência é essencialmente *normativo* e de *controle* (Seitenfus, 2005, p. 230). Abstraindo-se esta última categoria de normas (as *resoluções*), o conjunto normativo consubstanciado nas convenções e nas recomendações da OIT é chamado de *Código Internacional do Trabalho*, figurando as resoluções e outros documentos como seus anexos (Süssekind, 1986, p. 173).

A diferença entre as convenções e as recomendações da OIT é puramente *formal*, uma vez que, materialmente, ambas podem tratar dos mesmos assuntos ou temas. Em sua essência, tais instrumentos nada têm de diferente de outros tratados e declarações internacionais de proteção dos direitos humanos: versam sobre a proteção do trabalho e do trabalhador e um sem número de matérias a estes coligados. Mas, formalmente, ambas se distinguem, uma vez que as *convenções* são tratados internacionais em devida forma e devem ser ratificadas pelos Estados-Membros da Organização para que tenham eficácia e aplicabilidade no seus respectivos Direitos internos, ao passo que as *recomendações* não são tratados e visam tão somente sugerir ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT mudanças no seu Direito interno relativamente às questões que disciplina.

As convenções ratificadas (e em vigor internacional) constituem *fonte formal* de Direito, gerando para os cidadãos direitos subjetivos, que podem ser imediatamente aplicáveis (desde que não se trate de norma com conteúdo meramente programático, cuja aplicação fica condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes). É certo que a aplicação imediata das convenções ratifica-

das tem maior possibilidade jurídica de concretização nos países cujas Constituições adotam o *monismo jurídico* na regência das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional (como é o caso do Brasil) (LEARY, 1982, p. 35-41; MIROLO E SANSINENA, 2010, p. 87-89).

Mas tal não significa que em outros sistemas não possa o juiz interno aplicar imediatamente uma convenção da OIT quando do exercício (que pode ser até mesmo exercido *ex officio*) do controle da convencionalidade das leis (MAZZUOLI, 2013). Já as convenções não ratificadas constituem *fonte material* de direito, na medida em que servem como *modelo* ou como *fonte de inspiração* para o legislador infraconstitucional (SÜSSEKIND, 1986, p. 174).

Segundo Américo Plá Rodríguez, em sua obra clássica sobre o tema, as convenções da OIT, no que tange à natureza de suas normas e seus objetivos, podem ser classificadas em quatro tipos: *a)* convenções de uniformização; *b)* convenções de princípios; *c)* convenções de igualdade de direitos; e *d)* convenções de igualdade de procedimentos (PLÁ RODRÍGUEZ, 1965, p. 233-235). A esses quatro tipos também podem ser adicionadas as chamadas “convenções particulares” (bilaterais ou plurilaterais), como referidas pelo art. 21, § 1º, da Constituição da OIT,³ que são convenções fechadas, restritas aos países que as firmam, em contraposição às *convenções universais*, adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho, cuja característica principal é a de sempre permanecerem abertas à ratificação ou à adesão dos Estados-Membros da OIT, ou dos que, porventura, vierem a se tornar parte da Organização (Süssekind, 1986, p. 182-183).

³ Eis o que dispõe: “Todo projeto que, no escrutínio final, não obtiver dois terços dos votos presentes, poderá ser objeto de uma convenção particular entre os Membros da Organização que o desejarem”.

É oportuno transcrever o art. 5º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), segundo o qual: “A presente Convenção aplica-se a todo tratado que seja o instrumento constitutivo de uma organização internacional e a todo tratado adotado no âmbito de uma organização internacional, sem prejuízo de quaisquer normas relevantes da organização.” O que pretendeu a Convenção de Viena de 1969 dizer é que, relativamente aos tratados constitutivos de organizações internacionais (como é o caso da Constituição da OIT) e aos tratados concluídos sob os auspícios dessas organizações (a exemplo das convenções da OIT), é a própria Convenção de Viena que deverá ser aplicada, salvo se houver “normas relevantes da organização”, que, neste caso, são normas *especiais* que se aplicam em detrimento das normas *gerais* contidas na Convenção de Viena de 1969.

1.2 Natureza jurídica das convenções

As convenções internacionais do trabalho pertencem à categoria dos *tratados multilaterais abertos*, uma vez que não têm destinatário certo, estando abertas à ratificação ou à adesão dos países-membros da OIT, ou ainda daqueles que, no futuro, tornar-se-ão partes da Organização. No que tange à substância, à diferença dos tratados firmados entre Estados, que visam (de regra) à concessão de vantagens recíprocas, as convenções da OIT têm por meta a universalização das normas de proteção ao trabalho e sua incorporação ao Direito interno dos Estados-Membros (SÜSSEKIND ET ALL, 2002, p. 1.491).

Tais convenções integram o que a doutrina chama de *tratados-lei* ou *tratados-normativos*, que têm por objetivo fixar normas gerais

de Direito Internacional Público pela vontade paralela das partes, confirmando ou modificando costumes adotados entre os Estados.

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

1.3 Método negocial

As convenções da OIT apresentam método negocial distinto das convenções multilaterais em geral, primeiramente, por serem produzidas em foro único: a Conferência Internacional do Trabalho (MIROLO; SANSINENA, 2010, p. 99-100), que por esse e outros motivos consideram as convenções internacionais do trabalho como tratados *sui generis*. Mas o característico peculiar à negociação de tais convenções está na participação de outras representações para além dos plenipotenciários estatais. Ou seja, enquanto da negociação das convenções multilaterais em geral participam apenas *governos*, da negociação daquelas (à Conferência anual da OIT) participam também representantes dos *empregadores* e dos trabalhadores. É certo, esclarece Rezek, que os representantes classistas são *designados* pelo governo de origem, mas o são, necessariamente, de acordo com os grêmios profissionais mais representativos das duas classes (REZEK, 1984, p. 159-160).

Em suma, a diferença negocial entre as convenções da OIT e outras convenções multilaterais está em não serem discutidas, aprovadas e assinadas somente por representantes *dos Estados* contratantes, mas também por representantes dos empregadores e dos trabalhadores.

O texto final da convenção é registrado nas atas da correspondente reunião e assinada pelo Presidente da Conferência e pelo Diretor-Geral do *Bureau* Internacional do Trabalho.

Frise-se que apesar de a Constituição da OIT referir-se à “ratificação” das convenções, o mais correto seria chamar o engajamento do Estado de “adesão” ao tratado multilateral aberto, seguindo a terminologia utilizada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para a hipótese, pois as convenções da OIT não são firmadas pelos representantes dos Estados que a adotam, mas apenas pelo Presidente da reunião (à Conferência Internacional do Trabalho) e pelo Diretor Geral do *Bureau*. Em princípio, só se *ratifica* o que anteriormente se *assinou*; como no caso das convenções da OIT não houve assinatura anterior (dos plenipotenciários dos Estados), o que existe tecnicamente é a possibilidade de *adesão* ao texto convencional (SÜSSEKIND, 1986, p. 211).

1.4 Vigência internacional

Para que uma convenção internacional do trabalho tenha vigência no plano internacional basta que a mesma seja ratificada por um número determinado de Estados, normalmente previsto na própria convenção, e que tenha havido o decurso de um prazo determinado. Ainda que o Estado já tenha ratificado a convenção, esta

não terá qualquer vigor interno se, no momento de sua ratificação, não se encontrar em vigor internacional (SÜSSEKIND *et all.* 2002, p. 1.491). Como qualquer outro tratado internacional de que um Estado seja parte, as convenções internacionais do trabalho somente terão vigência interna depois de já estarem vigorando no âmbito internacional, não se concebendo que um tratado internacional tenha validade interna em determinado país se o mesmo (que sequer existe como ato jurídico perfeito) ainda não vigora internacionalmente . Nesse exato sentido, verificar (CAMPOS, 1956, p. 318-319).

Em regra, as convenções da OIT têm estabelecido que a sua vigência internacional terá início após o prazo de *doze meses* do registro de pelo menos duas ratificações no *Bureau* Internacional do Trabalho, competindo ao Diretor-Geral desse *Bureau* comunicar tal data a todos os Estados-membros da Organização. Uma vez em vigor internacional, a convenção obrigará cada um dos seus Estados-partes em relação à OIT, doze meses após a data em que registrar a respectiva ratificação (SÜSSEKIND *et all.* 2002, p. 1.492).

Não obstante poderem ser denunciadas após um período de dez anos, as convenções da OIT têm vigência indeterminada, caracterizando-se como tratados *permanentes*. São, também, instrumentos *mutalzáveis* (MAZZUOLI, 2011, p.81), uma vez que a saída de uma parte da convenção não prejudica a execução integral do tratado em relação às demais partes no acordo.

1.5 Integração ao Direito brasileiro

Depois de adotadas na Conferência, as convenções internacionais do trabalho seguem basicamente o mesmo trâmite interno

de qualquer outro tratado internacional em devida forma celebrado pelo Estado brasileiro, à diferença inicial que tais convenções do trabalho dispensam a formalidade da *assinatura*, visto que a Conferência a *adota*, garantindo a autenticidade do texto apenas *duas* assinaturas: a do Presidente e a do Secretário-Geral da Conferência (REZEK, 1984, p.160-161; PEREIRA DE ARAÚJO, 1958, p.131). Afora isso, a integração das convenções da OIT ao Direito brasileiro dá-se da mesma forma que qualquer outro tratado, devendo por igual respeitar as regras gerais do Direito dos Tratados e as normas internas relativas à sua celebração previstas na Constituição, em particular os arts. 84, inc. VIII e 49, inc. I, que tratam, respectivamente, da competência do Presidente da República para concluir tratados e do Congresso Nacional para referendá-los, autorizando sua posterior ratificação por parte do governo (MAZZUOLI, 2011, p. 341-388).

Entretanto, no que diz respeito ao caso específico da integração das convenções da OIT no nosso Direito interno, algumas peculiaridades se apresentam, causando sérias divergências na doutrina.

Como se sabe, pela teoria geral do Direito dos Tratados, a submissão de um tratado à autoridade interna competente para referendá-lo não é obrigatória, sendo apenas uma *faculdade* (ou seja, ato discricionário) do Presidente da República. Este, que jamais poderia ter deflagrado o processo de celebração de tratados, tem o poder de decidir se vai ou não submeter o texto do tratado assinado à autoridade (interna) competente, que irá verificar a viabilidade de o País se engajar definitivamente ao tratado anteriormente assinado. Se esta autoridade interna entender viável a participação do País no tratado em questão, aprovará o seu texto autorizando a sua ratificação, que é levada a cabo pelo chefe do Poder Executivo. Esta *ratificação* de

competência do governo também é facultativa (discricionária), uma vez que o ato aprobatório da autoridade interna não vincula o Executivo, que poderá ratificar ou não o acordo, a depender (no momento da ratificação do tratado, que pode ocorrer anos e anos depois de sua aprovação interna) da conveniência e oportunidade do ato.

O que ocorre é que, relativamente às convenções da OIT, essa processualística não é seguida *in totum*, o que gera dúvidas na doutrina. A confusão tem lugar em virtude da redação do art. 19, § 5º, alínea *b*, da Constituição da OIT, que assim dispõe:

“5. Tratando-se de uma convenção:

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

O art. 19, § 5º, letra *d*, do mesmo tratado, deixa entrever ser obrigatória a ratificação da convenção, quando assim estabelece:

“d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção” [grifo nosso].

Como se infere dos dispositivos acima transcritos, os Estados-partes nas convenções internacionais do trabalho contraem a obrigação formal de submeter tais convenções à autoridade competente *ex ratione materiae* para aprovar tratados indicada pelo seu Direito interno. Essa obrigação em submeter a conven-

ção à autoridade competente, segundo a doutrina mais abalizada, subsiste também na hipótese de os delegados do Estado terem votado contra a sua adoção, não terem participado da reunião, ou ainda no caso de o Estado ter ingressado posteriormente na OIT (SÜSSEKIND, 1986, p. 195).

A “autoridade competente” a que se refere o dispositivo deve ser encontrada à luz do que dispõe o texto constitucional de cada país, sendo certo que, no Brasil, tal autoridade é o Poder Legislativo, pois é o único órgão com função típica de legislar, a fim de dar efeitos à aplicação da convenção internacional do trabalho no plano nacional (SÜSSEKIND, 1986, p. 202-203; 206-207; CRIVELLI, 2010, p. 72).⁴ Ora, se nos termos da Constituição brasileira compete à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (art. 21, inc. I), bem como legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inc. I, *in fine*), e se cabe “ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (...), dispor sobre todas as matérias de competência da União” (art. 48, *caput*), sendo ainda de sua competência *exclusiva* “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou aos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, inc. I), a outra conclusão não se

⁴ Em idêntico sentido na doutrina argentina, v. MIROLO, René R. & SANSINENA, Patricia J., *Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno*, cit., p. 153-155. Alguns autores, como João Hermes Pereira de Araújo, entendem que a expressão “autoridades competentes” incluiria “tanto o Poder Executivo como o Legislativo” (*A processualística dos atos internacionais*, cit., p. 177). No mesmo sentido, v. HURD, Ian, *International organizations: politics, law, practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 167, para quem: “As autoridades competentes podem ser o legislativo ou o executivo internos, ou (no sistema federal) um governo subnacional, como uma província ou cantão”.

pode chegar senão a de que a “autoridade competente” referida pela Constituição da OIT é, no Brasil, o Congresso Nacional. À mesma conclusão já havia chegado a comissão de notáveis para a aplicação das convenções e recomendações, reunida na Conferência Internacional do Trabalho (36ª sessão) realizada em Genebra em 1953: “A expressão ‘autoridade competente’ significa a autoridade que tem o poder de legislar sobre as questões que são objeto da convenção ou da recomendação, que é, na maioria dos casos, o Parlamento” (COURTINN, 1970, p.601).

A dúvida que surge na doutrina diz respeito à aparente obrigatoriedade de serem tais convenções *ratificadas* pelo Presidente da República, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, tendo em vista que o art. 19, § 5º, alínea *b*, da Constituição da OIT, dispõe que, tratando-se de uma convenção, cada Estado-membro “compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (...), a convenção à *autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria*, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza”. Apesar de o tratado da OIT não se referir expressamente à obrigatoriedade dessa ratificação, esta, entretanto, pareceu a Celso de Albuquerque Mello uma consequência lógica, “principalmente levando-se em consideração a natureza social destas convenções e ainda ser o nosso século caracterizado pelo conflito social que só tende a se agravar” (MELLO, 2000, p. 280; REZEK, 1984, p. 162).⁵ Nesse caso, entendeu a referida doutrina que uma vez

⁵ Para Rezek “Obtido que seja o consentimento da ‘autoridade competente’, o governo do Estado membro *deverá ratificar* a convenção internacional do trabalho, fazendo chegar à secretaria da OIT o pertinente instrumento de ratificação.

referendada a convenção pelo Poder Legislativo, a ratificação do Presidente da República deixaria de ser um ato discricionário para tornar-se obrigatório.

Parece lógico que se o Presidente da República é *obrigado* a submeter a convenção internacional do trabalho ao Parlamento, uma vez que este a *aprova*, não há de ser discricionária a posterior ratificação. Perceba-se que o tratado constitutivo da OIT afirma que as convenções deverão ser submetidas às “autoridades competentes” para que estas “a transformem em lei”. Ora, o único órgão capaz de fazer leis é Poder Legislativo. Não é função típica do Executivo esta tarefa. De forma que a melhor exegese do tratado constitutivo da OIT é a de que ele obriga a submissão das convenções internacionais do trabalho à manifestação do Congresso Nacional, sendo certo que uma vez referendadas por este Poder deverão ser obrigatoriamente ratificadas pelo Executivo (Mello, 1966, p. 77-80)⁶. Essa tese é corroborada

Quebra-se, assim, por duas vezes, a sistemática usual, em que o governo nem está obrigado a *submeter* ao parlamento o projeto de tratado a que não lhe interesse dar sequência, nem tampouco, ocorrendo a submissão e a aprovação, a levar adiante seu primitivo intento, *ratificando* o tratado”. Em sentido contrário, entendendo que os Estados “não são obrigados a ratificar as convenções”, v. Nascimento, Amauri Mascaro, *Curso de direito do trabalho*, 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99; e também SEITENFUS, Ricardo, *Manual das organizações internacionais*, cit., p. 232, que assim leciona: “A obrigatoriedade imposta aos Estados de submeter o texto das convenções aos seus Parlamentos não implica uma automática ratificação. Os Estados podem negar-se a fazê-lo. No entanto, os textos poderão servir de orientação para ações governamentais. Do ponto de vista do direito internacional, portanto, as normas oriundas da OIT não devem ser assimiladas a uma legislação internacional, pois dependem de um ato de concordância por parte dos Estados”. V. ainda, MIROLO, René R. & SANSINENA, Patricia J., *Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno*, cit., p. 59, que entendem que “a submissão [à autoridade competente] não significa ratificação, ainda que o objeto daquela seja possibilitar posteriormente a ratificação”.

⁶ Na lição desse mesmo internacionalista: “Devemos assinalar que com relação

pelo próprio art. 19, § 5º, alínea *d*, do tratado constitutivo da OIT, segundo o qual o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade interna competente para aprovar tratados “comunicará ao Diretor-Geral a *ratificação formal da convenção* e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção”.

Portanto, somos da opinião de que, uma vez submetidas ao Congresso Nacional para aprovação e, uma vez aprovadas por este, as convenções internacionais do trabalho deverão ser *obrigatoriamente* ratificadas pelo Presidente da República, segundo a melhor exegese do art. 19, § 5º, alíneas *b* e *d*, da Constituição da OIT. Trata-se de excepcionalíssima exceção (*sic*) no Direito Internacional Público, à faculdade (discricionariedade) da ratificação pelo Chefe do Executivo, que não ocorre ordinariamente na conclusão dos tratados internacionais em geral.

Caso o Congresso Nacional não concorde integralmente com a convenção poderá transformá-la em lei ou tomar outras medidas, segundo o que entender conveniente, mas sem que haja a possibilidade de ratificação do tratado, salvo a hipótese de o próprio instrumento prever a possibilidade de sua aprovação (e consequente ratificação) parcial.

ao Convênio da OIT a ratificação deixa de ser um ato discricionário do Poder Executivo; entretanto, isto não significa que o Estado se veja obrigado a ratificá-la, bastando para não ocorrer tal fato que elas sejam rejeitadas pelo Legislativo. A ratificação permanece como um ato discricionário do Estado, mas deixa de sê-lo por parte do Poder Executivo” (Idem, p. 80). Para João Hermes Pereira de Araújo, mesmo no caso de o Poder Executivo não julgar oportuna uma convenção, deverá submetê-la ao Congresso Nacional, mas acompanhada de uma Exposição de Motivos solicitando, naturalmente, a sua rejeição; e caso o Congresso não a rejeite, “o Presidente seria obrigado a ratificar a contragosto um ato internacional, pois o mesmo art. 405 do Tratado de Versailles [antigo correspondente do art. 19, § 5º, alínea *b*, do convênio constitutivo da OIT] torna obrigatória a ratificação dos atos aprovados” (*A processualística dos atos internacionais*, cit., p. 179).

Frise-se, entretanto, que, segundo alguns autores, a referência feita pela Constituição da OIT relativamente à submissão das convenções às autoridades competentes, a fim de que estas a “transformem em lei” ou “tomem medidas *de outra natureza*”, estaria a permitir, neste último caso (tomar medidas “de outra natureza”), que autoridades *executivas* (sem a anuência do Congresso Nacional) tomassem tais medidas (Valticos, 1977, p. 467-469). Contudo, pensamos que essa interpretação não tem razão de ser, pois se assim fosse seria de todo desnecessária a existência de prazo para a submissão à autoridade competente, além do que tornar-se-ia inócua a disposição do art. 19, § 5º, alínea *d*, da Constituição da OIT, segundo a qual “o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, *comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção* e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção”. Não teria sentido o governo submeter *a ele próprio* o texto do tratado e, posteriormente, comunicar ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção. Assim, parece evidente que a autoridade competente a que se refere o dispositivo é uma autoridade distinta do próprio governo (PLÁ RODRÍGUEZ, 1965, p.262).

Uma vez depositado (junto ao *Bureau* Internacional do Trabalho) o instrumento de ratificação, em virtude do que prescreve o art. 20 da Constituição da OIT, incumbirá ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicar a ratificação da convenção ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fins de registro, de acordo com o art. 102 da ONU, obrigando apenas os Estados-membros que a tiverem ratificado. Mais correto seria dizer que – no caso específico das convenções da OIT – os Estados *aderem* ao tratado multilateral

aberto, uma vez que tais convenções não são, em verdade, assinadas pelos plenipotenciários dos Estados, “mas apenas pelo Presidente da reunião da Conferência que as aprovou e pelo Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho” (Süssekind, 1986, p. 211).

Depois de ratificada, a convenção internacional do trabalho é ainda – como qual qualquer outro tratado ratificado pelo Brasil – promulgada por *decreto* do Poder Executivo (indicando-se, nesse instrumento, o número do Decreto Legislativo do Congresso Nacional que aprovou a convenção e a data do registro de sua ratificação no *Bureau*) e publicada no *Diário Oficial da União* (SÜSSEKIND, 1986, p. 213).

A necessidade de *promulgação executiva* desses tratados provém de uma *praxe* adotada entre nós desde o Império, não havendo qualquer regra constitucional a exigir tal ato presidencial para que o tratado surta efeitos no plano do Direito interno. Assim sendo, não é irrazoável supor que as convenções internacionais do trabalho têm *aplicação imediata* no ordenamento brasileiro a partir de suas respectivas ratificações (desde que, é claro, já se encontrem em vigor no plano internacional), devendo apenas ser *publicadas* no Diário Oficial da União (LEARY, 1982, p. 44-50).

1.6 Incorporação material e formal

Não se pode esquecer que, sendo as convenções internacionais do trabalho tratados internacionais que versam sobre *direitos humanos* (MIROLO; SANSINENA, 2010, p. 89)⁷ (notada-

⁷ Cf. em paralelo, RUSSOMANO, Mozart Victor, Considerações gerais sobre o impacto das normas internacionais trabalhistas na legislação interna, in *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, vol. 17, Curitiba, mai./1994, p. 457-463.

mente direitos sociais), sua integração ao Direito brasileiro dá-se com o *status* de norma materialmente constitucional, em virtude da regra insculpida no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que assim dispõe:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Caso se pretenda atribuir hierarquia de norma constitucional *formal* a tais convenções, basta aprová-las (antes de sua ratificação) pelo *quorum* que estabelece o § 3º do mesmo dispositivo constitucional, fruto da EC 45/2004, que assim estabelece:

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 [depois de ratificados] equivalentes às emendas constitucionais.

Segundo o nosso entendimento, o § 3º do art. 5º da Constituição acima transcrito não retira o *status* de norma constitucional que os tratados de direitos humanos já têm em razão do § 2º do mesmo dispositivo constitucional. Para nós, o que o § 3º do art. 5º da Carta de 1988 faz, é simplesmente permitir que, além de materialmente constitucionais, os direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil sejam também *formalmente constitucionais*.⁸

⁸ Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia, *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro,

Assim, as convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil, para além do seu *status* materialmente constitucional, poderão ainda ter os efeitos formais das emendas constitucionais, caso aprovadas pela maioria qualificada (e em dois turnos) do Congresso Nacional antes de ratificadas.

O *status* materialmente constitucional das convenções internacionais do trabalho reforça o argumento de sua aplicabilidade *imediata* a partir das respectivas ratificações, obrigando os juízes e tribunais do trabalho a aplicá-las a partir daí (desde que já em vigor no plano internacional) em quaisquer casos concretos *sub judice*. Ou seja, uma vez ratificadas deve o Estado-juiz dar seguimento ao cumprimento *imediato* das convenções em causa, especialmente (mas não exclusivamente) quando autoaplicáveis; no caso das convenções de caráter *programático*, a aplicação imediata também é de rigor, não obstante condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes (MIROLO; SANSINENA, 2010, p.68-69). Esse exercício que deve fazer o juiz – de aplicar imediatamente as convenções da OIT, invalidando as leis internas com elas incompatíveis – pertence ao âmbito do que se denomina *controle da convencionalidade* das leis na modalidade *difusa*.⁹

Caso não se entenda que as convenções da OIT têm hierarquia de norma constitucional no Brasil, não se pode deixar de atribuir-lhes o nível, no mínimo, *supralegal*,¹⁰ a partir da decisão do STF no *RE*

mar./abr./2005, p. 89-109; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., p. 57-76.

⁹ Se forem tais convenções da OIT aprovadas pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Carta de 1988, poderão ainda (após ratificadas) servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade perante o STF.

¹⁰ Assim é na Argentina, depois da reforma constitucional de 1994. De fato, prevê

466.343-1/SP, julgado em 3 de dezembro de 2008.¹¹ De uma forma ou de outra, a superioridade hierárquica das convenções da OIT relativamente às leis ordinárias terá repercussão na aplicação judiciária de diversas normas do art. 7º da Constituição Brasileira de 1988 (direitos dos trabalhadores urbanos e rurais) combinadas com os direitos previstos nas convenções adotadas pelo Brasil (CRIVELLI, 1943, p. 74).

1.7 Primazia da norma mais favorável (princípio pro homine)

Não obstante a reforma do texto constitucional brasileiro, pela EC 45/2004, ter autorizado a integração formal de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (como é o caso das convenções da OIT) no ordenamento jurídico nacional, ainda assim pensamos que em havendo conflito entre uma convenção internacional do trabalho ratificada e as leis internas nacionais,

o art. 75, inc. 22, da Constituição argentina, que “os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis”. Portanto, na Argentina, as convenções da OIT têm, no mínimo, hierarquia supralegal. Perceba-se que o mesmo art. 75, inc. 22, da Constituição argentina, atribui expresso nível constitucional a vários instrumentos de direitos humanos nominalmente citados (v.g., a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as convenções contra o genocídio, a tortura e a discriminação racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança). O legislador argentino não incluiu nesse rol as convenções da OIT. Porém, a última parte do dispositivo deixa entrever que outros tratados de direitos humanos (v.g., as convenções da OIT) poderão atingir o dito nível constitucional se aprovados por dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara do Congresso Nacional.

¹¹ Para as nossas críticas à tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, e em defesa do *status* constitucional desses instrumentos ao nosso direito interno, v. o nosso estudo “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”, in *Revista Forense*, vol. 378, já cit., p. 89-109.

deverá prevalecer a norma *mais favorável* ao ser humano, em homenagem ao princípio *pro homine* (Mazzuoli, 2010, p. 104-105 e 118-120).¹² Sendo um dos propósitos da OIT a universalização das regras trabalhistas, não seria bom para o trabalhador que eventuais normas das convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho fossem *menos favoráveis* à proteção dos seus direitos em relação às normas do Direito interno de seu país. Daí ter a Constituição da OIT prescrito expressamente, no § 8º do seu art. 19, que:

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

Esta disposição é exemplo do que chamamos de “cláusula de diálogo” ou “vaso comunicante” (ou ainda “cláusula de retroalimentação”) entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (no caso, o Direito Internacional do Trabalho) e outras normas de proteção (v.g., o Direito interno do Estado, seja escrito ou costumeiro etc.).¹³ Tais *cláusulas* são aquelas presentes nos tratados contemporâneos de direitos humanos que interligam a ordem jurídica internacional com a ordem interna, retirando a possibilidade de prevalência de um

¹² Para idêntica discussão no direito argentino, v. MIROLO, René R. & SANSENENA, Patricia J., *Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno*, cit., p. 36-38.

¹³ Para um estudo completo dessas “cláusulas de diálogo” entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit., p. 116-128.

ordenamento sobre o outro em quaisquer casos e fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” para resolver – eles próprios – qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se *as duas* deverão prevalecer concomitantemente) quando presente uma situação de antinomia (Jayme, 1995, p. 259). Aliás, pode-se dizer que o art. 19, § 8º, da Constituição da OIT é uma cláusula de diálogo *especial*, vez que, como se nota, ultrapassa aquilo que concerne exclusivamente às *leis*, para também dizer respeito às *sentenças*, *costumes* ou *acordos* que assegurem aos trabalhadores condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação. Daí a possibilidade de uma norma jurídica interna – assim como uma sentença, ou um costume ou eventual acordo – ser aplicada em detrimento do estabelecido por uma convenção ou recomendação internacional do trabalho, uma vez que o princípio adotado pela OIT não é a primazia das normas internacionais do trabalho sobre o Direito interno estatal, mas a prevalência da norma *mais favorável ao trabalhador*.

Frise-se, assim, que o art. 19, § 8º, da Constituição da OIT, é *mais amplo* que o conhecido art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que prevê que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos *em virtude de leis* de qualquer dos Estados-partes ou *em virtude de Convenções* em que seja parte um dos referidos Estados”. Ora, se a Convenção Americana não exclui a possibilidade de *leis internas* ou outras *convenções internacionais* ampliarem o seu âmbito material de incidência, a fim de garantir *para mais* os direitos e liberdades nela reco-

nhecidos, a Constituição da OIT, como se nota, vai mais além e autoriza que também uma *sentença*, um *costume* ou um eventual *acordo* que amplie as garantias trabalhistas consagradas em qualquer convenção ou recomendação internacional do trabalho tenha sua aplicação garantida em detrimento da própria convenção ou recomendação em causa. Daí, como pensamos, tratar-se de um dispositivo *especial* dentre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos.¹⁴

Na aplicação de uma convenção internacional do trabalho em um dado caso *sub judice* deve o magistrado trabalhista primar por verificar qual a norma *mais benéfica* ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos, se a normativa internacional ou a interna. Ao “escutar” o que as fontes dizem – para falar como Erik Jayme (1995, p. 259). –, deve o juiz optar pela aplicação da norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa. Tal é exatamente o sentido e o conteúdo do princípio *pro homine*, que abre as possibilidades de o julgador decidir com mais justiça um caso concreto, sem restar “preso” a critérios previamente definidos de solução de antinomias.

1.8 Interpretação das convenções

Por fim, é necessário registrar que o art. 37, §§ 1º e 2º, da Constituição da OIT, prevê dois procedimentos para a resolução

¹⁴ Normas como esta em análise reforçam a ideia de que cabe aos juristas em geral (e aos aplicadores do Direito, em especial) compreender o diálogo que todas as fontes jurídicas mantêm entre si, a fim de aplicar sempre a que *mais protege* o ser humano em um dado caso concreto.

das dificuldades relativas à interpretação da própria Constituição e das convenções internacionais do trabalho adotadas pela Conferência. Nos termos do § 1º do citado dispositivo, “quaisquer questões ou dificuldades relativas à interpretação da presente Constituição e das convenções ulteriores concluídas pelos Estados-membros, em virtude da mesma, serão submetidas à apreciação da Corte Internacional de Justiça”. Mas, não obstante o disposto neste parágrafo, diz ainda a Constituição da OIT que o Conselho de Administração poderá “formular e submeter à aprovação da Conferência, regras destinadas a instituir um tribunal para resolver com presteza qualquer questão ou dificuldade relativa à interpretação de uma convenção que a ele seja levada pelo Conselho de Administração, ou, segundo o prescrito na referida convenção” (art. 37, § 2º). Este tribunal especial da OIT, criado em virtude deste § 2º do art. 37, deverá regular seus atos pelas decisões ou pareceres consultivos da CIJ, devendo qualquer sentença por ele pronunciada ser comunicada aos Estados-membros da OIT, cujas observações, a ela relativas, serão transmitidas à Conferência.

2 As recomendações da OIT

Para além das *convenções*, a atividade normativa da OIT compreende também a celebração de *recomendações* internacionais do trabalho. Tais instrumentos distinguem-se das convenções tão-somente sob o aspecto *formal*, uma vez que, como já se disse, ambas podem tratar dos mesmos assuntos sob o enfoque *material*. Enquanto as *convenções* são tratados internacionais em sentido estrito, as

recomendações não são tratados e visam tão somente *sugerir* ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT mudanças no seu Direito interno relativamente às questões que disciplina.

Assim como se fez relativamente às convenções da OIT, é também importante verificar o que são propriamente as recomendações, qual sua natureza jurídica e como se integram ao ordenamento jurídico pátrio.

2.1 Conceito de recomendação

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

Segundo Valticos (1977, p. 234-235), é possível distinguir três funções principais das recomendações: *a)* regulamentar certo assunto ainda não suficientemente discutido para ser versado numa convenção; *b)* servir de complemento a uma convenção, sendo útil, *v.g.*, como inspiração aos governos sobre determinado tema; e *c)* auxiliar as administrações nacionais na elaboração de legislação uniforme sobre a matéria (deixando-as, porém, à vontade para im-

plementar as adaptações que sejam necessárias de acordo com o Direito local).¹⁵

Tais recomendações, entretanto, apresentam certas peculiaridades, que as transformam em verdadeiras normas internacionais *sui generis*. Ao contrário do que sucede com as demais recomendações conhecidas em Direito Internacional Público, que não criam obrigações jurídicas para os Estados que as adotam, as recomendações da OIT caracterizam-se por impor aos Estados-membros dessa organização internacional certas obrigações, ainda que de caráter *formal*. Tal decorre do estatuído no art. 19, § 6º, alíneas *b* e *d*, da Constituição da OIT, que *obriga* cada um dos seus Estados-membros submeter a recomendação à autoridade interna competente para que esta, baseando-se na conveniência e oportunidade da recomendação, a transforme em lei ou tome medidas de outra natureza em relação a matéria nela versada. Aos Estados-membros da Organização, nos termos do mesmo dispositivo, compete ainda informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação, devendo também precisar nessas informações até que ponto aplicou ou pretende aplicar os dispositivos da recomendação, e indicar as modificações destes dispositivos que sejam ou venham a ser necessárias para adotá-los ou aplicá-los.

Eis a redação do art. 19, § 6º, alíneas *b* e *d*, da Constituição da OIT, que merecem ser transcritos:

¹⁵ Ainda sobre o tema, v. FONTOURA, Jorge & GUNTHER, Luiz Eduardo, A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, nº 150, Brasília: Senado Federal, abr./jun./2001, p. 195-404.

6. *Em se tratando de uma recomendação:*

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

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

Portanto, a peculiaridade das recomendações da OIT – não obstante elas não serem tratados, estando dispensadas de ratificação – consiste no fato de serem elas *obrigatoriamente* submetidas à “autoridade competente” (que, no Brasil, como já se disse, é o Congresso Nacional), ao contrário do que sucede com as demais recomendações votadas na maioria das conferências e congressos internacionais, em que depois de assinadas já passam a valer internacionalmente. Tal peculiaridade torna a recomendação da OIT norma internacional *sui generis*, que cumprirá a função de fonte *material* de direito (SÜSSEKIND, 1986, p. 186-187; PLÁ RODRÍGUEZ, 1965, p. 237).

Não existe também a obrigatoriedade de as recomendações da OIT serem promulgadas internamente. Não obstante isso, o Decreto nº 3.597, de 12 de janeiro de 2000, promulgou a Recomendação nº 190 da OIT.

2.2 Natureza jurídica

As recomendações distinguem-se das convenções internacionais do trabalho apenas sob o aspecto *formal*, e não do ponto de vista *material*, como já falamos. Assim, ainda que ambas possam cuidar de assuntos semelhantes, apenas as convenções devem ser *ratificadas* pelos Estados-membros da OIT, o que significa dizer que as recomendações não têm de passar pelos mesmos trâmites internos pelos quais deve passar um tratado internacional para a sua efetiva integração ao Direito brasileiro. Disso se deduz que, ao contrário das convenções, as chamadas *recomendações* da OIT não pertencem à categoria jurídica dos tratados internacionais. São, como o próprio nome está a indicar, propostas e sugestões feitas aos seus Estados-membros relativamente a questões ligadas ao direito do trabalho não estabelecidas em convenções internacionais.¹⁶ Não sendo tratados, as recomendações – repita-se – estão dispensadas de percorrer todo o procedimento (interno e internacional) relativo à conclusão dos acordos internacionais em devida forma.

Contudo, como já se observou, apesar de estarem destituídas da natureza jurídica de *tratados*, as recomendações da OIT não estão

¹⁶ Para alguns autores, como René Mirolo e Patricia Sansinena, as recomendações da OIT têm apenas “força moral orientadora”, à diferença das convenções, que criam “obrigações jurídicas de fundo, tão logo sejam ratificadas” (*Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno*, cit., p. 59). No mesmo sentido, v. SEITENFUS, Ricardo, *Manual das organizações internacionais*, cit., p. 230, para quem: “Ao contrário das convenções, as recomendações não possuem um efeito vinculante e tampouco implicam obrigatoriedade para os Estados. São elas manifestações, que têm o peso de aconselhamento, e não da imposição. Contudo, o fato de redigi-las e divulgá-las cria um ambiente favorável ao encaminhamento de soluções que, porém, originam-se na vontade dos Estados”.

dispensadas de serem submetidas à “autoridade competente” para que esta as transforme em lei ou tome medidas de outra natureza relativamente à matéria nelas versada. Assim, tanto as convenções como as recomendações da OIT, devem ser submetidas ao Congresso Nacional para que este, no primeiro caso, autorize a sua ratificação e, no segundo, analise a viabilidade de se adotar as normas constantes da recomendação. Dessa forma, se o Congresso Nacional (no caso brasileiro) tem a intenção de transformar em Direito interno os princípios e regras constantes da recomendação, deve adotar uma *lei especial* em que contenham tais disposições da recomendação, o que não seria necessário no caso das convenções, as quais, uma vez aprovadas pelo Parlamento, já ingressariam automaticamente no ordenamento jurídico brasileiro após ratificadas e uma vez em vigor no plano internacional (De la Cueva, 1943, p. 280).

2.3 Integração ao Direito brasileiro

Estando destituídas da natureza de *tratados*, em princípio não se poderia falar em verdadeira *integração* das recomendações da OIT no Direito interno brasileiro. Contudo, como já se viu, a Constituição da OIT impõe certas obrigações formais aos seus Estados-membros, sobretudo a de submeter as recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho à autoridade interna competente para a sua análise. Portanto, no caso específico das recomendações da OIT – ao contrário das demais recomendações conhecidas pelo Direito Internacional em geral – tal integração formal existe, devendo ser respeitado o que dispõe a Constituição da OIT.

Assim, sob o aspecto formal tanto as convenções da OIT quanto as suas recomendações, depois de firmadas, devem ser submetidas, no caso brasileiro, ao crivo do Congresso Nacional para que este, no caso das convenções, autorize a sua ratificação – que é ato próprio do Presidente da República –, e no das recomendações, adote medidas legislativas relativamente às disposições constantes de seu texto (ou seja, as transformem em *lei*) ou tome medidas de outra natureza. Caso o Congresso Nacional pretenda transformá-las em lei, total ou parcialmente, deverá enviar o respectivo Projeto de Lei para a sanção do Presidente da República, momento a partir do qual suas normas serão transformadas em norma de Direito interno. Mas, como lembra Arnaldo Süssekind, quando “a recomendação versar matéria da competência dos decretos executivos ou regulamentares, caberá apenas ao Presidente da República adotar as medidas adequadas que entender (art. 84, inc. IV, da CF)” conforme SÜSSEKIND (1986, p. 1.500).

Ainda no caso das recomendações, outra diferença é que o Estado-membro não está obrigado a enviar ao *Bureau* Internacional do Trabalho relatórios anuais sobre a sua aplicação no país, ainda que suas regras correspondam à legislação nacional, cumprindo-lhe somente esclarecer, quando solicitado pelo Diretor-Geral do *Bureau*, qual o estado atual de sua legislação e a prática relativa à matéria versada na recomendação, precisando em que medida ela foi posta em execução ou em que medida pretende executá-la e, também, quais as modificações que considera necessárias para poder adotar e aplicar as suas normas, nos termos do art. 19, § 6º, alínea *d*, da Constituição da OIT (SÜSSEKIND, 1986, p. 208-209).

As recomendações da OIT servem ainda de fonte de inspiração ao legislador nacional para que adote os parâmetros mínimos

de proteção propostos pela Organização Internacional do Trabalho. Porém, havendo disposição interna *mais benéfica* aos seres humanos (trabalhadores) sujeitos de direito, as recomendações (assim como as convenções) cedem às normas internas mais benéficas, em homenagem ao princípio *pro homine*.

Conclusão

A integração das convenções e recomendações da OIT no Brasil – assim como a de quaisquer tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado – deve atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual o intérprete deve sempre optar pela aplicação da norma *mais favorável* ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos. Como se viu, há na Constituição da OIT (art. 19, § 8º) preceito segundo o qual em caso algum a adoção “de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”. Essa “cláusula de diálogo” (ou “vaso comunicante”) convencional permite que se aplique sempre a norma *mais favorável* num caso concreto, técnica de solução de controvérsias inspirada no princípio *pro homine*.

No que tange especificamente às *convenções* da OIT, conclui-se que sua integração ao Direito brasileiro dá-se com o *status* (no mínimo) materialmente constitucional, com aplicação *imediate* a partir da respectiva ratificação (desde que a convenção já esteja em vigor internacional). Tal significa que os juízes e tribunais do trabalho já

estão obrigados a aplicar ditas convenções a partir daí em quaisquer casos concretos *sub judice*. Uma vez ratificadas, deve o Estado-juiz dar seguimento ao cumprimento *imediato* das convenções em causa, especialmente (mas não exclusivamente) quando autoaplicáveis; no caso das convenções de caráter *programático*, a aplicação imediata também é de rigor, não obstante condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes.

O exercício que há de fazer o magistrado trabalhista – de aplicar imediatamente as convenções da OIT, invalidando as leis internas com elas incompatíveis – pertence ao âmbito do chamado *controle de convencionalidade* das leis na modalidade *difusa*. Assim procedendo, estará o magistrado respeitando o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (desde 2006) tem ordenado: que os juízes e tribunais nacionais controlem, em primeira mão, a convencionalidade das leis locais em face dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país.¹⁷

Tratando-se de instrumentos internacionais de direitos humanos, a aplicação das convenções e recomendações da OIT no plano do direito doméstico há de atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual a primazia é da norma que, no caso concreto, mais proteja o trabalhador sujeito de direitos.

Bibliografia

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

¹⁷ V. CIDH, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

COURTIN, Michel. La pratique française en matière de ratification et l'article 19 de la Constitution de l'O.I.T. *Annuaire Français de Droit International*, vol. 16, Paris, 1970.

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

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*, vol. 1, 2. ed. México, D.F.: Porrúa, 1943.

FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, nº 150, Brasília: Senado Federal, abr./jun./2001, p. 195-404.

HURD, Ian. *International organizations: politics, law, practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995).

LEARY, Virginia A. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *Direito dos tratados*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Ratificação de tratados: estudo de direito internacional e constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno*. Córdoba: Advocatus, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*, 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA DE ARAÚJO, João Hermes. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: MRE, 1958.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Considerações gerais sobre o impacto das normas internacionais trabalhistas na legislação interna. *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, vol. 17, Curitiba, mai./1994, p. 457-463.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*, 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*, vol. 2, 20. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002.

VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Trad. José M^a Treviño. Madrid: Tecnos, 1977.