

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Faculdade Mineira de Direito

**OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE À DESCONSTRUÇÃO
DO DIREITO DO TRABALHO**

Ana Paola Brendolan

Belo Horizonte
2017

Ana Paola Brendolan

**OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE À DESCONSTRUÇÃO
DO DIREITO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Cleber Lúcio de Almeida

Belo Horizonte
2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B837d Brendolan, Ana Paola
Os direitos humanos como limite à desconstrução do direito do trabalho /
Ana Paola Brendolan. Belo Horizonte, 2017.
218 f. : il.

Orientador: Cleber Lúcio de Almeida
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direitos humanos (direito internacional público). 2. Direito do Trabalho. 3. Crise econômica. 4. Direitos fundamentais. 5. Tutela jurisdicional. I. Almeida, Cleber Lúcio de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.7(100)

Ana Paola Brendolan

**OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE À DESCONSTRUÇÃO
DO DIREITO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Prof. Dr. Cleber Lúcio de Almeida
PUC Minas (Orientador)

Prof^ª. Dr^ª. Maria Cecília Máximo Teodoro
PUC Minas (Banca Examinadora)

Dr^ª. Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida
Milton Campos (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2017.

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

(Art. 1º, Declaração Universal dos Direitos Humanos)

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor orientador, Cleber Lúcio de Almeida, pela orientação impecável, pelas aulas inesquecíveis no mestrado, pela paciência, e pelo grande exemplo de pessoa humana e de profissional, extremamente competente e apaixonado pelo que faz, me servindo sempre de inspiração!

Aos meus pais, Ana Olímpia e Giampaolo, pelo grande exemplo de vida, por todo o amor e pelo apoio incondicional!

Ao Sidney, pela formatação impecável do trabalho, por todo o apoio na reta final da entrega da dissertação e pela ajuda essencial e extremamente preciosa!

Aos meus irmãos, Renata e Gianluca, cunhados, Ronaldo e Josi, e sobrinhos, Miguel, Gianluigi e Giovanna, pelo carinho de sempre!

À Imaculada, pela amizade, companheirismo, carinho e cuidado de muitos anos, que me dá força e tranquilidade para me dedicar aos meus objetivos profissionais.

Ao Luiz, por ter suportado todo o meu stress durante o mestrado, e minha ausência, durante a elaboração da dissertação.

Aos professores do mestrado, pelos infindáveis ensinamentos, que contribuíram enormemente para o meu crescimento profissional e pessoal, em especial à Maria Cecília, ao Márcio Túlio, ao José Roberto Freire Pimenta e ao Marcelo Galuppo.

A todos os meus colegas de mestrado, em especial ao Magno, à Débora, à Manuela, à Tacianny, ao Ítalo, ao Saulo, à Carla, à Carlinha, à Danielle e à Rúbia, pela amizade, companheirismo e cumplicidade ao longo do curso!

Aos membros da banca, professoras doutoras Maria Cecília e Wânia, pela grande ajuda com a avaliação do trabalho!

A Deus, por tudo!

RESUMO

Os direitos humanos são direitos positivados em documentos internacionais ou oriundos dos costumes internacionais, destinados à tutela da pessoa humana e da sua dignidade. Tais direitos possuem fundamentação no jusnaturalismo, positivismo ou historicismo, no entanto, são construções da modernidade, tendo surgido com as Declarações de Direitos do século XVIII (Americana e Francesa), no âmbito estatal, tornando-se internacionais com a criação das Organizações Internacionais e intensificando-se após a Segunda Guerra Mundial, devido à concreta ameaça sofrida pela humanidade, decorrente das atrocidades cometidas na guerra. Diversos documentos internacionais protetores dos direitos humanos foram promulgados no período pós-segunda guerra, no âmbito das Nações Unidas e nos sistemas regionais de proteção. Constatase, da análise destes documentos, que os principais fazem menção ao direito ao trabalho e a diversos direitos trabalhistas, que são classificados como direitos econômicos, sociais e culturais, chamados por alguns autores de direitos humanos de segunda geração. Os direitos humanos previstos nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, compõem o rol dos direitos fundamentais constitucionais e têm aplicabilidade imediata. Quando aprovados pelo Congresso Nacional com o *status* de emenda constitucional, a elas são equiparados. Em sendo o *quórum* de aprovação inferior ao das emendas, por decisão do Supremo Tribunal Federal, o tratado de direitos humanos terá *status* supralegal. O Direito do Trabalho surge da crise do Estado Liberal, para proteger a parte hipossuficiente da relação contratual trabalhista, o empregado, e também para manter o regime capitalista, e atinge seu auge de proteção na segunda metade do século XX, no período pós-segunda guerra, mais especificamente na Europa ocidental, na vigência do Estado de Bem-Estar Social. Com a crise do petróleo, da década de 1970, e o desenvolvimento da doutrina neoliberal, o Direito do Trabalho passou a ter as suas bases questionadas, devido ao alto custo dos direitos trabalhistas, iniciando-se um processo de flexibilização e desconstrução desse ramo do direito, que se acentua a cada crise econômica que se apresenta. O objetivo dessa dissertação é demonstrar como os direitos humanos podem se impor como limite à desconstrução do Direito do Trabalho em momentos de crise econômica.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito do Trabalho. Crise Econômica. Desconstrução. Limites.

ABSTRACT

Human rights are posited rights in international documents or derived from international customaries, intended for the protection of human being and his dignity. Such rights have their foundation in jusnaturalism, positivism or historicism, although they are constructions of modernity, having emerged with the eighteenth-century Declarations of Rights (American and French) at a state level, becoming international with the creation of the International Organizations and being intensified after Second World War, due to concrete threat imposed to humanity resulting from the atrocities committed in war. Several international human rights documents were enacted in the post-Second World War period within the ambit of the United Nations and in regional protection systems. It can be noticed from their analysis that the main documents mention the right to work and various labor rights classified as economic, social and cultural, named by some authors as second generation human rights. The human rights forecasted on the international agreements Brazil has signed, make up the list of constitutional fundamental rights and have immediate applicability. They are equated to status of constitutional amendment whenever approved by the National Congress with the amendment approval quorum. When approval quorum is lower than the amendments quorum requirement, by decision of the Federal Supreme Court, the human rights agreement will have “over legal” status. The Labor Right arises from the Liberal State crisis in order to protect the hypo sufficient part of the labor contractual relationship, the employee, maintain capitalism, and it reaches its protection apex in the second half of the twentieth-century, in the post-Second World War period, more specifically in Western Europe, in the presence of the Welfare State. With the oil crisis on 1970s and the development of neoliberal doctrine, Labor Law began to have its bases questioned due to its high costs, beginning a process of flexibilization and deconstruction of this law branch, which is accentuated each time an economic crisis presents itself. The aim of this dissertation is to demonstrate how human rights must be imposed as the limit to Labor Law deconstruction in moments of economic crisis.

Key-words: Human Rights. Labor Law. Economic Crisis. Desconstruction. Limits.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição da República Federativa Brasileira

EC – Emenda Constitucional

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE GRÁFICOS

- GRÁFICO 01 - Petições recebidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no período de 1997 a 2015.....190
- GRÁFICO 02 - Petições recebidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por Estado americano, no ano de 2015. Note-se que o Brasil figurou como o quinto país mais demandado pela Comissão em 2015, com 99 petições, correspondendo a 4,57% do total.....190
- GRÁFICO 03 - Casos enviados à Corte Interamericana de Direitos Humanos no período de 1997 a 2015, correspondente a 207 casos enviados durante o período.....193
- GRÁFICO 04 - Casos enviados à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015, por país. Note-se que, em 2015, dos 99 casos demandados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apenas 2 foram encaminhados à Corte.....195

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
2.1 Definição de direitos humanos e de direitos fundamentais	25
2.2. Direitos humanos e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	28
2.3 Características dos direitos humanos	32
3 FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	37
3.1 Teoria do direito natural.....	38
3.2 Teoria do direito positivo	47
3.3 Teoria Historicista	53
4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	63
4.1 Afirmção e consolidação dos direitos humanos	63
4.2 Surgimento do direito internacional dos direitos humanos.....	73
4.3 Universalismo e Relativismo Cultural	78
5 PRINCIPAIS DOCUMENTOS PROTETORES DOS DIREITOS HUMANOS.....	81
5.1 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).....	82
5.2 Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos.....	85
5.2.1 Carta das Nações Unidas (1945)	85
5.2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).....	89
5.2.2.1 Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966).....	96
5.2.2.2 Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966).....	99
5.2.2.3 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)	101
5.2.2.4 Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2008).....	105
5.3 Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos	106
5.3.1 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).....	108
5.3.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).....	109
5.3.3 Carta Democrática Interamericana (2001)	112
6 INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	117
6.1 Incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil	120
6.1.1 Competência para firmar tratados internacionais e processo de internalização das normas de direitos humanos no Brasil	121
6.1.2 Status legal das normas de direitos humanos no Brasil.....	128
6.1.3 Aplicabilidade dos tratados de direitos humanos	136
6.2 Controle de convencionalidade das normas de direitos humanos	137
6.3 Responsabilidade internacional e interna do Estado em relação aos documentos internacionais ratificados.....	140
7 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DO TRABALHO	143
7.1 Direitos humanos trabalhistas previstos nos principais documentos protetores dos direitos humanos.....	145
7.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).....	146
7.1.2 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).....	147
7.1.3 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).....	150
7.1.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).....	151

7.1.5 Protocolo de San Salvador (1999)	152
7.1.6 Carta Democrática Interamericana (2001)	155
7.2 Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil	156
7.2.1 Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT (1998)	159
8 OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE À DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	163
8.1 A construção histórica do Direito do Trabalho	163
8.2 Papel dos direitos humanos como limite à desconstrução do Direito do Trabalho em momentos de crise econômica.....	171
9 TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS.....	185
9.1 A reserva de jurisdição interna e a proteção aos direitos humanos	185
9.2 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1959)	186
9.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos (1969)	191
9.4 Possibilidade de reclamação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em caso de violação a direitos humanos trabalhistas	195
9.5 Possibilidade de reclamação perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU em caso de violação a direitos humanos trabalhistas	198
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	199
REFERÊNCIAS	205
ANEXO I.....	213

1 INTRODUÇÃO

Os *direitos humanos* são direitos positivados em documentos internacionais ou oriundos dos costumes internacionais, inerentes à condição de ser humano, e que visam à tutela da dignidade da *pessoa humana*, bem jurídico de maior valor dentre todos os tutelados pelo ordenamento.

Tais direitos são construções da modernidade, tendo-se iniciado como direitos positivados, inicialmente, em declarações de direitos do século XVIII, como a Declaração Americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conseqüência da Revolução Francesa, sendo, posteriormente, alçados à condição de direitos internacionais, com a pretensão de aplicabilidade universal.

O surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como precedentes históricos mais remotos o *Direito Humanitário*, que nasceu ligado ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, de 1863, para proteger e proporcionar assistência às vítimas de guerras, a *Liga das Nações*, de 1919, criada após a Primeira Guerra Mundial para promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, e a *Organização Internacional do Trabalho*, também de 1919, criada com a finalidade de promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar dos trabalhadores.

No entanto, foi após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da *Organização das Nações Unidas*, em 1945, com a promulgação da respectiva Carta das Nações Unidas e a posterior Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que os direitos humanos passaram a ocupar um lugar de destaque nos documentos jurídicos internacionais, estabelecidos também com o intuito de preservação da humanidade de cada ser humano, prevenindo a ocorrência de novas atrocidades, como as cometidas na segunda guerra.

Em 1948, com o mesmo intuito de proteção ao ser humano no pós-guerra, foi criada a *Organização dos Estados Americanos*, com a promulgação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, do mesmo ano, consolidando-se com a promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, que instituiu um sistema de proteção aos direitos humanos, no âmbito regional das américas, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O Direito do Trabalho, por sua vez, surgiu em meio ao cenário da Revolução Industrial e do Estado Liberal, em um contexto de grande afronta à dignidade do trabalhador, onde este era submetido a jornadas de trabalho extenuantes, sem direito ao descanso; remunerações aviltantes, que não garantiam a sua sobrevivência e da sua família; condições de trabalho

insalubres, com um grande número de doenças e acidentes decorrentes do trabalho; baixíssima expectativa de vida; exploração do trabalho infantil; privação da liberdade, dentre diversas outras condições incompatíveis com a dignidade da vida humana.

As normas de proteção ao trabalho, desde o início de sua criação, tiveram por objetivo proteger a dignidade humana do trabalhador, objetivo este que foi intensificado e reforçado pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela positivação destas normas nas Constituições estatais, o que teve início em 1917, com a Constituição mexicana, alçando as normas trabalhistas, respectivamente, à condição de direitos humanos e de direitos fundamentais.

Ao analisarmos os documentos internacionais protetores dos direitos humanos, constatamos que todos os documentos mais relevantes de proteção destes direitos contêm normas de proteção ao trabalho, tutelando o *direito ao trabalho* e diversos outros direitos inerentes à *dignidade do trabalhador*. Assim, conclui-se que o Direito do Trabalho é pressuposto dos direitos humanos, visando à proteção da dignidade humana daquele que depende da sua força de trabalho para sobreviver.

Os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, têm aplicabilidade imediata e possuem *status supralegal*, mas infraconstitucional, de acordo com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, o que significa que não podem ser revogados por normas hierarquicamente inferiores à Constituição. Ademais, a partir da emenda constitucional número 45 de 2004, que inseriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição, estes tratados serão equiparados a emendas constitucionais, caso sejam aprovados pelo Poder Legislativo com o *quórum* privilegiado de aprovação destas.

Desta forma, os *direitos humanos trabalhistas* presentes nos tratados internacionais do qual o Brasil seja parte, possuem *status supralegal* e, portanto, se sobrepõem à legislação infraconstitucional, salvo se a legislação brasileira for mais favorável ao trabalhador, situação em que a norma interna prevalecerá, de acordo com previsão expressa na Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

O Direito do Trabalho atingiu seu auge normativo de proteção após a Segunda Guerra Mundial, quando vigorou, na Europa ocidental, o Estado de Bem Estar Social, que se preocupava em conceder direitos sociais à população e reduzir as desigualdades sociais. No entanto, com a crise do petróleo, da década de 1970, inaugurou-se um período de retorno ao liberalismo, conhecido por *neoliberalismo*, que causou a desconstrução parcial do Estado de Bem Estar Social, por ser um Estado de elevada onerosidade. Neste novo cenário, e também como consequência das recorrentes crises econômicas que daí se sucederam, a proteção jurídica

conferida pelo Direito do Trabalho passou a ser considerada onerosa para os empregadores em crise, e um empecilho ao autocontrole do mercado financeiro. Como consequência, as normas trabalhistas vêm sofrendo constantes ataques em meio às crises econômicas, e a proteção conferida pelo Direito do Trabalho se enfraquece, refletindo diretamente na dignidade do trabalhador.

Este ponto nos exige uma reflexão mais profunda: o que justifica, em momentos de crise, que os direitos de uma pessoa (o empregador) se sobreponham aos direitos de outra pessoa (o empregado)? O que autoriza, em um Estado Democrático de Direito, com forte viés social, conforme preconiza a Constituição Federal brasileira, que *direitos humanos fundamentais*, como são os direitos trabalhistas, sejam sobrepujados pelos interesses econômicos do detentor do capital?

Para responder a tais perguntas, o objetivo do presente estudo é demonstrar que, sendo o Direito do Trabalho um pressuposto dos direitos humanos, que são direitos destinados a tutelar a *dignidade da pessoa humana do trabalhador*, a sua desconstrução encontra limites nos *direitos humanos*, em especial nos *direitos humanos trabalhistas*.

Para tanto, no capítulo dois, aborda-se a definição dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, levando-se em consideração o caráter polissêmico destas expressões, e de outros termos com significados semelhantes. Em seguida, passa-se ao estudo da abordagem constitucional a respeito dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e com qual significado a Constituição Federal emprega estes termos, passando-se, na sequência, à análise das características pertinentes aos direitos humanos.

A seguir, no capítulo três, analisa-se a fundamentação dos direitos humanos, recorrendo-se sobre as três principais teorias fundamentadoras destes direitos, que são a teoria do direito natural, a teoria do direito positivo e a teoria historicista. Busca-se demonstrar os aspectos históricos e os pontos controvertidos destas teorias, além das análises críticas estabelecidas pelos diversos autores defensores das três teorias.

No capítulo quatro, examina-se a evolução histórica dos direitos humanos, passando pelo processo de afirmação e consolidação histórica destes direitos, desde os primeiros precedentes até os dias atuais. Em seguida, examina-se o surgimento do direito internacional dos direitos humanos e, posteriormente, as questões afetas ao universalismo e relativismo cultural, que envolvem a aplicação destes direitos.

Na sequência, o capítulo cinco dedica-se à análise dos principais documentos protetores dos direitos humanos, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produzida na Revolução Francesa, passando pelos principais documentos do sistema global de proteção aos

direitos humanos e também pelos principais documentos do sistema interamericano de proteção. Neste capítulo, a análise dos referidos documentos se dá de forma geral, em relação aos direitos que tutelam e em relação às suas particularidades.

Passa-se à seguir, no capítulo seis, à análise da sistemática da integração dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se a competência para firmar tratados e o processo de incorporação destes tratados no Brasil, o *status* normativo com que estes direitos aportam ao ordenamento brasileiro, a aplicabilidade imediata destes tratados, o controle de convencionalidade das normas de direitos humanos e a responsabilidade internacional e interna do Estado em relação aos documentos internacionais ratificados.

O capítulo sete aborda o direito internacional dos direitos humanos e o direito do trabalho, analisando os dispositivos dos principais documentos protetores dos direitos humanos que tratam especificamente de direitos trabalhistas. Na sequência, examina-se a incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT, de 1998, que versa sobre os tratados fundamentais da OIT, em questão de direitos humanos.

O capítulo oito aborda o tema central deste estudo, que diz respeito aos direitos humanos como limites à desconstrução do Direito do Trabalho. O capítulo traz uma análise sobre a construção histórica do Direito do Trabalho e de como este Direito se relaciona com a proteção à dignidade humana do trabalhador. Em seguida, aprofunda na tese aqui defendida, de que os direitos humanos devem cumprir o papel de atuarem como limite à desconstrução do Direito do Trabalho em momentos de crise econômica.

O capítulo nove, por fim, analisa a tutela jurisdicional dos direitos humanos trabalhistas. A referida análise passa pelo estudo da reserva de jurisdição interna prevista no item 7 da Carta da ONU versus a proteção dos direitos humanos, passando pela análise do funcionamento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela verificação da possibilidade de reclamação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e também perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU em caso de violação a direitos humanos trabalhistas, como forma de tutela destes direitos.

A multiplicidade de fontes de Direito do Trabalho e de formas de tutela destes direitos, especialmente no âmbito internacional, em relação aos direitos humanos de cunho trabalhista, pode ser a forma de se garantir a aplicabilidade de tais direitos em épocas de crises econômicas, e de impor limites à desconstrução deste ramo do Direito, o que se buscará demonstrar ao longo deste trabalho.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Definição de direitos humanos e de direitos fundamentais

A expressão “direitos humanos” tem sido utilizada com caráter polissêmico, como sinônimo de “direitos do homem”, “direitos da pessoa humana”, “direitos fundamentais”, “direitos naturais”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos do cidadão”.

Apesar da imprecisão terminológica, o titular dos direitos humanos é o ser humano. Neste sentido, aduz Bidart Campos (1989, p. 14) que os direitos são de titularidade dos seres humanos como espécie; não a um ser humano apenas, não uns poucos, não alguns, não muitos, mas a todos e cada um.

De acordo com Bidart Campos (1989, p. 14), a individualização dos direitos em cada homem levou à utilização da expressão *direitos individuais*. Tal termo foi útil para particularizar o pertencimento individual dos direitos em cada homem, e em todo homem como parte da espécie humana. No entanto, aduz o autor que, sem deixar de lado a sua individualidade, o homem é uma pessoa, diferente de cada ser existente no resto do mundo animal. Assim, outros sinônimos são melhor aplicados, como *direitos do homem* ou da *pessoa humana*.

A expressão *direitos naturais* significa que tais direitos são inerentes à natureza humana. Consoante afirma Bidart Campos (1989, p. 15), a ilação lógica de que os direitos são naturais ou próprios da natureza da pessoa humana é que eles se revestem do caráter de *fundamentais*, no sentido de serem primários ou indispensáveis, sendo que a fundamentalidade coincide com a inerência à natureza humana.

Para Gregorio Preces-Barba Martínez (2005, p. 12), quando falamos de *direitos fundamentais* estamos nos referindo, ao mesmo tempo, a uma pretensão moral justificada e à sua recepção pelo direito positivo, e a justificativa da pretensão moral sobre a qual se assentam estes direitos é a dignidade humana, necessária para o desenvolvimento integral do ser humano.

O termo *direitos fundamentais*, de acordo com Pérez Luño (2004, p. 29) surgiu na França, em 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e alcançou especial relevo na Alemanha, aparecendo na Constituição de Weimar, de 1919, como fundamento de toda a ordem jurídico-política. Assim, de acordo com o autor, grande parte da doutrina entende que os *direitos fundamentais* são aqueles positivados nas constituições estatais. E mais, para alguns autores, os direitos fundamentais são aqueles princípios que resumem a concepção de mundo e que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico (PÉREZ LUÑO, 1991, p. 31).

Para Pérez Luño (1991, p. 39), o conceito de *direitos humanos* tem como antecedente imediato a noção de direitos naturais, em sua elaboração doutrinária por um jusnaturalismo racionalista. O autor propõe uma definição de direitos humanos (p. 51) que pretende conjugar a noção geral de direitos humanos (o que ele entende pela exigência jusnaturalistas a respeito de sua fundamentação) com as técnicas de positivação e proteção, que dão a medida de seu exercício. Assim, Pérez Luño (1991, p. 49) esboça uma definição de *direitos humanos*, como sendo “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da igualdade e da liberdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.

O mesmo autor afirma que há uma grande ênfase doutrinária e normativa para reservar o termo *direitos fundamentais* para designar os direitos positivados a nível interno, e que a fórmula *direitos humanos* seria a mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como àquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que ainda não alcançaram um estatuto jurídico-positivo (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 44).

Os *direitos fundamentais*, portanto, para Pérez Luño (2004, p. 46), possuem um sentido mais preciso e restrito, já que apenas se referem ao conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo, delimitados temporal e espacialmente e que correspondem ao caráter fundamentador do sistema jurídico-político de um Estado.

Canotilho (1993, p. 528), no mesmo sentido, explica: “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, *direitos fundamentais formalmente constitucionais*, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional)”.

Em relação à confusão terminológica existente entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, notamos que os mecanismos internacionais de proteção à pessoa humana divergem em relação à aplicação dos referidos termos. A União Europeia, por exemplo, utiliza o termo “direitos fundamentais” para se referir tanto aos direitos garantidos pela ordem interna como aos garantidos pela ordem internacional, de modo que o seu instrumento protetivo no plano regional denomina-se “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”. Esta não é a terminologia adotada pela ONU, que utiliza o termo “direitos humanos” em seus documentos protetores de direitos relativos aos seres humanos, como a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

Assim, de acordo com a terminologia adotada pelas Nações Unidas, deve-se empregar a expressão “direitos humanos” apenas quando tais direitos são protegidos por documentos internacionais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 29) define os *direitos humanos* como sendo os direitos positivados em tratados internacionais, estabelecidos como posições jurídicas reconhecidas a todos os seres humanos, independentemente de vinculação a uma determinada ordem constitucional, tendo, portanto, um caráter de generalidade e universalidade. Estes direitos evoluem com o tempo, mas têm a pretensão de possuírem validade internacional, apresentando-se como “direitos universais”.

Direitos fundamentais, para Sarlet (2015, p. 29), são aqueles previstos na constituição de um determinado Estado. Dessa forma, os “direitos fundamentais” variam no tempo e no espaço, pois dependem de previsão constitucional, podendo estar previstos na constituição de alguns Estados, e não de outros, e mudam com o passar do tempo. Dependem, pois, de uma opção legislativa do constituinte.

Assim, a expressão *direitos humanos* está intrinsecamente ligada ao direito internacional público, referindo-se aos direitos garantidos por normas de caráter internacional (declarações, tratados e até mesmo pelos costumes internacionais, quando não positivados) com o propósito de proteger os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos seres humanos, de forma universal, sem qualquer referência à sua nacionalidade.

No presente estudo, consideraremos *direitos fundamentais* como aqueles positivados nas Constituições dos Estados e, como *direitos humanos*, aqueles previstos nos tratados internacionais e também provenientes dos costumes internacionais.

Ambos os direitos (fundamentais e humanos) visam à proteção e promoção da dignidade humana, no entanto, esta proteção pode ser proveniente da ordem interna ou da ordem internacional. Quando provém da ordem interna, estes direitos são designados como “direitos fundamentais”, positivados nas Constituições dos Estados; quando provém de documentos ou costumes internacionais, designam-se “direitos humanos”.

No que tange à amplitude da proteção conferida por estes direitos, os direitos fundamentais, por serem direitos positivados na ordem jurídica interna dos Estados, não têm um campo de aplicação tão extenso quanto o dos direitos humanos. Estes últimos têm a pretensão de serem universais e visam à proteção indistinta de todos as pessoas humanas, em quaisquer condições. No entanto, para que um indivíduo faça *jus* à proteção dos direitos humanos, o direito violado deve ser reconhecido em um tratado internacional aceito pelo Estado em cuja jurisdição se encontre.

Na perspectiva adotada, a Constituição brasileira, quando se refere aos *direitos humanos* e aos *direitos fundamentais*, o faz com absoluto rigor técnico. No artigo 4º, II, utiliza-se da expressão “direitos humanos” quando refere-se aos princípios que regem o Brasil nas suas relações internacionais. Por outro lado, quando trata dos direitos assegurados pela ordem interna, no Título II, utiliza a expressão “direitos e garantias fundamentais”. No art. 5º, § 1º, estabelece que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, referindo-se, assim, às normas garantidas pelo direito interno. Por fim, o art. 5º, § 3º, ao se referir aos direitos previstos em documentos internacionais, utiliza-se da expressão “direitos humanos”.

Os direitos fundamentais precederam aos direitos humanos. O direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos, de forma mais intensa, especialmente a partir das revoluções burguesas do século XVIII. Os direitos humanos surgiram quando os direitos fundamentais reconhecidos por alguns Estados passaram a ser replicados na ordem internacional, especialmente por meio de tratados multilaterais globais e regionais, a partir da “intensificação das relações internacionais e da vontade da sociedade internacional em proteger os direitos das pessoas numa instância superior de defesa contra os abusos cometidos pelas autoridades estatais” (MAZZUOLI, 2015, p. 24). Após a conquista da autonomia dos direitos humanos, estes passaram a ampliar o rol de proteção originalmente previsto no direito interno.

2.2. Direitos humanos e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Após mais de 20 anos de ditadura militar, a partir de 1985 o Brasil passa por um processo de redemocratização, sendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de acordo com Piovesan (2016, p. 95), o “marco jurídico da transição ao regime democrático”, que “alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”.

De acordo com Sarlet (2015, p. 64), comparando-se a Constituição Federal de 1988 com as que a antecederam, é possível afirmar que, na seara dos direitos fundamentais, “pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância”.

O preâmbulo da Constituição de 1988 mostra a cristalina intenção do legislador constituinte de instituir um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”, o que também se infere do *caput* do artigo 1º da Constituição Federal, que

estabelece que “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

Os incisos do artigo 1º da Constituição elencam os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana (III), a cidadania (II) e o valor social do trabalho (ao lado da livre iniciativa) (IV). Como observa Flávia Piovesan (2016, p. 96), “vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora”.

De acordo com Pérez Luño (2004, p. 19), o constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais. Segundo o autor, existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que não há Estado de Direito sem que haja a garantia dos direitos fundamentais. O tipo de Estado de Direito proclamado nos textos constitucionais, se liberal ou social, depende do alcance e do significado que o Estado confere aos direitos fundamentais.

Consoante a doutrina de Canotilho (1993, p. 357 e ss), são três as dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito (1) juridicidade; (2) constitucionalidade; (3) direitos fundamentais. A *juridicidade* diz respeito à conformação das estruturas do poder político e à organização da sociedade segundo a medida do direito, que aponta para uma ordem estatal justa, ancorada nos princípios e regras constitucionais. A *constitucionalidade* informa que o Estado de Direito é regido por uma constituição que represente a ordenação normativa suprema, capaz de dotar de validade ou invalidade as leis e de vincular todos os atos estatais. Por fim, o Estado de Direito deve ser dotado de um sistema de *direitos fundamentais*. As dimensões fundamentais do Estado de Direito reconhecidas por Canotilho, segundo Piovesan (2016), estão amplamente consagradas no texto da Constituição de 1988, em seus três primeiros artigos, que estabelecem os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro.

Na realidade constitucional brasileira, essa estreita relação entre Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais fica mais do que evidente, pelo *status* de “cláusulas pétreas” destes últimos, que funcionam como critério de legitimação do poder estatal. Os direitos fundamentais, ao lado da forma federativa de Estado, da garantia da democracia representativa através do voto (direto, secreto, universal e periódico) e da separação dos Poderes, compõem o núcleo substancial da Constituição Federal (CF), por força do comando do §4º, IV do artigo 60.

Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no art. 3º da Constituição, consistem em construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento

nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. De acordo com Piovesan (2016, p. 97) “infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social”.

Sem precedentes em nossa trajetória constitucional, na Constituição de 1988 houve o reconhecimento positivado da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III, CF), havendo previsão expressa deste princípio também em outros capítulos da nossa Lei Fundamental, como por exemplo, no artigo 226, § 7º, que trata do planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade humana e da paternidade responsável, no artigo 227, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem diversos direitos, incluindo o direito à dignidade e no artigo 230, que prescreve que o amparo, a dignidade, o bem estar e a vida do idoso deve ser garantida pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A Carta de 1988, de forma inédita, inclui no rol dos direitos fundamentais os direitos sociais, e não apenas os direitos civis e políticos, como faziam as Constituições anteriores. Conforme lição de José Afonso da Silva (2005, p. 285), nas Constituições pretéritas, os direitos sociais “saíam do capítulo da ordem social, que sempre estivera misturada com a ordem econômica”. Segundo o autor, “a Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos *direitos sociais* (capítulo II do título II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a *ordem social* (título VIII)”. O artigo 6º da Constituição pontua o rol dos direitos sociais, “deixando para tratar, na *ordem social*, de seus mecanismos e aspectos organizacionais”. O artigo 7º da Constituição elenca os direitos individuais dos trabalhadores, enquanto o artigo 8º a 11 trata dos direitos coletivos dos trabalhadores, ambos inseridos dentro do capítulo II do título II, sendo por ela expressamente tratados como direitos sociais.

A Constituição de 1988 também marca a institucionalização dos direitos humanos no Brasil, sendo a primeira a “elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais” (PIOVESAN, 2016, p. 107), expressamente previsto no artigo 4º, II, da Constituição Federal.

A escolha do constituinte pela prevalência dos direitos humanos, dentre outros princípios elencados no artigo 4º da Constituição a reger o Brasil nas suas relações internacionais, conduz à corrosão da noção clássica de soberania estatal, de acordo com Zagrebelsky (1995), pois reconhece que esta encontra limites nos direitos atribuídos aos indivíduos em documentos internacionais, tuteláveis perante jurisdições internacionais frente

aos Estados violadores. Assim, o Brasil abdica de parte de sua soberania para se submeter às normas dos tratados por ele ratificados, especialmente daqueles que versam sobre direitos humanos.

A Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil adota um sistema aberto de direitos fundamentais, incluindo, neste rol, os *direitos humanos* previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (§ 2º do art. 5º da CF). Os direitos humanos também poderão passar pelo processo legislativo das emendas constitucionais, sendo recepcionados, neste caso, com força de norma formalmente constitucional (§ 3º do art. 5º da CF).

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º da Constituição, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. De acordo com Sarlet (2015), tal norma tem cunho eminentemente principiológico, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não da mesma maneira) que outorguem maior efetividade e eficácia aos *direitos fundamentais*, em favor dos quais milita uma presunção de imediata aplicabilidade.

Os direitos fundamentais consagram um rol normativo de regras e princípios, que tem por objetivo garantir um dos fundamentos essenciais da República Federativa do Brasil, que é a *dignidade da pessoa humana*.

Por serem corolários da dignidade humana, fundamento do Estado brasileiro, os direitos humanos, presentes em documentos internacionais do qual o Brasil seja parte, se equiparam aos direitos fundamentais e terão aplicabilidade imediata. Tal regra constitucional amplia o rol de direitos fundamentais e, conseqüentemente, a garantia de alcançar a dignidade humana nas mais diversas e imprevisíveis situações concretas. Ademais, a violação de direitos humanos permite ao indivíduo lesado que recorra à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e, por meio dessa, tenha acesso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, ainda, ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, o que amplia sobremaneira o acesso à justiça, fazendo valer este importante direito fundamental constitucional.

Assim, releva saber se uma norma internacional tem ou não conteúdo de direitos humanos, pois, uma vez alçada a tal condição, tal norma terá tratamento diferenciado para a sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro, terá aplicabilidade imediata e abrirá as portas das Comissões Internacionais, o que aumenta a garantia do seu cumprimento.

2.3 Características dos direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de acordo com Piovesan (2016, p. 229), introduziu a “concepção contemporânea de direitos humanos, alicerçada na universalidade e na indivisibilidade desses direitos, tendo como fundamento ético o valor da dignidade humana”.

Os direitos humanos contemporâneos possuem características próprias, que os distinguem dos demais direitos:

- a) **Historicidade:** os direitos humanos são direitos históricos, que começaram a se desenvolver, efetivamente, no plano internacional, somente a partir de 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e o fim da segunda guerra mundial, embora a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já garanta os direitos humanos dos trabalhadores desde 1919.
- b) **Universalidade:** os direitos humanos são universais, bastando a condição de *ser pessoa humana* para fazer *jus* à proteção conferida por esses direitos. Condições pessoais pertinentes a sexo, raça, credo religioso, *status* social, econômico, cultural, afinidade política, etc., em nada interfere no direito da pessoa humana a ser destinatária da proteção dos direitos humanos, uma vez que todo ser humano é dotado da mesma dignidade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 2º, § 1º:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição¹.

Em relação à característica da universalidade dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores sustenta uma visão complexa dos direitos humanos, com um universalismo de confluência, ou seja, um universalismo de ponto de chegada, e não de ponto de partida. Aduz o autor que, das diversas opções relativas aos direitos, é possível chegar-se a uma síntese universal, após um processo de lutas, de conflitos e de diálogos, e não o ter como algo dado desde o início (HERRERA FLORES, 2004, p. 374-375).

¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>

- c) **Essencialidade:** os direitos humanos são essenciais à dignidade humana, por conterem os valores supremos do ser humano, e ocupam uma especial posição normativa, no plano internacional, apta a revelar outros direitos fundamentais, para além dos expressamente previstos nas Constituições.
- d) **Irrenunciabilidade:** os direitos humanos são irrenunciáveis, o que significa que o a autorização do seu titular não convalida ou justifica a violação a seu conteúdo.
- e) **Inalienabilidade:** a inalienabilidade dos direitos humanos está prevista no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em trecho transcrito a seguir:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...)

O fato dos direitos humanos serem inalienáveis significa que o seu titular não pode se despojar destes direitos, não podendo transferi-los ou cedê-los a outrem.

- f) **Inexauribilidade:** os direitos humanos nunca se exaurem, uma vez que sempre têm a possibilidade de expansão, sempre lhes podendo ser acrescentados novos direitos, a qualquer tempo.
- g) **Imprescritibilidade:** diz respeito à possibilidade de reclamar, a qualquer tempo, o respeito aos direitos humanos.
- h) **Vedação do retrocesso:** é proibido se retroceder em matéria de direitos humanos, pois estes devem sempre agregar algo novo e melhor ao ser humano, não podendo o Estado diminuir a proteção que já concedia anteriormente. Assim, as normas posteriores que revogam ou tornam nula norma anterior *mais benéfica* são inválidas.
- i) **Indivisibilidade:** os direitos humanos – direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, coletivos – não se sucedem em gerações, mas, ao contrário, se acumulam e fortalecem ao longo dos anos, compondo uma unidade indivisível, de modo que, quando um deles é violado, os demais também o são.
- j) **Interdependência:** os direitos relativos ao discurso liberal devem ser sempre somados com os direitos do discurso social da cidadania. Democracia, desenvolvimento e direitos humanos são conceitos que se reforçam mutuamente.
- k) **Interrelacionariedade:** os direitos humanos e os diversos sistemas internacionais de proteção devem interagir em prol da efetiva garantia destes direitos.

Ressalta-se que estas três últimas características (ou princípios) dos direitos humanos, foram introduzidas pela Conferência de Viena de 1993, que teve o objetivo de revigorar a memória da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e trazer novos princípios para os direitos humanos contemporâneos, tendo, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, deixado claro que as particularidades nacionais e regionais não podem servir de justificativa para a violação ou diminuição destes mesmos direitos, reforçando-lhes o caráter de universalidade.

Adverte Piovesan (2016, p. 238) que a “Declaração Universal de 1948 foi adotada por voto, com abstenções, num foro então composto de 56 países”, enquanto a “Declaração de Viena é consensual, envolvendo 171 Estados, a maioria dos quais era colônia no final dos anos 40”, concluindo, portanto, que “foi em Viena, em 1993, que se logrou conferir caráter efetivamente universal àquele primeiro grande documento internacional definidor dos direitos humanos”.

O preâmbulo da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993² faz referências expressas à necessidade do respeito universal dos direitos humanos, e à garantia do gozo pleno e universal de tais direitos, conforme os trechos infra transcritos:

(...) Reconhecendo que as atividades das Nações Unidas em matéria de Direitos Humanos deveriam ser racionalizadas e promovidas de forma a fortalecerem os mecanismos da Organização nesta área e a favorecerem os objetivos do **respeito universal** e observância das normas internacionais sobre Direitos Humanos; (grifos nossos)

(...) Invocando o espírito da nossa era e as realidades do nosso tempo que incitam os povos do mundo e os Estados Membros das Nações Unidas a dedicarem-se novamente à tarefa global de promoção e proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, por forma a garantir o **gozo pleno e universal** de tais direitos; (...) (grifos nossos)

O artigo 1º da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, abaixo transcrito, afirma que a natureza universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais é inquestionável, reforçando a importância da cooperação internacional no domínio dos direitos humanos para a plena realização dos objetivos das Nações Unidas:

Artigo 1. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o empenho solene de todos os Estados em cumprirem as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da proteção de todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações

² Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Conf%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>

Unidas, com outros instrumentos relacionados com os Direitos Humanos e com o Direito Internacional. A natureza universal destes direitos e liberdades é inquestionável. Neste âmbito, o reforço da cooperação internacional no domínio dos Direitos Humanos é essencial para a plena realização dos objetivos das Nações Unidas. Os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os seres humanos; a sua proteção e promoção constituem a responsabilidade primeira dos Governos.

O artigo 5º da Declaração de Viena expressamente estabelece os três últimos princípios ou características dos direitos humanos supra citados, e reconhece que os Estados, independentemente de sua política, economia ou especificidades culturais, têm o dever de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Artigo 5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

O artigo 18 da Declaração consagra a inalienabilidade dos direitos humanos quando estabelece que “os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. (...)”

O artigo 32 da Declaração estabelece que “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma a importância de se garantir a universalidade, objetividade e não seletividade na consideração de questões relativas aos direitos humanos”.

Assim, em diversos dispositivos, ao longo de seus 100 artigos, a Declaração de Viena ressalta a universalidade, a inalienabilidade a interrelacionariedade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, alguns dos princípios (ou características) fundamentais dessa classe de direitos.

3 FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A quase totalidade dos sistemas políticos, desde as democracias liberais até os regimes socialistas, admitem, ainda que formalmente, a existência de direitos humanos. Por este motivo, estes direitos aparecem como uma referência obrigatória em quase todos os textos constitucionais atuais, o que não deve ser interpretado como uma prova irrefutável de sua efetiva realização (PÉREZ LUÑO, 1983, p. 8)

Pérez Luño (1991) aduz que, quando se pretende levar a cabo uma fundamentação filosófica dos direitos humanos, percebe-se a impossibilidade de estabelecer um acordo geral, não havendo um fundamento absoluto para tais direitos. Tal desacordo, no entanto, não é privativo da especulação filosófica, e o fato de que se tenham produzidos, em escala internacional, alguns documentos que parecem refletir um amplo consenso sobre a necessidade de se reconhecer os direitos humanos, não deve ser interpretado como uma concepção unânime de seu significado (PÉREZ LUÑO, 1991, p. 24).

Norberto Bobbio (2004, p. 16) afirma que a tentativa de fundamentação dos direitos humanos tem o objetivo de aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, e, da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, de que podemos “encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão”. Segundo o autor, essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham os direitos humanos acima da possibilidade de qualquer refutação, pois derivados da natureza do homem. No entanto, “a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis”.

De uma maneira geral, as teorias fundamentadoras dos direitos humanos podem ser agrupadas em três grandes grupos: a *teoria do direito natural* ou jusnaturalista; a *teoria do direito positivo* ou juspositivista e a *teoria historicista* ou realista. Enquanto os jusnaturalistas afirmam a existência de direitos que são inerentes à natureza humana e que, por isso, são inalienáveis e não dependem de leis para que sejam garantidos, os juspositivistas, por outro lado, reduzem o direito à lei, sem atribuir-lhe nenhum juízo de valor ou senso de justiça. Os historicistas, por sua vez, afirmam que o direito é fruto da história, da cultura e das lutas sociais, que ocorrem de forma distinta em épocas distintas e em populações distintas. Assim, sempre deve ser analisado dentro de um contexto, dentro de uma realidade, motivo pelo qual essa corrente filosófica também é chamada de realista.

Passa-se, a seguir, à análise pormenorizada das referidas teorias.

3.1 Teoria do direito natural

Desde a mais remota antiguidade, passando pelos povos primitivos e pelo início da civilização ocidental, foi reconhecido pelos gregos, pelos romanos e pelos medievais, dentre outros povos, um direito inseparável do homem, imediatamente decorrente da natureza humana, que foi sendo lenta e progressivamente esclarecido através da História (MOURA, 2004). O registro da crença de tal direito, superior ao positivo, surge desde a antiguidade, em diversas manifestações culturais e civilizatórias (RESENDE, 2015).

De acordo com Lafer (1988, p. 50), o termo “direito natural” abrange uma elaboração doutrinária sobre o direito que, ao longo dos séculos apresentou, e ainda apresenta “vertentes de reflexões muito variadas e diferenciadas, que não permitem atribuir-lhe univocidade”. Existem, no entanto, segundo o autor, algumas notas que permitem identificar no direito natural um paradigma de pensamento: a ideia de universalidade, de imutabilidade, de ser um direito dado e acessado através da razão, intuição ou revelação e que promove uma permanente aproximação entre Direito e Moral.

Segundo Comparato (2015, p. 21), a primeira reflexão do homem sobre si mesmo surgiu, concomitantemente, em várias civilizações, em um período da História que se situa entre os séculos VIII e II a.C., período esse chamado de “Período Axial”, por ter tido a função de formar o eixo histórico da humanidade. No centro deste período coexistiram, em locais distintos do planeta e sem comunicação entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra, na Pérsia; Buda, na Índia; Lao-Tsé e Confúcio, na China; Pitágoras, na Grécia e Dêutero-Isaías, em Israel. Todos estes doutrinadores têm em comum o abandono das explicações mitológicas para os fenômenos humanos e da natureza, e, assim, “o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período”.

Foi durante o período axial da História que se desenvolveu a convicção de que os seres humanos possuem uma igualdade essencial, e têm o direito de ser igualmente respeitados pelo simples fato da sua humanidade, e esta convicção nasce relacionada à lei escrita, regra geral e uniforme aplicável a todos que vivem numa mesma sociedade. A lei escrita adquiriu um caráter sagrado entre os judeus, mas foi na Grécia, mais especificamente em Atenas, que, pela primeira vez, se tornou o fundamento da sociedade política (COMPARATO, 2015, p. 23-25).

Ao lado da lei escrita, no entanto, havia também entre os gregos a noção de lei não escrita, que ora designava o costume juridicamente relevante, ora as leis universais, gerais e absolutas. Originalmente, as leis não escritas tinham um caráter religioso, mas foram perdendo

esta característica com o passar do tempo. Descartado o fundamento religioso, o novo fundamento universal encontrado para justificar a vigência destas leis, primeiro para os sofistas e, depois, para os estoicos, foi a natureza (COMPARATO, 2015, p. 25-26).

Assim, foi na Grécia antiga, portanto, onde se deu, pela primeira vez, a afirmação do direito natural na civilização ocidental. A ideia do direito natural foi vinculada à ideia de natureza, sendo esta uma descoberta da filosofia. Na filosofia grega, a ideia de direito natural só apareceu com os sofistas, que se concentraram nos problemas propriamente humanos, tornando a ética e a política o problema central da filosofia. Os sofistas chamaram de “direito por natureza” aquele que se opõe ao direito positivo (as leis escritas), criado pelo homem (MAGALHÃES, 2012).

A filosofia nasceu no século V a.C., concomitantemente na Ásia e na Grécia, quando o homem ousa exercer sua faculdade racional crítica a respeito da realidade. O critério supremo das ações humanas passa a ser o próprio homem. Neste mesmo século surge, em Atenas, a democracia e, também, a tragédia grega, que representou a primeira grande introspecção nas profundezas da alma humana, muito antes da psicanálise. As paixões, os sentimentos e as emoções humanas passam a ser um problema, um obstáculo à compreensão do próprio homem pela razão (COMPARATO, 2015, p. 21-22).

De acordo com Resende (2015):

Na literatura da Grécia antiga, berço da origem filosófico-científica da nossa cultura ocidental, no esforço humano para desvendar o jogo entre a influência dos desígnios divinos e a determinação da ação humana sobre o destino de suas vidas, já aparece, como em Homero, Hesíodo e Sófocles o confronto entre o que pertence ao âmbito sobrenatural (criado pelos deuses ou por forças cósmicas, isto é, uma lei natural) e aquilo que depende da capacidade e do esforço do controle humano (RESENDE, 2015, p. 9 e 10).

Sófocles, na famosa tragédia grega *Antígona*, escrita no século V a.C., transmite-nos a ideia já existente de um direito não-escrito, associado às leis divinas. Na tragédia, o tirano Creonte edita um decreto proibindo que os cadáveres daqueles que se insurgissem contra Tebas fossem sepultados e recebessem honras fúnebres. *Antígona*, contrariando o édito, resolve realizar o sepultamento de seu irmão, que havia morrido lutando contra Tebas. Foi presa e levada à presença do tirano, que questionou a sua audácia ao desobedecer a proibição expressa do referido édito, quando *Antígona* invoca as leis divinas como sendo superiores à proibição de Creonte, conforme trecho transcrito a seguir:

Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os humanos. Nem eu suponha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina. (...) (SÓFOCLES, 2015, p. 34).

Aristóteles em sua obra “Ética a Nicômaco” divide a justiça em uma não escrita e outra definida por lei (escrita) (ARISTÓTELES, 2001, p. 188). A justiça legal ou escrita é o direito positivo e a justiça não escrita é o direito natural (MAGALHÃES, 2012).

De acordo com Magalhães (2012, p. 12), “com relação à concepção da justiça, Aristóteles tem preferência pela lei não escrita em relação à lei escrita”. Neste sentido, ele afirma na obra “A Política”:

É evidente, pois, que, procurando pelo justo, os homens procuram por um termo médio, visto que a lei é o justo meio. Ademais, as leis fundadas no costume têm mais peso e são mais importantes do que as leis escritas; um homem pode ser um governante mais seguro que as leis escritas, mas não mais seguro que as leis fundadas nos costumes. Igualmente, não é fácil para um único homem supervisionar muitas coisas; ele deverá designar muitos subordinados para ajuda-lo (...) (ARISTÓTELES, 2016, p.144)

Aristóteles concebeu o ser humano como um ser racional, social e dotado de dignidade intrínseca (CANÇADO TRINDADE, 2015a), o que foi posteriormente retomado pelos estoicos.

O direito natural estoico baseia-se em uma ética racional, que, como a lei da natureza humana, possui validade universal. Por esse motivo, os estoicos aduziram um direito derivado dessa lei, o direito natural, que se traduz pelo poder da natureza, e constitui a norma para o bem e o mal, o justo e o injusto, significando uma instância pré-positiva, que reivindica o primado sobre a instância positiva e que é compreendido eticamente (MAGALHÃES, 2012).

Para o estoicismo, a razão suprema da natureza, após ser confirmada e desenvolvida pela mente humana, é transformada em lei. A natureza é ordenada pela razão divina, e a lei humana só deve ser obedecida e seguida se estiver de acordo com a lei natural. A lei, portanto, baseia-se na força da natureza e no espírito e na razão do homem que, com sua sabedoria, discerne o justo do injusto. A fonte do Direito, portanto, não reside na convenção nem na inteligência do legislador, mas numa razão natural, independente da modificação do pensamento humano. A lei é algo proveniente da natureza e que administra o mundo por intermédio de sábios (RESENDE, 2015).

De acordo com Comparato (2015, p. 28), “o estoicismo organizou-se em torno de algumas ideias centrais como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo”, ainda que os indivíduos e os grupos possuam inúmeras diferenças.

Foi Cícero, no entanto, quem efetivamente formulou a mais célebre caracterização da *recta ratio* (razão reta), que prescreve “o que é bom” (CANÇADO TRINDADE, 2015a), a transmitindo posteriormente aos romanos (MOURA, 2004).

Segundo Resende (2015, p. 15), Marco Túlio Cícero (séc. II a.C.) “é considerado o principal autor do *jusnaturalismo* cosmológico”. Nas palavras do autor:

É notório, na literatura jus filosófica, que o estoicismo influenciou sobre a justiça romana, e Cícero será o maior representante na antiguidade clássica da noção de Direito Natural. O que interessa a Cícero é o direito e não a Lei. Para ele os homens nasceram para a Justiça e será na própria natureza, não no arbítrio, que se funda o Direito. Apesar da riqueza do pensamento encontrada na antiguidade sobre o direito natural e o conceito de justiça, a realidade social não correspondia à preocupação demonstrada pelos pensadores (RESENDE, 2015, p. 15 e 16).

Consoante o que preceitua a *recta ratio*, as pessoas devem comportar-se de acordo com a justiça, a boa-fé e a benevolência, princípios cogentes que emanam da consciência humana e relacionam inelutavelmente o Direito à ética. Assim, o direito natural reflete os princípios da razão reta, dotados de validade perene e inderrogável, que se estende a todas as nações e em todas as épocas, afigurando-se como o fundamento da justiça (CANÇADO TRINDADE, 2015a).

Esta passagem do Livro III, Da República, revela a concepção de Cícero sobre a razão reta:

XVII. A razão reta, conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem (...) Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; (...) una, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios (CICERO, 1985, p. 85).

Cícero faz a transição da concepção de direito natural da antiguidade para a idade média, ao defender uma lei imutável e eterna (não muda no tempo e no espaço), derivada da razão, e que o homem não pode violar sem renegar a sua própria natureza. Esta concepção de um direito natural ditado pela razão influenciou os padres da Igreja, sobretudo Santo Agostinho, para quem

a aceitação da existência de uma lei moral autônoma no homem era decorrência necessária da influência da graça de Deus (RESENDE, 2015).

Na Idade Média foi desenvolvida a doutrina de um direito natural que se identificava com o Evangelho e com a lei revelada por Deus a Moisés. Santo Tomás de Aquino (século XIII) defendeu que a lei natural era imposta por Deus, governador do universo, que se acha presente na razão do homem: uma norma, portanto, racional (RESENDE, 2015).

O Cristianismo retoma e aprofunda a doutrina judaica e grega do direito natural, e procura consolidar no mundo, “através da evangelização, a ideia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação”, sendo que, neste chamamento, não há distinção entre judeu e grego, escravo ou pessoa livre, homem ou mulher, sendo todos iguais perante Deus. “Neste sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos” (LAFER, 1988, p. 164).

Santo Tomás de Aquino, em sua “Suma Teológica”, afirma a distinção entre direito natural e direito positivo. Alicerçado em Aristóteles, Santo Tomás defende um direito proveniente “da própria natureza da coisa”, o direito natural, que se difere das normas estabelecidas pela autoridade pública, o direito positivo. O direito natural independe da vontade humana, e é instituído e promulgado por Deus, também só podendo ser alterado por Deus, que não o faz, porque Sua sabedoria divina não é contraditória. O direito natural tem a característica da imutabilidade, e ao homem é dado conhece-lo por meio da razão (MOURA, 2004).

O direito positivo, por outro lado, é criado pelo homem, e por ele pode ser promulgado, modificado e anulado. Evidentemente, para Santo Tomás, o direito positivo deve subordinar-se ao direito natural. Sendo o direito natural proveniente de disposição divina, ele é soberano, e não cabe ao homem modificá-lo, anulá-lo, nem desconhecê-lo (MOURA, 2004).

“O espírito da época medieval, profundamente voltado para o teocentrismo, produziu uma filosofia centrada na figura da Divindade, filosofia essa quase indissociável da teologia cristã” (RESENDE, 2015, p. 17). De acordo com Fábio Konder Comparato (2015, p. 13), “a justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta”. O autor afirma que a ideia bíblica “da criação do mundo por um Deus único e transcendente”, foi uma das maiores contribuições religiosas para humanidade, de toda a História. A crença bíblica de que Deus é o criador de tudo o que existe, anterior e superior ao mundo, supera a “crença nos deuses antigos, que, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano” (p. 13 e 14).

A concepção de pessoa no período medieval relacionava-se à essência do homem, a forma que molda a matéria e confere as características de permanência e invariabilidade a um ser, sendo o homem um composto de substância espiritual e corporal. Foi, sobretudo, sobre a concepção de pessoa no período medieval que se iniciou o princípio da igualdade da essência do ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, que é o que forma o núcleo essencial dos direitos humanos. (COMPARATO, 2015, p. 32).

No relato bíblico da criação, o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, com o poder de dominar toda a terra e todos os animais (Gn 1, 26-27). No entanto, Deus o fez a partir do pó da terra, e soprou em suas narinas o fôlego da vida (Gn 2, 7). Assume o homem, portanto, um caráter, a um só tempo, divino e terreno, o de um ser situado entre o Céu e a Terra.

Posteriormente, atribui-se ao homem a característica da racionalidade, como sendo o único ser terreno a possuir a natureza essencialmente racional, o que vem a justificar sua eminente posição no mundo. Tal atributo revela-se, sobretudo, pelo sentido reflexivo, por meio do qual Descartes inaugura a filosofia moderna (COMPARATO, 2015, p. 15-16).

A teoria do direito natural de Immanuel Kant teve grande importância na elaboração teórica do conceito de pessoa como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores à toda ordenação estatal. Para Kant, o conceito de direito natural é, sobretudo, um conceito crítico-normativo que parte do fato de que existem princípios supra positivos, que constituem uma regra universalmente válida e absolutamente obrigatória para qualquer ser racional. Estes princípios correspondem ao direito natural, fundado única e exclusivamente na razão (UGARTE, 2012).

A ideia de um direito natural fundado na razão faz com que, em virtude desta regra jurídica suprema, toda a lei positiva deva observar e respeitar os princípios imutáveis do direito. Com efeito, uma lei é conforme ao princípio transcendental do direito na medida em que se orienta e respeita a simetria e a reciprocidade do uso da liberdade e do livre arbítrio, de modo que o arbítrio de um se possa conciliar com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade. Assim, o direito natural, para Kant, assume o papel de uma importante instância crítica por meio da qual se pode determinar a legitimidade (ou não) de uma lei positiva. Dessa forma, pode-se afirmar que nem toda a lei “decidida democraticamente é, só por isso, legítima”, uma vez que o que legitima uma lei não é o arbítrio humano, mas única e exclusivamente a razão, que revela o direito natural (UGARTE, 2012).

Para Kant, a dignidade da pessoa consiste no fato de que o ser humano deve ser sempre tratado como um fim em si mesmo, e nunca como um meio para o alcance de determinado resultado, e resulta também do fato de que somente a pessoa vive em condições de autonomia,

como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Cada ser humano tem dignidade, e não um preço, como as coisas, o que resulta na conclusão de que o ser humano é insubstituível, não tem equivalente e não pode ser trocado por coisa alguma. A concepção da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação da escravidão e de muitas outras práticas de aviltamento humano (COMPARATO, 2015, p. 33-35).

Hugo Grocius, em seu “O Direito da Guerra e da Paz”, de 1625, “tinha como objetivo, no plano internacional, encontrar um fundamento autônomo e laico para o Direito das Gentes”, que pudesse ser reconhecido por todos os homens, independentemente de sua religião, e pelos Estados soberanos, que não reconheciam uma ordem transcendente, à qual devessem se submeter. Para Grotius, o fundamento para o *jus gentium*, era a razão natural (LAFER, 1988, p. 53).

John Locke (1632-1704), foi o mais expoente filósofo jusnaturalista moderno, tendo exposto suas ideias sobre esse tema em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, de 1689. Locke é defensor de um direito natural, que a todos obriga no estado de natureza. A lei que governa os homens no estado natural é a razão, que os ensina a não prejudicarem outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses (LOCKE, 2002, p.16).

Para Locke, no estado de natureza, os homens são livres, iguais e independentes, e, através do trabalho, adquirem e constroem bens, que compõem sua propriedade privada. O trabalho é o que legitima a propriedade privada no estado de natureza. Os bens naturais, quando modificados pelo homem por meio do seu trabalho, passam a ele pertencer.

Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra das suas mãos, pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lho forneceu e no qual o deixou, mistura-se e superpõe-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, agregou-lhe com seu trabalho um valor que o exclui do direito comum de outros homens (LOCKE, 2002, p. 30).

O fundamento para o direito positivo, que só pode ser elaborado por um poder legislativo legitimamente constituído, para Locke (2002, p. 90), é a “preservação da sociedade e, até onde seja compatível com o bem público, de todos os seus membros”.

A filosofia de Hegel (1770-1831), no entanto, marca uma importante etapa da dissolução do paradigma do direito natural, uma vez que o filósofo identifica o real com o racional e propõe a superação da dicotomia entre direito natural e direito positivo. Para Hegel, não há antagonismo entre *ser* e *dever ser*, entre aquilo que está absolutamente certo e o que a

arbitrariedade faz passar por Direito, pois, na concepção do autor, a autoridade faz a lei porque é sabedoria, e a lei contém, em si, os fundamentos da razão (LAFER, 1988).

Hegel critica as doutrinas empiristas e formalistas do direito natural, por o construírem à margem da racionalidade concreta e histórica do próprio direito positivo. Assim, ao propor que o direito natural seja tratado de maneira científica, Hegel concebe a doutrina deste direito como imediatamente relacionada com a eticidade, e afirma que o direito privado, egoísta e voltado para a propriedade individual torna-se um obstáculo à plena participação ética do indivíduo na vida da comunidade; critica, portanto, a doutrina jusnaturalista do direito natural, que ensejou a criação do Estado Liberal, uma vez que não legitima um paradigma jurídico-filosófico que garanta apenas os direitos individuais (BAVARESCO; CHRISTINO, 2007).

Para Hegel, a anterioridade do povo em relação aos indivíduos é substancial, e o indivíduo só se expressa na vida ética do povo pela negação. Os povos constituem as figuras concretas da eticidade, sendo que cada povo carrega suas próprias características éticas. As leis positivas, portanto, constituem apenas o aspecto formal da cultura de um povo, que carrega, em si, a eticidade. Assim, as normas objetivas que todo indivíduo encontra como dadas em uma comunidade, sem que tenha interferido na sua elaboração, compõem o domínio do direito natural (BAVARESCO; CHRISTINO, 2007).

De acordo com Lafer (1988, p. 58), esta identificação entre o real e o racional, promovida pelo idealismo hegeliano, aproximando o direito positivo do direito natural, “encontrou ressonância na realidade e em outras correntes de pensamento na medida em que a lei posta pelo Estado foi-se tornando, praticamente, a fonte exclusiva do Direito”. A segurança do princípio da legalidade, que garantia aos liberais a limitação do poder arbitrário do Estado, também passou a ser uma das razões para consolidação do positivismo.

A escola histórica, originalmente preocupada com a correspondência entre a norma e a sua realidade histórico-social, com seus desdobramentos, através do processo de elaboração científica do Direito preconizado por Savigny, acabou fortalecendo o formalismo que caracterizou, na França, com a escola da exegese, a redução do Direito à lei (LAFER, 1988).

O desenvolvimento das ciências, que ocorreu de forma mais acentuada no século XIX, particularmente da Física e da Biologia, contribuiu para o esforço dos juristas e filósofos em evidenciar e elaborar a cientificidade do Direito. O discurso científico, por fornecer informações e transmitir conhecimentos verificáveis, pode ser visto como um tipo ideal de discurso, que permite ao cientista tomar conhecimento da realidade e chegar a conclusões confiáveis e previsíveis (LAFER, 1988).

A justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a teoria da evolução das espécies, de Charles Darwin (1809-1882), descrita em sua principal obra “A Origem das Espécies”, de 1859. A teoria de Darwin demonstra que as espécies descendem umas das outras e estabelece que a evolução das espécies e a diversidade biológica é resultado de variabilidade genética e seleção natural dentre os indivíduos, sendo que os mais fortes, e aqueles que melhor se adaptam às condições ambientais sobrevivem, e os demais, sucumbem.

Embora a teoria de Darwin mostrasse que o surgimento do homem na face da Terra fosse resultado de tentativa e erro, até que a seleção natural resultasse no surgimento da espécie humana, rejeitando qualquer finalismo encontrado nas teorias religiosas, o fato é que, aos poucos, no mundo científico, vai-se estabelecendo a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice da cadeia evolutiva das espécies (COMPARATO, 2015, p. 16).

De acordo com Fábio Konder Comparato (2015, p. 16), “os partidários do ‘princípio antrópico’ reconhecem que os dados científicos não permitem afirmar (nem negar, aliás) que o mundo e o homem existem e evoluem em razão da vontade de um sujeito transcendente, que tudo criou e que tudo pode destruir”. Tais cientistas sustentam que o encadeamento sucessivo das etapas evolutivas se dirige a uma finalidade inscrita na própria lógica do processo, sem a qual não se poderia compreender racionalmente o processo de evolução. Para o autor (Ibidem, p. 17), “muito mais abstrusa que a explicação mitológica e religiosa tradicional parece, assim, a ideia de que o advento do ser humano na face da Terra seria o resultado de um estupendo acaso”.

No quadro do evolucionismo observou-se que, diferentemente das outras espécies, a espécie humana evolui, não apenas no plano biológico, mas também no plano cultural, o que permitiu ao ser humano interferir no processo de evolução biológica de todas as espécies (COMPARATO, 2015, p. 18).

A verdade, hoje indiscutível no meio científico, é que o curso do processo de evolução das espécies foi profundamente influenciado com o aparecimento da espécie humana, surgindo em cena um ser capaz de agir sobre o mundo físico, alterando o meio ambiente, e interferindo na sobrevivência de todas as espécies, inclusive da sua própria.

O evolucionismo de Darwin, o historicismo, o positivismo, a crítica religiosa e o cientificismo, de acordo com Lafer (1988), são exemplos desta nova mentalidade que quer conhecer a realidade a partir da observação dos fatos, procurando desvendar leis gerais e alcançar um conhecimento verdadeiro, passível de verificação. A propagação da mentalidade científica culminou com a erosão do paradigma do direito natural e com a busca por uma jurisprudência científica.

3.2 Teoria do direito positivo

De acordo com Gregorio Peces-Barba Martínez (2009, p. 30-31), o desenvolvimento do mundo moderno produziu a crise do direito natural como forma direta da influência da moral sobre o direito. A ideia de que o direito deve ser justo para ser considerado como tal, começa a debilitar-se e a perder força na cultura jurídica. Esta crise do direito natural, para o autor tem sua origem no progressivo assentamento das teses liberais nas revoluções do século XVIII, quando os ideais do direito natural, que eram os ideais da burguesia ascendente, se realizam no direito positivo e deixam de ser necessários naquele momento.

Bobbio (1995, p. 45) afirma que, para que o direito natural perdesse terreno, foi necessário que a filosofia jusnaturalista fosse criticada a fundo e que as concepções ou "mitos" jusnaturalistas (estado de natureza, lei natural, contrato social) fossem desconstruídos. Esses mitos do direito natural estavam ligados à filosofia racionalista, de inspiração iluminista, cuja matriz se encontrava no pensamento cartesiano. A descaracterização do direito natural ocorreu na primeira metade do século XIX pelo historicismo, “que surgiu e se difundiu particularmente na Alemanha entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, sendo o seu maior expoente Savigny”. Apesar do historicismo ser uma corrente distinta do positivismo, de acordo com Bobbio, foi ela que desconstruiu o direito natural, dando o necessário impulso ao desenvolvimento da corrente positivista do direito.

Conforme afirma Bobbio (1995, p. 45), a primeira obra de expressão da escola histórica é de Gustavo Hugo (também alemão, como Savigny) de 1798, intitulada *Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo*. No entanto, aduz Bobbio que o inglês John Austin é considerado o fundador do positivismo jurídico propriamente dito, cuja segunda obra fundamental, de 1832, tem o mesmo título do livro de Hugo.

A obra de Hugo, conforme afirmação de Bobbio, assinala a passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista. Para Hugo, o direito natural não é concebido como um sistema normativo autossuficiente, “como um conjunto de regras distinto e separado do sistema do direito positivo, mas sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo”. Com a redução do direito natural à filosofia do direito positivo, a tradição jusnaturalista é esgotada, sendo, o direito positivo, o direito posto pelo Estado. (BOBBIO, 1995, p. 46).

Norberto Bobbio (1995, p. 135) aduz que “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”. Afirma o autor que “a

característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato”. A ciência deseja um conhecimento *objetivo* da realidade, e se a metodologia do direito positivo não for adotada, “não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito” (BOBBIO, 1995, p. 238).

Na perspectiva do positivismo jurídico, conforme explica Celso Lafer (1988, p. 71), o Direito “pode ser encarado como um sistema independente e analisado a partir de um ângulo interno, sem a necessidade de se recorrer a ingredientes extrassistêmicos e, portanto, extrajurídicos para definir o que é direito”. De acordo com o autor (p. 73-74), no mundo contemporâneo, o que caracteriza o Direito Positivo é a sua contínua mudança e, “por isso, não é possível identificar o jurídico pelo seu conteúdo”. Assim, surge a “necessidade de conhecer, identificar e qualificar as normas como jurídicas pela sua forma”.

A este problema prático, segundo Lafer (1988, p. 74), “Kelsen deu uma resposta teórica de admirável rigor, ao elaborar, no âmbito da teoria pura o princípio dinâmico do Direito”. Este princípio estabelece que “uma norma é válida não porque tem um certo conteúdo, mas sim porque foi formalmente criada de acordo com as normas previstas no ordenamento”.

Para Kelsen (2011, p.121), o “ordenamento jurídico é um sistema de normas jurídicas”, e o que fundamenta a unidade desta pluralidade de normas que pertencem a um determinado ordenamento é a norma fundamental, fundamento último da validade do sistema. Esta norma fundamental, portanto, constitui a unidade na pluralidade do sistema.

Segundo o autor, “o direito só vale como direito positivo, ou seja, como direito regulamentado”. Prossegue dizendo que “da necessidade de ser regulamentado e de sua decorrente autonomia em relação à moral e de sua validade como sistema de normas provém a positividade do direito; daí a diferença essencial entre o direito positivo e o denominado direito natural (...)” (KELSEN, 2011, p. 123). Essa separação do direito da moral é uma característica marcante do direito positivo, e o seu principal contraponto em relação ao direito natural.

Santi Romano, jurista italiano, também positivista, em 1946, desenvolveu uma teoria sobre o conceito de Direito, onde o define como sendo uma *instituição* que constitui um *ordenamento*. Antes de Santi Romano, ‘ordenamento’ significava apenas um conjunto de normas. Para o autor, entretanto, o ordenamento jurídico não é apenas a soma de várias partes, mas uma unidade, concreta e efetiva, que deve ser reconhecida como algo diferente dos elementos materiais que o compõem (ROMANO, 2008, p. 67).

O conceito de direito, para o autor, deve conter a ideia de sociedade, de ordem social, e de uma unidade concreta e efetiva de normas, sendo, o ordenamento, um todo unitário, que não

se confunde com os seus componentes. Assim, o “direito não é ou não é somente a norma posta, mas sim a entidade que a põe”, uma vez que “o processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não se inicia com a emanção de uma regra, mas no momento anterior” (ROMANO, 2008, p. 72).

Segundo Celso Lafer (1988, p. 73), a teoria de Santi Romano “representou um novo patamar para a elaboração doutrinária de uma Teoria Geral do Direito formal”. Inclusive o autor introduziu uma inovação terminológica que passou, frequentemente, a substituir termos como lei e Direito. “A teoria do ordenamento posterior a Santi Romano configurou-se como uma teoria formal do direito, que se ocupa das normas e dos ordenamentos na sua estrutura, e não no seu conteúdo”.

De acordo com Gregorio Peces-Barba Martínez (2009, p. 31), o tempo do positivismo se estende pelo século XIX e se prolonga até Kelsen, no século XX, sem volta estável e consolidada ao direito natural, como pretenderam os autores da reação antimoderna e tradicionalista, contrária aos valores do direito positivo e do Estado liberal democrático. O movimento de volta ao direito natural adquiriu força novamente depois das grandes catástrofes que ocorreram na Segunda Guerra Mundial, como o holocausto, as bombas atômicas e a morte de milhões de civis, dentre outros acontecimentos. No entanto, a presença decisiva do poder soberano na formação do direito moderno, na opinião do autor, tornou impossível a volta ao jusnaturalismo.

Cançado Trindade (2015a, p. 12-13) aduz que “a personificação do Estado todopoderoso, inspirada na filosofia do direito de Hegel, teve uma influência nefasta na evolução do Direito Internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX”. Explica o autor que “esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado, e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional”. O positivismo jurídico identificou-se com a ideia da soberania estatal absoluta, o que levou à onipotência do Estado, sem qualquer responsabilidade no âmbito internacional, resultando no cometimento de sucessivas atrocidades contra os seres humanos.

Por outro lado, com opinião distinta daquela do autor espanhol Peces-Barba, argumenta Cançado Trindade (2015a, p. 13) que, desde Hugo Grotius aos nossos dias, “a tradição jusnaturalista do Direito Internacional jamais desapareceu; superou todas as crises por que este passou”, sempre estando presente “na doutrina jusinternacionalista mais lúcida, que dá testemunho constante de seu perene renascimento como reação da consciência humana contra as sucessivas atrocidades cometidas contra o ser humano”, que foram consequência da “subserviência e covardia do positivismo jurídico”.

Segundo o autor, apesar do mundo contemporâneo ser inteiramente distinto do que existia à época dos fundadores do Direito Internacional, “não há como negar que a aspiração humana permanece a mesma, qual seja, a de construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça” (CANÇADO TRINDADE, 2015a, p. 13).

Os autores positivistas do pós Segunda Guerra Mundial passaram a entender o direito como um conjunto de normas positivas, mas que não podem ser desvinculadas de qualquer valoração moral ou de um senso de justiça. Para os autores “neopositivistas” não há direito para além das normas jurídicas, no entanto, as normas positivas, que constituem o arcabouço jurídico de uma sociedade devem ser dotadas de validade e de eficácia. Estes autores entendem que os fundamentos do direito positivo não podem ser dissociados dos aspectos históricos, sociológicos, econômicos e políticos, que determinarão a possibilidade ou não de realização dos direitos positivados, e a validade e eficácia da norma posta, num determinado tempo e espaço.

Bobbio, um dos principais expoentes da doutrina neopositivista, admite que existem três modos de se fundar os valores de uma norma: “deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; considerá-los como verdades evidentes em si mesmas; e, finalmente, a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso)”, considerando, o autor, que a apenas o último modo é dotado de legitimidade (BOBBIO, 2004, p. 26).

Norberto Bobbio (2004, p. 26-27) argumenta que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, uma vez que esta Declaração “representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”. Segundo o autor, “a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”.

Após a positivação dos direitos humanos na Declaração Universal, e considerando-se o consenso em relação à sua aprovação, para Bobbio (2004, p. 23), a partir de então, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Aduz o autor que:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos

ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 25)

Outro grande expoente da doutrina neopositivista do direito é Miguel Reale, jurista brasileiro que ficou internacionalmente conhecido pela sua *Teoria Tridimensional do Direito*, publicada originariamente em 1967. Inspirado em Bobbio, autor que cita recorrentes vezes em sua obra, e em outros autores neopositivistas tridimensionalistas como como Emil Rask, Gustav Radbruch, Paul Roubier, Giorgio Del Vecchio, etc., Reale desenvolve uma teoria onde demonstra que o fenômeno jurídico decorre de um *fato* social, que recebe uma carga de *valor*, atribuída pelo homem, antes de tornar-se *norma*, superando o normativismo jurídico estrito, decorrente do positivismo Kelseniano, que predominava entre os filósofos de sua época. O tridimensionalismo do direito, portanto, abarca a interconexão entre *fato*, *valor* e *norma* na essência do fenômeno jurídico.

O autor rechaça a historicidade pura do direito, enquanto entende que apenas a norma positivada compõe o arcabouço jurídico, mas esta deve ser dotada de validade e de eficácia. Nas palavras de Miguel Reale (2003, p. 89) “que o direito seja *fato histórico-cultural*, eis um ponto com o qual estou de pleno acordo: mas é fato histórico-cultural, ou produto da vida humana objetivada, somente enquanto os *fatos* humanos se integram *normativamente* no sentido de certos *valores*”.

O espanhol Gregorio Peces-Barba Martínez também se destaca como outro grande nome neopositivista, apresentando-se como um adepto do *positivismo jurídico corrigido*. Para ele, *o direito é um sistema normativo*, ainda que valorizando as abordagens sociológicas e axiológicas que se concretizam em cenários regionais e, por isso, a dimensão normativa deve considerar a realidade social e os valores e as finalidades do Direito para alcançar uma visão integrada e matizada, superando a rigidez de uma estrita doutrina pura do Direito (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2009, p. 28-29).

Para Peces-Barba, um sistema jurídico justo (ou que tenda à justiça) é sempre um sistema apoiado no poder democrático, o do Estado parlamentar representativo, que não tem concorrência de nenhum outro modelo alternativo, pelo menos até agora (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2009, p. 32-33).

O autor aceita a importância histórica do direito natural e das posições que consideram a justiça nos casos concretos, mas as descarta como sendo dimensões centrais de uma definição de Direito na modernidade, porque estas posições ignoram o papel decisivo que ocupa o poder e a ideia de soberania para a formação do Direito moderno, conforme trecho infra transcrito:

Aceptando la importancia histórica del Derecho natural y de las posiciones tópicas, del Derecho vinculado a lo que es justo en el caso concreto, las descarto como dimensiones centrales de una definición del Derecho a partir del tránsito a la modernidad, porque ignoran el papel decisivo que ocupa el poder, la idea de soberanía para la formación del Derecho moderno. La comprensión de la relación del Derecho con el poder y con la moral y de su característica propia de ser un sistema u ordenamiento de normas jurídicas condiciona una aproximación correcta (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2009, p. 29)³.

Em estudo realizado por Rafael de Asís Roig, colega de Peces-Barba, sobre a concepção de direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba Martínez, afirma o autor que se trata de um modelo *dualista*, assim determinado porque leva em consideração duas perspectivas dos direitos, no momento de concebê-los e justificá-los: a perspectiva ética e a perspectiva jurídica. Dito de outra maneira, para Peces-Barba o discurso dos direitos se desenvolve tanto no âmbito ético como no jurídico, se concebendo como instrumentos normativos (norma jurídica) que se apoiam e se justificam em razões de índole moral (ROIG, 2008, p. 391-392). Segundo o autor:

Los derechos se conciben, en el dualismo, como instrumentos que se apoyan y se justifican en razones de índole moral. No cabe hablar así de derechos cuando no es posible aportar razones morales que sirvan para justificarlos. La consideración de los derechos como instrumentos justificados éticamente convierte el discurso de los derechos en un discurso complejo (empapado de todos los problemas de los discursos morales), pero al mismo tiempo, sirve para dotar de fuerza y consistencia a los derechos.

E, igualmente para el dualismo, los derechos son instrumentos que se apoyan y que necesitan del Derecho, en el sentido de que no cabe hablar de ellos si no encontramos referentes jurídicos que los soporten o, si se prefiere, si no podemos aportar razones jurídicas que sirvan para justificarlos (ROIG, 2008, p. 392)⁴.

O modelo dualista de Peces-Barba utiliza, de acordo com Roig (2008, p. 392), juntamente com a dimensão ética e a jurídica, outras dimensões essenciais para a sua

³ Aceitando a importância histórica do direito natural e das posições tópicas do Direito, vinculado ao que é justo no caso concreto, as descarto como dimensões centrais de uma definição do Direito a partir da transição para a modernidade, porque ignoram o papel decisivo que ocupa o poder, a ideia da soberania para a formação do Direito moderno. A compreensão da relação do direito com o poder e com a moral, e de sua característica própria de ser um sistema ou ordenamento de normas jurídicas, determina uma abordagem correta.

⁴ Os direitos se concebem, no dualismo, como instrumentos que se apoiam e se justificam por razões de índole moral. Não cabe falar, assim, de direitos, quando não é possível fornecer razões morais que sirvam para justificá-los. A consideração dos direitos como instrumentos justificados eticamente, converte o discurso dos direitos em um discurso complexo (embebido de todos os problemas dos discursos morais), mas, ao mesmo tempo, serve para dotar de força e consistência aos direitos. E, igualmente para o dualismo, os direitos são instrumentos que se apoiam e precisam do Direito, no sentido de que não cabe falar deles se não encontrarmos referências jurídicas que os suportem, ou, se preferir, se não podemos fornecer razões jurídicas que sirvam para justificá-los.

compreensão que são: a história, o poder político e o âmbito social, que também devem ser contemplados como realidades sociais. Assim, só se cabe falar em Direito quando se trata de pretensões morais justificadas eticamente, incorporadas ao ordenamento jurídico (normas) e suscetíveis de ser eficazes em uma determinada realidade social e em um determinado âmbito político. Adverte Roig que, na realidade, a utilização das três perspectivas nos últimos trabalhos de Peces-Barba tem servido para caracterizar sua teoria sobre os direitos como *tridimensional*.

Dessa forma, a teoria de Peces-Barba se aproxima da teoria dos demais autores neopositivistas tridimensionalistas.

3.3 Teoria Historicista

Do contraste entre os *jusnaturalistas*, que alçam o direito ao aspecto puramente valorativo e moral das normas e os *juspositivistas*, que atribuem validade às normas pela sua forma e não por seu conteúdo, apenas por ter passado pelo devido processo previsto no ordenamento jurídico para a sua formação, resultou a posição intermediária, que deu origem à *corrente historicista* ou *realista* do direito. Tais filósofos historicistas estabeleceram uma ponte entre a formalidade da norma posta e o valor atribuído a estas, que é o mundo da *cultura* ou da *história*, que, de acordo com Miguel Reale (2003, p. 42), “é o complexo de bens espirituais e materiais constituído pela espécie humana através dos tempos”.

Os teóricos do historicismo jurídico atribuem à situação histórica, temporal, cultural, espacial, política e jurídica de um determinado Estado e da própria sociedade internacional, a possibilidade de se conferir eficácia aos direitos humanos. Pérez Luño (1983) nomeia de “realistas” as correntes historicistas de direitos humanos e aduz que, para estas correntes, as condições de democracia política e econômica devem servir de marco para o desfrute dos direitos humanos, assim como as condições jurídicas e sociológicas podem influenciar decisivamente na vigência em escala nacional e internacional destes direitos, conforme trecho infra transcrito:

Así, desde enfoques que globalmente pueden ser denominados realistas, se insiste en el plano político en las condiciones de democracia política y económica que deben servir de marco para un disfrute efectivo de los derechos humanos; en el jurídico, en los instrumentos y mecanismos de garantía que van a dar la medida real de su disfrute; y en el sociológico en la sensibilización de la opinión pública que, con su presión sobre los poderes públicos, puede influir decisivamente en la vigencia a escala nacional e internacional de tales derechos (PÉREZ LUÑO, 1983, p. 8).

De acordo com Bidart Campos (1989, p. 334-335), houve um momento na história que se tornou comum a ocorrência de se inscrever os direitos em uma declaração, o que não existia em tempos anteriores. A partir deste momento, esta prática adquiriu características universais. Deve-se admitir, sem dúvida alguma, que este fenômeno tenha sido histórico, porque apareceu historicamente em uma data suficientemente precisa.

Um outro fenômeno histórico e moderno que vivemos é a prática de que a inscrição dos direitos em uma declaração se torna contagiosa e se expande progressivamente. Culturalmente, devemos reconhecer as consequências sociológicas de uma circulação dos modelos e a recíproca de uma osmose ou permeabilidade para assimila-los e imita-los extraterritorialmente. Juridicamente, este mesmo dado sociocultural mostra fontes estrangeiras que influenciam o direito de cada Estado, expandindo-se de modo que, hoje, estende-se a praticamente todo o planeta Terra. E a mímica se tornou tão acentuada, especialmente depois da criação da ONU, que todos as constituições dos Estados, incluem, de alguma forma, uma declaração de direitos. Muitas vezes trata-se de uma farsa, porque não se trata de democracias, mas, pelo menos a ficção vale como testemunho de que existe um consenso geral a favor dos direitos humanos no contexto universal e que nenhum Estado se atreve a contradizê-lo, ao menos em seus textos legais, sob cuja máscara se incorpora à organização internacional (BIDART CAMPOS, 1989, p. 336).

Michel Villey (2016, p. 3) aponta os direitos humanos como sendo um “antídoto ao positivismo jurídico”, que nasceu paralelamente “à produção dos Códigos dos grandes Estados modernos”, com as *Declarações dos Direitos Humanos*, tendo início nos Estados Unidos da América, por volta de 1776. Segundo Villey (2016, p. 6), “os direitos humanos não são ‘direitos’ no sentido do positivismo jurídico, mas um ideal”.

O fato histórico de incorporação maciça dos direitos humanos previstos nas declarações e tratados internacionais nos ordenamentos jurídicos de quase todos os Estados do planeta, no entanto, não é, de forma alguma, prova da realização e da efetivação destes direitos em âmbito mundial. Basta olharmos à nossa volta para percebermos que a efetivação “universal” dos direitos humanos está muito distante de ocorrer.

Assim inicia o primeiro capítulo da sua *Teoria Crítica*, Helio Gallardo (2014, p. 17), quando afirma que “partimos da constatação de um fato: a *distância*, quando não o abismo, ou seja, a *ruptura*, entre o que *se diz* e o que *se faz* no campo de direitos humanos”.

Helio Gallardo (2014, p. 11), importante expoente desta corrente filosófica, afirma que, para se construir uma cultura de direitos humanos, exige-se um esforço político permanente. Para o autor, “determinar direitos humanos como um fenômeno político significa radica-los na

sociedade humana, traçar seu fundamento sócio-histórico e integrador e, no mesmo movimento, estimar sua universalidade como projeto, irradiação e processo”. No entanto, constata que “a apreciação mais difundida sobre estes direitos os reivindica como inatos ou naturais, próprios da espécie e de cada indivíduo, e justifica-os pela dignidade inerente à condição humana”, o que é uma grande falácia.

Gallardo é um grande crítico da concepção inata (jusnaturalista) dos direitos humanos, porque, de fato, tais direitos não são algo dado pela própria natureza, mas advindos de uma postura política que deseja e persegue a sua efetivação. Entende ele que “a concepção sócio-histórica indica que o fundamento dos direitos humanos está em outro mundo possível, derivado das lutas das diversas sociedades civis emergentes modernas”. Estas lutas que fundamentam os direitos humanos são as capazes de conseguir a judicialização de suas demandas, com a respectiva incorporação dos direitos na cultura dominante e no cotidiano que se segue e potencializa sua reprodução (GALLARDO, 2014, p. 11-12).

Joaquín Herrera Flores se destaca, contemporaneamente, como um dos maiores expoentes da corrente historicista dos direitos humanos. De acordo com Herrera Flores (2009, p. viii), “os direitos humanos têm uma origem histórica resultante do processo cultural de reação que os seres humanos colocam em funcionamento em suas constantes relações com os outros seres humanos, com a natureza e com eles mesmos”. O autor define os direitos humanos como sendo “a colocação em prática de processos (sociais, econômicos, políticos, normativos) que abram ou consolidem espaços de luta pela dignidade”.

Explica Herrera Flores (2009, p. 1-2) que “toda formação social constitui um processo cultural, ou seja, uma forma particular e concreta de reagir diante dos entornos de relações que seus componentes mantêm entre eles, consigo e com a natureza”. Cada formação social constrói suas vias para a dignidade. Assim, toda forma de reação diante da realidade sempre há de ser considerada tão cultural quanto qualquer outra forma de reação diante do mundo. Todas as formas de relação com o mundo devem ser consideradas como relações culturais, “quebrando com isso toda pretensão de uniformidade e homogeneização do mundo em que vivemos”.

Para Herrera Flores (2004, p. 363), os problemas culturais se vinculam diretamente aos problemas políticos e econômicos, pois “a cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como se constituem e se desenvolvem as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e um espaço determinados”.

Segundo Herrera Flores (2009, p. 2-3), “para começar a falar de direitos humanos como produtos culturais, é preciso tomar consciência do diferente. Assumir isso não é tarefa fácil”. O

autor propõe que os direitos humanos são “um produto cultural surgido em um contexto concreto e preciso de relações que começa a expandir-se por todo o globo, desde o século XV até estes incertos inícios do século XXI, sob o nome de modernidade ocidental capitalista”. Tais direitos, em determinados momentos cumpriram um papel legitimador deste novo sistema de relações e, em outros momentos, desempenharam o “papel de mobilização popular contra a hegemonia que o capital veio impondo durante seus cinco séculos de existência”.

No ocidente, de acordo com Herrera Flores, a forma hegemônica de relação social, capitalista, teve uma vocação globalizadora e dominante de forma muito mais intensa do que nas outras regiões do mundo, impondo uma forma de *ideologia-mundo* que se colocou como superior a qualquer outra forma de percepção da realidade.

Para Boaventura de Souza Santos, “a hegemonia dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana é hoje incontestável. No entanto esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos” (SANTOS, 2014, p.15).

Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 16-17), outro crítico da concepção inata dos direitos humanos, afirma que a concepção hegemônica de direitos humanos está vinculada à matriz liberal e ocidental destes. O autor concebe as versões dominantes do direito “da modernidade ocidental como construídas a partir de um pensamento abissal, um pensamento que dividiu abissalmente o mundo entre sociedades metropolitanas e coloniais”. Com essa divisão, o discurso de emancipação dos direitos humanos foi historicamente concebido para vigorar apenas nas metrópoles. Com o fim do colonialismo histórico, essa linha abissal, longe de ter sido eliminada, tomou outras formas como o racismo, a xenofobia, o neocolonialismo, o terrorismo, os trabalhadores imigrantes sem documentos, candidatos a asilo ou cidadãos vítimas de políticas de austeridade ditada pelo capital.

Por outro lado, Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 17-18) afirma que, nas metrópoles, o direito e os direitos têm uma genealogia revolucionária, uma vez que as revoluções americana e francesa foram feitas em nome da Lei e do direito, cujo conceito adequava-se bem ao individualismo burguês emergente, “que tanto a teoria liberal como o capitalismo tinham por referência”. Assim, o autor afirma que é “fácil ser-se levado a pensar que a hegemonia de que hoje gozam os direitos humanos tem raízes muito profundas, e que o caminho entre então e hoje foi um caminho linear de consagração dos direitos humanos como princípios reguladores de uma sociedade justa”.

Partindo destas premissas, Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 18 e ss.) concebe a ideia de um consenso anunciado sobre os direitos humanos assentada em quatro ilusões: a

teleológica, onde a ilusão consiste em pensar os acontecimentos históricos como se tivessem sido linearmente orientados para conduzir ao consenso sobre os direitos humanos; o *triumfalismo*, que traduz a ideia de que a vitória dos direitos humanos é um bem humano incondicional, pois os direitos humanos são superiores a todas as outras possibilidades já aventadas para garantir a dignidade humana, como o socialismo, o comunismo e as revoluções; a *descontextualização*, uma vez que os direitos humanos vêm sendo utilizados como discurso e como arma política em contextos muito distintos e com objetivos contraditórios; e, por fim, o *monolitismo*, que consiste em negar ou minimizar as tensões e até mesmo as contradições internas das teorias direitos humanos (como direitos “do homem” e “do cidadão”, prevista na declaração francesa de 1789, e os direitos “individuais” e “coletivos”).

Em obra conjunta, Boaventura de Sousa Santos e Marilena Chauí (2013, p. 50-51) apontam uma quinta ilusão à hegemonia dos direitos humanos, que é o *antiestatismo*. Os direitos humanos surgem como uma reação ao Estado absolutista, impondo uma postura negativa por parte do Estado. No entanto, com o surgimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, passa-se a exigir uma prestação positiva por parte do Estado para a efetivação destes direitos. Com o neoliberalismo e a globalização, o Estado se reorganiza, “diluindo a sua soberania, submetendo-o à crescente influência de poderosos atores econômicos nacionais e internacionais, fazendo com que os mandatos democráticos sejam subvertidos por mandatos de interesses minoritários, mas muito poderosos”.

Para os autores, num contexto onde há a diluição do poder político e do poder econômico, “a centralidade do Estado na discussão dos direitos humanos não permite estabelecer o nexo de causalidade entre poderosos atores não estatais e algumas das mais massivas violações de direitos humanos (...)”. Com a reconfiguração do poder do Estado decorrente do novo cenário mundial, torna-se obrigatório que “na identificação e na punição das violações de direitos humanos sejam incluídas as ações daqueles cujo poder econômico é suficientemente forte para transformar o Estado num dócil instrumento dos seus interesses” (SANTOS; CHAUI, 2013, p. 52).

Samuel Moyn construiu uma teoria dos direitos humanos como *utopia*, como a grande missão política que surge após o colapso de diversas outras tentativas prévias de garantia da dignidade humana. Nas palavras do autor “os direitos humanos surgem como a última utopia, mas não a partir do zero: eles apareceram somente após outras utopias, talvez mais inspiradoras, terem falhado” (MOYN, 2014).

De acordo com Samuel Moyn (2014), ainda que possa parecer estranho “dizer que a imaginação utópica tem que ser originada no mundo real”, quando se trata de direitos humanos

“fica claro que a utopia e a realidade, além de não serem excludentes, dependem uma da outra”. Afirma o autor que “a esperança encarnada em normas e movimentos de direitos humanos, germinada na última metade do século XX, surgiu a partir de uma avaliação realista do tipo de utopia capaz de fazer a diferença”. No entanto, preocupa-se que “os direitos humanos tenham se conformado *excessivamente* com a realidade”, tendo se mostrado tão “minimalistas em suas propostas para mudar o mundo que foram facilmente neutralizados e foram até mesmo usados como justificativas por exemplo, em guerras que serviram a outros interesses para escolhas que seus defensores originais não previram.”

Aduz Moyn (2014) que, “os direitos humanos, como nós os conhecemos, nasceram ontem”, tendo se cristalizado “na consciência moral das pessoas apenas na década de 1970, (...) principalmente como resultado da decepção generalizada com formas anteriores, até então mais inspiradas, do idealismo, que estavam fracassando”. Na década de 1970, com a divisão da Europa pela Cortina de Ferro e o colapso da dissidência estudantil no Ocidente, “não parecia viável sonhar com um mundo melhor da mesma maneira que antigamente, ou seja, propondo uma alternativa política real e controversa”. Neste contexto de dominação e opressão do comunismo, os direitos humanos se consolidam como uma opção “‘antipolítica’ para resistir e indiciar o Estado comunista”. No Ocidente, os direitos humanos também surgem, na mesma época, como ideologia moral, especialmente para uma “América que buscava se recuperar do desastre autoimposto que foi o Vietnã”.

Para Samuel Moyn (2014), os direitos humanos surgem como uma utopia, uma ideologia, que passou a fazer sentido em um mundo de Estados descolonizados, e “apenas após terem tentado alternativas anteriormente, como o socialismo, e desistido delas em desespero”. O idealismo dos direitos humanos “é nascido da decepção, e não do horror ou da esperança”. Afirma o autor que “claramente, considerar os direitos humanos internacionais como dádivas divinas ou um advento natural, ou até mesmo como um legado de contínuo discernimento moral após o horror genocida da Segunda Guerra Mundial, é um equívoco”.

Os autores historicistas, por basear suas observações na realidade, são unânimes em afirmar que os direitos humanos não são efetivados. De acordo com Michel Villey (2016, p. 5), “os ‘direitos do homem’ são *irreais*. Sua impotência é manifesta. A Constituição Francesa ou seus preâmbulos proclamam o direito ao trabalho, há na França um milhão e meio de desempregados (...)”. Herrera Flores (2009, p. 4), afirma que “depois de sessenta anos de vigência de uma declaração de direitos humanos que se autoproclama como universal, os direitos humanos seguem sem cumprir-se em grande parte do nosso mundo”. Segundo Herrera Flores:

A história dos descumprimentos dos direitos é tão longa, tão continuada e, desafortunadamente, tão atual, que não é preciso sequer se aprofundar mais nela. Consultemos unicamente os informes anuais promovidos pelas Nações Unidas e constataremos o abismo cada vez maior que existe entre o proclamado na declaração e as realidades concretas nas quais vivem quatro quintas partes da humanidade. Por muito que as filosofias idealistas e jusglobalizadoras que predominam em tal texto tentem escamotear o peso fatal desta realidade, esta irrompe em nossas vidas cada vez que abrimos os olhos e contemplamos o que ocorre ao nosso redor. Os idealismos e espiritualismos que se proclamam a encarnação da condição humana (abstraída, está claro, de seus contextos e circunstâncias particulares) nunca poderão substituir o real.

As soluções apontadas para que os direitos humanos possam vir a se tornarem efetivos passa pelas lutas e pela mudança do pensamento hegemônico de direitos humanos, que hoje domina o mundo. Herrera Flores (2009, p. 5-6) aduz que urge um “pensamento sintomático e afirmativo que irrompa sobre o real mostrando as contradições e fissuras da ordem hegemônica, a partir das quais se construirá a alternativa”. Atualmente, vivemos em um mundo subsumido ao capital, e a subsunção ideológica ao capital produziu um pensamento único onde os direitos humanos se apresentam como um “conjunto de propostas normativas universalistas”, “absolutamente abstraídas de nossa realidade concreta”. O autor propõe que a luta pelos direitos humanos contra hegemônicos deve ocorrer com as mesmas armas dos capitalistas: a ideologia.

Para Herrera Flores (2004, p. 367-368), as visões abstratas (universalistas) e as visões localistas (culturalistas) dos direitos humanos enfrentam um problema comum: o do contexto.

Para a primeira, há uma falta absoluta de contexto, vez que se desenvolve no vazio de um existencialismo perigoso por não se considerar como tal, mas fala de fatos e dados "da" realidade. Para a segunda, há um excesso de contexto que, ao final, se esfumaça no vazio, provocando a exclusão de outras perspectivas: outro existencialismo que somente aceita o que inclui, o que incorpora e o que valora, excluindo e desdenhando o que não coincide com ele (HERRERA FLORES, 2004, p. 367-368).

Herrera Flores (2004, p. 366) propõe uma visão complexa da construção dos direitos humanos, que supere a “polêmica entre o pretensão universalismo dos direitos e a aparente particularidade das culturas”, uma vez que, para o autor, “ambas as afirmações são produtos de visões reducionistas da realidade”, que acabam por dogmatizar seus pontos de vista, não relacionando suas propostas com os contextos reais. Levando-se em consideração estas duas correntes de pensamento, torna-se relevante construir uma cultura dos direitos que recorra à universalidade das garantias e ao respeito pelo diferente. Nas palavras de Piovesan (2016, p. 240), “Joaquín Herrera Flores sustenta um universalismo de confluência, ou seja, um universalismo de ponto de chegada, e não de ponto de partida”.

Por isso, nossa visão complexa dos direitos aposta por uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há de se chegar - universalismo de chegada ou de confluência - depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas. Falamos do entrecruzamento, e não de uma mera superposição de propostas (HERRERA FLORES, 2004, p. 374-375).

Pérez Luño (1983, p. 66-67) defende uma fundamentação intersubjetiva dos direitos humanos, afirmando que os valores que informam o conteúdo dos direitos humanos não podem ser concebidos como um sistema fechado e estático de princípios absolutos situados na esfera ideal, anterior e independente da experiência, como pretende o objetivismo, nem podem reduzir-se ao plano dos desejos e interesses dos indivíduos, como propugna o subjetivismo. Explica o autor que a fundamentação intersubjetivista parte da possibilidade de estabelecer as condições em que a atividade discursiva da razão permite chegar a um certo consenso, aberto e passível de revisão sobre o fundamento dos direitos humanos. Um consenso que, longe de traduzir-se em fórmulas abstratas e vazias recebe seu conteúdo material do sistema de necessidades básicas ou radicais, que constitui seu suporte antropológico.

Esta postura corresponde, segundo o autor, à reflexão crítica sobre a práxis histórico-social na que o direito e os valores ético-jurídicos (portanto, também os direitos humanos) surgem e se desenvolvem, o que implica atribuir à fundamentação dos direitos ao desenvolvimento multilateral e consciente das necessidades humanas que emergem da experiência concreta da vida prática (PÉREZ LUÑO, 1983, p. 68).

Apesar de defender uma postura histórica dos direitos humanos, Pérez Luño (1983, p. 68) atribui a estes direitos um caráter de universalidade, uma vez que justifica que as necessidades humanas, enquanto dados social e historicamente vinculados à experiência humana, possuem uma objetividade e uma universalidade que possibilitam sua generalização, através da discussão racional e do consenso, medida em que difere dos demais autores historicistas e se aproxima da corrente jusnaturalista.

Herrera Flores (2009, p. 8), por outro lado, opõe-se a todo e qualquer *humanismo abstrato*, “que proponha uma ideia da condição humana como algo eterno e uniforme que vai se esclarecendo por si mesma, ou apoiada em alguma racionalidade privilegiada e universal” e aposta em um *humanismo concreto*, “em uma condição humana sustentada nessa capacidade

de fazer e desfazer mundos, de irromper no real com nossas teorias e nossas práticas sociais, que nos faz sermos seres humanos completos”.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

4.1 Afirmação e consolidação dos direitos humanos

Os direitos humanos são um produto da época e da filosofia moderna, surgido no século XVII.

A queda do império romano do ocidente, no ano de 453 da era cristã, inaugurou uma nova civilização, constituída pelos valores cristãos e estruturada em estamentos rígidos (clero, nobreza e povo): a Idade Média, dividida, historicamente, em dois períodos. A Alta Idade Média, período que avançou até o século XI d.C., foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo.

A partir do século XI o sistema feudal entrou em decadência devido às inovações tecnológicas no setor agrícola. A partir de então, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política e territorial e de reivindicações de concentração de poder pelos reis. Os abusos dessa reconcentração de poder fizeram surgir as primeiras manifestações de rebeldia: a Declaração das Cortes de Leão, de 1188, na península ibérica e a Magna Carta, de 1215, na Inglaterra. Os valores reivindicados eram principalmente a liberdade e a limitação do poder do rei pela lei, liberdades estas conquistadas, em um primeiro momento, pelo clero e pela nobreza. A limitação do poder do governante por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, e pelos direitos subjetivos dos governados, iniciada nestes documentos medievais, consiste na pedra angular para a construção da democracia moderna (COMPARATO, 2015, p. 92).

De todos os documentos medievais, segundo Pérez Luño (2004, p. 34), sem dúvida, o que alcançou maior significado para a posteridade foi a Magna Carta, contrato estabelecido entre o rei João Sem Terra e os bispos e barões da Inglaterra. Segundo Comparato (2015, p. 92), a Magna Carta expressamente reconhecia “que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero - existiam independentemente do monarca e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele”

A população começou a crescer e os habitantes começaram a lucrar devido ao aumento da produtividade pela tecnologia. A partir daí, começaram a se formar vilas ao redor dos castelos, onde se concentravam os artesãos e comerciantes, que deram origem aos primeiros burgos, gérmen do sistema capitalista, que se tornaram, desde logo, o território da liberdade pessoal. “Concomitantemente, entre o século XI e o século XIII, a Europa medieval viveu um período fecundo em invenções técnicas, que revolucionaram toda a estrutura produtiva” (COMPARATO, 2015, p. 59).

O advento da modernidade foi marcado por três grandes eventos, que provocaram radicais mudanças de paradigmas: a Revolução Científica, onde o homem descobre que a Terra não é o centro do Universo; as Grandes Navegações, onde o homem descobre que a Europa não é o centro do mundo, e a Reforma Protestante, onde a igreja católica deixa de ser o centro da civilização (BITTAR; SOARES, 2004).

Para Michel Villey, os direitos humanos têm como primeira fonte uma teologia cristã, mas uma teologia desviada, pois o homem passa a tentar compreender Deus através da razão e, com a ruptura da Inglaterra e de metade da Europa com a igreja católica, ocasionada pela reforma protestante, aumenta o desprezo pela tradição religiosa. Anuncia-se a religião do homem sem Deus, vez que, na modernidade, transfere-se ao homem a adoração anteriormente conferida a Deus. Para o autor, não foi o catolicismo o berço dos direitos humanos, “mas glorificar o Homem, o Progresso da história humana, forjar a nova Trindade expressa por essas três palavras: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, talvez seja uma consequência da mensagem do evangelho” (VILLEY, 2016, p. 138).

O início da Idade Moderna também é marcado por uma extraordinária retomada da concentração do poder, o que culminou com o surgimento dos Estados-nação e do absolutismo monárquico, que se tornou uma forma de governo hegemônico em toda a Europa e, reflexamente, também nas colônias europeias.

Nesse cenário, o século XVII foi integralmente marcado como um tempo de “crise da consciência europeia”, como uma época de profundo questionamento das certezas tradicionais, e que fez ressurgir, primeiramente na Inglaterra, o sentimento de liberdade, alimentado pela memória de resistência à tirania declarada na Magna Carta, de 1215. Dois documentos de extrema importância para garantir as liberdades pessoais promulgados no final do século: o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689, pela formulação mais geral e abstrata de ambos do que a observada na Magna Carta, acabaram por aproveitar, e muito, à classe burguesa que despontava como uma classe rica (COMPARATO, 2015).

As numerosas mudanças de paradigmas que marcaram a transição da Idade Média para a Idade Moderna resultaram na ausência de um centro e de um referencial único que diga ao homem como se comportar. A solução dada a esse problema é o surgimento da ideia de sujeito e de indivíduo, pois, como não existe mais um centro único que oriente a ação de todos, cada um deve orientar sua própria ação (BITTAR; SOARES, 2004).

O indivíduo tem existência independente da sociedade, e passa a prevalecer sobre ela, ao contrário do que ocorria na Antiguidade e na Idade Média, onde havia uma procedência ontológica da parte sobre o todo. A separação do indivíduo da sociedade permitiu o

desenvolvimento da concepção do Contratualismo, uma vez que o contrato pressupõe a manifestação de vontade livre advinda de indivíduos distintos, pois não é possível que se contrate consigo mesmo, condição impensável na Antiguidade e na Idade Média, onde não havia uma nítida separação entre o indivíduo e a comunidade (BITTAR; SOARES, 2004).

De acordo com Bittar e Soares (2004), o indivíduo moderno se constrói por um processo de diferenciação; a sociedade deixa de ser homogênea e passa a ser caracterizada pelas diferenças. O indivíduo, retraído em sua subjetividade, deixa de ver o outro como semelhante. Ao contrário, a grande gama de projetos e valores divergentes que surgem com a pluralidade de indivíduos, dificilmente serão tolerados pelos demais. O individualismo e o egoísmo são características do homem moderno.

Thomas Hobbes é o grande defensor desta teoria. Para Hobbes, a natureza criou os homens iguais nas faculdades do corpo e do espírito, e mesmo que haja uma distribuição equitativa dos bens, o homem não se contenta com a parte que lhe cabe. Por serem iguais, quando desejam a mesma coisa, tornam-se inimigos e tratam de eliminar ou subjugar os outros para alcançarem o que desejam, usando a violência. Por isso, quando não existe um poder para controlar os ímpetus humanos, o que ocorre no “estado de natureza”, temos a condição de uma guerra de todos contra todos (HOBBS, 2012).

Conforme afirmado por Michel Villey (2016), Thomas Hobbes é o primeiro filósofo moderno a definir o “direito do homem”, em sua obra maior, *O Leviatã*, que data do ano de 1651, no início do capítulo XIV, em passagem transcrita a seguir:

O direito natural, a que muitos autores comumente chamam de *jus naturale*, é a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida: conseqüentemente é a liberdade de fazer tudo aquilo que, segundo seu julgamento e razão, é adequado para atingir esse fim. (HOBBS, 2012, p. 107).

Hobbes considerava que o único direito natural do homem é a liberdade de agir ou de omitir. Para alcançar a paz, todos os homens abrem mão da sua liberdade, cedendo-a em prol do soberano que, ao governar e exercer um poder acima dos demais, os beneficiam com a segurança e a vida, estabelecendo-se, entre o governante e os governados, um contrato social.

Thomas Hobbes foi o primeiro filósofo de destaque do Contratualismo moderno, doutrina esta adepta ao *jusnaturalismo*, corrente filosófica que traduz a ideia de que o homem possui “direitos naturais”, inerentes à sua condição de ser humano, que retoma a ideia de direitos naturais, já defendida nas civilizações antigas. Hobbes, no entanto, era defensor do Estado Absolutista, e admitia a transferência, ao soberano, da liberdade, direito natural do

homem, com o objetivo de que o soberano, através de seu poder coercitivo, concedesse aos governados a segurança e a vida, evitando a guerra de todos contra todos.

O mais proeminente filósofo contratualista, entretanto, foi John Locke (1632-1704), que, assim como Hobbes, admite que, primitivamente, os homens viviam em um “estado de natureza”, individualmente, por si mesmos, governados pela razão.

Nem todas as pessoas no estado natural, no entanto, se sujeitam à lei comum da razão, mas algumas se deixam levar pela lei da força e da violência, e, por meio dela, tentam se apropriar dos bens e da liberdade de outrem, neste último caso, o escravizando. “Disso resulta que aquele que tenta impor a outro o poder absoluto, põe-se em estado de guerra em relação a ele” (LOCKE, 2002, p. 23). O “estado de guerra”, que para Locke não se confunde com o “estado de natureza”, trata-se de uma condição de inimizade e destruição, onde um indivíduo declara intenções de tentar contra a vida do próximo, podendo mesmo aniquilá-lo.

De acordo com John Locke, não há, no estado natural, uma proteção à vida, à liberdade e à propriedade privada, não havendo a quem apelar em caso de violação a tais direitos, senão para “o céu”, e, por isso, os homens, neste estado, vivem sem segurança e sem progresso, pois estão sujeitos a que se instale, a qualquer momento, o estado de guerra. Assim, evitar o estado de guerra “é motivo decisivo e bastante para que homens se reúnam em sociedade, abandonando o estado de natureza” (LOCKE, 2002, p. 26).

John Locke, no entanto, ao contrário de Thomas Hobbes, era defensor dos ideais liberais. Para Locke, quando certo número de homens constitui uma comunidade através do consentimento individual de todos, o poder de agir do governante apenas ocorre pela vontade e resolução da maioria, e deve se submeter à vontade do parlamento, poder supremo de uma sociedade. O objetivo do governo é o bem dos homens, e este deve garantir a liberdade individual, a vida e a propriedade, direitos naturais do homem. De acordo com Bobbio (2004, p. 28), para Locke, o estado civil é uma criação artificial, que não tem outra meta além da de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais, uma vez que o homem enquanto tal tem direitos, por natureza, inalienáveis, e que ninguém, nem mesmo o Estado, lhe pode subtrair.

A instituição que foi a chave para a limitação do poder monárquico e da garantia das liberdades na sociedade civil foi o parlamento, a partir do *Bill of Rights* britânico, onde a ideia de um governo representativo começa a firmar-se como uma garantia institucional indispensável para a garantia das liberdades civis (COMPARATO, 2015, p. 61-62).

O termo "direitos do homem", no entanto, apenas começou a circular na França depois de sua aparição em “O Contrato Social”, de Jean-Jacques Rousseau, 1762, ainda que ele não

desse ao termo nenhuma definição e o usasse ao lado de "direitos da humanidade", "direitos do cidadão" e "direitos da soberania" (HUNT, 2009).

Nas palavras de Celso Lafer (1988, p. 54):

Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.

Os ideais iluministas de liberdade e garantia dos direitos civis culminaram com a proclamação da independência dos Estados Unidos da América, em 4 de julho de 1776. No entanto, poucos dias antes, foi proclamada a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, que afirmou direitos inerentes ao ser humano, e influenciou grandemente o texto da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. O artigo 1º da Declaração da Virgínia assim estabeleceu: “Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar sua posteridade, e que são: o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e de possuir a propriedade, bem como de buscar e obter felicidade e a segurança”.

De acordo com Fabio Konder Comparato (2015, p. 62), “o artigo I da Declaração ‘que o bom povo da Virgínia’ tornou pública em 16 de junho de 1776, constitui o registro do nascimento dos direitos humanos na História”. Segundo o autor, “a ‘busca da felicidade’ repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana”, sendo esta uma razão universal, aceita por todos os povos e em todas as épocas.

A declaração da independência dos Estados Unidos, escrita por Thomas Jefferson proclamou: "Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade". “Com essa única frase, Jefferson transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos direitos humanos” (HUNT, 2009, p. 13).

Treze anos mais tarde, em janeiro de 1789, Thomas Jefferson estava em Paris, quando o marquês de Lafayette, amigo de Jefferson e veterano da Guerra da Independência americana, delineou uma declaração francesa, muito provavelmente com a ajuda de Jefferson. Com a queda da Bastilha, em 14 de julho do mesmo ano, que marcou o início oficial da Revolução Francesa,

a necessidade de uma declaração ganhou impulso. O documento não foi forjado apenas pela mão de Lafayette, como Jefferson fizera para o Congresso americano, mas por um comitê de quarenta deputados. Em 20 de agosto, a nova Assembleia Nacional começou a discussão de 24 artigos rascunhados pelo comitê e, depois de seis dias de tumultuado debate e inúmeras emendas, os deputados franceses tinham aprovado apenas dezessete artigos. No dia 27 de agosto de 1789, exaustos pela disputa prolongada e com outras questões prementes em pauta, os deputados votaram por adotar provisoriamente os artigos já aprovados e os publicaram com o título de “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (HUNT, 2009)

Consoante afirmação de Lynn Hunt (2009, p. 14), “o documento tão freneticamente ajambrado era espantoso na sua impetuosidade e simplicidade”, e “declarava que ‘os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem’ são a fundação de todo e qualquer governo”. A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão atribui a soberania à nação e proclama que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

A consequência imediata da proclamação de que todos os homens são iguais em dignidade e direito foi uma mudança profunda nos fundamentos da legitimidade política. A democracia que ressurge na era moderna, no entanto, nada tem a ver com a antiga democracia Ateniese, uma vez que se trata agora de uma democracia representativa, e que passa a defender os interesses da classe dominante, a burguesia. A democracia moderna visa limitar o poder do Estado, mas não distribuir o poder para o povo, e não tem qualquer preocupação em defender a maioria pobre contra a minoria rica (COMPARATO, 2015, p. 63-64).

A Declaração de 1789 encabeçou a primeira Constituição Francesa, de 1791, chamada de Constituição Girondina. Pouco tempo depois, a Constituição Jacobina, de 1793, se inicia com um rol de direitos do homem, muito importante por seu conteúdo democrático, onde se reconhecem o direito ao trabalho, à proteção frente à pobreza e à educação. A partir de então, as declarações de direitos se incorporam à história do constitucionalismo (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 36-37).

De acordo com Comparato (2015), enquanto a Revolução Americana visava estabelecer a independência norte-americana em relação à coroa britânica, a Revolução Francesa apresentou um caráter bem mais amplo e um alcance universal. Os franceses investiram-se de uma missão universal de libertação dos povos, de modo que o espírito desta revolução se difundiu, em pouco tempo, da Europa para o resto do mundo, atingindo a Ásia e a América Latina. Para o autor, foi na acepção francesa, e não na inglesa, que a transformação radical no modo de produção na indústria recebeu o nome de Revolução Industrial, ainda que esta tenha se iniciado na Inglaterra.

Instaura-se, com as revoluções burguesas, um regime político liberal, que se insurge contra a intervenção do Estado na vida privada do cidadão, em resposta aos abusos do Estado Absoluto. A igualdade alcançada pela lei era uma igualdade meramente formal, e os direitos humanos que foram conquistados, neste primeiro momento, foram os chamados ‘direitos civis e políticos’.

Afirma Norberto Bobbio (2004, p. 6) que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer”. Segundo o autor, o aumento do poder de dominação do homem sobre o homem ameaça a liberdade dos indivíduos e resulta em lutas pela limitação do poder estatal.

O Estado Absolutista tolheu a liberdade individual, o que culminou com as revoluções burguesas, e a tomada do poder pela burguesia. Por outro lado, a limitação extrema do poder estatal e a não intervenção do Estado nas relações privadas resultou em uma liberdade absoluta que privilegiou a classe burguesa dominante. A total liberdade de pactuação gerou imensas desigualdades sociais, o que resultou nas lutas para a intervenção de um poder que proteja os indivíduos socialmente vulneráveis. De acordo com Bobbio (2004, p. 6) a primeira luta, decorrem os direitos de liberdade, que impõem uma conduta negativa por parte do Estado; da segunda, os direitos sociais, que impõem uma ação estatal positiva.

No Estado liberal, patrões e operários eram considerados pela lei como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com total liberdade para pactuar as condições de trabalho e a respectiva remuneração. Os operários, que nada mais tinham para garantir sua sobrevivência do que a própria força de trabalho, viam-se obrigados a aceitar a oferta de salários miseráveis, jornadas de trabalho extenuantes e condições degradantes e insalubres de trabalho para conseguirem sobreviver.

Ao longo do século XIX o proletariado foi adquirindo protagonismo histórico, à medida do avanço do processo de industrialização e, quando se desenvolve uma consciência de classe, passa a reivindicar direitos econômicos e sociais, frente aos clássicos direitos individuais. A partir de então, o direito ao trabalho e seus frutos, e à seguridade social, passam a ser as novas exigências de proteções jurídicas (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 38).

Com a Revolução Industrial, a máquina entra no processo produtivo diminuindo a necessidade de esforço humano despendido na produção, ocasionando a “produção em larga escala” concentrada na estrutura da grande fábrica, a qual passou a utilizar o emprego de mulheres e crianças em detrimento dos homens, pois aqueles (chamados de “meias forças”) aceitavam mais docilmente as condições de trabalho aviltantes e os salários miseráveis pagos pelo capitalista (TEODORO, 2011, p. 42).

Os salários aviltantes, a falta de segurança no manuseio com as máquinas, as condições insalubres de trabalho, especialmente nas minas, o grande número de doenças e acidentes relacionados com o trabalho e a falta de amparo estatal para aqueles que perdessem sua condição laborativa levou a massa proletária à situações de pobreza extrema, péssimas condições de saúde e baixíssima expectativa de vida.

Como resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial e diante da inércia do Estado Liberal, a partir de meados do século XIX surgiram diversas doutrinas de cunho social, defendendo a intervenção estatal como forma de reparar a iniquidade vigente (WEIS, 2012). As condições deploráveis dos trabalhadores suscitaram a indignação de uma classe intelectual que lançou a semente filosófica de uma outra forma de organização social, diametralmente oposta ao capitalismo: o socialismo, cujo principal representante é Karl Marx.

Os ideais filosóficos de Karl Marx e Friedrich Engels, lançados no Manifesto do Partido Comunista, de 1848, servem de base para as transformações sociais que darão origem ao Estado Social. Nesta célebre obra, os autores fazem críticas sobre a situação dos trabalhadores nas fábricas, e lançam as sementes do socialismo, instigando os operários a se unirem e promoverem uma revolução contra o capitalismo. De acordo com Teodoro (2011, p. 51), “a doutrina do Estado Social se vale do marxismo na medida em que Marx analisa as disparidades do sistema capitalista e prega a reforma do capitalismo. Ele condena as mazelas do capitalismo e lança a irrevogável necessidade de sua reforma ou, até mesmo, de sua superação”.

A situação crítica dos trabalhadores, diante do panorama supra exposto, despertou a sensibilização da igreja católica, resultando na promulgação da encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII, que se insurgiu em defesa dos trabalhadores. A organização dos trabalhadores em associações (sindicatos), a doutrina socialista, a encíclica *Rerum Novarum*, dentre outros fatores, culminou no reconhecimento dos direitos humanos econômicos e sociais, cujo titular é, de acordo com Comparato (2015, p. 66) “o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização”.

Surgem, nessa toada, direitos trabalhistas e previdenciários, “direitos estes fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores” (COMPARATO, 2015, p. 67).

Os direitos sociais, no entanto, só vieram atingir a plenitude de sua afirmação no século XX, com a Constituição mexicana de 1917, seguida pela Constituição de Weimar, de 1919 e pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, que se deu por meio do Tratado de Versalhes, que colocou fim à primeira guerra mundial.

A Constituição do México, conforme afirma Pérez Luño (2004, p. 39-40), pode ser considerada como a primeira tentativa de se conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais, superando assim os polos opostos do individualismo e do coletivismo. Mas, sem dúvida, o texto constitucional mais importante e o que melhor reflete o novo estatuto dos direitos fundamentais na transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito é a Constituição de Weimar, de 1919. Esta última foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que tentaram conjugar em seus sistemas de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais.

De acordo com Mazzuoli (2015, p. 51), “a proposta de triangulação dos direitos humanos em ‘gerações’ é atribuída a Karel Vasak”, e foi apresentada em conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, no ano de 1979, “inspirado no lema da Revolução Francesa: *Liberdade, Igualdade, Fraternidade*”. Para Karel Vasak, os direitos de *liberdade* correspondem aos de primeira geração, os de *igualdade*, aos de segunda geração e os de *fraternidade*, aos de terceira geração.

Norberto Bobbio (2004), em “A era dos direitos”, disserta sobre as gerações de direitos, na esteira da divisão primeiramente estabelecida por Karel Vasak, atribuindo, aos direitos de *primeira geração*, os direitos civis (como a vida, liberdade e igualdade) e políticos; aos de *segunda geração*, os direitos sociais (trabalho, saúde, educação, moradia, etc.), econômicos e culturais; aos de *terceira geração*, os direitos coletivos ou difusos, abrangendo a proteção ao meio ambiente e o direito do consumidor, e, por fim, referiu-se também aos direitos de *quarta geração*, que compreenderiam direitos ligados à proteção do patrimônio genético, à preocupação com a bioética, dentre outros. O autor afirma que as gerações de direitos se sucedem e se somam ao longo da História, e que são reflexo dos avanços tecnológicos e dos anseios morais das sociedades, que estão em constante expansão.

Os direitos evoluem conforme as necessidades sociais apontam para eles, durante a evolução natural da História. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los. Assim, os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos, como os direitos trabalhistas ou assistenciais, não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras declarações setecentistas (BOBBIO, 2004, p. 6).

Mazzuoli (2015, p. 53) assinala que “talvez uma quinta geração já possa ser programada para os séculos vindouros, a envolver todas as gerações (dimensões) anteriores, consistente no direito ao porvir e ao futuro da humanidade: a geração *esperança*”.

Esta classificação tradicional dos direitos humanos em gerações, no entanto, tem sido alvo de inúmeras críticas, que apontam não existir uma correspondência entre as referidas “gerações de direitos” e o processo histórico de desenvolvimento dos direitos humanos (WEIS, 2012). De acordo com os críticos dessa teoria, o termo “geração” induz à ideia de sucessão, por meio da qual uma categoria de direitos sucede a outra que se finda, e a realidade histórica, ao contrário, aponta para a concomitância do surgimento de diversos textos jurídicos concernentes a direitos humanos de múltiplas naturezas (civis, políticos, sociais, econômicos, etc.) (WEIS, 2012).

Um dos grandes críticos da teoria das gerações de direitos humanos é Antônio Augusto Cançado Trindade, que afirma que a referida teoria é infundada e indemonstrável. Segundo o autor, a convicção na unidade do direito internacional dos direitos humanos e o reconhecimento da necessária inter-relação entre todos os direitos consagrados devem servir de alerta quanto à improcedência e os riscos de uma visão atomizada ou compartimentalizada dos mesmos. (CANÇADO TRINDADE, 1994, p. 64),

A analogia da suposta sucessão de gerações de direitos, segundo Cançado Trindade (1994, p. 65) não é historicamente demonstrável, pois tudo indica que a evolução de tais direitos não se deu da mesma forma no direito interno e no direito internacional. No direito interno, positivado nas constituições dos Estados, o reconhecimento dos direitos sociais foi posterior ao dos direitos civis e políticos, enquanto no plano internacional, a consagração de direitos sociais em muitas convenções internacionais do trabalho, a partir do estabelecimento da OIT, em 1919, precedeu à adoção de convenções internacionais mais recentes, dirigidas aos direitos civis e políticos, não havendo um paralelismo entre a evolução dos direitos humanos no plano interno dos Estados e no plano internacional.

Carlos Weis (2012, p. 51) ressalta, no entanto, que as gerações de direitos não são nada além de “uma tentativa de tornar mais palatável a noção da historicidade dos direitos humanos, isto é, de explicar de forma sintética que o surgimento daqueles obedeceu às injunções histórico-políticas, cujas características marcaram os direitos nascidos naquele momento”.

Os novos direitos humanos reconhecidos, portanto, sempre hão de contribuir para reforçar os direitos pré-existentes, e nunca para restringi-los ou debilita-los, caso contrário, estaríamos diante de um retrocesso, e não de uma ampliação da proteção aos direitos humanos no plano internacional, cada vez que fosse reconhecido um novo direito.

4.2 Surgimento do direito internacional dos direitos humanos

A normatividade internacional de proteção aos direitos humanos foi fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização iniciado anteriormente à segunda guerra mundial. De acordo com Mazzuoli (2015, p. 59), o “direito internacional dos direitos humanos” tem como “primeiros e mais remotos antecedentes os tratados de paz de Westfália de 1648, que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos e fomentaram o nascimento do contemporâneo direito internacional público”. No entanto, afirma o autor que os precedentes históricos mais concretos desse direito são: o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, afirmação também feita por Piovesan (2016, p. 195).

O direito humanitário é aquele que se aplica nas hipóteses de guerra, destinando a sua proteção a militares postos fora de combate e à população civil e fixando limites à atuação do Estado, sendo o primeiro limite, no âmbito internacional, à liberdade e autonomia estatal. Seus princípios devem ser aplicados às guerras internacionais, às guerras civis ou qualquer outro conflito armado, internacionais ou não (MAZZUOLI, 2015, p. 60; PIOVESAN, 2016, p. 195-196).

O direito humanitário nasceu intimamente ligado ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, criado em 1863 com a finalidade de proporcionar proteção e assistência humanitária às vítimas da guerra e da violência armada (MAZZUOLI, 2015, p. 60-61).

A Liga das Nações, organização internacional criada após a primeira guerra mundial, tinha como finalidade promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, também apontando para a necessidade de relativizar a soberania estatal, com a aceitação da obrigação de não recorrer à guerra. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha normas genéricas de direitos humanos, relativas ao sistema de proteção das minorias e aos parâmetros internacionais do direito ao trabalho, estabelecendo sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações (PIOVESAN, 2016, p. 196-197).

A Organização Internacional do Trabalho, criada após a primeira guerra mundial, tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar dos trabalhadores (PIOVESAN, 2016, p. 197), tendo em vista assegurar padrões mais protetores de dignidade e bem-estar social (MAZZUOLI, 2015, p. 62).

Os três precedentes citados contribuíram, cada um à sua maneira, para implementar a ideia de que a proteção aos direitos humanos deve ultrapassar as barreiras da soberania e das

fronteiras dos Estados, registrando o fim de uma época em que o direito internacional estava adstrito às regulamentações estatais (MAZZUOLI, 2015, p. 63).

De acordo com Comparato (2015, p. 67-68), outro setor onde se observou a internacionalização dos direitos humanos foi a luta contra a escravatura, pelo Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, que estabeleceu as primeiras regras internacionais de repressão ao tráfico de escravos, embora sem efetividade.

Carlos Weis (2012, p. 79) afirma que, a partir da crise do modelo de Estado Democrático-Liberal, desde meados do século XIX, as doutrinas políticas “passaram a desdenhar do fundamento jusnaturalista dos direitos humanos, afastando a ideia de que o ser humano tem direitos a ele inerentes, decorrentes exclusivamente de sua condição humana, os quais, bem por isso, constituíam limite à ação estatal”. Em sentido contrário, o novo pensamento emergente via no Estado a única fonte legítima de poder, única capaz de *conceder* aos cidadãos os seus direitos fundamentais.

A preponderância do direito positivo na experiência jurídica dos séculos XIX e XX, profundamente influenciada pela evolução das ciências naturais e dos esforços para tornar o direito uma ciência, teve como consequência a corrosão do paradigma do direito natural e fez com que o Direito evoluísse para a dogmática jurídica, que não comporta a dicotomia entre um direito real e um direito ideal. A dogmática jurídica possui como característica principal a inegabilidade aos pontos de partida colocados pelo direito positivo, que passa a não ser mais questionado ou problematizado, de onde decorre a convicção de que o direito é um instrumento de gestão da sociedade, e não tem como função qualificar eticamente as condutas (LAFER, 1988).

O estrito positivismo e a separação do Direito da moral e da política, como sendo uma ciência pura, muito influenciada pela obra de Hans Kelsen, “Teoria Pura do Direito”, de 1934, tornaram o Direito uma ferramenta de legitimação do poder, um instrumento de gestão autoritária das sociedades, permitindo o cometimento de horrores contra a humanidade que ultrapassaram a lógica do razoável.

O não-reconhecimento dos freios impostos pelo direito natural ao poder estatal resultou em regimes políticos que delegavam exclusivamente ao Estado a definição do bem comum dos seus “súditos”, e a legitimidade para traçar, “sem peias, os meios para alcançá-lo (WEIS, 2012, p. 79).

O uso do poder político deixou de resultar da noção de contrato social estabelecido, hipoteticamente, por seres humanos livres e racionais, para recair em lideranças carismáticas que encarnariam elementos culturais irracionais próprios de cada raça, a

partir dos quais estariam legitimados a liderar seus povos rumo ao futuro. Futuro, esse, que, constatou-se amargamente, resultou no indizível sofrimento de milhões e milhões de pessoas (WEIS, 2012, p. 79 e 80).

A segunda guerra mundial foi marcada pelas monstruosas atrocidades cometidas por Hitler. “Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas” (PIOVESAN, 2016, p. 202).

A dinâmica do totalitarismo parte do pressuposto de que os seres humanos são supérfluos, o que criou as condições para o genocídio observado na segunda guerra mundial (LAFER, 1988). Nesse cenário, o ser humano se torna descartável e reduzido à condição de “coisa”, o que fez com que a humanidade compreendesse, mais do que em qualquer outra época da História, o valor da dignidade humana.

A barbárie do totalitarismo, a negação do valor da pessoa humana como fonte de direito, o genocídio, a lógica da destruição e a ruptura com os direitos humanos já proclamados nas declarações do século XVIII fez emergir a “necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral”. “Se a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução” (PIOVESAN, 2016, p. 202).

Em decorrência dos horrores da segunda guerra mundial, desenvolve-se a crença de que parte destas violações aos direitos humanos poderiam ser prevenidas através de um efetivo sistema de proteção internacional destes direitos (PIOVESAN, 2016, p. 203).

De acordo com Mazzuoli (2015, p. 64), “pode-se dizer que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o ‘direito do pós-guerra’, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante o Holocausto (1939-1945)”. O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos foi a preocupação mundial com um sistema internacional de proteção destes direitos, que pudesse impedir que atrocidades daquela natureza jamais viessem a se repetir no planeta.

A verdadeira consolidação do direito internacional dos direitos humanos surge, portanto, em consequência das atrocidades praticadas na segunda guerra mundial. Para que os direitos humanos se internacionalizassem, entretanto, o conceito tradicional de soberania estatal precisou passar por uma redefinição em relação ao seu âmbito e ao seu alcance, tendo sido, ainda, necessário que o indivíduo passasse a ser reconhecido como sujeito do Direito Internacional, e não apenas como objeto (PIOVESAN, 2016, p. 203).

No pós segunda guerra, segundo Piovesan (2016, p. 203), nasce a “certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”. A falha da Liga das Nações em promover a paz e o êxito dos regimes totalitários demonstrou a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos, o que “impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional” quando este é falho ou omissos na proteção dos direitos humanos.

A doutrina da soberania estatal foi dramaticamente alterada, de modo que muitos doutrinadores concluíssem que ela não é absoluta, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos, que se tornaram uma legítima preocupação internacional. Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, os direitos humanos passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais, e a estrutura do direito internacional dos direitos humanos passa a se consolidar (PIOVESAN, 2016, p. 203).

Nesse contexto, o Tribunal de Nuremberg (1945-1946), tribunal de exceção instituído com a competência de julgar os crimes cometidos pelos nazistas, que teve sua composição e seus procedimentos básicos fixados pelo Acordo de Londres de 08 de agosto de 1945, deu um grande impulso à internacionalização dos direitos humanos. O referido tribunal aplicou fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal dos nazistas. De acordo com Piovesan (2016, p. 208):

A condenação criminal dos indivíduos que colaboraram para a ocorrência do nazismo fundamentou-se, assim, na violação de costumes internacionais, ainda que muita polêmica tenha surgido, com base na alegação da afronta ao princípio da legalidade do direito penal, sob o argumento de que os atos punidos pelo Tribunal de Nuremberg não eram considerados crimes no momento em que foram cometidos.

A criação da ONU e de suas agências especializadas inaugura uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais que inclui, dentre outras preocupações, a proteção internacional dos direitos humanos, consagrada na “Declaração Universal dos Direitos Humanos” de 1948.

De acordo com Norberto Bobbio (2004):

Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração

Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade (BOBBIO, 2004, p. 26).

Com essa declaração, um sistema de valores é - pela primeira vez na história - universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens (BOBBIO, 2004, p. 27-28).

Norberto Bobbio (2004, p. 28) observa que, ainda que a hipótese do estado de natureza, que fundamentou as teorias jusnaturalistas que embasaram as Revoluções Burguesas e, conseqüentemente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, tenha sido abandonada, as primeiras palavras que abrem “a Declaração Universal dos Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese: ‘Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.’ que é uma maneira diferente de dizer que os homens são livres e iguais por *natureza*”.

A partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o direito internacional dos direitos humanos ganha força e “começa a dar ensejo à produção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos básicos dos indivíduos”. Pouco mais tarde, “começam a aparecer tratados internacionais versando direitos humanos específicos, como os das pessoas com deficiência, das crianças, dos idosos, das populações indígenas e povos tradicionais etc.” (MAZZUOLI, 2015, p. 66)

Foi o surgimento da ONU, portanto, o verdadeiro “divisor de águas” no processo de internacionalização dos direitos humanos, pois criou-se um sistema *específico* de normas protetoras dos indivíduos na sua condição de ser humano. A partir de então, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a se desenvolver e a se efetivar como ramo *autônomo* do direito internacional público (MAZZUOLI, 2015, p. 67).

Cançado Trindade (2003a, p. 44), ressalta que “não há que perder de vista que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos”. Assim, nas “relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção”, inspirando-se nas considerações de ordem pública “em defesa de interesses comuns superiores, da realização da justiça”.

O direito internacional dos direitos humanos busca “remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades” entre as partes, “na medida em que afetam os direitos humanos”, sendo “o direito de proteção internacional dos mais fracos e vulneráveis” que são as vítimas que tiveram seus direitos humanos violados. A evolução histórica desse direito se deve, em grande parte, “à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão”, contando com o indispensável concurso da participação dos Estados, responsáveis primários pela salvaguarda dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 44-45).

De acordo com Cançado Trindade (2003a, p. 50), é inegável o avanço da proteção aos direitos humanos ocorrido desde a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sobretudo na “*jurisdicionalização*” destes direitos, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, mas, “tampouco há como negar que, para a realização do propósito básico de proteção integral, ainda resta um longo caminho a percorrer”. Para tanto, é necessário alcançarmos a “ratificação universal” e sem reservas dos tratados de direitos humanos, para que se assegure a prevalência da universalidade dos direitos humanos, não só no plano conceitual como também no plano operacional.

“O que se pretende, pela sedimentação e plena vigência deste novo e vasto *corpus juris* de proteção, é, em última análise, contribuir, no âmbito da ciência jurídica contemporânea, à construção de uma cultura universal de observância aos direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2003a, p. 50).

4.3 Universalismo e Relativismo Cultural

Debate polêmico envolvendo a questão dos direitos humanos diz respeito aos chamados “particularismos culturais”, em face da universalidade dos direitos humanos. De acordo com Piovesan (2016, p. 234), este debate alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, que “flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar”.

Duas correntes doutrinárias se desenvolveram a respeito do tema. A primeira, *relativista*, sustenta que o direito, assim como os direitos humanos, deve se ser compreendido de acordo com o contexto cultural em que está inserido. Esta doutrina atribui à cultura a fonte de validade das regras morais e jurídicas, ou, ao menos um auxiliar importante na determinação de validade destas regras. A segunda, *universalista*, por outro lado, sustenta que os direitos

humanos têm validade universal, independentemente das particularidades culturais dos povos (MAZZUOLI, 2015, p. 90-92).

Conforme observa Piovesan (2016, p. 234), “para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade”. Para essa corrente, os direitos fundamentais estão relacionados à história e à cultura de cada sociedade, impedindo, o pluralismo cultural, a formação de uma concepção universal sobre estes direitos. Nesta ótica, o ponto de partida é a coletividade, sendo o indivíduo parte integrante desta.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos, no entanto, “são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais”. Para os relativistas, “a pretensão de universalidade destes instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças”, argumentando que o universalismo visa a destruir a diversidade cultural (PIOVESAN, 2016, p. 236-237).

Os universalistas reagem a esta crítica, “alegando que a posição relativista revela o esforço de justificar graves casos de violações aos direitos humanos que, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional”. Ademais, argumentam que, se os Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de direitos humanos, não podem, posteriormente, isentar-se do controle pela comunidade internacional no caso de violações a estes direitos (PIOVESAN, 2016, p. 237).

Segundo Cançado Trindade (2003b, p. 335-336), “as culturas não são pedras no caminho da universalidade dos direitos humanos, mas sim elementos essenciais ao alcance desta última”. Para o autor, a diversidade cultural deve ser vista como um elemento constitutivo da própria universalidade dos direitos humanos, pois elas não são impenetráveis ou herméticas, mas possuem um denominador comum, vez que “todas revelam conhecimento da dignidade humana”. “O respeito pelo próximo constitui um princípio básico comum a todas as culturas, crenças e religiões.

Para Cançado Trindade (2003b, p. 336), há que se distinguir entre a busca das raízes sociais e da auto identidade como uma reação à modernização da ação política e sem base cultural, que invoca um passado cultural como meio de manipulação política.

A Conferência de Viena de 1993 (segunda conferência de direitos humanos, ocorrida 25 anos após a primeira, que ocorreu em Teerã, em 1968), teve o propósito de revigorar a memória da Declaração Universal de 1948, consagrando os direitos humanos como tema global

e consagrando sua universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionariedade, conforme disposto no item 5 da declaração, transcrito a seguir:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.⁵

A Conferência de Viena deixou claro o posicionamento majoritário mundial em relação à abrangência dos direitos humanos, não se permitindo, a partir de então, que relativismos culturais ou questões relacionadas à soberania possam ser invocados para justificar violações a direitos humanos, afirmando-se, cada vez mais, o dever dos Estados em proteger estes direitos em relação a todos os indivíduos. O argumento relativista, acredita-se, é falso, e visa esconder os abusos de governos autoritários (MAZZUOLI, 2015, p. 92-93).

A partir de então, de acordo com Cançado Trindade (2003b, p. 337), “a suposta contraposição de pretensos ‘particularismos’ à universalidade dos direitos humanos haveria de mostrar-se com toda clareza como uma falácia”. Era essa a esperança nutrida ao final da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a própria estrutura organizacional da ONU, de caráter mundial, inspiraram o desenvolvimento de sistema regionais de proteção aos direitos humanos. O direito internacional, na atualidade, convive com três sistemas regionais de proteção aos direitos humanos: o europeu, o interamericano e o africano, que buscam internacionalizar estes direitos no plano regional, levando em consideração as peculiaridades existentes em cada região. Dentre eles, o que nos interessa é o Sistema Interamericano, pois é o sistema de proteção regional aos direitos humanos dos brasileiros.

A seguir, passemos à análise dos principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, mantendo o foco nos instrumentos de proteção aos brasileiros. Assim, analisaremos os documentos internacionais do sistema global de proteção e os documentos do sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos.

⁵ Declaração e Programa de Ação de Viena. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declaracao-programa-acao-viena-1993>

5 PRINCIPAIS DOCUMENTOS PROTETORES DOS DIREITOS HUMANOS

Diversos são os instrumentos protetores dos direitos humanos, que compõem o *sistema global* e os *sistemas regionais* de proteção aos direitos humanos.

Historicamente, o primeiro instrumento internacional de proteção aos direitos humanos foi a Declaração do Povo da Virgínia, de 1776, que antecedeu a Declaração de Independência dos Estados Unidos.

Treze anos depois, na França, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reforçando os ideais de liberdade e igualdade promulgados nas declarações americanas, porém, com um sentido mais amplo e um impacto universal, diferente das declarações americanas, que tiveram uma repercussão mais local. Os franceses, de acordo com Comparato (2015, p. 64) “consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos”.

As declarações americanas de direitos, juntamente com a declaração francesa, “representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”. Por outro lado, “a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida”. A igualdade formal levou à “brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX”. Nesse sentido, “o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista”, iniciado também na primeira metade do século XIX, em resposta ao massacre dos trabalhadores e das péssimas condições de trabalho nas sociedades industriais (COMPARATO, 2015, p. 65-66).

Devido ao impacto mundial das suas disposições, ainda que tratando apenas de direitos de cunho liberal, analisaremos, a seguir, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conseqüência da Revolução Francesa. Em seguida procederemos à análise dos documentos que constituem o sistema global de proteção aos direitos humanos vigente na atualidade, o que ocorreu com a criação da ONU e a promulgação da sua Carta fundadora, e, posteriormente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e seus dois Pactos com os respectivos Protocolos Facultativos, que formam a base do sistema global internacional de proteção aos direitos humanos.

Posteriormente, analisaremos os principais documentos do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, que consistem na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana de Direitos Humanos, com os seus dois Protocolos e os

dois órgãos de proteção (a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) e a Carta Democrática Interamericana.

A Constituição da Organização Internacional do Trabalho e suas principais convenções serão analisadas em tópico específico.

5.1 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

A Revolução Francesa, ao contrário das revoluções que a antecederam (Revolução Inglesa e Revolução Americana), veio operar na palavra “revolução” uma mudança semântica de 180°. As revoluções anteriores tinham por objetivo restaurar os antigos costumes e liberdades, as prerrogativas dos súditos presentes no antigo regime, que remonta à Magna Carta (COMPARATO, 2015).

De acordo com Comparato (2015), com a Revolução Francesa, o termo passa a ser usado para indicar o início de uma nova era, que rompe totalmente com o regime anterior, e não mais um resgate de antigos costumes. Instala-se, com a Revolução Francesa, uma sociedade sem precedentes na História, que se opunha radicalmente ao absolutismo monárquico, regime este que foi violentamente destruído pela revolução.

A novidade histórica era tamanha que os líderes revolucionários aboliram o calendário Cristão então vigente e substituíram-no por um novo calendário, cujo ano I iniciou-se em 22 de setembro de 1792, no dia seguinte à instauração do regime republicano, que deixou de vigorar com o término da revolução. Simultaneamente, operaram-se mudanças também no sistema de pesos e medidas, que passaram a ser substituídos pelo sistema métrico decimal, fundado no cálculo matemático, que foi definitivamente adotado em quase todo o mundo (COMPARATO, 2015).

Conforme afirma Eric Hobsbawm (2015, p. 97), “se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa”.

A Revolução Francesa foi o exemplo mais dramático e de maior alcance e repercussão das revoluções democráticas do século XVIII que visavam acabar com o antigo regime. Foi a França que forneceu o grande exemplo e o conceito de nacionalismo, os códigos legais, o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo (HOBSBAWM, 2015).

A revolução da França foi, nas palavras de Hobsbawm (2015, p. 99), a única revolução “ecumênica” do século XVIII. De acordo com Comparato (2015, p. 148), “a Revolução

Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então”.

No entanto, em pouco tempo, ficou evidente que o movimento da Revolução Francesa suprimiu muito mais as desigualdades dos estamentos do que consagrou as liberdades individuais para todos. De um só golpe, foram extintas todas as servidões feudais que vigoravam há séculos, todos os grupos sociais institucionalizados (das corporações de ofício às assembleias provinciais), com a Lei Chapelier, em 1791, e também foi proclamada a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos, em 1791. Em agosto de 1792, foi promulgado um decreto que proibiu o tráfico de escravos nas colônias, posteriormente revogado, em 1802. Esse movimento igualitário, no entanto, só não conseguiu derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos (COMPARATO, 2015).

Nas palavras de Celso Lafer (1988, p. 174):

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que esses direitos têm como limite o reconhecimento do direito de outro [...].

Pouco mais de meio século depois da Revolução Francesa, Comparato (2015, p. 158 e 159) relata que, em um escrito de juventude datado de 1844, “Karl Marx enxergou-a como a instauração do regime do individualismo egoísta, em lugar do egoísmo corporativo do *Ancien Régime*”. Marx afirmava que a Revolução Francesa provocou uma verdadeira revolução copernicana em relação ao feudalismo, suprimindo a dominação social fundada na propriedade da terra. A revolução, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, “acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo”.

Com efeito, em um primeiro momento, os direitos do homem se afirmam como direitos do indivíduo em face ao poder soberano no Estado Absolutista, e as reivindicações versavam sobre o reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião, a emancipação do poder político, liberdade de iniciativa econômica e emancipação do poder econômico dos indivíduos do arbítrio do poder político e dos privilégios de classes (LAFER, 1988).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, representa o “atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais e, neste sentido, volta-se claramente para o passado”. As fórmulas empregadas na declaração, de caráter

geral e abstrato, a tornaram uma espécie de “carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos” (COMPARATO, 2015, p. 163).

A declaração, expressamente, em seu artigo primeiro, afirma que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. No artigo segundo afirma que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. A estrita legalidade, a limitação do poder do Estado, a expressão da vontade geral e a defesa dos direitos naturais (ainda de primeira geração) permeiam todo o texto desta declaração de direitos francesa.

É evidente nesta declaração a influência dos filósofos iluministas, principalmente de John Locke (defensor da propriedade, liberdade e igualdade enquanto direitos naturais), Jean Jacques Rousseau (defensor de que a vontade do povo é a única fonte legítima do poder dos governantes) e Montesquieu (pela teoria dos freios e contrapesos, da necessidade de divisão e delimitação de poderes dos governantes). De acordo com Comparato (2015, p. 162), Rousseau é considerado o “pai espiritual da Revolução Francesa”, tendo sido o seu busto, juntamente com um exemplar do *Contrato Social*, colocados na sala da Assembleia Nacional desde outubro de 1790.

Conforme ressaltado por Comparato (2015, p. 163), “muito se discutiu a razão da dupla menção, ao homem e ao cidadão, no título da declaração”. Para o autor, a explicação mais razoável é que a expressão “homem” era bastante ampla, não se dirigindo apenas ao povo francês, mas a todos os povos do mundo, enquanto a expressão “cidadãos” era destinada apenas aos franceses.

Essa distinção entre homens e cidadãos acabou perdendo o sentido com a consolidação dos Estados-nação, onde só os cidadãos tinham direitos civis e políticos, mas não os estrangeiros ou os apátridas, que não tinham possibilidade de recorrer a qualquer direito, inclusive aos direitos humanos. O número de apátridas aumentou significativamente depois da Primeira Guerra Mundial, com a instauração dos regimes soviético, fascista e nazista, por razões políticas ou raciais (LAFER, 1988).

A descartabilidade do ser humano, as atrocidades e os genocídios observados na segunda guerra mundial, romperam com a construção progressiva dos direitos humanos, que já haviam atingido a segunda geração em diversos Estados, iniciando-se com a Constituição do México de 1917, seguida pela Constituição de Weimar de 1919 e pela criação da Organização

Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, no bojo do tratado que pôs fim à Primeira Guerra Mundial (Tratado de Versalhes).

A ruptura com os direitos humanos, ocorrida de forma mais intensa com a segunda guerra, fez surgir a necessidade de construção de um sistema protetor de direitos humanos, em escala internacional, de forma até então jamais vista, o que foi inaugurado com a criação da ONU por meio da Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, e, posteriormente, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, datada de 1948, documentos que serão analisados a seguir.

5.2 Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos

5.2.1 Carta das Nações Unidas (1945)

A Segunda Guerra Mundial costuma ser apontada como a consequência da falta de solução das questões suscitadas pela Primeira Guerra Mundial e como a retomada das hostilidades interrompidas em 1918. A Segunda Guerra, no entanto, diferiu da Primeira em diversos aspectos: maior número de países envolvido, duração mais prolongada do conflito e pelo descomunal número de vítimas (aproximadamente 60 milhões, sendo a maior parte de civis, seis vezes mais do que na Primeira Guerra, onde o maior número de mortos eram militares). A Segunda Guerra provocou o assustador número demais de 40 milhões de refugiados, contra cerca de 4 milhões, na Primeira Guerra (COMPARATO, 2016).

Enquanto a Primeira Guerra foi deflagrada pelo objetivo dos Estados em alcançar conquistas territoriais, sem escravizar ou aniquilar povos inimigos, “a Segunda Guerra Mundial, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos”. Ademais, os atos finais da tragédia, que se caracterizaram pelo lançamento das bombas nucleares de Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente, soaram como prenúncios do apocalipse, pois o homem demonstrara que tinha adquirido o poder de devastar toda a forma de vida sobre a face da Terra (COMPARATO, 2016, p. 226).

Neste cenário caótico, as consciências se abriram para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, promovendo a reorganização das relações internacionais com base na dignidade da pessoa humana. Após a Segunda Guerra, objetivou-se colocar a guerra definitivamente fora da lei. A Organização das Nações Unidas, portanto, nasceu com a vocação de se tornar a “organização da sociedade política mundial, à qual

deveriam pertencer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana” (COMPARATO, 2016, p. 226).

A Carta das Nações Unidas, documento instituidor da Organização das Nações Unidas, foi elaborada pelos representantes de 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional, realizada na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos da América, no período de 25 de abril a 26 de junho de 1945. No dia 26 de junho, último dia da Conferência, a Carta foi assinada pelos representantes dos 50 países presentes à conferência, e, dois meses depois, pela Polônia, que também é membro original da ONU.⁶

A existência oficial da ONU, no entanto, coincide com a data da entrada em vigor da Carta, que efetivamente ocorreu em 24 de outubro de 1945, após a sua ratificação por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários.

A Carta da ONU é o documento mais importante da Organização, como registra seu artigo 103: “No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

Segundo Mazzuoli (2015, p. 71), “foi a partir de 1945, quando da adoção da Carta das Nações Unidas, no segundo pós-Guerra, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a verdadeiramente se desenvolver e a se efetivar como ramo *autônomo* do direito internacional público”. Antes da criação da ONU existiam normas esparsas de proteção internacional aos direitos humanos; faltava, no entanto, um sistema *específico* de normas que protegesse os indivíduos na sua condição de seres humanos”.

De acordo com Piovesan (2016, p. 210), “a criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais”. As preocupações da ONU, segundo a autora, incluem a manutenção da paz e da segurança internacional, a relação amistosa entre os Estados, a cooperação internacional no âmbito econômico, social e cultural, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos. A partir de sua criação, o processo de internacionalização dos direitos humanos passa a intensificar-se e desenvolver-se de forma intensa, estabelecendo profundas mudanças na sociedade internacional.

⁶ Site oficial da ONU no Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>

Para alcançar seus objetivos, a ONU foi dividida em vários órgãos, sendo os principais: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado, de acordo com o artigo 7º da Carta.

A Carta da ONU, em diversos dispositivos, revela a preocupação do organismo internacional com a proteção e efetivação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sendo este o propósito básico de sua existência. “Nesse cenário, os problemas internos dos Estados e suas relações com seus cidadãos passaram a fazer parte de um contexto *global* de proteção, baseado na cooperação internacional e no desenvolvimento das relações entre as Nações” (MAZZUOLI, 2015, p. 72).

São vários os dispositivos da Carta da ONU que fazem referência expressa à proteção dos direitos humanos e às liberdades fundamentais, conforme pode-se observar em trechos recortados da Carta a seguir:

Art. 1º, [...] 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos *direitos humanos e às liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; [...]

Art. 13, 1. A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: [...] b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos *direitos humanos e das liberdades fundamentais*, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Art. 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: [...] c) o respeito universal e efetivo dos *direitos humanos e das liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Art. 56. Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

Art. 62, 1. O Conselho Econômico e Social fará ou iniciará estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural [...]. 2. Poderá, igualmente, fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos *direitos humanos e das liberdades fundamentais* para todos.

Art. 68. O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos *direitos humanos* assim como outras comissões que forem necessárias para o desempenho de suas funções.

Art. 76. Os objetivos básicos do sistema de tutela, de acordo com os Propósitos das Nações Unidas enumerados no Artigo 1 da presente Carta serão: a) favorecer a paz e a segurança internacionais; [...]; c) estimular o respeito aos *direitos humanos e às liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo língua ou religião e favorecer o reconhecimento da interdependência de todos os povos; [...] (Grifos nossos)⁷

⁷ Carta das Nações Unidas. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf

O objetivo destes dispositivos é o estabelecimento de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos que obriga os Estados-membros a proteger os direitos humanos minimamente reconhecidos, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Cabe ao Conselho Econômico e Social, de acordo com o artigo 62, 2, da Carta da ONU, fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos, podendo criar comissões para tratar deste assunto (artigo 68). Nesse sentido, foi criada a Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1946. Após mais de 50 anos de trabalho, em 24 de março de 2006 a comissão teve sua última sessão, sendo abolida em 16 de junho de 2006 e substituída pelo Conselho de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2016).

A Comissão de Direitos Humanos era formada por 53 membros governamentais eleitos pelo Conselho Econômico e Social, para um mandato de 3 anos. A Comissão se reportava a esse Conselho, e qualquer resolução ou decisão com consequências financeiras exigia a sua aprovação final, sendo a recusa do Conselho ao endosso das decisões da comissão extremamente rara. Como consequência de sua grande autonomia, os Estados-membros da Comissão de Direitos Humanos se valiam da sua condição não para fortalecer os direitos humanos, mas para uma atitude defensiva, de autoproteção, ante críticas de outros Estados, o que fez com que Comissão sofresse uma crescente crise de credibilidade, fato que acabou abalando a reputação da própria ONU (PIOVESAN, 2016, p. 213).

Por esse motivo, a Comissão foi substituída por um Conselho de Direitos Humanos, cujos membros são eleitos diretamente por voto secreto da maioria da Assembleia Geral, observada a distribuição geográfica equitativa dentre os grupos regionais, sendo 13 membros dos Estados africanos, 13 membros dos Estados asiáticos, 6 membros dos Estados do Leste Europeu, 8 membros dos Estados da América Latina e Caribe e 7 membros dos Estados da Europa ocidental e demais Estados. “A composição do Conselho de Direitos Humanos aponta um novo critério para a formação de maiorias, tendo em vista que os países com reduzido e médio grau de desenvolvimento contarão com a expressiva maioria de 40 membros do universo total de 47 membros” (PIOVESAN, 2016, p. 218).

De acordo com Piovesan (2016), a eleição dos 47 membros, por mandato de 3 anos, fica condicionada a um critério explícito de respeito aos direitos humanos, uma vez que deve levar em consideração a contribuição destes para a promoção e proteção dos direitos humanos, e a Assembleia Geral pode, por voto de dois terços dos seus membros, suspender os direitos do Estado-membro do Conselho que cometer graves e sistemáticas violações aos direitos humanos.

Apesar da Carta das Nações Unidas ter contribuído para a universalização dos direitos humanos e liberdades fundamentais, através da consagração destes direitos em diversos dispositivos supracitados, deixando claro que os temas relativos aos direitos humanos e às liberdades fundamentais são de interesse internacional, e não adstritos à jurisdição interna dos Estados, a Carta não definiu o conteúdo dos referidos direitos, o que ficou à cargo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada três anos após a Carta, em 10 de dezembro de 1948.

Tal documento teve por objetivo definir com precisão o rol dos direitos humanos e liberdades fundamentais a que se refere a Carta da ONU, preenchendo as lacunas da Carta nessa seara. Além da Declaração, dois pactos também foram criados com a finalidade de dar operatividade técnica aos direitos nela previstos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos firmados em Nova Iorque, em 1966.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada “Carta Internacional dos Direitos Humanos”.⁸

5.2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

Durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social da ONU, foi criada a Comissão de Direitos Humanos, que deveria desenvolver seu trabalho em três etapas. A primeira consistiu na atribuição de elaborar uma declaração de direitos humanos, de acordo com o disposto no artigo 55 da Carta das Nações Unidas (COMPARATO, 2016, p. 237), que estabelece:

Art. 55, Carta da ONU: Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião.⁹

⁸ Site oficial da ONU no Brasil. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>

⁹ Carta das Nações Unidas. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf

De acordo com Comparato (2016, p. 237-238), a segunda etapa consistiu na produção, pela Comissão, de um documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração, que deveria ser um tratado ou convenção internacional. Finalmente, a terceira etapa seria criar uma maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação.

A primeira etapa foi concluída “em 18 de junho de 1948, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro do mesmo ano”. A segunda etapa somente foi concluída em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais, em Nova Iorque. A terceira etapa, consistente na criação de mecanismos para assegurar o respeito aos direitos humanos e às liberdades individuais ainda não se completou. Até os dias atuais, o que temos em relação à defesa destes direitos é a possibilidade de reclamar perante a Comissão de Direitos Humanos da ONU (COMPARATO, 2016, p. 237-238).

De acordo com Mazzuoli (2015, p. 81), a Declaração Universal é o “instrumento considerado o ‘marco normativo fundamental’ do sistema protetivo das Nações Unidas, a partir do qual se fomentou a multiplicação dos tratados relativos a direitos humanos em escala global”.

Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A-III, como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Desde sua adoção, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi traduzida em mais de 360 idiomas, sendo considerada o documento mais traduzido do mundo, e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes.¹⁰

Dos 56 países representados na sessão da Assembleia Geral, 48 votaram a favor e nenhum contra, com oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética). A “Declaração Universal visa estabelecer um padrão *mínimo* para a proteção dos direitos humanos em âmbito mundial, servindo como paradigma ético e suporte axiológico desses mesmos direitos” (MAZZUOLI, 2015, p. 82).

¹⁰ Site oficial da ONU no Brasil. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>

Segundo Celso Lafer (2008, p. 297), a Declaração Universal dos Direitos Humanos “ao afirmar, pela primeira vez, em escala planetária, o papel dos direitos humanos na convivência coletiva, pode ser considerada um evento inaugural de uma nova concepção da vida internacional”.

A Declaração Universal nasceu como um código de conduta mundial, baseado na dignidade da pessoa humana, para dizer que os direitos humanos são universais, bastando a condição de ser pessoa para que se possa exigir a proteção destes direitos, em qualquer ocasião ou circunstância (MAZZUOLI, 2015, p. 82). Conforme observa Piovesan (2016, p. 223) “desde seu preâmbulo é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis”. Prossegue a autora dizendo que “a universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana).”

A lógica da Declaração é bastante distinta da lógica do direito internacional clássico, que consagrava como sujeitos desse ramo do direito apenas os Estados, e não atribuía peso a povos e indivíduo, sendo que a Declaração Universal coloca os povos e os indivíduos como sujeitos centrais da ordem internacional (MAZZUOLI, 2015, p. 82).

De acordo com Celso Lafer (2008, p. 297-298), a partir do século XIX “as necessidades de interdependência no relacionamento entre Estados foram diminuindo a efetividade da lógica de Westfália e de suas normas de mútua abstenção e propiciando normas de mútua colaboração”, o que foi assinalado pela Sociedade das Nações, de 1919 (primeira tentativa de se criar um pacto societário no plano internacional) e, posteriormente, pela Carta da ONU, de 1945. Essa nova ordem “aponta para uma comunidade internacional não só de Estados igualmente soberanos, mas de indivíduos livres e iguais”.

Mazzuoli (2015, p. 83) aduz que “são significativas as referências à Declaração Universal nos preâmbulos de inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, tanto do sistema global como dos sistemas regionais de proteção”, assim como são incontáveis as referências à Declaração nas sentenças de tribunais internacionais e nacionais, o que demonstra a força e a importância deste documento.

Estruturalmente, o documento é composto por 30 artigos, e se refere à proteção tanto dos direitos civis e políticos (artigos 1º ao 21) quanto dos direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 22 ao 28). O artigo 29 estabelece deveres dos cidadãos para com a comunidade, e o artigo 30, uma regra de interpretação, que visa resguardar os direitos ali proclamados. Retomando os ideais jusnaturalistas que inspiraram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o artigo 1º da Declaração Universal proclama que “Todos os

seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”¹¹.

Conforme bem observa Dalmo de Abreu Dallari (2013, p. 211)

Contendo trinta artigos, a Declaração é precedida de um preâmbulo, onde se diz que a Assembleia Geral das Nações Unidas proclama os direitos fundamentais. É bem expressivo esse termo, pois torna evidente que não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamação deles, significando que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade. Assim sendo, tratando-se de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, tem legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo.

De forma inédita, a Declaração Universal combinou o “discurso liberal com o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade”, introduzindo a indivisibilidade destes direitos (PIOVESAN, 2016). O discurso liberal conota a preocupação com os direitos de liberdade em sentido amplo, representando os direitos civis e políticos, e o discurso social, por sua vez, representa as preocupações nascidas no início do século XIX relativa à igualdade, em sentido restrito (igualdade material) (MAZZUOLI, 2015, p. 84).

Sob uma perspectiva histórica, de acordo com Piovesan (2016, p. 223), anteriormente à proclamação da Declaração era intensa a “dicotomia entre o direito à liberdade e o direito à igualdade”. As declarações setentistas (americana e francesa) consagravam a “ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão”. Neste primeiro momento de afirmação dos direitos humanos, fazia-se necessário o combate ao absolutismo, evitar os excessos e o arbítrio de poder. A não intervenção do Estado traduzia a noção de liberdade.

Avançando na história verificou-se, de forma mais acentuada no período que sucedeu à Primeira Guerra Mundial, que, além dos direitos de liberdade e cidadania, houve um grande crescimento das reivindicações pelos direitos sociais. Sob grande influência das doutrinas marxista e leninista, foi elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918. Esta Declaração, que estava prevista na primeira parte da Constituição da República Socialista Soviética do mesmo ano, “estabeleceu, em seu artigo 3º, a abolição da propriedade privada da terra, a assunção da propriedade dos meios de produção pelo Estado e a soberania do povo trabalhador” (PIOVESAN, 2016, p. 225).

¹¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>

O direito à abstenção do Estado “converte-se em direito à ação estatal, com a emergência dos direitos à prestação social”. Após a Primeira Guerra Mundial proliferaram-se documentos prevendo tais direitos, como a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da União Soviética, de 1918, a Constituição de Weimar, de 1919 e a criação da Organização Internacional do Trabalho, no mesmo ano, pelo Tratado de Versalhes. “Considerando este contexto, a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita”, combinando o discurso liberal, da cidadania, com o discurso social, pacificando a igualdade de importância entre ambas as classes de direitos e afirmando a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos. Assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, alicerçada na universalidade e indivisibilidade destes direitos, tendo, por fundamento ético, a dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2016, p. 225-229).

O exame dos artigos da Declaração revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a *certeza* dos direitos, exigindo que haja uma fixação *prévia e clara* dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a *segurança* dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, *em qualquer circunstância*, os direitos fundamentais serão respeitados; a *possibilidade* dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas (DALLARI, 2013, p. 211)

Em relação à sua natureza jurídica, a Declaração Universal não é um tratado, pois foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, sendo assim, não tem força de lei. O preâmbulo da declaração revela que ela se destina a desvelar o significado das expressões “direitos humanos e liberdades fundamentais” citadas repetitivamente na Carta da ONU e, assim, ela “tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’ constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por este motivo, força jurídica vinculante” (PIOVESAN, 2016, p. 229-230). Afirma a autora que, devido à inter-relação que existe entre a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados-membros das Nações Unidas têm a obrigação de observar e respeitar os direitos proclamados pela Declaração

Ademais, ressalta Flávia Piovesan (2016, p. 233), que “a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de, na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX, ter-se transformado [...] em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional”.

A declaração ainda exerce um forte impacto no direito interno dos Estados, uma vez que a maioria dos direitos nela proclamados têm sido incorporados pela maioria das Constituições nacionais, e também atuam como fonte jurídica para respaldar decisões judiciais nacionais. No âmbito internacional, é referência para a elaboração de inúmeros tratados internacionais e regionais de direitos humanos, e, ainda, tem sido adotada como “referência para a adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas” (PIOVESAN, 2016, p. 233).

A preocupação que ainda se tem em relação aos direitos proclamados na Declaração Universal é em relação à consecução de eficácia das suas normas (DALLARI, 2013). Observa Mazzuoli (2015, p. 83) que a Declaração não instituiu “qualquer órgão internacional com competência para zelar pelo cumprimento dos direitos que o seu texto estabelece”. De acordo com Piovesan (2016, p. 243), considerando que a Declaração é uma resolução, e não um tratado, e, portanto, não possui força jurídica vinculante quando considerada isoladamente, “instaurou-se larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância universal dos direitos nela previstos”.

Para que a Declaração Universal passasse a ter força vinculante, prevaleceu o entendimento de que ela “deveria ser “juridicializada”, sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional”. Esse processo teve início em 1949 e a sua conclusão ocorreu apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos, que passaram a incorporar os direitos constantes na Declaração Universal: o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. A “conjugação destes instrumentos internacionais simbolizou a mais significativa expressão do movimento internacional dos direitos humanos, apresentando central importância para o sistema de proteção em sua globalidade” (PIOVESAN, 2016, p. 244).

O longo período de dezoito anos decorridos entre a proclamação da Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Nova Iorque, firmados em 1966, com a finalidade de lhe conferir *dimensão técnico-jurídica*, ocorreu devido às várias discordâncias surgidas na Comissão de Direitos Humanos da ONU (hoje Conselho), especialmente em relação à promulgação de apenas um ou de dois pactos para garantir os direitos da Declaração (MAZZUOLI, 2015).

Duas correntes doutrinárias se firmaram, à época, defendendo, respectivamente, a elaboração de um único pacto e de dois pactos distintos. A primeira corrente, que foi vencida, defendia a confecção de um único documento (um único pacto), o que demonstraria a indivisibilidade e a inter-relacionariedade dos direitos previstos na Declaração, de caráter “civis

e políticos” e “econômicos, sociais e culturais”. A segunda corrente, que se consagrou vencedora, sustentava a elaboração de dois pactos distintos, um para enunciar os “direitos civis e políticos” e outro para tratar dos “direitos econômicos, sociais e culturais” (MAZZUOLI, 2015).

No início de suas atividades (de 1949 a 1951), de acordo com Piovesan (2016, p. 246), “a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou em um único projeto de pacto, que conjugava as duas categorias de direitos”. Porém, em 1951, sob a influência dos países ocidentais, a Assembleia Geral optou pela confecção de dois Pactos em separado, a serem aprovados e assinados simultaneamente pelos Estados-membros, no sentido de enfatizar a unidade dos direitos previstos em ambos, o que foi afirmado pela ONU no preâmbulo dos documentos. Segundo Lindgren Alves (1997, p. 33), “a argumentação doutrinária contrária à confecção de um único instrumento insistia nas características diferentes dessas duas categorias de direitos”.

Consoante afirma Cançado Trindade (2003a, p. 447), a consagração de dois Pactos nas Nações Unidas afigurou-se como “um reflexo da profunda divisão ideológica do mundo no início dos anos cinquenta, a repercutir inexoravelmente nos trabalhos das Nações Unidas”. O bloco capitalista, enfatizava os direitos civis e políticos, enquanto que o bloco socialista privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo o autor, no entanto, “tal compartimentalização não havia sido antecipada ou propugnada pelos redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948”, uma vez que as duas categorias de direitos já constavam na Declaração Universal.

Os países ocidentais que defenderam a elaboração de dois pactos distintos, em virtude de sua natureza capitalista e liberal, argumentaram que a implementação dos direitos humanos *civis e políticos* poderia ocorrer de imediato (eram autoaplicáveis), enquanto que os direitos humanos *econômicos, sociais e culturais*, por terem a característica de “norma programática”, só poderiam ser concretizados a longo prazo. “Por outro lado, as nações socialistas, tradicionalmente regidas pelo forte intervencionismo estatal, como forma de garantir os direitos sociais, defendiam uma posição exatamente contrária quanto à auto aplicação e a implementação a longo prazo dos direitos” (HIDAKA, 2002, p. 10).

O argumento dos países socialistas era de que, a depender do regime, os direitos civis e políticos poderiam ser programáveis, e os direitos econômicos sociais e culturais, autoaplicáveis. “Nesse raciocínio, a feitura de dois instrumentos distintos poderia ainda significar uma diminuição da importância dos direitos sociais, econômicos e culturais” (PIOVESAN, 2016, p. 247).

Nas palavras de Lindgren Alves (1997, p. 34), “em termos ainda mais simples, os direitos civis e políticos seriam realizados ‘contra o Estado’, e os direitos econômicos, sociais e culturais seriam realizados ‘pelo Estado’”. Naturalmente, prossegue o autor, esta caracterização é reducionista, uma vez que os direitos civis como o direito à segurança, à prestação jurisdicional, dentre outros, e os direitos políticos (eleições periódicas), requerem investimento vultosos do Estado para sua efetivação. Por outro lado, os direitos trabalhistas, que são direitos tipicamente sociais, são perfeitamente passíveis de vindicação judicial.

Ainda que ambas as categorias de direitos tenham âmbitos de aplicação diferentes, o verdadeiro fator da criação de dois pactos para a implementação destes direitos, ao invés de um único, se deu devido à “dificuldade para se chegar a acordo sobre os mecanismos de monitoramento de sua implementação”, “o que decorria da recusa de muitos governos das mais diferentes ideologias em aceitar qualquer tipo de controle externo sobre o que se passava dentro das respectivas fronteiras” (LINDGREN ALVES, 1997, p. 34).

A posição ocidental, ao final, prevaleceu, e foram elaborados dois pactos distintos. De acordo com Lindgren Alves (1997, p. 34-35), por determinação da Assembleia Geral, “os dois pactos contêm algumas provisões semelhantes ou idênticas”, com preâmbulos contendo praticamente a mesma redação, mas com conteúdo de direitos substancialmente distintos, que serão analisados a seguir.

5.2.2.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, embora aprovado em 1966, só entrou em vigor dez anos depois, em 23 de março de 1976, após as 35 ratificações mínimas exigidas pelo seu art. 49 (HIDAKA, 2002).

Consiste em um tratado que obriga os Estados signatários a conceder “a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição”¹², os direitos humanos de “primeira geração”, descrevendo, aprofundando, modificando e ampliando o conjunto de direitos do indivíduo consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (LINDGREN ALVES, 1997).

Em seu Preâmbulo, com a mesma redação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reiterou a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, princípios já consagrados pela Declaração Universal de 1948.

¹² Artigo 2º, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

De acordo com Lingren Alves (1997), ao longo do seu texto normativo, o Pacto enuncia e regulamenta quase todos os direitos estabelecidos na Declaração Universal, do artigo 3º ao 23º, como o direito à vida, abordando o genocídio e a pena de morte (art. 6º), o direito a não ser submetido à tortura e penas e tratamentos desumanos, cruéis e degradantes (art. 7º), o direito a não ser submetido à escravidão ou à servidão (art. 8º), reafirma o direito de liberdade, banindo a prisão arbitrária (art. 9º), determina tratamento humanitário aos presidiários (art. 10), garante a liberdade de ir e vir (art. 12), restringe as possibilidades de expulsão de estrangeiros (art. 13), afirma a igualdade das pessoas perante os tribunais (art. 14), garante o princípio da legalidade no direito penal (art. 15), reitera o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica do ser humano (art. 16), proíbe a ingerência na vida privada do indivíduo, em sua família ou sua correspondência (art. 17), garante as liberdades de pensamento e de religião (art. 18) bem como a de expressão (art. 19).

O artigo 20, no entanto, estabelece uma restrição à liberdade de opinião e expressão, quando estabelece que “Toda a propaganda a favor da guerra estará proibida por lei. Toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estará proibida por lei.”¹³. Essa restrição não estava prevista na Declaração Universal. Lindgren Alves (1997), explica que esta ressalva foi vigorosamente objetada pelos Estados Unidos, que registraram reserva ao artigo 20 do Pacto quando da sua adesão, por ser contrário à primeira emenda à Constituição americana.

A liberdade de reunião (art. 21) e a liberdade de associação, inclusive sindical (art. 22) também são garantidas pelo Pacto, e só podem ser restringidas por critérios especialíssimos previstos em leis nacionais. A proteção à família e a igualdade entre os cônjuges está prevista no artigo 23, o artigo 25 ressalta os direitos políticos e o artigo 26 reitera a igualdade de todos perante a lei.

Além dos direitos já afirmados pela Declaração Universal, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos elenca direitos que não constavam da Declaração, reconhecendo, assim, a sua importância, como é o caso do direito à autodeterminação (art 1º), o direito de não ser preso por descumprimento de obrigação contratual (art. 11), e o direito das minorias à identidade cultural, religiosa e linguística (art. 27) (HIDAKA, 2002), além da ressalva feita pelo artigo 20 à liberdade de expressão. Ademais, consoante Lindgren Alves (1997), o artigo 24 amplia a Declaração Universal ao tratar, especificamente, dos direitos humanos das crianças.

¹³ Artigo 20, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O direito à propriedade, no entanto, previsto no artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não foi reproduzido no Pacto, devido a desentendimentos ocorrentes entre os países ocidentais capitalistas e os do bloco socialista sobre a fórmula a ser adotada para definir as suas limitações, o que impediu um consenso aceitável sobre a condição “universal” desse direito (LINDGREN ALVES, 1997).

O artigo 4º do pacto estabelece quais são os direitos humanos inderrogáveis, e em quais condições e de que forma os direitos previstos no Pacto (salvo os inderrogáveis) podem ser suspensos.

Piovesan (2016, p. 250) afirma que, “no sentido de assegurar a observância dos direitos civis e políticos, o Pacto desenvolve uma sistemática peculiar de monitoramento e implementação internacional destes direitos”, e “oferece, assim, suporte institucional aos preceitos que consagra, impondo obrigações aos Estados-partes”.

Mazzuoli (2015, p. 103) aduz que os Estados resistiram muito em aceitar os mecanismos de supervisão e monitoramento impostos pelo Pacto, para assegurar os direitos nele elencados, mecanismos estes que se encontram regulados nos artigos 28 a 45. Dentre eles, foi instituído um Comitê de Direitos Humanos, formado por 18 peritos de diferentes nacionalidades, com reconhecida competência na matéria de direitos humanos, eleitos pelos Estados-partes.

Ao ratificar o Pacto, os Estados-partes assumem a obrigação de “submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos”¹⁴. Tais relatórios devem ser submetidos: a) Dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente pacto nos Estados Partes interessados; b) A partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar (art. 40).

Os relatórios serão apresentados ao Secretário-Geral das Nações Unidas e analisados pelo Comitê de Direitos Humanos. O Comitê tem a atribuição de “examinar e estudar os relatórios, tecendo comentários e observações gerais a respeito; posteriormente, cabe a esse órgão encaminhar o relatório, com os comentários aduzidos, ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas” (PIOVESAN, 2016, p. 251).

Além da sistemática dos relatórios, o Pacto também estabelece a sistemática das comunicações de um Estado contra o outro. “Por esse mecanismo, um Estado-parte pode alegar haver outro Estado-parte incorrido em violação dos direitos humanos enunciados no Pacto, nos termos do art. 41”. (PIOVESAN, 2016, p. 251). Prossegue a autora explicando que o acesso a esse mecanismo é “opcional e está condicionado à elaboração pelo Estado-parte de uma

¹⁴ Artigo 40, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

declaração em separado, reconhecendo a competência do Comitê para receber as comunicações interestatais” (p. 252). Até novembro de 2013, dos 167 Estados-partes, apenas 49 haviam feito a declaração no sentido de aceitar a competência conciliatória do Comitê (PIOVESAN, 2016).

De acordo com Piovesan (2016, p. 253), “o procedimento das comunicações interestatais pressupõe o fracasso das negociações bilaterais e o esgotamento dos recursos internos”, sendo a função do Comitê a de “auxiliar na superação da disputa, mediante proposta de conciliação amistosa”.

Todos os direitos constantes do Pacto são garantidos a todas as pessoas, independentemente de cor, raça, nacionalidade, sexo, ou qualquer outra característica pessoal ou peculiaridade cultural. De acordo com Piovesan (2016), até julho de 2015, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos já havia sido ratificado por 168 Estados, que, com isso, comprometeram-se a promover e garantir os direitos nele constantes.

No Brasil, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, após a aprovação do texto pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n° 226, de 12 de dezembro de 1991. A Carta de Adesão ao Pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992, e este entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 49, § 2° (três meses após a deposição do documento de adesão).

5.2.2.2 Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)

O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado em 16 de dezembro de 1966, e entrou em vigor em 23 de março de 1976, com a finalidade de assegurar o melhor resultado dos propósitos do Pacto, ao facultar ao Comitê de Direitos Humanos “receber e considerar petições individuais, em caso de violações dos direitos humanos ali consagrados”, sistemática esta que não foi prevista no Pacto (MAZZUOLI, 2015, p. 106).

No Brasil, o Protocolo foi aprovado pelo Decreto Legislativo n° 311, de 16 de junho 2009, juntamente com o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução n° 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2°, entrando em vigor na data de sua publicação.

Dispõe o artigo 2° do Protocolo que os Estados-partes do Pacto, que aderirem ao Protocolo, reconhecem a competência do Comitê para “receber e examinar comunicações provenientes de indivíduos sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação,

por esses Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto”. O Comitê, no entanto, não poderá receber nenhuma comunicação relativa a Estados-partes no Pacto que não tenham aderido ao Protocolo.

Afirma Mazzuoli (2015, p. 106) que “esse mecanismo de *petições individuais* agregado à sistemática de proteção do Pacto veio sedimentar, de vez, a capacidade processual internacional dos indivíduos, ao permitir a estes a utilização (direta) do direito de petição individual”. Esta previsão de petição individual ao Comitê de Direitos Humanos, de acordo com o autor, trouxe reflexos nos ordenamentos internos de diversos Estados, que passaram a prever o direito de petição às cortes internacionais de direitos humanos pelos indivíduos que tiveram seus direitos violados, como um direito constitucional.

A “importância do Protocolo está em habilitar o Comitê de Direitos Humanos a receber e examinar petições encaminhadas por indivíduos”, que se aleguem vítimas de violações dos direitos civis e políticos previstos no Pacto. Até julho de 2015, 115 Estados haviam ratificado o Protocolo (PIOVESAN, 2017, p. 255).

Dois requisitos para a admissibilidade de uma queixa individual são previstos no artigo 5º, § 2º do Protocolo, que estabelece:

Art. 5º, § 2º. O Comitê não examinará nenhuma comunicação de um indivíduo sem se assegurar de que: a) A mesma questão não esteja sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou de decisão; b) O indivíduo esgotou os recursos internos disponíveis. Esta regra não se aplica se a aplicação desses recursos é injustificadamente prolongada.

O primeiro requisito diz respeito à existência de litispendência no âmbito internacional, não podendo a mesma questão suscitada no Comitê estar sendo examinada por outra instância internacional de investigação (outro Comitê) ou de solução (uma corte internacional). O segundo requisito requer que haja esgotamento das instâncias internas destinadas a salvaguardar seus direitos, não sendo aplicável quando tais recursos prolongarem-se injustificadamente (MAZZUOLI, 2015, p. 107-108).

De acordo com Piovesan (2016, p. 257), admitida a petição, “o Estado dispõe do prazo de seis meses para submeter ao Comitê explicações e esclarecimentos sobre o caso, bem como as medidas que tenham sido por ele adotadas”, que serão encaminhadas para o autor, que poderá enviar informações adicionais ao Comitê. Após análise das informações colhidas, o Comitê decidirá, pelo voto da maioria dos membros presentes, e publicará no relatório anual que o Comitê apresenta à Assembleia Geral.

Ao decidir, o Comitê determina a obrigação do Estado de reparar a lesão cometida e de adotar medidas para “prover a estrita observância do Pacto”. Tal decisão, no entanto, não tem “força obrigatória ou vinculante”, mas causa embaraços ao Estado que foi condenado por violar direitos humanos, o que é muito constrangedor, no âmbito internacional, e enseja consequências políticas e econômicas. Assim, há uma grande resistência de muitos Estados em aderir ao Protocolo, especialmente aqueles que violam direitos humanos, uma vez que a sistemática de petição individual pode lhe “gerar situações politicamente delicadas e constrangedoras no âmbito internacional (PIOVESAN, 2016, p. 258-260).

5.2.2.3 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

De acordo com Lindgren Alves (1997, p. 44), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é o “primeiro e único instrumento jurídico de abrangência genérica e escopo mundial a conferir obrigatoriedade à promoção e proteção dos direitos humanos ‘de segunda geração’”, que “descreve, aprofunda e amplia os direitos da pessoa humana como ser social, estabelecidos nos artigos 23 a 27 da Declaração de 1948”.

A exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais só entrou em vigor dez anos após a sua aprovação, em 03 de janeiro de 1976, após conseguir o número mínimo de 35 ratificações necessário para o início da sua vigência, de acordo com o seu art. 27, § 1º. Em julho de 2015, de acordo com Piovesan (2016, p. 146), 164 Estados haviam aderido ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em seu Preâmbulo, este Pacto também reafirma as qualidades de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, assim como o fez o Preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Conforme observa Piovesan (2016, p. 260-261), “enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados”. O primeiro Pacto determina que “todos têm o direito a” ou “ninguém poderá”, dirigindo-se aos indivíduos, enquanto o segundo dirige as suas determinações aos estados, usando a fórmula “os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a (...)”.

De forma distinta do que se passa com os direitos civis e políticos, que possuem aplicação imediata, sem condicionantes para os Estados para a sua aplicação, os direitos

econômicos, sociais e culturais são de implementação progressiva, e dependem dos recursos disponíveis pelos Estados (LINDGREN ALVES, 1997).

Estabelece o artigo 2º, § 1º do Pacto que os Estados-partes se comprometem a “adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis” para assegurar, de forma progressiva, “por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

De acordo com Hidaka (2002, p. 10-11) os direitos incluídos no Pacto devem ser “realizados progressivamente e a longo prazo, mediante a atuação e o investimento dos Estados (sujeitos destes deveres), inclusive com a adoção das medidas legislativas cabíveis”. Devem os Estados, no entanto, comprometer-se a investir para alcançarem a completa realização destes direitos. Observa o autor que, em relação à implementação destes direitos, o pensamento ocidental, de caráter capitalista e liberal, prevaleceu, pois “enquanto os direitos humanos civis e políticos mereciam aplicabilidade imediata, os direitos humanos econômicos, sociais e culturais só alcançariam esta condição em sua plenitude a longo prazo” (HIDAKA, 2002, p. 11).

No artigo 2º, § 2º, é consagrado o princípio da não-discriminação, pelo qual os direitos humanos devem ser garantidos, universalmente, a todas as pessoas, independente de particularismos de qualquer espécie. “A obrigação de não discriminar, aliás, consiste num dispositivo de aplicação imediata” (HIDAKA, 2002, p. 11).

Os países em desenvolvimento, levando em consideração os direitos humanos e a sua condição econômica, poderão determinar em que medida garantirão os direitos reconhecidos no Pacto àqueles que não são seus nacionais (art. 2º, § 3º).

Hidaka (2002, p. 12) chama a atenção para as dificuldades em relação à proteção e realização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, sendo a implementação progressiva apenas a primeira delas. De acordo com o autor, como estes direitos “refletem preocupações consideradas mais relevantes pelos países do Oriente, principalmente os socialistas, acabam por perder a sua visibilidade dentro de um cenário internacional onde os grandes atores são os poderosos Estados capitalistas desenvolvidos”. Além disso, prossegue, “a necessidade de um mínimo de recursos econômicos disponíveis para possibilitar a efetiva realização dos direitos estabelecidos no Pacto”, e “diante de uma realidade socioeconômica mundial onde a miséria ainda é corriqueira e dominante em muitos países”, o resultado é a

violação destes direitos por muitos Estados, sem que se possa responsabilizá-los com base no Pacto.

Uma outra dificuldade que se relaciona com a implementação destes direitos é a oscilação dos investimentos, que fica “à mercê dos interesses dos governantes e de crises econômicas internas ou externas”, “apesar da exigência de progressividade constante da efetivação dos parâmetros estabelecidos pelo Pacto pressupor que fica proibido o retrocesso nos investimentos na área social”, o que não ocorre, na realidade (HIDAKA, 2002, p. 12-13).

Frequentemente, no Brasil, observamos retrocessos na área social, em relação aos direitos trabalhistas, previdenciários, direito à saúde, etc., que são atribuídos a crises econômicas, mas que dependem, essencialmente, do plano de governo e das políticas econômicas adotadas pelos governantes. Quando o governo adota diretrizes mais liberais, estes direitos ficam em segundo plano e são, frequentemente, acusados de serem os responsáveis pelas crises, argumentos que são utilizados para tentar justificar a sua supressão. Por outro lado, governos com um viés mais social, fortalecem estes direitos com o argumento de que aumentam o poder de compra dos trabalhadores e fazem a economia girar.

Para evitar estes retrocessos, faz-se necessário o fortalecimento de uma “ordem internacional voltada à promoção e proteção dos direitos humanos universalmente reconhecidos, sejam eles de natureza civil e política, ou econômica, social e cultural”, que efetivamente responsabilize internacionalmente os Estados violadores dos direitos humanos, compelindo-os a evitar o desrespeito aos direitos, ou em caso de inevitabilidade, punindo as violações e garantindo, “na sua integralidade todos os direitos estabelecidos pelos instrumentos internacionais”. “Dentro desse processo, a mobilização e a pressão da comunidade internacional são fatores muito importantes” (HIDAKA, 2002, p. 13).

De forma diferente do previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, “o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu um sistema de monitoramento restrito à apresentação de relatórios periódicos elaborados pelos Estados” (LIMA JR, 2004, p. 125).

Explica Piovesan (2016, p. 265) que, da mesma forma que ocorre com os relatórios exigidos pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, “esses relatórios devem consignar as medidas adotadas pelo Estado-parte no sentido de conferir observância aos direitos reconhecidos pelo Pacto”, devendo, ainda, “expressar os fatores e as dificuldades no processo de implementação das obrigações decorrentes do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”.

Todos os relatórios devem ser apresentados ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que encaminhará cópia ao Conselho Econômico e Social e às agências especializadas (art. 16, § 2º, a e b). Conforme estabelece o artigo 17, a apresentação dos relatórios pelos Estados-partes será feita por etapas, “segundo um programa a ser estabelecido pelo Conselho Econômico e Social no prazo de um ano a contar da data da entrada em vigor do presente Pacto, após consulta aos Estados Partes e às agências especializadas interessadas”.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de forma diversa do estipulado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não instituiu um Comitê como órgão de monitoramento, tendo sido criado, posteriormente, pelo Conselho Econômico e Social, e também não estabeleceu um mecanismo de comunicações interestatais, o que só foi estabelecido em 2008, com a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIOVESAN, 2016, p. 265).

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais só foi criado em 1987, por meio de resolução, com a atribuição de monitorar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, através da elaboração de relatórios ou pareceres com conclusões e recomendações para os Estados (LIMA JR, 2004).

Conforme observa Lima Jr (2004, p. 125-126), ao comitê também foi concedida a prerrogativa de receber relatórios dos Estados-partes do Pacto, “o que resultou num aperfeiçoamento do sistema, num esforço por atribuir igualdade aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, em relação aos direitos humanos civis e políticos, que já contavam, e de modo convencional, com um sistema de monitoramento”.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reiterou a importância de diversos direitos incluídos na Declaração Universal, e também, “tal qual o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, este Pacto expandiu a gama de direitos econômicos, sociais e culturais incluídos na Declaração Universal, algumas vezes aumentando a sua abrangência” (HIDAKA, 2002, p. 13).

Dentre os direitos expressos no Pacto, podem ser citados: o direito à autodeterminação dos povos (art. 1º), igualdade de direitos aos homens e mulheres (art. 3), o direito ao trabalho digno, à justa remuneração, ao descanso e ao lazer (arts. 6º e 7º), o direito à associação e à filiação e fundação de sindicatos (art. 8º), o direito à previdência social (art. 9º), a proteção à família, à maternidade e à infância e adolescência (art. 10), o direito a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida e à proteção contra a fome (art. 11), o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde

física e mental (art. 12), o direito à educação (art. 13), o direito à educação primária gratuita (art. 14) e o direito de cada indivíduo de participar da vida cultural, desfrutar o progresso científico e suas aplicações e beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

No Brasil, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi promulgado pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, após a aprovação do texto pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. A Carta de Adesão ao Pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992, e este entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 27, § 2º.

5.2.2.4 Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2008)

O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais somente foi adotado em 10 de dezembro de 2008, entrando em vigor apenas em 5 de maio de 2013, três meses a contar da data do depósito do décimo instrumento de ratificação (art. 18 do Protocolo). Em julho de 2015 o Protocolo contava com 20 Estados-partes (PIOVESAN, 2016, p. 271-272).

O referido Protocolo introduziu a sistemática das petições individuais, das medidas de urgência, das comunicações interestatais e das investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações a direitos econômicos, sociais e culturais por um Estado-parte, sendo de extrema importância para “romper com o desequilíbrio até então existente entre a proteção conferida aos direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais na esfera internacional, endossando a visão integral dos direitos humanos”, assim como a sua indivisibilidade e interdependência (PIOVESAN, 2016, p. 273).

Os requisitos de admissibilidade das petições individuais são os mesmos estabelecidos pelo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ausência de litispendência internacional e prévio esgotamento das instâncias jurisdicionais internas, salvo se os recursos excederem prazo razoável).

O § 2º do artigo 3º estabelece que o Comitê deverá declarar uma comunicação inadmissível quando:

- a) Não for submetida no prazo de um ano após o esgotamento das vias de recurso internas, exceto nos casos em que o autor possa demonstrar que não foi possível submeter a comunicação dentro desse prazo;

- b) Os fatos que constituam o objeto da comunicação tenham ocorrido antes da entrada em vigor do presente Protocolo para o Estado Parte em causa, salvo se tais fatos persistiram após tal data;
- c) A mesma questão já tenha sido apreciada pelo Comitê ou tenha sido ou esteja sendo examinada no âmbito de outro processo internacional de investigação ou de resolução de litígios;
- d) A comunicação for incompatível com as disposições do Pacto;
- e) A comunicação seja manifestamente infundada, insuficientemente fundamentada ou exclusivamente baseada em notícias divulgadas pelos meios de comunicação;
- f) A comunicação constitua um abuso do direito de submeter uma comunicação; ou quando
- g) A comunicação seja anônima ou não seja apresentada por escrito.

A sistemática do protocolo também admite as comunicações interestatais ao Comitê, caso em que “o recebimento e a apreciação das comunicações só serão viáveis se o Estado em causa declarar a competência do Comitê para tal” (MAZZUOLI, 2015, p. 115).

Como bem observa Piovesan (2016, p. 274), “o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é instrumento com extraordinária potencialidade de impactar positivamente o grau de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, nas esferas global, regional e local”.

5.3 Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

Os Estados das Américas, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), firmaram uma série de tratados e outros documentos internacionais que consistem na base normativa de um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos, conhecido como o *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*.

O referido sistema teve a sua origem histórica com a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá), de 1948, aprovada na 9ª Conferência Interamericana, mesma ocasião em que ocorreu a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Esta última formou a base normativa de proteção no sistema interamericano, no período antecedente à adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos e até hoje constitui-se na principal base normativa dos Estados que não ratificaram a Convenção Americana (CANÇADO TRINDADE, 2003b).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, é o instrumento normativo mais importante do sistema. Para a proteção e monitoramento dos direitos que a Convenção estabelece, esta é integrada por dois órgãos autônomos e independentes: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Adicionalmente, o sistema conta com outros instrumentos como a Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990); a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994); a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), entre outras.

A fonte inspiradora “dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em operação nos planos global e regional”, de acordo com Cançado Trindade (2003b, p. 28), tem sido a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo “o ponto de irradiação dos esforços em prol da realização do ideal de universalidade dos direitos humanos”. Segundo o autor, todas as convenções regionais vigentes fazem referência expressa à Declaração Universal em seus preâmbulos, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

Piovesan (2016) aduz que, diante de um vasto aparato de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, cabe ao indivíduo que teve o seu direito violado escolher o que lhe seja mais favorável, tendo em vista que o mesmo direito é previsto por diversos instrumentos, de alcance global e regional. O propósito da coexistência de vários instrumentos jurídicos tratando de temas idênticos, aliás, é o de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, que deve atingir, no caso concreto, o maior grau de eficácia possível.

Sobre este tema, afirma Cançado Trindade (2003b, p. 29) que não há “lugar para pretensões ou insinuações de supostos antagonismos entre soluções nos planos universal ou regional”, e que a multiplicidade de instrumentos objetiva ampliar a proteção da pessoa humana. Os sistemas regionais, entretanto, são enriquecidos pelas particularidades e especificidades de cada região.

Devido à maior correspondência com a “realidade socioeconômica e cultural dos países que os compõem”, justamente em “razão da proximidade com os Estados membros” e “pelo fato de conseguir suplantar a barreira do relativismo cultural”, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos assumiram um papel relevante no contexto atual, correspondendo a uma

alternativa eficaz para o acesso a mecanismos internacionais, uma vez que, pelos motivos supracitados, pressupõe-se que suas atuações sejam mais efetivas (TEREZO, 2006, p. 77-78).

5.3.1 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)

Adotada pela Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, em abril de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem precede à própria Declaração da ONU.

De acordo com Castro (2007), apesar da Declaração Americana não ter influenciado diretamente na elaboração da Declaração Universal, o fato de ela ter sido adotada anteriormente à Declaração Universal pelos países da América teve fundamental influência na participação dos mesmos nesta última.

A própria Carta da Organização dos Estados Americanos proclama a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana como princípio básico da OEA. A Declaração Americana, por não ser um tratado, assim como as demais, não detinha caráter vinculante, passando a ter caráter normativo somente quando da criação, em 1959, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio de uma resolução da OEA, que previa, em seu estatuto, que no caso de direitos humanos a Comissão deveria ater-se aos termos da Declaração Americana (CASTRO, 2007).

A Declaração Americana, de forma semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e de forma distinta da Convenção Americana de Direitos Humanos, descreveu um conjunto integral de direitos humanos, abarcando os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e, ainda, assinalou a correspondência entre direitos e deveres (CANÇADO TRINDADE, 2003b).

As principais contribuições da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos são: a concepção de que os direitos humanos são inerentes à pessoa humana; a concepção integral dos direitos humanos (abarcando os civis, políticos, econômicos, sociais e culturais); constituiu a base normativa do sistema (permanece para os Estados não-partes na Convenção Americana de Direitos Humanos) e a correlação entre direitos e deveres (CANÇADO TRINDADE, 2003b).

Inobstante o fato de a Convenção Americana dos Direitos Humanos ser o mais importante documento do sistema interamericano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem confere uma proteção muito mais ampla aos direitos econômicos e sociais do que a Convenção, incluindo vários direitos sociais e econômicos, tais como o direito ao

trabalho e a uma justa retribuição, o direito à previdência social, o direito aos benefícios da cultura, etc., não previstos especificamente na Convenção (CASTRO, 2007).

Dentre os direitos previstos na Declaração estão o direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa, direito de igualdade perante a lei, direito de liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão, direito à proteção da honra, direito à constituição e proteção da família, à maternidade e à infância, direito de residência e trânsito, direito à inviolabilidade do domicílio, direito à preservação da saúde, direito à educação, direito à cultura, direito ao trabalho e a uma justa retribuição, direito ao descanso, direito à previdência social, direito de reconhecimento da personalidade jurídica, direito à nacionalidade, direito de sufrágio e de participação no governo, direito de reunião, direito de associação, direito de propriedade, direito de petição, direito de proteção contra prisão arbitrária e direito a processo regular¹⁵.

Dentre a lista de deveres elencados na Declaração, estão os deveres perante a sociedade, deveres para com os filhos e os pais, dever de instrução, dever do sufrágio, dever de obediência à Lei, dever de servir a coletividade e a nação, deveres de assistência e previdência sociais, dever de pagar impostos, dever do trabalho, para a própria manutenção e da família e o dever de se abster de atividades políticas em países estrangeiros¹⁶.

5.3.2 *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*

A Convenção Americana de Direitos Humanos é o instrumento mais importante deste sistema. Também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, por ter sido assinada em San José, na Costa Rica, no dia 22 de novembro de 1969, a Convenção entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado.

Somente os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) podem aderir à Convenção, que, até julho de 2015 contava com 23 Estados-partes. Ao todo, 25 Estados chegaram a ratificar a Convenção, no entanto, Trinidad e Tobago denunciou à Convenção em 26 de maio de 1998, e, em 10 de setembro de 2012, foi a vez da Venezuela denunciar. O Brasil ratificou a Convenção apenas em setembro de 1992 (PIOVESAN, 2016, p. 348).

A Convenção Americana reconhece, destaca e assegura um rol de direitos civis e políticos semelhantes aos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. No

¹⁵ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm

¹⁶ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm

entanto, não enuncia, de forma específica, nenhum direito econômico, social ou cultural, apenas limitando-se a determinar aos Estados que alcancem a plena realização destes direitos, de forma progressiva (PIOVESAN, 2016, p. 349).

Em 1988, no entanto, a Assembleia Geral da OEA adotou um Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o *Protocolo de San Salvador*, que entrou em vigor em novembro de 1999, por ocasião do depósito do 11º instrumento de ratificação, nos termos do art. 21 do Protocolo, que enunciou diversos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles, o direito ao trabalho, às justas condições de trabalho, à liberdade sindical, à seguridade social, à saúde, ao meio ambiente, à educação, à alimentação, proteção à família, à criança, ao idoso, às pessoas com deficiência e direitos culturais (PIOVESAN, 2016, p. 349).

De acordo com o artigo 19 do Protocolo, os Estados-partes comprometem-se a apresentar relatórios periódicos sobre as medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no mesmo. Os relatórios serão apresentados ao Secretário-Geral da OEA, que os transmitirá ao Conselho Interamericano Econômico e Social e ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que os examinem¹⁷.

O Secretário-Geral enviará cópia desses relatórios à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e também aos organismos especializados do Sistema Interamericano, dos quais sejam membros os Estados Partes neste Protocolo, na medida em que tenham relação com matérias que sejam da competência dos referidos organismos, de acordo com seus instrumentos constitutivos (art. 19, Protocolo de San Salvador)¹⁸.

Piovesan (2016, p. 349) ressalta que um importante avanço que merece ser celebrado no âmbito da OEA é a “inédita utilização de indicadores para medir o modo pelo qual os Estados garantem os direitos sociais, econômicos e culturais enunciados no Protocolo de San Salvador”. Segundo a autora, o sistema de indicadores avalia, com grande rigor metodológico, como estes direitos estão sendo efetivados (quem tem acesso, como é o acesso, qual a qualidade das políticas sociais prestadas, a dotação orçamentária, a recepção e a proteção jurídica, a efetiva capacidade administrativa, técnica, política e institucional do Estado, etc.).

¹⁷ Protocolo de San Salvador. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm

¹⁸ Protocolo de San Salvador. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm

O sistema de indicadores observa, ainda, três princípios transversais: igualdade e não discriminação, acesso à justiça e acesso à informação, à participação e ao empoderamento. A aplicação deste sistema para a mensuração de direitos sociais resultou em extraordinários avanços: a) permite incorporar a perspectiva de direitos humanos nas políticas públicas; b) fomenta informações para diagnosticar a situação dos direitos sociais, sob as perspectivas de gênero, etnia, etária e diversidade sexual; e, c) contribui para o fortalecimento de políticas públicas (PIOVESAN, 2016, p. 350).

O Protocolo de San Salvador representou, de acordo com Cançado Trindade (2003a, p. 462), “o ponto culminante de um movimento de conscientização, no continente americano, paralelamente a evolução similar no âmbito das Nações Unidas e no sistema europeu, em prol da proteção internacional mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais”.

Comparato (2015, p. 388), no entanto, aduz que não se pode “deixar de questionar o grau de sinceridade ou seriedade dos Estados americanos que adotaram esse Protocolo, quanto à extensão do compromisso assumido”, pois, à época da criação do Protocolo de San Salvador, grande parte da América Latina já adotava a ideologia neoliberal, “no sentido de orientar a ação do Estado para o fortalecimento da iniciativa empresarial privada em todos os campos, restringindo-se ao máximo as políticas públicas de proteção social.”

Mesmo tendo um enfoque mais otimista a respeito da aplicabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação à visão de Comparato (2015), Cançado Trindade (2003a, p. 464) reconhece que as medidas tomadas pelo Protocolo de San Salvador “abriram novas perspectivas para uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais em nosso continente, mas ainda resta um longo caminho a percorrer”. Cançado Trindade (2003a, p. 463) explica que os direitos protegidos no Protocolo representaram “o *mínimo aceitável*” para a proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais no continente americano do final dos anos oitenta, “o que não nos impede de esperar pelo dia em que se logrará a adoção de um mecanismo menos tímido e mais fortalecido e aperfeiçoado para a salvaguarda internacional daqueles direitos”.

Outro Protocolo adicional à Convenção Americana é o Protocolo à Convenção Americana sobre a Abolição de Pena de Morte, obtido na Conferência Interamericana de Assunção, em 8 de junho de 1990, que entrou em vigor internacional em 28 de agosto de 1991. Com o advento deste Protocolo, “o Estados Americanos que o adotaram ficam proibidos, em qualquer hipótese, de aplicar a pena capital, considerando-se revogadas as disposições do direito interno que eventualmente a cominavam” (COMPARATO, 2015, p. 381-382).

O Brasil assinou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte em 7 de junho de 1994, tendo sido este aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995 e promulgado pelo Decreto n. 2.754, de 27 de agosto de 1998.

O Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação do referido Protocolo, em 13 de agosto de 1996, com a aposição de reserva, nos termos do Artigo II, no qual é assegurado aos Estados Partes o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, na data do depósito¹⁹.

Cabe ao Estado-parte adotar as medidas para assegurar os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, sem qualquer discriminação, adotando as medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para a efetivação dos direitos e liberdades nela anunciados (PIOVESAN, 2016, p. 350).

Segundo Mazzuoli (2015, p. 136), “a proteção dos direitos humanos prevista na Convenção Americana é *coadjuvante* ou *complementar* da que oferece o direito interno dos seus Estados-partes”, o que significa que os Estados têm a competência primária para garantir os direitos das pessoas sujeitas à sua jurisdição, independentemente da nacionalidade. No entanto, quando houver falta de proteção ou a proteção conferida pelo Estado for aquém daquela conferida pela Convenção, o sistema interamericano poderá atuar com o objetivo de suprir a falta ou a redução da proteção.

Assim, o sistema interamericano somente deverá atuar depois de se dar a oportunidade ao Estado para agir, e, apenas em caso de inação do Estado, ou quando a proteção por ele conferida for aquém da prevista no sistema protetivo convencional (MAZZUOLI, 2015, p. 136).

5.3.3 Carta Democrática Interamericana (2001)

A Carta Democrática Interamericana foi o “resultado da 3ª Cúpula das Américas, realizada em abril de 2001, em Quebec (Canadá)”, com o intuito de “reforçar os instrumentos jurídicos da Organização dos Estados Americanos (OEA) relativamente à defesa da democracia representativa no Continente Americano” (MAZZUOLI, 2015, p. 157).

¹⁹ Decreto n. 2.754, de 27 de agosto de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm

Ficou estabelecido, na Cúpula de Quebec, que os Ministros das Relações Exteriores dos respectivos Estados ficariam incumbidos de aprovar o texto da Carta na próxima reunião da Assembleia Geral. “Inicialmente proposta na trigésima primeira sessão ordinária da OEA, em junho de 2001, a carta era o resultado de diversas discussões e inúmeros esboços” (SOUSA, 2007, p. 69).

Durante a reunião em que entrou em pauta a aprovação da Carta, quase a metade dos Estados membros apresentaram reservas à sua adoção. A Venezuela, em especial, e os países caribenhos criticaram a definição de democracia da Carta, e os efeitos políticos e jurídicos das sanções impostas. Por outro lado, Canadá, Estados Unidos e Peru apoiavam irrestritamente a assinatura da Carta. “Em função da falta de consenso sobre a Carta, a Assembleia Geral adotou a Resolução 1838, pedindo a revisão do texto da carta pelo Conselho Permanente e o agendamento de uma sessão extraordinária para a votação da Carta” (SOUSA, 2007, p. 70).

A sessão extraordinária ocorreu em 10 e 11 de Setembro de 2001, em Lima, no Peru, ocasião em que a Carta foi aprovada, contendo um preâmbulo, seis capítulos e vinte e oito artigos.

De acordo com Sousa (2007, p. 39), “a promoção da democracia representativa é hoje um dos objetivos centrais da Organização dos Estados Americanos (OEA) e um de seus princípios mais revigorados”, tendo sido afirmado em sua carta constitutiva, de 1948, e por uma série de declarações e resoluções.

A Carta Democrática Interamericana consagra, em seu artigo 1º, que “os povos da América têm direito à democracia e seus governos têm a obrigação de promovê-la e defendê-la” sendo a democracia essencial para o desenvolvimento social, político e econômico dos povos das Américas. Mazzuoli (2015, p. 161) aduz que “a Carta atribui aos povos da América o *direito* à democracia, e aos governos respectivos a *obrigação* de sua proteção, fazendo coro aos propósitos da OEA de promover e consolidar a democracia representativa no Continente Americano”.

O documento, de acordo com Mazzuoli (2015, p. 162), “deixa entrever que a relação entre democracia e direitos humanos é inexorável, no sentido de que não há ordem democrática efetiva em Estado que não assuma (e não respeite) as obrigações mínimas relativas a direitos humanos impostas pela ordem internacional”.

O artigo 3º da Carta expressamente prevê esta relação entre democracia e direitos humanos quando afirma que “são elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (...)”, e o artigo 7º reforça esta relação, quando afirma que a democracia é indispensável para o exercício efetivo das

liberdades fundamentais e dos direitos humanos, em seu caráter universal, indivisível e interdependente, consagrados nas respectivas constituições dos Estados e nos instrumentos interamericanos e internacionais de direitos humanos.

Em seu artigo 10, a Carta afirma que a promoção e o fortalecimento da democracia requerem o exercício pleno e eficaz dos direitos dos trabalhadores e a aplicação de normas trabalhistas básicas, tal como estão consagradas na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como em outras convenções desta Organização. De acordo com a Carta, melhoria das condições de trabalho e da qualidade de vida dos trabalhadores do Hemisfério fortalecem a democracia (artigo 10).

A Carta concede aos Estados membros uma maior possibilidade de diálogo para “questões recíprocas em assuntos domésticos relativos a uma alteração ou ruptura inconstitucional da ordem democrática, especialmente levando em consideração o histórico da experiência ditatorial no Continente Americano” (MAZZUOLI, 2015, p. 157-158). Assim, de acordo com Sousa (2007, p. 70), “o principal objetivo da Carta era o de sistematizar os mecanismos concebidos no âmbito da OEA para responder multilateralmente às rupturas com a ordem constitucional e os procedimentos democráticos em qualquer de seus Estados membros”.

O preâmbulo da Carta estabelece que “qualquer alteração ou ruptura inconstitucional da ordem democrática em um Estado do Hemisfério constitui um obstáculo insuperável à participação do Governo do referido Estado no processo de Cúpulas das Américas”.²⁰

O artigo 21 da Carta estabeleceu o mecanismo de suspensão dos governos antidemocráticos de todos os órgãos, comissões e grupos de trabalho da OEA, mediante o voto afirmativo de dois terços dos Estados membros, quando a Assembleia Geral constatar que ocorreu a ruptura da ordem democrática num Estado membro e que as gestões diplomáticas tenham sido infrutíferas, em conformidade com a Carta da OEA, estabelecendo, ainda, que a suspensão entrará em vigor imediatamente.

No entanto, O Estado membro que tiver sido objeto de suspensão deverá continuar observando o cumprimento de suas obrigações como membro da Organização, em particular em matéria de direitos humanos (art. 21 da Carta).

Como o mecanismo de suspensão nunca foi acessado, a principal função da reiteração desse mecanismo na Carta Democrática é a de dissuadir o Estado da prática de tais condutas

²⁰ Carta Democrática Interamericana. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/r.Cartademocr%C3%A1tica.htm>

antidemocráticas, considerando que ele constitua provavelmente a penalidade mais grave aplicável a um Estado membro. O membro que tiver sido objeto de suspensão deverá continuar observando o cumprimento de suas obrigações com a Organização (Artigo 9 da Carta da OEA, emendada pelo Protocolo de Washington) (SOUSA, 2007).

O texto dos artigos 17 e 20 da Carta Democrática admitem que, tanto o governo do Estado membro que considerar que o processo democrático ou o legítimo exercício de poder em seu país estejam em risco, quanto todos os demais Estados membros e também o Secretário-Geral poderão solicitar a convocação imediata do Conselho Permanente para realizar uma avaliação coletiva da situação e adotar as decisões que julgar convenientes.

Sobre a participação da sociedade civil, o artigo 8º da Carta Democrática prevê que qualquer pessoa ou grupo de pessoas que considere que seus direitos humanos tenham sido violados pode interpor denúncias ou petições perante o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, conforme os procedimentos nele estabelecidos. De acordo com Sousa (2007, p. 71), “essa determinação reforça a relação íntima ente a defesa da democracia e proteção dos direitos humanos”. O Artigo 1º da Carta afirma a democracia como um direito dos povos americanos e sua promoção e defesa como obrigações de seus respectivos governos.

Sobre o *status* legal da Carta, em primeiro lugar, pensou-se na possibilidade de adotá-la como uma emenda à Carta da OEA, conferindo-lhe o *status* jurídico de tratado. Entretanto, para ser um tratado, a Carta Democrática teria que passar pelo processo de ratificação, necessitando da adesão de dois-terços dos Estados Membros para entrar em vigor, e ainda assim só se tornando aplicável aos membros que voluntariamente aderissem a ela. A votação da Assembleia Geral que aprovou a Carta Democrática Interamericana optou por aprova-la por meio de uma resolução e coloca-la à disposição de todos seus Estados membros imediatamente (SOUSA, 2007).

Segundo Mazzuoli (2015, p. 159-161), a Carta tem natureza jurídica de *soft law*, o que não significa que o seu conteúdo não seja obrigatório aos Estados. De acordo com o autor, “entende-se que a Carta é a interpretação autêntica da Carta da OEA no que diz respeito à democracia no Continente Americano”, servindo de “vetor interpretativo aos tratados internacionais regionais e de *guia* para os Estados em matéria de democracia”. Além do mais, as suas provisões podem se tornar costumes internacionais, “caso sejam efetivamente praticadas pelos Estados, com *aceitação geral*”. Assim, o sucesso da implementação das disposições da Carta “depende mais da vontade política dos Governos do que propriamente de sua natureza jurídica”.

A seguir, passa-se à análise do procedimento através do qual os referidos tratados de direitos humanos se integram ao ordenamento jurídico brasileiro, e com qual *status* normativo eles aportam ao ordenamento pátrio.

6 INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os tratados internacionais, afirma Flávia Piovesan (2016, p. 113), são acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, que “constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”, o que foi decorrência do crescente positivismo, também ocorrido no âmbito internacional. Anteriormente, este papel de principal fonte do direito internacional era reservado aos costumes internacionais. Atualmente, o direito internacional vive uma fase pós-positivista, o que tem permitido aos princípios gerais de direito alcançarem uma relevância cada vez maior na ordem internacional.

Além do termo “Tratado”, outras denominações são frequentemente utilizadas para se referir aos acordos internacionais, sendo as mais comuns: Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio e Acordo Internacional. Os termos “Pacto” e “Carta”, por exemplo, “são usados para denotar solenidade”, enquanto “Protocolo” denota a natureza suplementar do acordo (PIOVESAN, 2016, p. 114). De acordo com Rezek (2011, p. 40), a análise da nomenclatura dos tratados concebíveis em português nos leva à conclusão de que chegam a duas dezenas as variantes terminológicas para a denominação de um *tratado*, das quais são exemplos: “*acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento*”. Estas expressões são de uso livre e aleatório. O termo *concordata*, no entanto, se refere estritamente “ao tratado bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, e que tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesiástica, missões apostólicas, relações entre a igreja católica local e o Estado copactuante”.

A necessidade de disciplinar, uniformizar e regular o procedimento para a celebração dos tratados internacionais resultou na elaboração da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que é a norma jurídica que rege os tratados elaborados entre Estados, não estando previstos, na Convenção de Viena, os tratados celebrados entre Estados e Organismos Internacionais.

A primeira regra aplicável em relação aos tratados internacionais, é a de que eles só se aplicam aos Estados-partes. Deve haver o expresse consentimento do Estado em acatar as regras do tratado, não podendo um tratado criar obrigações para um Estado que não o adotou. De acordo com o artigo 26 da Convenção de Viena, “Todo tratado em vigor vincula as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. O artigo 27 da Convenção estabelece que “Uma parte

não pode invocar disposições do seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Piovesan (2016, p. 398) afirma que a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, “o marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher”.

Embora em 27 de março de 1968, de acordo com Piovesan (2016), o Brasil tenha ratificado a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, o que foi de extrema relevância para a proteção dos direitos humanos, a ratificação desta Convenção foi um ato jurídico isolado, que não integrou um processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Brasil. Por este motivo, considera-se o marco inaugural deste “processo” de incorporação de tratados de direitos humanos, a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 1984.

Este processo de incorporação de tratados de direitos humanos se acentuou com a Constituição Federal, tendo sido ratificados, segundo com Piovesan (2016, p. 399-400), a partir de 1988, os seguintes documentos internacionais:

- a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989;
- b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989;
- c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990;
- d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992;
- e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992;
- f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992;
- g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995;
- h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996;
- i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996;
- j) a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001;

- k) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002;
- l) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002;
- m) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004;
- n) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, em 27 de janeiro de 2004;
- o) o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 11 de janeiro de 2007;
- p) a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em 1º de agosto de 2008;
- q) o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como do Segundo Protocolo ao mesmo Pacto visando à abolição da Pena de Morte, em 25 de setembro de 2009;
- r) a Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra o Desaparecimento Forçado, em 29 de novembro de 2010; e
- s) a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em 3 de fevereiro de 2014.

“A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998” (PIOVESAN, 2006, p. 28).

Flávia Piovesan (2016, p. 403) pondera que, “ainda que seja extraordinário o avanço decorrente da ratificação dos instrumentos internacionais já mencionados, outros tratados internacionais de direitos humanos aguardam a ratificação pelo Estado brasileiro”, como, por exemplo: o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao procedimento de comunicações, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas correlatas de Intolerância, a Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas.

Em relação às Convenções da Organização Internacional do Trabalho, o Brasil, até hoje, ratificou 96 Convenções, sendo que, dentre as oito consideradas fundamentais pela Conferência Internacional do Trabalho, que passaram a integrar a Declaração sobre os Princípios e Direitos

Fundamentais no Trabalho da OIT, o Brasil ratificou sete, não tendo ratificado a Convenção de número 87, que dispõe sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização.

6.1 Incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil

De acordo com Mazzuoli (2015, p. 201), “há toda uma complexidade envolvendo a integração, eficácia e aplicabilidade dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira”. Para a compreensão destas questões relativas à incorporação dos tratados de direitos humanos no Brasil, é necessário o estudo conjugado dos parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo quinto da Constituição Federal de 1988, que trazem o regramento específico relativo à integração dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 adotou um sistema aberto de direitos fundamentais como fundamento do modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito. O Constituinte originário não se furtou ao debate acerca da possibilidade concreta de expansão dos direitos e garantias fundamentais, inserindo, na Constituição Brasileira de 1988, mais precisamente no § 2º do art. 5º da CF/88, a denominada “cláusula aberta” (PESSOA; LIMA, 2010).

O § 2º do artigo 5º da CF estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (grifos nossos)

Consoante afirmação de Cançado Trindade (2003a, p. 512), o § 2º do artigo 5º da Constituição “resultou de proposta que apresentamos, na época como consultor jurídico do Itamaraty, à Assembleia Nacional Constituinte, em audiência pública no dia 29 de abril de 1987, tal como consta das *Atas das Comissões da Assembleia Nacional Constituinte*”. Segundo o autor, havia a esperança de que, na época, “esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou meia década depois, em 1992”.

Com base neste dispositivo (art. 5º, § 2º, CF), que se insere na tendência do constitucionalismo contemporâneo de conceder um tratamento especial ou diferenciado, no plano do direito interno, aos direitos humanos internacionalmente consagrados, a Constituição Federal de 1988 reconheceu e sancionou a “especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2003a, p. 513).

De acordo com Piovesan (2006, p. 29-30), a análise do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, conduz a três vertentes dos direitos e garantias individuais na constituição pátria:

- a) Direitos e garantias *expressos* na Constituição;
- b) Direitos e garantias *implícitos*, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição;
- c) Direitos e garantias *inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos* dos quais o Brasil seja parte.

O § 1º do artigo 5º da Constituição estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, sendo os tratados de direitos humanos, normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais, uma vez incorporados à Constituição, conforme estabelece o § 2º do artigo 5º da CF, terão aplicação imediata no Direito brasileiro.

Caso seja de interesse do Estado brasileiro, os tratados internacionais de direitos humanos poderão ser aprovados pelo Congresso Nacional pelo mesmo *quórum* de aprovação das emendas constitucionais, situação em que serão a estas equiparadas, consoante previsão do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Passaremos à análise do processo de incorporação dos tratados de direitos humanos, a hierarquia normativa e a aplicabilidade destes tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

6.1.1 Competência para firmar tratados internacionais e processo de internalização das normas de direitos humanos no Brasil

De acordo com Piovesan (2016, p. 116), “a sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado”, e podem variar significativamente de um Estado para o outro.

De acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, com reserva aos Artigos 25 e 66, em seu artigo 6º dispõe que “Todo Estado tem capacidade para concluir tratados”. Completa Rezek (2011) que as Organizações Internacionais costumam ter igual capacidade.

O artigo 7º da Convenção de Viena estabelece quais são as pessoas que possuem poderes para representar o Estado e celebrar tratados em nome dele, dispondo que são legitimados aqueles que possuem plenos poderes, os representantes do Estado ou aquela pessoa cuja prática

dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considera-la seu representante para esses fins, dispensando os plenos poderes.

Os representantes do Estado que dispensam a apresentação de plenos poderes em virtude de suas funções são, de acordo com o artigo 7º, § 2º da Convenção de Viena:

Artigo 7º, § 2º: Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado:

- a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado;
- b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados;
- c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.

Explica Rezek (2011, p. 58), que “a voz externa do Estado é, por excelência, a voz do seu chefe”. Os chefes de Estado e de Governo (nos sistemas parlamentaristas) possuem a representatividade ilimitada do Estado em suas relações internacionais. “Um terceiro dignitário possui ainda essa qualidade representativa ampla: trata-se do Ministro de Estado, responsável pelas relações exteriores, em qualquer sistema de governo”. A representatividade do Chefe de Estado e de Governo, no entanto, é *originária*, e a do Ministro, *derivada*, sendo considerado um plenipotenciário.

Os Chefes de missão diplomática também prescindem da carta de plenos poderes, mas apenas para a conclusão de tratados bilaterais, entre o Estado acreditante e o Estado acreditado. Os demais plenipotenciários devem demonstrar tal qualidade por meio da carta de plenos poderes, sendo normalmente um diplomata, um servidor público de outra área ou um particular credenciado pelo governo para o encargo negocial. Ainda se for um Ministro de Estado é necessário o credenciamento, salvo se for especificamente o Ministro das relações exteriores (REZEK, 2011).

Consoante o artigo 8º da Convenção de Viena, se a conclusão de um tratado for praticada por uma pessoa que, nos termos do artigo 7, não pode ser considerada representante de um Estado para esse fim, este não produzirá efeitos jurídicos, a não ser que seja confirmado, posteriormente, por esse Estado. Assim, é possível que haja a confirmação posterior do Estado, de um ato realizado no sentido da conclusão de um tratado, por uma pessoa não autorizada.

Em geral, conforme explica Piovesan (2016, p. 117), “o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado”.

De acordo com Rezek, (2011, p. 65), na fase de negociação, sendo o tratado multilateral, “a negociação coletiva comum reclama a convocação de uma conferência diplomática

internacional, voltada exclusivamente à feitura de um ou mais tratados, ou a uma pauta de discussão mais ampla, em que se inclua, contudo, alguma produção convencional”. Sendo a conferência de iniciativa de uma Organização Internacional, a negociação do tratado pode ocorrer nas suas dependências ou em algum outro Estado que se ofereça para sediar-la.

Durante a fase de negociação, o Estado pode enviar uma delegação para discutir os termos do tratado, que estará subordinada a um chefe, que tem plenos poderes para assinar o tratado. Os demais integrantes do grupo têm a incumbência de dar suporte ao chefe da delegação, não se concebendo conflitos dentro da delegação, prevalecendo a voz do chefe, quando houver divergências de opiniões. Esta regra, no entanto, não se aplica às delegações enviadas às conferências anuais da OIT, onde se negociam as Convenções Internacionais do Trabalho. Neste caso, o chefe da delegação é um delegado do governo, e a sua opinião não vincula os delegados classistas, representantes sindicais dos empregadores e dos trabalhadores (REZEK, 2011).

O melhor método de negociação coletiva é o do consenso. No entanto, quanto maior o número de Estados envolvidos, mais difícil será alcançá-lo; neste caso, a adoção do texto será feita pela maioria de dois terços dos Estados negociantes, salvo se os mesmos Estados decidirem adotar uma regra diferenciada, conforme estabelece o artigo 9º da Convenção de Viena de 1969, a seguir transcrito:

Artigo 9º, § 1º. A adoção do texto do tratado efetua-se pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração, exceto quando se aplica o disposto no parágrafo 2º.

§ 2º. A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa.

Conforme estabelece o artigo 11 da Convenção de Viena, “O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado”.

A assinatura do tratado é a firma que põe termo a uma negociação, fixando e autenticando o texto do tratado (REZEK, 2011). De acordo com Piovesan (2016, p. 117), “a assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes”, indicando, “tão somente que o tratado é autêntico e definitivo”.

No entanto, afirma Rezek (2011) que, nos tratados bilaterais, a assinatura, além de fixar e autenticar o texto do tratado, exteriorizam, em definitivo, o consentimento dos Estados

representados pelos signatários. O comprometimento, nestes casos, se perfaz pela assinatura, e o tratado tem condições de vigência imediata, a menos que, por conveniência, as partes prefiram diferir a vigência do tratado por algum tempo. Os tratados multilaterais, por outro lado, em regra, precisam da ratificação dos Estados pactuantes para obriga-los em relação ao conteúdo do tratado, sendo que, neste caso, a mera assinatura do tratado não os compromete em definitivo.

O artigo 12 da Convenção de Viena, infra transcrito, estabelece as situações em que o consentimento em obrigar-se por um tratado é manifestado pela assinatura:

Artigo 12: § 1º. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse Estado:

- a) quando o tratado dispõe que a assinatura terá esse efeito;
- b) quando se estabeleça, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou
- c) quando a intenção do Estado interessado em dar esse efeito à assinatura decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.

§ 2º. Para os efeitos do parágrafo 1º:

- a) a rubrica de um texto tem o valor de assinatura do tratado, quando ficar estabelecido que os Estados negociadores nisso concordaram;
- b) a assinatura *ad referendum* de um tratado pelo representante de um Estado, quando confirmada por esse Estado, vale como assinatura definitiva do tratado

Segundo Piovesan (2016, p. 117), “após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, o segundo passo é a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo”.

A Constituição de 1988 trata do processo de celebração de tratados em apenas dois dispositivos, que são:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
 (...)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
 I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)

O procedimento estabelecido pela Constituição para a incorporação de tratados é aplicável a todos os tratados e convenções internacionais de que o Brasil pretende ser parte, não importando se estes tratados tratam de assuntos comuns ou se são tratados de direitos humanos. O referendo do Congresso Nacional de que trata o artigo 49, I da Constituição depende de *quórum* de maioria simples para a aprovação, e é materializado por meio de um Decreto Legislativo, promulgado pelo Presidente do Senado Federal.

No entanto, poderá o Congresso Nacional aprovar o tratado com o *quórum* próprio para a aprovação das emendas constitucionais, regulamentado pelo artigo 60, § 2º da Constituição, que estabelece que a proposta de emenda à Constituição será “discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. Neste caso, aprovado o tratado internacional de direitos humanos com o mesmo *quórum* de votação estabelecido para a aprovação das emendas constitucionais, será ele equivalente à emenda, de acordo com a regra estabelecida pelo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe 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”.

Para Mazzuoli (2013), os tratados de direitos humanos que forem aprovados pelo Decreto Legislativo por maioria simples, poderão, posteriormente, a qualquer momento, ser submetidos a nova apreciação pelo Congresso Nacional com o intuito de adquirir o *status* de equivalência às Emendas, caso sejam, nesta segunda votação, aprovados com o *quórum* de maioria qualificada pertinente à aprovação destas. Esta segunda apreciação pelo Congresso poderá ocorrer após a ratificação, promulgação e publicação do tratado no Diário Oficial da União, já estando ele em plena vigência no território nacional.

Após o referendo de aprovação do tratado promulgado pelo Legislativo, tenha sido o Decreto Legislativo aprovado por maioria simples ou pela maioria qualificada de aprovação das emendas constitucionais, para que o tratado entre em vigor no plano interno, é imprescindível a *ratificação* pelo Presidente da República. Ainda assim, mesmo ratificado, o tratado só terá vigência no plano interno se tiver vigência no plano internacional. Muitos tratados dependem de condição ou termo para entrar em vigor e, enquanto (ou se) estas condições de eficácia do negócio jurídico não se cumprirem, o tratado não entrará em vigor no plano internacional e, conseqüentemente, também não entrará em vigor no plano interno, mesmo que ratificado pelo Presidente da República.

A ratificação, segundo Piovesan (2016, p. 117), “significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado”, sendo considerado o aceite definitivo, irradiando “necessariamente efeitos no plano internacional”. Esclarece a autora que, “não obstante a assinatura pelo órgão do Poder Executivo”, via de regra, a efetividade do tratado fica “condicionada à sua aprovação pelo órgão legislativo e posterior ratificação pela autoridade do órgão executivo”, sendo esta matéria disciplinada pelo direito interno.

O artigo 14 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, estabelece as hipóteses em que a ratificação é necessária para obrigar o Estado em relação ao tratado, em adição à assinatura. São elas:

Artigo 14: § 1º. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela ratificação:

- a) quando o tratado disponha que esse consentimento se manifeste pela ratificação;
- b) quando, por outra forma, se estabeleça que os Estados negociadores acordaram em que a ratificação seja exigida;
- c) quando o representante do Estado tenha assinado o tratado sujeito a ratificação; ou
- d) quando a intenção do Estado de assinar o tratado sob reserva de ratificação decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.

§ 2º. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela aceitação ou aprovação em condições análogas às aplicáveis à ratificação.

O consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se aperfeiçoa, como etapa final, pelo depósito do instrumento de ratificação em um órgão que assuma a custódia do instrumento. Em hipótese de tratado das Nações Unidas, o depósito ocorrerá na própria ONU; sendo um tratado firmado no âmbito regional interamericano, deverá ser depositado na OEA (PIOVESAN, 2016). Assim estabelece o artigo 16 da Convenção de Viena, infra transcrito:

Artigo 16: A não ser que o tratado disponha diversamente, os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão estabelecem o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado por ocasião:

- a) da sua troca entre os Estados contratantes;
- b) do seu depósito junto ao depositário; ou
- c) da sua notificação aos Estados contratantes ou ao depositário, se assim for convencionado.

Não obstante a previsão expressa na Convenção de Viena sobre a possibilidade de um Estado obrigar-se a um tratado mediante a simples assinatura do Poder Executivo, no direito brasileiro, devido às disposições dos artigos 84, VIII e artigo 49, I, ambos da Constituição Federal, faz-se necessário o referendo do Congresso Nacional e a posterior ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação para que o tratado passe a produzir efeitos jurídicos perante o Estado. Piovesan (2016, p. 119) afirma que, no Direito brasileiro, constata-se a necessidade da “conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo” para a conclusão dos tratados internacionais.

O Supremo Tribunal Federal entende, no entanto, que não basta a promulgação do Decreto Legislativo e a respectiva ratificação do tratado para que este seja aplicável no âmbito interno, sendo necessária a promulgação de um Decreto do Executivo e a publicação no Diário Oficial da União, conforme se infere da emenda infra transcrita:

(...) É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - **da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais** - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - **conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto**, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) **a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno**. Precedentes(...). (ADI-MC 1.480-3. ReI. Min. Celso de Mello. DJU de 08-08-2001). (Grifos nossos)

Assim, de acordo com as normas constitucionais e com o entendimento do STF a respeito do processo de internalização de um tratado, pode-se sintetizar as etapas de internalização da seguinte forma:

- a) O presidente da república celebra o tratado internacional, passando pelas etapas de negociação, conclusão e assinatura do tratado, pois, de acordo com o art. 84, VIII, da Constituição Federal, ele detém competência privativa para tanto;
- b) Em seguida, utilizando da sua competência exclusiva prevista no art. 49, I, da Constituição Federal, caberá ao Congresso Nacional referendar os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República, o que é feito por meio de um Decreto Legislativo, que pode ser aprovado por maioria simples;
- c) Publicado o referido Decreto Legislativo, a próxima etapa consiste na ratificação do tratado pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento, confirmando o desejo do país de obrigar-se àquele documento;
- d) Por fim, o tratado deverá ser promulgado por meio de um decreto presidencial e ser publicado no Diário Oficial da União, condição necessária para que passe a gerar efeitos no âmbito interno.

Flávia Piovesan (2016, p. 120) observa, contudo, que a Constituição brasileira ao versar sobre o processo de aprovação de tratados internacionais em apenas dois dispositivos, “traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita”, por não prever “prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado”, nem tampouco há a “previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado”, como também

não se prevê “prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso”. Esta sistemática Constitucional falha e lacunosa “acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional”. A autora cita o caso emblemático da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que foi assinada pelo Brasil em 1969, encaminhada ao Congresso em 1992, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 496, de 17 de julho de 2009, tendo, o Estado brasileiro efetuado o depósito de ratificação apenas em 25 de setembro de 2009 e expedido o Decreto de promulgação (Decreto n. 7.030), em 14 de dezembro de 2009.

Uma vez ratificado o tratado e depositado seu instrumento de ratificação junto ao órgão competente, o Estado se obriga ao tratado, no âmbito interno e no âmbito internacional, e o descumprimento às normas do tratado, a partir de então, implica na responsabilização do Estado no âmbito internacional.

6.1.2 *Status legal das normas de direitos humanos no Brasil*

Diversas posições doutrinárias são observadas, no que diz respeito ao *status* normativo dos dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos ou mesmo quanto ao plano de aplicabilidade dos mesmos no ordenamento brasileiro.

Dentre as diversas vertentes doutrinárias, quatro se destacam:

- a) a vertente que atribui caráter de *lei ordinária* (legalidade) aos tratados de direitos humanos;
- b) o posicionamento que estabelece o caráter de *supralegalidade* aos tratados de direitos humanos;
- c) a vertente que reconhece o *status* de *constitucionalidade* dos tratados de direitos humanos; e por fim
- d) a corrente que reconhece natureza *supraconstitucional* (supranacional) aos tratados internacionais de direitos humanos;

A doutrina majoritária advoga a *hierarquia constitucional* e, portanto, a condição de autênticos direitos fundamentais, no que diz com a vigência dos direitos humanos na ordem interna. São adeptos desta corrente renomados autores do direito internacional e do direito constitucional como Cançado Trindade, Piovesan, Mazzuoli, e Sarlet, dentre outros.

Essa doutrina interpreta o § 2º do art. 5º da Constituição como uma cláusula aberta, que permite a integração, no rol dos direitos constitucionais, dos direitos e garantias fundamentais

previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sendo estes direitos de aplicabilidade imediata, consoante estabelece o § 1º do artigo 5º da Constituição, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa. Importante ressaltar que a referida hierarquia constitucional, de acordo com esta tese, seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, os quais possuiriam apenas *status* de lei ordinária.

Mazzuoli (2013, p. 34-35), aduz que o § 2º do artigo 5º da CF/88 é bastante claro em relação ao *status* que a Constituição confere aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Ao estabelecer, a Constituição, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, está, ela própria, a estabelecer que os direitos previstos nos tratados “se incluem” dentre os direitos previstos na Constituição. Assim, a conclusão lógica que se chega da análise deste dispositivo é que a Constituição está a incluir os direitos e garantias fundamentais previstos nos tratados ratificados pelo Brasil, como se direitos constitucionais fossem, ampliando, dessa forma, o seu “bloco de constitucionalidade”.

No mesmo sentido é a tese advogada por Flávia Piovesan (2016, p. 122), ao afirmar que o § 2º do artigo 5º inclui, “no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo texto Constitucional de tais direitos”.

Sarlet (2010), afirma que, devido ao comando do § 2º do art. 5º da CF, os direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte têm hierarquia de norma constitucional, por serem, pelo menos, *materialmente constitucionais*. Ademais, de acordo com Pessoa e Lima (2010) “a interpretação da constitucionalidade dos tratados internacionais estaria em consonância com o princípio da máxima efetividade (ótima concretização) das normas constitucionais”.

O jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, que foi o autor da proposta da inserção da cláusula constante no § 2º do artigo 5º da CF à Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, explicitamente demonstra a intenção da norma por ele proposta de que os direitos e garantias fundamentais constantes nos tratados internacionais de que o Brasil é parte tenham *status* constitucional. Segundo o autor, diferentemente do que ocorre com os tratados internacionais em geral, onde se exige a “intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno”, “no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos” passam a integrar o elenco dos

direitos constitucionalmente consagrados, sendo “direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno” (CANÇADO TRINDADE, 2003a, p. 513).

Em palestra proferida na III Conferência Nacional de Direitos Humanos, no auditório do Congresso Nacional, em Brasília, em 1998, Cançado Trindade expressou seu pensamento em relação ao *status* e à aplicabilidade das normas dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte da seguinte forma:

O propósito do disposto nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. (...) Infelizmente, tem-se tentado circundar de incertezas tais disposições tão claras, e condicionar a aplicação direta das normas internacionais de proteção, elevadas a nível constitucional, a uma emenda constitucional, alterando o disposto no art. 5º(2). (...) Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira. (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 31).

Em sequência, na mesma conferência, Cançado Trindade (1998, p. 31-32) afirma que o problema não reside no dispositivo constitucional, do ponto de vista do autor, claríssimo em seu texto e propósito, “mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*)”.

Para o autor, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição devem ser resolvidos na solução de casos concretos, pela primazia da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos (princípio *pro homine*), seja ela de origem internacional ou interna, estando o direito interno e o direito internacional em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1998).

No entanto, o Ministro do Supremo Federal, Gilmar Mendes, em seu voto no RE 466.343-1/SP²¹, 2008, p. 10, afirmou que a discussão em torno da hierarquia constitucional das normas dos tratados de direitos humanos foi esvaziada pela Emenda Constitucional n. 45/04 que incluiu o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo que os tratados de direitos

²¹ RE 466.343-1/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

humanos que passarem pelo processo legislativo das emendas constitucionais, a elas serão equiparados. Para o Ministro, a referida norma deixa transparecer a intensão do legislador constituinte reformador de apenas conferir *status* constitucional aos tratados de direitos humanos que forem aprovados da mesma forma que as emendas constitucionais, esvaziando de significado qualquer interpretação que se possa dar à norma do § 2º do mesmo artigo, no sentido de que basta que o Brasil seja parte no tratado internacional de direitos humanos para que as suas normas adentrem o ordenamento brasileiro com *status* constitucional. Nas palavras do Ministro:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional no 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “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.” (Ministro Gilmar Mendes, voto proferido no RE 466.343-1/SP, em 2008, p. 10)

De acordo com Cançado Trindade, Piovesan, Mazzuoli e outros tantos autores que defendem a tese do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, tecnicamente, não é necessária a aprovação destes tratados por maioria qualificada das emendas constitucionais para que sejam considerados normas *materialmente* constitucionais, em decorrência do disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição. No entanto, se um tratado de direitos humanos obtiver aprovação pelo Congresso Nacional com o *quórum* qualificado das emendas constitucionais, serão considerados normas *formalmente e materialmente* constitucionais. Em ambos os casos, as normas terão *status* constitucional, porém, o fato de um tratado de direitos humanos ser aprovado com o *quórum* qualificado das emendas conferirá a este um efeito distinto.

Explica Mazzuoli (2013, p. 60-61), que “os efeitos dos tratados equivalentes às emendas constitucionais são ‘mais amplos’ que aqueles decorrentes dos tratados que detêm somente *status* de norma constitucional” que são:

- 1) eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma *materialmente* constitucional;
- 2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com o Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento desta regra;

- 3) eles serão paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição proponham no STF as ações do controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF, etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas domésticas com eles incompatíveis.

Os tratados de direitos humanos que não forem equivalentes às emendas constitucionais, por não terem alcançado o *quórum* de aprovação referente a estas, não reformarão a Constituição, mas conviverão com as normas constitucionais, com o mesmo *status* destas, sendo-lhes aplicados o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (ou princípio *pro homine*). Por outro lado, aqueles que forem equivalentes às emendas reformarão a Constituição.

Os tratados que forem aprovados com equivalência às emendas constitucionais, por tratarem de direitos e garantias fundamentais, terão *status* de cláusula pétrea, e não poderão ser abolidos da Constituição, sob pena de crime de responsabilidade do Presidente da República, portanto, não poderão ser denunciados. Ademais, servirão como parâmetro para o controle de convencionalidade das normas domésticas.

Não obstante, apesar da previsão contida no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, inserida pela emenda constitucional n. 45/2004, desde 2004 até os dias atuais, apenas dois tratados internacionais de direitos humanos foram aprovados pelo Congresso Nacional com o *status* de emenda constitucional: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Seis Convenções da OIT foram aprovadas pelo Congresso Nacional após a EC 45/2004 e foram devidamente ratificadas, que são: a Convenção n. 102 (Normas Mínimas da Seguridade Social, de 1952); a Convenção n. 151 (Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública, de 1978); a Convenção n. 167 (Segurança e Saúde na Construção, de 1988); a Convenção n. 176 (Segurança e Saúde nas Minas, de 1995); a Convenção n. 178 (Inspeção das Condições de Vida e de Trabalho dos Trabalhadores Marítimos, de 1996) e a Convenção n. 185 (Documentos de Identidade da Gente do Mar, de 2003) (ver Anexo I). Nenhuma delas, no entanto, obteve a aprovação por maioria qualificada no Congresso Nacional.

Alguns doutrinadores, no entanto, deram um passo mais além, e defenderam o *status supraconstitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos. Bidart Campos (1989, p. 362) é um defensor desta corrente. Explica que, nos países que possuem uma postura monista em relação ao Direito, o direito internacional público se sobrepõe a todo o direito interno, incluindo o direito constitucional, e dá o exemplo da Constituição dos Países Baixos. O autor defende esta teoria e ressalta que, se o objetivo do Estado é otimizar os direitos humanos, e se

interpretarmos que as vertentes do constitucionalismo moderno e do social se inscreveram no direito interno, inspiradas em um ideal análogo, que se vê refletido internacionalmente, não há porque objetar-se a localização prioritária do direito internacional dos direitos humanos em detrimento da Constituição. Segue trecho original transcrito da obra do autor:

Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etcétera, con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliado con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado -cada una en su situación histórica- en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de *lege ferenda*) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución (BIDART CAMPOS, 1989, p. 362)²².

Segundo Bidart Campos (1989, p. 362-363), cabe a cada Estado decidir com qual hierarquia irá integrar as normas de direito internacional dos direitos humanos, mas, se esta decisão conduzir a erigir os tratados sobre direitos humanos em instância superior à Constituição, o princípio de sua supremacia, ainda que debilitado, não ficará escarnecido em seu objetivo, porque desde o constitucionalismo clássico, a Constituição se destina a resguardar a pessoa humana em sua convivência política, com todo o plexo de direitos e garantias

Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 25), na mesma linha de Bidart Campos, também defende o *status supraconstitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos. De acordo com o autor:

A Constituição de 1988 no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagrados nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan (...). Considero esta posição já como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional (MELLO, 2001, p. 25)

²²Se para o nosso tema consideramos o direito internacional dos direitos humanos (tratados, acordos, convenções, etc., como um plexo global, com normas sobre um fragmento ou parte) dizemos que, em tal caso, o direito internacional contratual está acima da Constituição. Se quisermos otimizar os direitos humanos, e se, conciliado com tal propósito, interpretamos que as vertentes do constitucionalismo moderno e do social têm associado – cada uma em sua situação histórica – em linhas de direito interno inspiradas por um ideal análogo, agora é acompanhado internacionalmente, não temos nada a objetar (de *lege ferenda*) à localização prioritária do direito internacional dos direitos humanos em relação à Constituição.

De acordo com Gilmar Mendes, em seu emblemático voto proferido no RE 466.343-1/SP, em 2008, na página 05, “é de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico”. Para o ministro do STF, “entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais”.

Apesar do esforço intelectual de diversos autores de renome internacional em demonstrar o *status* de norma constitucional (ao menos *materialmente* constitucional) de todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independentemente do seu *quórum* de aprovação pelo Congresso Nacional, e, ainda, dos que defendem a o *status* supraconstitucional destes tratados, o entendimento da nossa Corte Suprema segue em outra direção.

O Supremo Tribunal Federal, após ter, por muito tempo, conferido aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o *status* de lei ordinária, acabou por avançar na matéria, a partir do RE 466.343-1/SP²³, com decisão proferida em 03 de dezembro de 2008, chancelando a *hierarquia supralegal* (mas infraconstitucional) dos tratados em matéria de direitos humanos.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido no recurso extraordinário supracitado, na página 21, explica que a tese da *hierarquia supralegal* “foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC n° 79.785-RJ, pelo voto do Eminent Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supraleais”.

Conforme explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes no referido voto, a Constituição é hierarquicamente superior aos tratados, sendo tal hierarquia inferida de normas previstas na própria Constituição, como, por exemplo, a do artigo 102, III, alínea “b”, que estabelece ser competência do STF “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Assim, se a própria Constituição prevê o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais é porque é hierarquicamente superior a estes. Nas palavras do Ministro:

Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema “assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o

²³RE 466.343-1/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). (Ministro Gilmar Mendes, voto proferido no RE 466.343-1/SP, em 2008, p. 05).

Ainda, em relação à questão do tratado envolver matéria afeta aos direitos humanos, afirma Gilmar Mendes que o termo “direitos humanos” pode ter múltiplos sentidos, e a ampliação inadequada dos sentidos que se podem dar à esta expressão pode trazer, para o âmbito constitucional, caso seja considerada a hierarquia de normas materialmente constitucionais dos tratados de direitos humanos do qual o Brasil for parte, uma produção normativa incompatível com a ordem constitucional brasileira, o que esbarraria na competência do STF para exercer o controle de constitucionalidade destes diplomas internacionais. Segue trecho do voto do Ministro nesse sentido:

O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.

A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional. (Ministro Gilmar Mendes, voto proferido no RE 466.343-1/SP, em 2008, p. 06)

Com o posicionamento do STF, de acordo com Luiz Flávio Gomes e Rodolfo Luis Vigo (2008), houve a formação de uma “nova pirâmide normativa”, em três patamares, escalonados da seguinte forma: na base, encontram-se todas as leis ordinárias; no topo, as normas constitucionais e também os tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento do §3º do art. 5º da CF; e, numa posição intermediária às outras, as normas de direitos humanos presentes em tratados ratificados pelo Brasil, porém, não aprovadas de acordo com o §3º do art. 5º da CF/88.

Ainda que os argumentos do Ministro Gilmar Mendes sejam bastante razoáveis, uma vez que, de fato, a Constituição brasileira é rígida e prevê o controle de constitucionalidade dos tratados, cabendo ao STF controlar o conteúdo formal e material das normas de direitos humanos que venham a adentrar o ordenamento jurídico pátrio, a Suprema Corte criou, com esta decisão paradigma do RE 466.343-1/SP, de 2008, uma espécie normativa não prevista no artigo 59 da mesma Constituição da qual a referida corte é guardiã, inovando em matéria de espécies normativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a “norma supra legal”.

Fazendo um paralelo com o Direito estrangeiro, que admite a hierarquia supralegal de normas de tratados de direitos humanos, e citando o artigo 98 do Código Tributário Nacional, que estabelece que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”, Gilmar Mendes rechaçou a tese dantes adotada pelo STF, que atribuía aos tratados de direitos humanos a hierarquia de lei ordinária, mas não os equiparou às normas constitucionais, sendo, a solução adotada, a adoção da *hierarquia supralegal*, porém, infraconstitucional destes tratados.

Sarlet (2010), pondera que, embora a decisão do STF possa ser considerada um importante passo à frente, ainda deixa de considerar os direitos humanos oriundos dos tratados internacionais como sendo autênticos direitos fundamentais, visto que submetidos a regime jurídico menos privilegiado.

Apesar de toda a discussão versando sobre o *status* dos tratados de direitos humanos, no Direito do Trabalho, vige o princípio da primazia da norma mais favorável. Assim, no tocante à interpretação das normas internacionais trabalhistas que tenham caráter de normas de direitos humanos, por serem aquelas que protegem a *dignidade humana*, previstas em tratados dos quais o Brasil seja parte, não importa o *status* normativo com que estas alcançam o ordenamento brasileiro: sendo mais favoráveis ao ser humano trabalhador, serão aplicadas em detrimento das normas internas, para que seja conferida, em cada situação concreta, a proteção adequada à pessoa humana.

6.1.3 Aplicabilidade dos tratados de direitos humanos

Para que o tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil produza efeitos no ordenamento jurídico interno, é necessária a edição de um ato normativo, o Decreto, pelo Presidente da República, depois da aprovação do tratado pelo Congresso Nacional (FERACIN, 2014).

Outros autores entendem que o §1º do art. 5º da CF, ao dispor que as normas garantidoras de direitos fundamentais *têm aplicabilidade imediata*, combinado com a norma do §2º do mesmo dispositivo legal, autorizam que a aplicabilidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos prescindam do decreto presidencial executório para a produção de efeitos (PIOVESAN, 2016; MAZZUOLI, 2015).

Cançado Trindade (2003a), sobre o tema, explica:

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno (CANÇADO TRINDADE, 2003a, p. 513).

Esta afirmação de Cançado Trindade deve ser entendida da seguinte forma: uma vez que o tratado internacional de direitos humanos tenha sido formalmente e validamente incorporado ao nosso ordenamento jurídico, já tendo vencido as etapas da assinatura, da aprovação pelo Legislativo com a promulgação do respectivo decreto, devidamente ratificado pelo Presidente da República e tendo sido dada a devida publicidade ao tratado no âmbito interno, com a promulgação do decreto presidencial e a publicação no Diário Oficial da União, terá o tratado vigência imediata, dispensando a atuação do Poder Legislativo no sentido de publicação de ato com força de Lei para regulamentar a matéria.

A aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, portanto, diz respeito à aplicabilidade do tratado que já passou por todo o trâmite de incorporação, incluindo a sua publicação no Diário Oficial da União, independentemente de haver alguma Lei interna para regulamentar a matéria sobre a qual versa o tratado, passando este a adquirir vigência imediata em todo o território brasileiro.

6.2 Controle de convencionalidade das normas de direitos humanos

A expressão “controle de convencionalidade” tem origem francesa e data do início da década de 1970, tendo sido cunhada pelo Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54DC, de 15 de janeiro de 1975 (MAZZUOLI, 2013, p. 88).

Controlar a convencionalidade, segundo Mazzuoli (2009), significa compatibilizar as normas do ordenamento interno com o conteúdo dos tratados internacionais ratificados e em vigor no Estado. Este tema tem especial relevância quando se trata de aplicar os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo, eis que tais compromissos guardam um *status* hierárquico diferenciado na ordem jurídica brasileira.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem exigido (há vários anos) que os juízes e tribunais locais controlem a convencionalidade das leis *ex officio*, sempre que

se depararem com uma norma interna (menos benéfica) incompatível com um tratado de direitos humanos em vigor no Estado (MAZZUOLI, 2009).

Os tratados de direitos humanos aprovados com *status* de emenda constitucional, pela regra do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, incluída pela EC 45/04, desde que em vigor no plano internacional e no plano interno, são considerados normas formalmente constitucionais. Esta norma que permite que os tratados de direitos humanos sejam aprovados com o *quórum* de emenda constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à normatividade interna: o controle de *convencionalidade* das leis (MAZZUOLI, 2013, p. 79).

Mazzuoli (2013, p. 79) adverte que, tendo sido o tratado de direitos humanos aprovado com o *quórum* das emendas constitucionais, poder-se-ia objetar que, nesta situação, sendo as normas do tratado equiparadas formalmente às normas constitucionais, tratar-se-ia de *controle de constitucionalidade*. No entanto, no entendimento do autor, apenas quando se tratar de afronta direta à Constituição é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito.

Defende Mazzuoli (2013, p. 80) que, tenham os tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou sejam eles equivalentes às emendas constitucionais, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, “em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas domésticas brasileiras, ao que se nomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades *difusa* e *concentrada*)”.

André de Carvalho Ramos (2003, p. 86) estudou o controle de convencionalidade, atribuindo a este termo o significado de um controle “pelo qual as normas locais passam a ter a compatibilidade aferida diante das normas internacionais”. Para o autor, o controle de convencionalidade é algo realizado pelos demais Estados participantes da sociedade internacional, de modo unilateral ou por mecanismos coletivos, mas sempre por outros Estados ou por organismos internacionais, e não de forma interna, pelos tribunais do próprio Estado. Nas palavras do autor:

Esse controle de convencionalidade pode ser feito de modo unilateral pelos demais Estados participantes da sociedade internacional, o que é o modo tradicional de apuração do respeito por um Estado de suas obrigações internacionais, uma vez que a sociedade internacional é uma sociedade ainda marcada pelo voluntarismo, sendo paritária e descentralizada. (...)

Um segundo modo de controle de convencionalidade é aquele feito por mecanismos coletivos, nos quais é apurado se determinada conduta do Estado (por exemplo, a edição de lei, a prolação de uma sentença ou um ato administrativo) é compatível com as normas internacionais (RAMOS, 2003, p. 86)

Ramos (2003, p. 87) cita como exemplo “o reconhecimento, pelo Brasil, da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998”. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete definitivo de direitos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos, efetua o controle de convencionalidade por mecanismo coletivo, afetando o Brasil, quer na sua jurisdição contenciosa, quer na sua jurisdição consultiva. Segundo o autor “analisando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observamos que nenhum ato ou norma nacional escapa de sua apreciação. Mesmo normas constitucionais podem vir a sofrer o crivo da compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (...)”.

Mazzuoli (2013, p. 83 e ss.) defende uma teoria pioneira em relação ao controle de convencionalidade, que será exercido pelos juízes ou tribunais internos dos Estados, o que não é abordado por André de Carvalho, que só ressalta a possibilidade do controle de convencionalidade ser realizado por instâncias internacionais de proteção aos direitos humanos, que, de fato, têm essa competência. No entanto, a própria Corte Interamericana ordena que o controle de convencionalidade deve ser exercido, em primeiro plano, pelo judiciário interno dos Estados-partes dos tratados de direitos humanos, especialmente pela via difusa.

A partir de 2006, “a Corte Interamericana passou a entender ser obrigação dos juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana”, e com a interpretação que dela faz a Corte, externada por meio do Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao Exercício de 2006 (MAZZUOLI, 2013, p. 94-95).

De acordo com Mazzuoli (2013, p. 99-100), “*todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade*”, e os direitos previstos nestes tratados formam aquilo que se pode chamar de “bloco de convencionalidade”, “um *corpus juris* de direitos humanos de observância obrigatória aos Estados-partes”. Se o poder judiciário se negar a controlar a convencionalidade das leis pela via difusa, “sob o argumento de que não solicitado pelas partes ou de que não é possível exercê-lo *ex officio*, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos”.

Mazzuoli (2013, p. 151) aduz que o controle de convencionalidade *difuso* existe no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional, no artigo 105, II, “a” estabelece que é competência do STJ:

Art. 105, CF/88. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

Já o controle de convencionalidade *concentrado*, realizado pelo STF, nasceu apenas em 08 de dezembro de 2004, com a promulgação da emenda constitucional 45, quando o tratado for aprovado de acordo com a regra do § 3º do artigo 5º da CF/88 e estiver em vigor no âmbito interno e no plano internacional, situação na qual terá *status* de norma formalmente constitucional (MAZZUOLI, 2013, p. 152).

Nos casos em que se deseja realizar o controle *concentrado* de convencionalidade, deve-se propor, perante o STF (os legitimados para tanto, que seriam os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade), Ação Direta de Inconvencionalidade. Em idêntico sentido, o mesmo raciocínio se aplica para a Ação Declaratória de Convencionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e, ainda, a Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão (MAZZUOLI, 2013).

6.3 Responsabilidade internacional e interna do Estado em relação aos documentos internacionais ratificados

Cançado Trindade (2003a, p. 515) afirma que “os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos”. Para que esta proteção seja viabilizada, no entanto, deve haver uma coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno, no que diz respeito à proteção da pessoa humana.

Os tratados de direitos humanos atribuem funções, a serem desempenhadas pelos órgãos internos dos Estados, para alcançarem os seus objetivos e propósitos. Assim, a interação entre o direito interno e o direito internacional na proteção dos direitos humanos é evidente e inquestionável, ocorrendo o mesmo com a implementação das Convenções internacionais do trabalho da OIT (CANÇADO TRINDADE, 2003a).

A proteção primária dos direitos humanos previstos em tratados internacionais recai sobre os tribunais internos, que têm a função de “conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos”. Os tribunais internacionais de direitos humanos não substituem os tribunais internos, nem tampouco operam como instância recursal ou de cassação das decisões dos tribunais internos. “Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de

verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2003a, p. 517-518).

Assim, os atos internacionais dos Estados estão sujeitos à verificação em relação à conformidade com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado, o que se aplica, tanto à legislação nacional como às decisões internas, no âmbito judicial e administrativo. Exemplifica Cançado Trindade (2003a, p. 518), que “uma decisão judicial interna pode dar uma interpretação incorreta de uma norma de um tratado de direitos humanos; ou qualquer outro órgão estatal pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado neste domínio”. De acordo com o autor, “em tais hipóteses pode-se configurar a responsabilidade internacional do Estado, porquanto seus tribunais ou outros órgãos não são os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos”.

O direito interno do Estado, nesta seara, se presta como elemento de prova, na verificação da conformidade deste com as obrigações internacionais a que o Estado se comprometeu. Para Cançado Trindade (2003a, p. 518-519), “nesta ótica, é o próprio direito interno que assume importância no processo legal internacional”, o que se torna ainda mais relevante em um “sistema de *garantia coletiva*, como o da proteção dos direitos humanos”, particularmente aqueles dotados de mecanismos de petições interestatais, onde um Estado-parte pode convocar um órgão de supervisão internacional para verificar se o direito interno de outro Estado-parte, incluindo seus atos normativos, administrativos e judiciais, estão em conformidade com as disposições daquele tratado.

7 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DO TRABALHO

Os *direitos humanos trabalhistas*, modalidade de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, são amplamente reconhecidos pelos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, no âmbito global e no âmbito do sistema regional interamericano, sistemas analisados no presente estudo.

Ademais, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é um órgão voltado exclusivamente à produção normativa trabalhista no âmbito internacional, e à sua aplicação, sendo considerada o organismo internacional mais antigo que ainda encontra-se em funcionamento.

O Direito do Trabalho é um direito de cunho social e, portanto, integrante do núcleo material dos direitos humanos.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2013, p. 54), “não é incorreto dizer que a origem dos direitos sociais se confunde com a própria história do direito do trabalho”. Ressalta o autor, entretanto, que não é qualquer trabalho que deve ser considerado direito humano, mas apenas o trabalho decente ou digno.

A criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, após a primeira guerra mundial, pelo Tratado de Versalhes, foi um dos antecedentes que mais contribuiu para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A OIT foi criada com o objetivo de estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador no plano internacional, visando a assegurar padrões mais condizentes de dignidade e bem estar social, e tem sido ativa em adotar, implementar e monitorar padrões internacionais que dizem respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais.

As convenções e recomendações da OIT estabelecem parâmetros mínimos que devem ser respeitados pela legislação do trabalho a nível nacional, e têm sido utilizadas para estimular o desenvolvimento desta legislação nos Estados-partes, com o objetivo de melhorar a proteção dos direitos trabalhistas.

A Convenção da Liga das Nações, de 1920, também continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas “ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito ao trabalho, pelo qual os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças” (PIOVESAN, 2016, p. 196-197).

Com o advento da Organização das Nações Unidas em 1945 e da consequente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, surge um sistema global de proteção dos direitos humanos que mudou significativamente o tratamento de questões relativas a estes direitos. Concomitantemente, surgiu também a Organização dos Estados Americanos, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, sendo, posteriormente, instituído o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

O direito ao trabalho, entretanto, é reconhecido como direito inalienável desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A referida Declaração, de caráter tipicamente liberal, não previu a garantia de direitos sociais relacionados ao trabalho, mas sim a inalienabilidade do trabalho e da pessoa do trabalhador e o dever da sociedade de conceder auxílios públicos aos “cidadãos infelizes”, ajudando-os a encontrar um trabalho ou assegurando a sobrevivência das pessoas impossibilitadas de trabalhar, conforme transcrito a seguir:

Inciso XVIII: Todo homem pode empenhar seus serviços, seu tempo; mas não pode vender-se nem ser vendido. Sua pessoa não é propriedade alheia. A lei não reconhece domesticidade; só pode existir um penhor de cuidados e de reconhecimento entre o homem que trabalha e aquele que o emprega.

Inciso XXI: Os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar²⁴.

Os mais abrangentes documentos internacionais do sistema global e do sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos possuem normas de proteção relativas ao trabalho: a Carta da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (que prevê a vedação ao trabalho escravo ou forçado), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com seus respectivos Protocolos, e a Carta Democrática Interamericana. Todos os documentos internacionais supracitados estão vigentes, com exceção da Convenção da Liga das Nações. A inserção dos direitos trabalhistas em Cartas de Direitos Fundamentais de reconhecimento global demonstra a importância que o trabalho tem para a questão dos direitos humanos.

De acordo com Beato e Silva (2003, p. 258-259), “os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais, devem ser tratados como inter-relacionados e interdependentes, refletindo sua relação como um todo integrado e não simplesmente como um agregado ou soma de

²⁴ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>

direitos”. Para os autores, “as categorias do direito ao trabalho são inter-relacionadas e não podem ser estritamente separadas entre si”. A complexidade dos direitos trabalhistas exige uma abordagem ampla e multidimensional, uma vez que são necessárias e, até mesmo, prioritárias, medidas em áreas como o direito ao desenvolvimento, o direito à educação e o direito à saúde, entre outras, a fim de se proteger e promover o direito ao trabalho.

O direito humano “ao trabalho” envolve outros direitos sociais supracitados, que, pela sua importância para o desenvolvimento humano, especialmente quando se trata de pessoas em situações de vulnerabilidade, se sobrepõem a outros direitos (BEATO; SILVA, 2003).

Além das obrigações afetas aos Estados para a garantia dos direitos humanos, atores não-estatais, “incluindo empresas privadas, corporações transnacionais e indivíduos” também são obrigados a respeitar estes direitos. “Mais ainda, as obrigações dos Estados na esfera privada *implicam necessariamente* na garantia de que atores não estatais não violem os direitos humanos” (BEATO; SILVA, 2003, p. 259) (grifos nossos).

Em um mundo cada vez mais globalizado e interdependente, especial atenção deve ser dada às obrigações dos Estados na comunidade internacional, para além das obrigações no âmbito interno. De acordo com Beato e Silva (2003, p. 259), “no mundo, hoje, de liberalização do comércio e integração das economias, a relação entre comércio internacional e trabalho é central no debate sobre globalização”. Impõe-se, nesse cenário, que instituições multilaterais internacionais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial de Comércio e seus Estados-membros devem ser consideradas “em suas obrigações legais de respeito aos direitos humanos na execução de seus mandatos e nos processos de decisões coletivas internos a tais instituições”.

7.1 Direitos humanos trabalhistas previstos nos principais documentos protetores dos direitos humanos

Os documentos protetores dos direitos humanos, tanto do sistema global quanto do sistema regional de proteção, contêm dispositivos tratando especificamente de direitos de cunho trabalhista, como o direito ao trabalho, direitos relacionados ao trabalho e, ainda, de direito coletivo, relativo às organizações sindicais. Destaca-se, a seguir, os dispositivos dos principais documentos internacionais protetores dos direitos humanos alusivos ao trabalho.

7.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, tratou, de forma ampla, dos direitos humanos, abrangendo os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Esta declaração foi elaborada com o intuito de definir os direitos humanos, de acordo com o disposto no artigo 55 da Carta das Nações Unidas, que, na alínea “a”, estabelece o favorecimento das Nações Unidas ao ‘trabalho efetivo’, conforme infra transcrito:

Art. 55, Carta da ONU: Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; (...)

A Declaração Universal tratou do trabalho humano nos artigos XXIII e XXIV, estabelecendo o direito *ao trabalho*, a liberdade de escolha de emprego, condições justas de trabalho, proteção ao desemprego, proibição de discriminação salarial por trabalho de igual valor, remuneração justa e compatível com a dignidade humana do trabalhador e sua família, limitação de jornada, repouso, lazer e férias remuneradas. Em relação ao direito coletivo, estabeleceu os direitos dos trabalhadores se organizarem em sindicatos, conforme transcrito a seguir:

Artigo XXIII 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.²⁵

O rol de direitos sociais trabalhistas previstos na Declaração foi ampliado e aprofundado pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, documento que foi criado para conferir obrigatoriedade dos Estados-partes no cumprimento dos ditames da Declaração, conforme analisado a seguir.

²⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

7.1.2 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

Para dar efetividade aos direitos previstos na Declaração Universal, conforme já discutido no capítulo 5, foi promulgado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, tendo força vinculante por ser um tratado, e não uma “mera Declaração”. Este Pacto é o único instrumento jurídico do sistema geral de proteção aos direitos humanos destinado à proteção dos direitos sociais, aprofundando e ampliando os direitos de cunho trabalhista previstos nos artigos XXIII e XXIV da Declaração.

O Pacto estabelece que os Estados partes reconhecem o direito ao trabalho, livremente escolhido ou aceito, e devem tomar medidas apropriadas para garantir este direito como forma de sustento das pessoas, incluindo orientação técnica e profissional e elaboração de programas, dentre outras medidas, que assegurem o desenvolvimento econômico social e cultural e condições de pleno emprego.

Em relação à vedação da discriminação salarial por trabalho de mesmo valor, já prevista na Declaração, o Pacto esclarece que as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens. A remuneração, além de respeitar a isonomia, deve proporcionar aos trabalhadores uma existência digna e decente. O Pacto também assegura aos trabalhadores, no artigo 7º, ii, “b”, a segurança e a higiene no trabalho, complementando esta garantia no artigo 12, § 2º, “b”, que estabelece que os Estados-partes deverão adotar medidas que assegurem “a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente”.

A Declaração já garantia a limitação de jornada, lazer, férias remuneradas e repouso, diretos também garantidos pelo Pacto que, avançando no tema, também garante a remuneração dos feriados e, ainda, igual oportunidade de promoção no emprego, para todos, devendo-se considerar, como critério para promoção, apenas a capacidade e o tempo de trabalho, vedando qualquer conduta discriminatória do empregador neste sentido.

Em relação aos direitos coletivos dos trabalhadores o Pacto os ampliou significativamente, em relação à Declaração. Além de garantir o direito dos trabalhadores de fundarem e se filiarem a sindicatos, com o objetivo de promover seus interesses econômicos e sociais, prevê que as restrições a este direito, e ao direito dos sindicatos de exercerem livremente suas atividades, em uma sociedade democrática, somente serão as previstas em lei, que sejam necessárias ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para a proteção dos direitos e das liberdades alheias. Estabeleceu também o direito dos sindicatos de formarem federações ou confederações nacionais, e, a estas, de formarem organizações sindicais internacionais.

O Pacto ainda garante o direito de greve, que deve ser exercido em conformidade com as leis de cada país, podendo, o exercício desse direito, pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública, ser submetido a restrições legais. O Pacto estabelece que nenhum de seus dispositivos permitirá que Estados-partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas ou apliquem a lei de forma a restringir as garantias previstas na referida Convenção. Ressalta-se que a referida Convenção da OIT é a Convenção de número 87, e que o Brasil não a ratificou, não estando submetido a este dispositivo do Pacto.

O artigo 10 do Pacto, que visa à proteção da família, estabelece a obrigatoriedade de concessão, pelos Estados-partes, de proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, durante o qual as mães que trabalham terão direito à licença remunerada ou acompanhada de benefícios previdenciários.

Em relação às crianças e adolescentes, o Pacto estabelece a proteção contra a exploração econômica e social, sendo vedado e punido por lei “o emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento” (art. 10, § 3º). O artigo 10 ainda dispõe que “os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil”.

Seguem transcritos os dispositivos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que disciplinam os direitos de cunho trabalhista:

ARTIGO 6º. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

ARTIGO 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) A segurança e a higiene no trabalho; c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e

capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

ARTIGO 8º. 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias; b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas; c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas; d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país. 2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública. 3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam, ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.²⁶

ARTIGO 10. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que: 1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges. 2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados. 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

ARTIGO 12. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Além dos direitos trabalhistas garantidos globalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os

²⁶ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591 de 6 de julho de 1992). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

trabalhadores brasileiros também gozam da proteção regional, conferida pelos documentos do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, que serão analisados a seguir. No caso concreto, deve-se aplicar a norma mais favorável para a proteção do trabalhador, dentre as previstas nos documentos internacionais, do sistema global e regional, e as previstas no direito interno.

7.1.3 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem constitui a base normativa de proteção no sistema interamericano para os Estados que não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, principal instrumento normativo deste sistema. Esta Declaração Americana, nos moldes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, descreveu um rol de direitos humanos abrangendo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e, ainda, assinalou a correspondência entre direitos e deveres.

No que diz respeito aos direitos trabalhistas, a Declaração Americana estabeleceu o direito ao trabalho, com liberdade de escolha e de vocação e em condições dignas e a uma justa retribuição, capaz de garantir um nível de vida conveniente ao trabalhador e à sua família. Além de garantir o *direito* ao trabalho, de forma inédita em uma Declaração internacional, a Declaração Americana assinalou o *dever* de toda pessoa de trabalhar, dentro das suas capacidades e possibilidades, com o intuito de garantir a sua sobrevivência ou em benefício da coletividade, na forma dos dispositivos infra transcritos:

Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

Artigo XXXVII. Toda pessoa tem o dever de trabalhar, dentro das suas capacidades e possibilidades, a fim de obter os recursos para a sua subsistência ou em benefício da coletividade.²⁷

A Declaração Americana, no entanto, não promove qualquer garantia em relação à isonomia de salário e de trabalho, limitação de jornada, descanso e férias, proteção ao trabalho do menor, proteção em relação ao exercício de atividades noturnas, insalubres e perigosas, sobre

²⁷ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm

direitos coletivos dos trabalhadores, dentre outras garantias trabalhistas, que só vieram a ser estabelecidas no sistema interamericano por meio do Protocolo de San Salvador.

7.1.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (mais conhecida por *Pacto de San Jose da Costa Rica*), instrumento mais importante do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, assegura um extenso rol de direitos civis e políticos, mas não enuncia, conforme já discutido no capítulo 5, nenhum direito econômico, social ou cultural. Em relação a estes direitos, a Convenção limita-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a sua plena realização.

No que tange aos direitos de cunho trabalhista, a Convenção Americana se limitou a proibir o trabalho escravo, servil ou forçado, como forma de reforçar a liberdade dos indivíduos, que é um direito tipicamente civil. Não garantiu, no entanto, nenhum direito social trabalhista.

A proibição da escravidão, da servidão e da realização de trabalho forçado está prevista no artigo 6º da Convenção Americana, que, ainda, dispõe sobre a proibição do tráfico de escravos e de mulheres em todas as suas formas. A Convenção admite, no entanto, que os Estados prescrevam a realização de trabalhos forçados para indivíduos condenados por crimes, quando tenha sido estabelecida pena privativa de liberdade. Entretanto, nestes casos, a disposição sobre a realização de trabalhos forçados não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da pena, imposta por juiz ou tribunal competente, caso o trabalho não seja realizado. Ademais, o trabalho forçado não poderá afetar a dignidade ou a capacidade física e intelectual do recluso.

O artigo 6º da Convenção Americana, de forma contraditória, após utilizar a expressão “trabalhos forçados” para se referir àqueles que acompanham as penas privativas de liberdade no § 2º, na alínea “a” do § 3º aduz que “os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente” está dentre aqueles que “não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos desse artigo”.

Também não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios, para a Convenção Americana, o serviço militar obrigatório; o serviço nacional, que pode ser prestado em alguns países no lugar do serviço militar; o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade pública, que possa ameaçar o bem estar da comunidade e a sua própria existência; e o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão. 1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. 2. Ninguém deve ser constringido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso. 3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado; b. o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele; c. o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e, d. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.²⁸

Como a Convenção Americana não especificou a garantia de nenhum direito de cunho econômico, social ou cultural, em 1988, a Assembleia Geral da OEA o fez por meio do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como *Protocolo de San Salvador*, que entrou em vigor em novembro de 1999, e será analisado a seguir.

7.1.5 Protocolo de San Salvador (1999)

O Protocolo de San Salvador é extremamente rico em garantias de direitos sociais, incluindo os direitos trabalhistas, dispondo sobre estes direitos de forma semelhante ao que fez o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, porém, de maneira ainda mais abrangente.

Assim como previsto no Pacto da ONU, o Protocolo de San Salvador garante o direito ao trabalho, “o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita” (art. 6º, § 1º). Estabelece, ainda, que os Estados partes se comprometem a adotar medidas e programas para garantir a plena efetividade do direito ao trabalho e à consecução do pleno emprego, incluindo orientação vocacional, técnica e profissional e, de forma inovadora, prevê a obrigatoriedade dos

²⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Estados-partes desenvolverem projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos *deficientes*.

Também de forma inovadora em relação ao Pacto da ONU, o Protocolo de San Salvador traz um reforço à proteção do trabalho da mulher, na medida em que estabelece o comprometimento dos Estados-partes na execução e fortalecimento de programas que promovam um adequado atendimento da família, para que a *mulher* tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

O Protocolo de San Salvador, de forma semelhante à estabelecida pelo Pacto da ONU, estabelece a garantia de condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, o que se caracteriza por salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção, e também estabelece a garantia de uma remuneração que assegure, a todos os trabalhadores, condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias. Prevê ainda a obrigatoriedade de observância das normas de segurança e higiene no trabalho; limitação razoável da jornada de trabalho, estabelecendo limites de horas de trabalho tanto diárias quanto semanais; descanso, lazer, férias remuneradas, e a remuneração dos feriados nacionais. Inova o Protocolo quando estabelece que, em se tratando de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos, as jornadas serão de menor duração.

O Protocolo ainda garante o direito do trabalhador de seguir sua vocação e dedicar-se à atividade que melhor atenda às suas expectativas, e de trocar de emprego, de acordo com a regulamentação nacional. Garante também o direito do trabalhador de ser promovido no trabalho, condição para qual serão levados em conta apenas as suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço.

Avançando na proteção do trabalhador, quando comparado ao Pacto da ONU, o Protocolo de San Salvador estabelece a garantia de estabilidade de emprego, de acordo com as características das indústrias e profissões, prevendo as causas de demissão justificada. Prevê o protocolo no artigo 7º, “d” que, “nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional”.

De forma mais detalhada do que a prevista no Pacto da ONU, em relação à proteção do trabalho da criança e do adolescente, o Protocolo estabelece a “proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral” (art. 7º, “f”). Em se tratando de menores de 16 anos, o trabalho não poderá, em hipótese alguma, constituir obstáculo para

que o menor frequente a escola e tenha um bom desempenho de aprendizagem, devendo, nestes casos, a jornada de trabalho, subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório.

O Protocolo garante os direitos sindicais dos trabalhadores, no artigo 8º, como o direito de “organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses”. Os sindicatos poderão formar federações ou confederações nacionais e associar-se às já existentes e, ainda, poderão formar organizações sindicais internacionais. O Protocolo estabelece que os sindicatos, as federações e as confederações funcionarão livremente, e veda a obrigatoriedade de filiação do trabalhador ao sindicato.

O direito de greve também é garantido pelo Protocolo de San Salvador, assim como pelo Pacto da ONU. Os direitos coletivos dos trabalhadores (direito de greve e direitos sindicais) só poderão ser limitados e sofrerem as restrições previstas em leis, próprias de uma sociedade democrática, estritamente necessárias à salvaguarda da ordem pública e à proteção dos direitos ou liberdades dos demais e à saúde ou moral pública. Da mesma forma que o Pacto da ONU, o Protocolo considera que a greve das forças armadas, da polícia e de outros serviços públicos essenciais poderão sofrer as limitações e restrições impostas pela lei.

Segue a transcrição dos dispositivos do Protocolo de San Salvador que versam sobre direitos trabalhistas:

Artigo 6. Direito ao trabalho. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. 2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Artigo 7. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: a. Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção; b. O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional; c. O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço; d. Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional; e. Segurança e higiene no trabalho; f. Proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo

trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida; g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos; h. Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

Artigo 8. Direitos sindicais. 1. Os Estados Partes garantirão: a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente; b. O direito de greve. 2. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos demais. Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei. 3. Ninguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato²⁹.

Com a entrada em vigor do Protocolo de San Salvador, os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles, os direitos relacionados ao trabalho, ficam consolidados como direitos humanos positivados no sistema interamericano de proteção, passando a ser plenamente exigíveis perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito do sistema interamericano, além de poderem ser reclamados perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no âmbito das Nações Unidas.

7.1.6 Carta Democrática Interamericana (2001)

A Carta Democrática Interamericana foi elaborada pela 3ª Cúpula das Américas, em abril de 2001, no âmbito da OEA, com o intuito de reforçar a defesa da democracia representativa no Continente Americano.

O preâmbulo da referida carta reconhece a importância do direito de livre associação dos trabalhadores, para a defesa e promoção dos seus interesses, na plena realização dos ideais democráticos de uma sociedade. Assim, uma sociedade democrática não pode limitar ou restringir o direito dos trabalhadores de se organizarem em sindicatos, salvo, como já previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU e no Protocolo de

²⁹ Protocolo de San Salvador. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm

San Salvador, em situações estritamente necessárias à salvaguarda da ordem pública, à proteção dos direitos ou liberdades dos demais e à saúde ou moral pública

O artigo 10 da Carta Democrática Americana faz expressa menção à aplicação das normas trabalhistas básicas, tal como consagradas na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 e seu acompanhamento, previsto no anexo da Declaração, bem como em outras convenções básicas da OIT, para a implementação do exercício pleno e eficaz dos direitos dos trabalhadores, condição fundamental para a promoção e o fortalecimento da democracia, visto que, de acordo com a Declaração, a democracia fortalece-se com a melhoria das condições de trabalho e da qualidade de vida dos trabalhadores.

Preâmbulo: RECONHECENDO que o direito dos trabalhadores de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses é fundamental para a plena realização dos ideais democráticos;

Artigo 10. A promoção e o fortalecimento da democracia requerem o exercício pleno e eficaz dos direitos dos trabalhadores e a aplicação de normas trabalhistas básicas, tal como estão consagradas na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Acompanhamento, adotada em 1998, bem como em outras convenções básicas afins da OIT. A democracia fortalece-se com a melhoria das condições de trabalho e da qualidade de vida dos trabalhadores do Hemisfério³⁰.

Além dos direitos trabalhistas previstos nos principais documentos internacionais do sistema global e do sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos aqui analisados, faz-se necessária a análise dos documentos produzidos no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, órgão responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações), do qual o Brasil é membro originário.

7.2 Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil

A Organização Internacional do Trabalho é uma agência especializada da Organização das Nações Unidas, sediada em Genebra, que edita normas para padronizar as condições de trabalho ao redor do mundo.

³⁰ Carta Democrática Interamericana. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/r.Cartademocr%C3%A1tica.htm>

De forma distinta das demais Organizações Internacionais, a OIT possui composição tripartite, de modo que cada delegação de Estado-membro é formada por quatro integrantes: dois representantes do Governo do Estado, um dos empregadores e um dos empregados.

Os motivos que levaram à criação da OIT foram humanitários, tendo em vista as condições injustas, difíceis e degradantes de muitos trabalhadores; políticos, devido ao elevado risco de novos conflitos sociais ameaçando a paz, na tentativa de se evitar uma nova guerra mundial, e econômicos, uma vez que os países que não adotassem condições humanas de trabalho passariam a encontrar obstáculos para a negociação com outros países.

Anualmente é promovida a Conferência Internacional do Trabalho, na qual são discutidas e votadas as normas da Organização. De acordo com Franco Filho e Mazzuoli (2016, p. 16), “até julho de 2015 haviam sido aprovadas 189 Convenções e 203 Recomendações da OIT”.

As Convenções da OIT têm natureza de tratados internacionais em sentido estrito, sendo, portanto, regidas pelo direito dos tratados, requerendo todas as formalidades pertinentes para a entrada em vigor e aplicação no plano do Direito interno dos Estados. De maneira geral, são tratados abertos, permitindo a adesão posterior de Estados que não aturam como signatários originais (FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016).

As Recomendações, por outro lado, não são tratados formais, mas fontes materiais para a formulação da legislação trabalhista interna dos Estados. Não têm caráter vinculante e nem passam pelo procedimento de aprovação pelo Congresso Nacional e de ratificação pelo Presidente da República.

As Convenções começam a vigorar, no plano internacional, “doze meses após o depósito, na Repartição (*Bureau*) Internacional do Trabalho, do segundo instrumento de ratificação”. Compete ao Diretor-Geral desta Repartição “comunicar tal data a todos os Estados-membros da Organização” (FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016, p. 16). Para os demais membros, entrará em vigor doze meses após a data em que tiver sido registrada a sua ratificação.

No plano interno, entrarão em vigor com o depósito do instrumento de ratificação e a promulgação do Decreto do Executivo, de acordo com o estabelecido no artigo 84, VIII da CF, após ter passado pela aprovação do Congresso Nacional, conforme estabelece o artigo 49, I da Constituição. Em relação à possibilidade de aprovação pelo Congresso Nacional com o *quórum* das emendas constitucionais e à aplicabilidade imediata destas Convenções, ou se, por outro lado, há a necessidade de haver a promulgação de uma lei interna que estabeleça sua vigência,

faz-se necessário o reconhecimento de seu conteúdo, se trata-se ou não de norma afetas aos direitos humanos.

Em 1998, na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, a OIT considerou quatro princípios como sendo de fundamental importância, intrinsecamente afetos aos direitos humanos, e as respectivas convenções que tratam sobre o tema. São eles:

- a) abolição do trabalho forçado (Convenção nº. 29, de 1930);
- b) erradicação do trabalho infantil (Convenção nº. 105, de 1957; Convenção nº. 138, de 1973; Convenção nº. 182, de 1999);
- c) eliminação da discriminação no emprego e na ocupação (Convenção nº. 100, de 1951; Convenção nº. 111, de 1958);
- d) liberdade de associação e proteção do direito à negociação coletiva (Convenção nº. 87, de 1948; Convenção nº. 98, de 1949).

No entanto, há controvérsias doutrinárias em relação às demais Convenções da OIT tratarem de normas de direitos humanos ou não. Alguns autores defendem que todas as convenções da OIT versam sobre *direitos humanos* (FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016; GUNTHER, 2011; HUSEK, 2011). Husek (2011, p. 128) entende que os “direitos sociais são fundamentais porque representam o direito a uma vida digna, plena, de exercício da cidadania, de erradicação da pobreza, de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, de uma sociedade livre, solidária e justa, de prevalência dos direitos humanos”. Sendo assim, de acordo com o autor, “as convenções internacionais do trabalho assinadas e ratificadas pelo Brasil são de direitos humanos e não podem ser contrariadas por lei ordinária” (HUSEK, 2011, p. 128).

De acordo com Franco Filho e Mazzuoli (2016):

Considerando que as convenções internacionais do trabalho são tratados de direitos humanos em sentido estrito, o certo é que uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, e ratificadas pelo Poder Executivo, passam a integrar a nossa ordem jurídica com *status* materialmente constitucional, por força do art. 5º, § 2º da Constituição. Se, por sua vez, forem aprovadas pelo quórum do § 3º do art. 5º, tornam-se *formalmente* constitucionais, tendo, porém, em qualquer dos casos, aplicação *imediata* desde a sua ratificação. Assim, devem os juízes utilizar as convenções da OIT afastando a lei interna (menos benéfica) contrária à norma internacional, no exercício do controle difuso de convencionalidade (FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016).

No entanto, ainda em relação à hierarquia normativa das Convenções da OIT, o artigo 19, item 8 da Constituição da OIT estabelece regras próprias no que se refere ao conflito entre as convenções internacionais do trabalho e as normas de direito interno. De acordo com o artigo 19 da Constituição da OIT:

Art. 19, 8, Constituição da OIT. 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 recomendação³¹.

Assim, coerente com os princípios que regem o Direito do Trabalho, privilegia-se a norma mais benéfica ao trabalhador, na aplicação das múltiplas fontes que informam o direito laboral, não importando se são normas internas ou internacionais. Havendo conflito entre uma Convenção da OIT e a Consolidação das Leis do Trabalho ou a Constituição Federal, deve prevalecer a norma *mais benéfica* ao trabalhador, inclusive levando-se em consideração às normas autônomas produzidas por via da negociação coletiva.

Desde a sua criação, em 1919, a OIT demonstra preocupação permanente em proteger o trabalhador, assegurando-lhe condições dignas de trabalho e de seguridade social. Importante iniciativa nesse sentido foi tomada pela OIT, na 86ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1998, onde foi elaborada a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (DELGADO, 2011). A referida Declaração será analisada a seguir.

7.2.1 Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT (1998)

A Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT consiste em um documento a que cumpre catalogar os direitos fundamentais do trabalho, estabelecidos nas demais convenções da OIT (ARAUJO, 2009).

Assevera Reis (2010, p. 98-99), que esta Declaração “reiterou o reconhecimento do valor ínsito ao trabalho humano no plano internacional, reafirmando os marcos jurídicos civilizatórios da relação entre capital e trabalho”, em decorrência de “um cenário em que os marcos tradicionais do Direito do Trabalho são questionados em face da globalização econômica e os seus impactos nas políticas e práticas nacionais”.

Devido à hierarquia máxima que os direitos humanos dos trabalhadores ocupam, a Declaração de 1998 estabelece que todos os Estados-membros estão obrigados a respeitá-los, promovê-los e efetivá-los, apenas pelo fato de se terem se filiado à OIT e *independentemente* de terem ratificado as Convenções da Organização que tratam do assunto (DELGADO, 2011).

³¹ Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf

Na 86ª Conferência Internacional do Trabalho foram consideradas fundamentais as oito convenções especificadas a seguir, que passaram a integrar a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT (1998). São elas:

1. Convenção 29, que dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas;
2. Convenção 105, que proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política, como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas, mobilização de mão-de-obra, como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, ou como medida de discriminação;
3. Convenção 87, que dispõe sobre liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização;
4. Convenção 98, sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva;
5. Convenção 100, que trata da Igualdade de remuneração e preconiza a igualdade de remuneração e de benefícios entre homens e mulheres por trabalho de igual valor;
6. Convenção 111, que preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento.
7. Convenção 182, que expõe as piores formas de trabalho infantil e proíbe a realização de certas atividades laborais consideradas perigosas para menores de 18 anos;
8. Convenção 138, voltada à proteção da infância, que estabelece a idade mínima para o trabalho em 15 anos, embora abra exceção para os países em subdesenvolvimento do início aos 14 anos.

Das oito Convenções consideradas fundamentais pela Declaração de 1998, o Brasil não ratificou a de número 87, de 9 de junho de 1948. Quase setenta anos se passaram da sua adoção pela OIT, “e o Brasil continua a considera-la intocável, em particular pela matéria ali tratada e a suposta existência de conflito normativo decorrente de seus dispositivos e a Constituição Federal de 1988” (BASSO; POLIDO, 2012, p. 124-125).

De acordo com Basso e Polido (2012, p. 125), “a liberdade de associação para fins sindicais é um dos princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho”, manifestado

na Parte XIII do Tratado de Versalhes (intitulada “Do Trabalho”), a qual deu origem à Organização Internacional do Trabalho. Na palavras dos autores:

É importante ter presente, desde já, que a *liberdade sindical como exercício da liberdade de associação* integra o rol dos *direitos individuais e coletivos* sobre os quais se fundamenta a lógica e as razões da criação da OIT. Negar a ratificação da Convenção nº 87 é comprometer a própria participação na Organização como país-membro e tornar inócuos seus princípios objetivos. Dito de outra forma, não é possível, sob a perspectiva do princípio da consistência da conduta de um Estado, fazer parte da OIT, ratificando seu estatuto constitutivo e não ratificar a Convenção nº 87. Ademais, à *proteção da pessoa humana* não se contrapõe nenhum diploma legal (BASSO; POLIDO, 2012, p. 127-128).

O Brasil participou da XXXI Sessão da Conferência Geral dos Membros da OIT, em 1948, e votou pela adoção da Convenção nº 87. No entanto, esta não foi ratificada pelo Poder Executivo. Trinta e seis anos mais tarde, a Convenção foi objeto de um projeto de Decreto Legislativo (o PDC nº 58/84), e não foi votada ou aprovada, repousando desde então nas mesas do Congresso Nacional, “sem que nossos parlamentares se deem conta da importância dessa Convenção para a concretização dos direitos dos trabalhadores” (BASSO; POLIDO, 2012, p. 126).

Argumenta-se que a Convenção nº 87 é incompatível com os incisos do artigo 8º da Constituição, que estabelecem a unidade sindical, o que tem servido de justificativa para a sua não aprovação e ratificação, conduta Estatal muito criticada pela doutrina.

Apesar da 86ª Conferência Internacional do Trabalho ter considerado fundamentais apenas as oito convenções retro especificadas, entendemos que *todas* as Convenções da OIT possuem *status* de direitos humanos, uma vez que versam sobre direitos trabalhistas, que são direitos humanos de cunho econômico e social. Assim, todas as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil possuem hierarquia privilegiada em nosso ordenamento jurídico, podem ser aprovadas com o *quórum* de emenda constitucional e têm aplicabilidade imediata.

8 OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE À DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

8.1 A construção histórica do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho nasceu em um contexto de exploração extrema da mão-de-obra assalariada, ocorrido na Revolução Industrial, na Europa, no século XVIII, como o principal contraponto ao poder hierárquico do capitalista nas relações de trabalho. À época, não havia qualquer forma de proteção dessa relação jurídica de prestação de trabalho humano, uma vez que os princípios do Estado Liberal encontravam-se no seu auge histórico, logo após as revoluções burguesas que tiveram por objetivo limitar o poder do soberano e criar um Estado de legalidade, meramente formal, que preconizasse a liberdade e a igualdade de todos perante a lei.

Esta referida liberdade e a igualdade formal tiveram reflexos diretos sobre os contratos, onde o princípio regulador vigente era o da absoluta autonomia da vontade dos contratantes, que, sendo consideradas pela lei como pessoas livres e “iguais”, tinham plena autonomia para decidirem firmá-los ou não. Não havia qualquer norma para restringir o pacto de vontades dos contratantes, que fazia lei entre as partes.

O cenário histórico da época era de transição de um sistema feudal medieval, de produção agrícola e manufatureira, para um sistema capitalista industrial moderno. Os servos da terra, com o final do feudalismo, migraram para as cidades, e foram bater à porta das fábricas, necessitados de trabalho para sobreviver. A oferta de trabalhadores se tornou bastante acentuada, superando a demanda de postos de trabalho, o que fez com que o poder de barganha em relação às remunerações dos trabalhadores fosse muito grande, resultando no pagamento de ínfimos salários, que não eram suficientes para a garantia de um mínimo existencial e de uma vida com qualquer resquício de dignidade. Em adição à ínfima remuneração, os trabalhadores eram submetidos a jornadas de trabalho extenuantes e desumanas, que ultrapassavam 16 horas diárias.

A remuneração indigna e insuficiente para o sustento da família, levou para a fábrica, na condição de operários, mulheres e crianças, que eram chamados “meias forças”. Estes recebiam remunerações ainda menores pela mesma jornada de trabalho, o que era extremamente lucrativo para o capitalista. A mecanização industrial gerou a fragmentação do processo produtivo e tirou dos operários o domínio do seu ofício, gerando a alienação dos trabalhadores em relação aos meios de produção, de forma que estes passaram a atuar como

uma simples “peça” do processo produtivo, desprovido de qualquer valor humano e de dignidade. Quanto menor a necessidade de força física para o desenvolvimento do trabalho, uma vez que a força física estava sendo substituída pela máquina, maior a contratação de mulheres e crianças para a realização do trabalho.

As condições de trabalho nas fábricas eram altamente perigosas e insalubres, pois não havia qualquer proteção nas máquinas contra acidentes de trabalho, ou a adoção de qualquer medida de saúde e segurança no ambiente de trabalho. Os acidentes de trabalho, incluindo as doenças profissionais e ocupacionais, eram constantes, e frequentemente resultavam em invalidez do trabalhador ou a sua morte, situação perante a qual nem o operário nem a sua família tinha direito a qualquer prestação estatal, pois não existiam normas afetas à previdência ou à seguridade social.

A revolução industrial, ao mesmo tempo que permitiu a franca ascensão da burguesia, gerando riqueza e poder para esta classe, trouxe para os operários uma situação de imensa miséria e indignidade, o que provocou uma acentuada desigualdade social.

A situação dos trabalhadores era tão desumana, e as condições de vida destes tão indignas, que começou a gerar revoltas, inclusive despertando a manifestação de intelectuais que se opunham frontalmente ao regime posto, propondo radicais mudanças, como a implementação do comunismo, sendo o *Manifesto do Partido Comunista*, de 1848, de Marx e Engels, a obra de maior impacto neste sentido.

No manifesto, Marx e Engels incitam os operários a se organizarem e a promoverem a instalação da ditadura revolucionária do proletariado, instigando os proletários de todos os países a se unirem para promoverem a implementação do comunismo (MARX; ENGELS, 2009).

A situação indigna e desumana dos trabalhadores e a conseqüente ameaça comunista despertou a atenção da igreja católica, que promulgou, em 1891, a Encíclica *Rerum Novarum*, do papa Leão XIII. A referida encíclica criticou a cumulação desenfreada do capital às custas da miséria operária, e propôs um capitalismo mais preocupado com as questões sociais, especialmente no que diz respeito aos trabalhadores. No entanto, também teve o nítido intuito de apaziguar os ânimos revolucionários e manter o sistema capitalista, defendendo que a propriedade é um direito natural, e, quem não tem a propriedade, deve suprir seu sustento com o trabalho.

A situação altamente precária dos trabalhadores fez surgir diversos movimentos sociais no sentido de reivindicar a intervenção Estatal para garantir condições mínimas de dignidade ao trabalhador, uma vez que a autonomia privada liberal apenas lhes trouxe miséria e

sofrimento. Os crescentes movimentos sociais neste sentido impulsionaram o Estado a ceder, e a conceder direitos aos trabalhadores, ocasião em que começaram a surgir normas trabalhistas.

A primeira lei trabalhista que se tem notícia na história é a “Lei de Peel”, conhecida como “*Moral and Health Act*”, de 1802, promulgada na Inglaterra por iniciativa do primeiro ministro, Sir Robert Peel. Esta lei fixou a duração máxima do trabalho dos aprendizes em 12 horas, excluídos os horários para refeição, além de proibir a eles o trabalho noturno.

Com a evolução da legislação trabalhista, estas normas acabaram por serem alçadas ao *status* constitucional, o que ocorreu, pela primeira vez, na Constituição Mexicana de 1917. De acordo com Comparato (2015, p. 190), “a Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos”.

Em 1919, a Constituição de Weimar “trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana”. Dentre tais matérias, ressalta-se a limitação da jornada de trabalho, a proteção ao desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria (COMPARATO, p. 190).

De acordo com Uriarte (2011, p. 134), “estamos acostumados a falar da constitucionalização do Direito do Trabalho como algo que não era constitucional e que, em determinado momento, tornou-se constitucional, constitucionalizou-se”. No entanto, segundo o autor, na América Latina não foi esse o percurso traçado pelo Direito do Trabalho. Na América Latina, o “Direito do Trabalho nasceu constitucional”. Nas palavras de Uriarte:

Se pensarmos que a origem da constitucionalidade do Direito do Trabalho se coloca na Constituição mexicana de 1917, esse é o momento do nascimento do Direito do Trabalho latino-americano; não do europeu, e sim do latino-americano. Quantas leis trabalhistas tínhamos em nossos países antes de 1917? Muito poucas, quase nenhuma. O Direito do Trabalho nasceu constitucional, e os direitos trabalhistas são constitucionais e, portanto, direitos humanos e fundamentais, na ordem jurídica, desde esse momento (URIARTE, 2011, p. 134).

Para Uriarte (2011, p. 134), outro erro está em falar-se em internacionalização do Direito do Trabalho, pois o Direito do Trabalho também nasceu internacional, com a criação da OIT, em 1919. Para o autor:

É um erro falar em internacionalização do Direito do Trabalho; temos de falar em internacionalidade do Direito do Trabalho. Também o Direito do Trabalho nasceu internacional. A internacionalidade do Direito do Trabalho, convencionalmente, situa-se quase unanimemente em 1919, com a criação da OIT e a aprovação das primeiras convenções internacionais do trabalho. Da mesma forma, quase que, na América Latina, não tínhamos Direito do Trabalho nesse momento, pois tínhamos muito poucas normas. O Direito do Trabalho nasceu também internacional, e os direitos fundamentais que vão sendo consagrados – reconhecidos, mais que consagrados –, reconhecidos internacionalmente, datam daquele momento (URIARTE, 2011, p. 134).

A Organização Internacional do Trabalho foi criada por meio da Parte XIII do Tratado de Versalhes, na Conferência da Paz, assinada em Versalhes em junho de 1919. De acordo com Alvarenga (2009, p. 108) a OIT “teve como objetivos promover a justiça social e, em particular, respeitar os direitos humanos no mundo do trabalho”, estando, desde então, “assente no princípio, inscrito na sua Constituição de que não pode haver paz universal duradoura sem justiça social”. Foi constituída pelos países vitoriosos na Primeira Guerra Mundial, estando, o Brasil, dentre eles, tomando parte como signatário desde a sua criação.

De acordo com Alvarenga (2008), a OIT foi criada com um forte argumento humanitário, fundamentado nas “condições injustas e deploráveis das circunstâncias de trabalho e vida dos trabalhadores durante a Revolução Industrial, que se deu em virtude das mudanças no sistema de produção durante o século XVIII, na Inglaterra”.

A partir de então, as normas reguladoras da prestação de trabalho humano passaram a ser previstas nas Constituições de todos os Estados democráticos, sendo alçadas ao patamar constitucional, no Brasil, com a Constituição de 1934, que previu, no artigo 113, item 34, que “A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência”.

No artigo 121, a Constituição de 1934 dispôs sobre preceitos mínimos a serem observados pela legislação do trabalho, “além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador”, proibindo a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo; jornada de trabalho de oito horas diárias, somente prorrogáveis nos casos previstos em lei; proibiu o trabalho aos menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; repouso semanal remunerado; férias remuneradas; indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego; instituição de previdência; regulamentação do exercício de todas as profissões e reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

A Grande Depressão, período de grande recessão econômica que se iniciou após a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, também chamada, por vezes, de Crise de 1929, teve início em 1929 e persistiu ao longo da década de 1930, terminando apenas com o final da Segunda Guerra Mundial.

O período da crise da Grande Depressão afetou profundamente o Direito do Trabalho, mas acabou por levar o Estado a intervir na economia e a gerar emprego. A máquina estatal ampliou-se para reverter a grave crise econômica mundial, e o Estado passou a ser interventor na economia, o que mudou as concepções liberais até então predominantes.

A catástrofe da Segunda Guerra fez surgir a necessidade da proteção dos direitos humanos de forma mais intensa, em âmbito universal, para evitar que as atrocidades cometidas na guerra se repetissem, o que resultou na criação da ONU. A Carta das Nações Unidas reafirmou a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, e inaugurou uma nova era em termos de desenvolvimento e de proteção destes direitos, que ainda está longe de alcançar seus objetivos.

Em 1944, sob os efeitos da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, foi adotada a Declaração da Filadélfia, por delegados da Conferência Internacional do Trabalho, como anexo à sua Constituição, que constitui, desde então, a carta de princípios e objetivos da OIT. A Declaração da Filadélfia antecipou a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, para as quais serviu de referência. A Constituição e a Declaração da Filadélfia são os documentos considerados fundadores dos princípios da OIT.

A Declaração da Filadélfia reafirmou os princípios fundamentais sobre os quais repousa a OIT, de que a paz permanente só pode estar baseada na justiça social, principalmente os seguintes, no seu anexo I:

Anexo I, Declaração da Filadélfia: a) o trabalho não é uma mercadoria; b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum³².

³² Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia). Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf

Em 1948, no âmbito das Nações Unidas, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que passou a ser o documento mais importante para a proteção dos direitos humanos na esfera internacional. Pouco antes da Declaração Universal foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Em 1969 foi promulgada a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, posteriormente, seus respectivos Protocolos. Nas Nações Unidas foram promulgados dois pactos adicionais à Declaração Universal, tratando também sobre o detalhamento da proteção aos direitos humanos.

Todos os referidos documentos, conforme já detalhado no capítulo anterior, trataram de direitos afetos ao trabalho, o que consagrou o Direito do Trabalho, definitivamente, como sendo corolário dos direitos humanos.

Ao conjugarmos os dizeres de Uriarte (2011) com a análise pormenorizada dos dispositivos dos referidos instrumentos internacionais protetores dos direitos humanos, conclui-se que o Direito do Trabalho é parte essencial dos direitos humanos e fundamentais protetores da pessoa humana, tanto na esfera estatal interna como na esfera internacional. O direito ao trabalho e os direitos trabalhistas são partes integrantes dos direitos humanos, por serem intrinsecamente associados à dignidade humana. Não só o direito ao trabalho, mas o direito a um trabalho digno e decente, que permita ao trabalhador desenvolver suas potencialidades, ter uma fonte de sustento com dignidade e ser incluído na sociedade.

A evolução dos direitos trabalhistas, que sempre foi associada aos direitos humanos, se tornou bastante acentuada após a Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, especialmente na Europa, não tendo ocorrido na mesma intensidade no Brasil. Após a Segunda Guerra, a Europa vivenciou os chamados “trinta anos dourados do capitalismo”, onde a proteção trabalhista atingiu seu ápice histórico.

No entanto, com a crise do petróleo, na década de 1970, nova recessão econômica assolou o mundo capitalista, o que, conseqüentemente, refletiu sobre o regime intervencionista estatal vigente. O Estado Social se tornou muito caro, e os ideais liberais voltaram a predominar, o que mexeu com as bases do Direito do Trabalho, já consolidadas nos países capitalistas. A doutrina neoliberal levou os Estados a “enxugarem” suas funções, o que resultou numa grande onda de privatizações e flexibilização das normas trabalhistas.

Segundo António José Avelãs Nunes (2003, p. 52), o neoliberalismo defende a liberdade de mercado, sem o controle pelo Estado, e os seus defensores insistem que a solução para esta liberdade passaria pela privatização das empresas estatais e dos serviços públicos, pela separação da esfera política (que compete ao Estado) da esfera econômica (exclusiva dos

particulares), pela “libertação da sociedade civil” e também por um controle das fontes de informação, “pela marginalização dos intelectuais nocivos e dos grupos que lhes estão próximos”. Nas palavras do autor:

Salve-se, pois, o mercado, fonte pura e única da liberdade econômica e da liberdade política, e acabe-se com os sindicatos, com a contratação coletiva, com as políticas de redistribuição do rendimento e com as políticas de pleno emprego, com a legislação do salário mínimo, com os subsídios do desemprego, com as garantias da segurança social, com a legislação reguladora das despedimentos e com todas as ‘imperfeições’ e ‘impurezas’ que perturbam o bom funcionamento de uma sociedade que se ficciona ser composta por homens livres e iguais. E acabe-se também, é claro, com tudo o que esteja ao serviço destas conquistas das sociedades humanas, E domesticuem-se os professores. E controlem-se as fontes de informação. E marginalizem-se os intelectuais nocivos... e promovam-se os intelectuais bem-comportados (NUNES, 2003, p. 53).

O neoliberalismo teve grande influência na legislação trabalhista, e foi incorporado nas normas trabalhistas constitucionais brasileiras por meio da flexibilização de direitos constitucionalmente previstos, que poderá ocorrer pela via da negociação coletiva, já previsto pela própria Constituição Federal de 1988.

O Direito do Trabalho nasceu como fruto de um pacto social, de concessões recíprocas, onde os empresários e o poder público se alinharam no sentido de garantir direitos trabalhistas e sociais aos trabalhadores, melhorando substancialmente sua condição de vida e de trabalho, e, por outro lado, os trabalhadores abriram mão de seus ideais revolucionários e das pretensões de implementação do comunismo, e passaram a aceitar o sistema socialista. Este pacto atingiu seu ápice após a segunda guerra mundial, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, que encontrou seu período áureo entre os anos de 1945 e 1973, entrando em declínio com a crise do petróleo, que se tornou mundial e estrutural.

O Direito do Trabalho já nasceu, portanto, com duas funções primordiais: a de manter o sistema capitalista e a de proteger o trabalhador, que representa o lado mais débil da relação contratual laboral. Devido às suas duas funções primordiais, é um direito ambivalente ou bidirecional, pois, ao mesmo tempo, protege o sistema capitalista e protege o trabalhador.

A análise da evolução do Direito do Trabalho aponta para uma estrita correlação entre este e os direitos humanos. O conceito de Direito do Trabalho, portanto, conforme afirma Cleber Lúcio de Almeida (2015, p. 238), deve englobar a “finalidade de tutela e promoção da dignidade humana, o que implica atribuir-lhe significado humano”. O conceito atual de Direito do Trabalho abrange as relações de trabalho humano subordinado e, de acordo com o autor, sob uma perspectiva normativa e finalística do Direito do Trabalho, com o ganho de proteção da dignidade humana, sustenta-se que “o Direito do Trabalho é formado pelo conjunto de normas

que disciplinam a relação de trabalho subordinado, visando a tutelar e promover a dignidade humana daqueles que dependem da alienação da sua força de trabalho para atender às suas necessidades próprias e familiares”.

O professor Cleber Lúcio, no entanto, vai mais além, e aborda a análise do trabalho sob a perspectiva da atividade humana remunerada empregada para fins econômicos e sociais e voltada a garantir a existência digna das pessoas (ALMEIDA, 2016, p. 107). Aduz que, “apesar do avanço representado pelo reconhecimento do significado humano do Direito do Trabalho, a este é negado significado social” (ALMEIDA, 2015, p. 238). Para o autor:

Com efeito, limitar o alcance do Direito do Trabalho à disciplina da relação de trabalho subordinado com os olhos voltados apenas para essa relação implica desconsiderar o fato de que o trabalho humano é um dos fatores de produção de riqueza e que da distribuição dessa riqueza devem participar, da forma mais equitativa possível, todos aqueles que para ela contribuem. Como uma das funções primordiais do Direito do Trabalho é a distribuição de riquezas geradas pelo trabalho humano, não se pode negar o significado social do Direito do Trabalho, o qual decorre da sua condição de instrumento de distribuição de riqueza e, portanto, de realização da justiça social, entendida esta como garantia de participação de todos nos benefícios do progresso econômico e social. O trabalho não pode ser reduzido à condição de instrumento de produção de riqueza. Pelo contrário, a ele deve ser conferida a natureza de meio de acesso à riqueza, como condição de possibilidade da justiça social. O trabalho é fonte de riqueza social, ou seja, riqueza de quem investe o seu capital e a sua força de trabalho na sua produção (ALMEIDA, 2015, p. 238).

O trabalho digno é um grande sustentáculo da dignidade humana, uma vez que promove a melhoria das condições de vida, o próprio sustento, o lazer, a inserção social, o auto reconhecimento do trabalhador como um ser humano pleno e inserido na sociedade onde ele vive, de forma digna. Não há como imaginar uma existência digna sem o trabalho, sem a fonte de sustento e inserção social que é necessária para o desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana, independentemente deste trabalho ser prestado de forma subordinada ou não.

Não obstante, nos momentos de crise econômica, com a adoção de políticas liberais ou neoliberais, esta base constitutiva da dignidade humana do trabalhador é colocada em xeque. Nestes momentos, são inúmeras as tentativas para o enfraquecimento e a desconstrução do Direito do Trabalho, com os argumentos de que ele limita o crescimento da economia e dificulta a geração de empregos. Argumenta-se que a proteção trabalhista é excessiva e onerosa, impedindo que a economia gire e que a crise seja resolvida pela própria lógica do mercado.

Afirma Alvarenga (2009, p. 67) “que é o império do mercado financeiro, assentado no lucro, o principal responsável pela fragmentação e coisificação dos seres humanos, por acabar nivelando os indivíduos em razão de suas capacidades econômicas e beneficiar apenas uma pequena parcela da humanidade”.

No entanto, sendo o Direito do Trabalho corolário dos direitos humanos, ele é inerente à pessoa humana do trabalhador, que dele necessita para alcançar uma vida em sintonia com a sua dignidade. A seguir, passa-se à análise dos limites à desconstrução do Direito do Trabalho em momentos de crise econômica, passando pela análise desses direitos como sendo legítimos direitos humanos.

8.2 Papel dos direitos humanos como limite à desconstrução do Direito do Trabalho em momentos de crise econômica

De acordo com Palomeque Lopez (1984, p. 20), “a crise econômica sempre exerceu influência no quadro institucional do Direito do Trabalho”, sendo considerada “sua histórica companheira de viagem”, alusão feita ao título do artigo do referido autor.

Assevera Joaquín Pérez Rey (2009, p. 241), que, entre o Direito do Trabalho e a crise, “se produziu uma simbiose peculiar, que levou ao ramo social do Direito a rechaçar a sua natureza de mera comparsa e erigi-la em protagonista”. Para o autor, “não existe mais o Direito do Trabalho que convive com a crise, mas o Direito do Trabalho em crise”, isto é, um ramo do Direito “cujos equilíbrios mais básicos encontram-se permanentemente em questão, e que carece de um mínimo de sossego normativo”, sendo um “ordenamento arrastado a um abismo de reinventar-se a si mesmo, que já não depende de meros movimentos conjunturais, mas que se instalou com firmeza, seja qual for o cenário econômico que, no máximo, determina a intensidade da reforma, mas não sua necessidade”.

Aduz Cleber Lúcio de Almeida (2015), citando Palomeque Lopez (1984), que “o movimento de redução e expansão do Direito do Trabalho é uma decorrência da sua estreita relação com a crise econômica, sua companheira de viagem”. Afirma Cleber Lúcio que “o Direito do Trabalho surge de crises, ganha destaque com as crises, é combatido a cada crise que se apresenta (...)”, e que, de forma mais intensa do que os demais ramos do Direito, “sofre os efeitos das medidas adotadas para combater crises”, sendo dele “exigido que mostre a sua força especialmente em momentos de crise”.

As crises econômicas, de acordo com Antonio Baylos (2010, p. 109), “induzem tradicionalmente modificações importantes na regulação jurídica das relações de trabalho”. Segundo Baylos, “estamos acostumados a que, na grande maioria dos casos, estas modificações se resolvam desfavoravelmente para os direitos dos trabalhadores”, mas afirma que, “não obstante, não há uma relação unívoca entre estas categorias, de maneira que épocas de bem

estar e bonança econômica correspondam à melhoria das condições de vida e trabalho dos trabalhadores, e, épocas de crises, com a redução destas posições”.

Da mesma forma, Palomeque Lopez (1984, p. 20) explica que a crise não significará, conceitual e necessariamente, um retrocesso do ordenamento jurídico laboral ou regressão dos conteúdos dos direitos individuais ou coletivos dos trabalhadores. Para justificar sua afirmação, o autor cita a crise dos anos 1930, que sucedeu a Grande Depressão, e lembra que foi em decorrência dela que o Direito do Trabalho espanhol conheceu um dos períodos de crescimento mais progressivos e espetaculares de toda a sua história. Assim, afirma que o Direito do Trabalho não só pode coexistir de forma intacta com a crise, como esta pode impulsionar a sua expansão, como ocorreu na década de 1930, e que devemos extrair, para o debate científico, deste tão importante dado, as oportunas consequências. Nas palavras de Palomeque Lopes:

Pero, nótese bien, es precisamente durante el desarrollo de la crisis económica de los treinta, y de modo singular durante el llamado «bienio reformista» republicano, cuándo el Derecho español del trabajo ha de conocer uno de los períodos de crecimiento más progresivo y espectacular de toda su historia. No es sólo, por tanto, que el Derecho del trabajo pudiese coexistir intacto con la crisis, saliendo indemne de esta aventura, sino que en medio de sus muy graves efectos para la economía española habría de alcanzar una fase de expansión reconocida. Crisis económica no significará ya, conceptual y necesariamente, retroceso del ordenamiento jurídico-laboral, regresión en el contenido de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. La historia reciente muestra, pues, al menos un supuesto, provisto además de excepcional importancia, en que la expansión progresiva —desde el punto de vista de los intereses de los trabajadores— del Derecho del trabajo ha sido posible en una situación de crisis económica muy grave. Desde luego que el debate científico que nos ocupa deberá extraer de tan importante dato las oportunas consecuencias (PALOMEQUE LOPES, 1984, p. 20)³³.

A razão de ser histórica do Direito do Trabalho, de acordo com Palomeque Lopez (1985, p. 17), é a de um “instrumento de mediação e institucionalização do conflito entre o trabalho assalariado e o capital”, como um ponto de “equilíbrio estrutural entre os interesses dos

³³ “Mas, note-se bem, é precisamente durante o desenvolvimento da crise econômica dos anos trinta, e, de modo singular durante o chamado “biênio reformista” republicano, quando o Direito do trabalho espanhol conheceu um dos períodos de crescimento mais progressivo e espetacular de toda sua história. Não é só, portanto, que o Direito do trabalho pudesse coexistir intacto com a crise, saindo ileso desta aventura, mas que, no meio de seus graves efeitos sobre a economia espanhola, haveria de alcançar uma fase de expansão reconhecida. crise económica não significará, então, conceitual e necessariamente, retrocesso do ordenamento jurídico-trabalhista, regressão no conteúdo dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores. A história recente mostra, pois, pelo menos uma situação, dotada, ademais, de excepcional importância, em que a expansão progressiva - do ponto de vista dos interesses dos trabalhadores - do Direito do trabalho foi possível em uma situação de crise económica muito grave. É claro que o debate científico em questão deverá extrair de tão importante dado as oportunas consequências”.

antagonistas em jogo”, que consistem no poder de direção do empresário e os direitos individuais dos trabalhadores.

No entanto, de acordo com Cleber Lúcio de Almeida (2015, p. 238) “ao Direito do Trabalho não pode ser negada dimensão política, que decorre da sua relevância na criação das condições jurídicas e materiais necessárias à participação dos trabalhadores na definição das políticas sociais e econômicas do Estado”.

Devido ao forte viés político atribuído ao Direito do Trabalho, as diretrizes políticas adotadas pelo Estado, especialmente em situações de crise econômica, refletem diretamente sobre suas normas.

A constantes reformulações do Direito do Trabalho, de acordo com Joaquín Pérez Rey (2009, p. 241), partiram de um ponto conhecido: “o Direito do Trabalho da emergência, como resposta meramente pontual a um problema, o desemprego”. No entanto, este problema, que era esperado passageiro, “deu lugar, a partir dos anos noventa em diante, à exigência que a norma laboral se adaptasse à nova realidade, que já não era o industrialismo que a viu nascer, mas o novo pós-fordismo, que se desenvolve em um ambiente também carregado de novidades: a globalização dos mercados”.

Assevera Baylos (2010, p. 114) que, em consequência da globalização, “a crise torna possível, e visível, a deslegitimação de todo um modelo de organização social que se remete ao neoliberalismo (...) da década de oitenta”, que “se baseava na desregulação normativa da tutela do trabalho e na responsabilização individual frente ao emprego”, na desconstrução das práticas coletivas das relações de trabalho e na flexibilização. Para o neoliberalismo, “o Direito do Trabalho é considerado culpável da situação do mercado de trabalho” e, em consequência, há uma relação inversa entre a subsistência das garantias sobre o emprego, das oportunidades de emprego no mercado laboral.

A crise por que passa a Europa desde o final do século XX tem se agravado. Explica Castillo (2013, p. 696), que, “tendo economias cujo crescimento é nulo e, inclusive, negativo, em sua maioria, os países europeus se debatem em torno de como sair dessa fase crítica na qual qualquer vestígio de instituições e regras de proteção social tem sido severamente questionadas”. Aduz que, nesta busca de alternativas para superar a crise, os países europeus e as instâncias supranacionais têm buscado formular modelos e esquemas para superar a crise, que lhes permitam retomar o crescimento econômico de outrora.

Nesse cenário questiona-se qual o papel do Direito do Trabalho na busca de soluções, a nível continental, e não apenas na Europa. As normas trabalhistas, de acordo com Castillo (2013, p. 696), são “uma das expressões mais completas de proteção e justiça social que os

países europeus haviam construído como parte de um projeto econômico e social, que muitos viam como a referência a seguir”. No entanto, com a crise econômica e a implementação das políticas neoliberais, “o direito igualador, o direito protetor, o direito a favor e para os trabalhadores, tem sido identificado como uma represa que impede o desenvolvimento econômico ‘saudável’ na globalização” (CASTILLO, 2013, p. 696-697).

Neste marco, foi introduzida, na Europa, mais precisamente no ano de 2006, uma política trabalhista conhecida como “flexissegurança”. De acordo com Castillo (2013, p. 697), por meio desta política, “se busca conciliar as necessidades de flexibilização do mercado de trabalho com a necessária proteção dos trabalhadores”, buscando-se a *modernização* do Direito do Trabalho. Segundo o autor, dois dos documentos mais importantes no nascimento e na difusão desta ideia foram o “Livro verde sobre a modernização do Direito do Trabalho ante os desafios do século XXI”, de 2006, e, no mesmo ano documento “Para os princípios da flexissegurança: mais e melhores empregos mediante flexibilidade e segurança”, sendo ambos os documentos da Comissão Europeia, com os quais se argumentava e justificava a conveniência de avançar, na Europa, para a modernização das normas e da relação trabalhista.

Os eixos sobre os quais se sustentam uma política de flexissegurança são basicamente os seguintes: “flexibilização das condições de trabalho (incluindo benefícios), uma estratégia de formação e aprendizagem ao longo de toda a vida, uma política ativa de emprego que ajude à readaptação às mudanças, assim como uma modernização dos sistemas de seguridade social”. (CASTILLO, 2013, p. 697).

Segundo Antonio Baylos (2010, p. 114), “todas as crises do sistema capitalista que têm uma certa profundidade aparecem como uma irrupção”, no entanto, afirma que a crise que assolou o mundo capitalista desde 2008 se reveste de uma gravidade especial, uma vez que promoveu uma verdadeira comoção do paradigma econômico vigente na globalização. De acordo com o autor, “esta crise não tinha sido prevista, o que não quer dizer que era imprevisível, e é uma crise total”, afetando globalmente aos mercados imobiliários e financeiros, baseada no caráter especulativo das operações econômicas em um mundo globalizado.

Ademais, de acordo com Baylos (2010, p. 114), “o trabalho se declina em plural, em uma série de trabalhos atípicos, temporais, precários e não protegidos”. A figura da empresa se modifica, e há a descentralização produtiva, com frequente terceirização de mão-de-obra. Aduz Cleber Lúcio de Almeida (2016, p. 107), que “estamos vivendo a era do precário”, que “alcança o trabalho, o trabalhador, e as bases para a tutela e a promoção da dignidade humana dos que

dependem da alienação da sua força de trabalho para garantir a sobrevivência própria e familiar”.

O *trabalho* é precário, de acordo com Cleber Lúcio de Almeida (2016, p. 107-108), porque é executado sem continuidade, como os contratos por prazo determinado; em favor de quem não é empregador, como ocorre nos casos de terceirização; em ambientes cada vez mais agressivos e competitivos; em ambientes inseguros; e sem respeito pelos consequentes direitos dos trabalhadores. O *trabalhador*, por outro lado, é precário em razão: da possibilidade de ser descartado em favor do maior lucro; da natureza precária da sua contratação (por prazo determinado); da sua condição no ambiente de trabalho (terceirizado ou não efetivo); da impossibilidade de planejar sua vida, inclusive a curto prazo; e do desemprego de grande duração, que o afeta social e individualmente, na medida em que o trabalho é instrumento essencial de inclusão social e da construção da identidade do trabalhador.

Além do *trabalho* ser precário e do *trabalhador* ser precário, Almeida (2016, p. 108) aduz que “*as bases para a tutela e promoção da dignidade humana são precárias*”, como consequência: do retrocesso à proteção do trabalhador pelas medidas de flexibilização do trabalho, destinadas a atender às necessidades do mercado; do aumento do trabalho autônomo, sem a proteção do Direito do Trabalho; da prevalência das negociações coletivas sobre o legislado; da debilidade da autonomia coletiva como instrumento de luta por melhores condições sociais dos trabalhadores; do descumprimento das normas trabalhistas, pela ausência de um instrumental processual rápido e eficaz; e da atribuição, ao trabalho, como condição de “mero fator de produção”, desvinculado da condição humana do trabalhador.

Loffredo (2014, p. 2), assevera que são os trabalhadores que estão pagando os custos da crise econômica/financeira destes anos, através de um acentuado rebaixamento de suas garantias na relação laboral. O autor reconhece que os efeitos da atual crise no campo trabalhista, “a fazem diferente e mais perigosa do que nunca para os trabalhadores, porque os desafios que se impõem ao direito do trabalho se movem em um plano global”, pondo em discussão as bases da matéria. Somente as respostas que o direito do trabalho vier a oferecer às perguntas surgidas nos tempos de crise é que poderão nos dizer se “nos encontramos frente a uma expansão, a uma retirada, a uma invasão do campo ou a uma perda de identidade e de centralidade do direito do trabalho, que é o primeiro elemento do Estado Social que a ortodoxia neoliberalista tem tentado derrubar”.

Afirma Muñoz (2005) que o Direito do Trabalho é, atualmente, mais necessário que nunca, mas devemos repensar continuamente suas categorias conceituais e seus equilíbrios internos para adapta-lo a uma realidade que se apresenta em constante evolução. No entanto,

por hora não são esperadas mudanças estruturais, de caráter qualitativo, que possam nos fazer pensar no advento de um sistema social radicalmente diferente do que conhecemos, desde que a revolução burguesa substituiu o feudalismo. Para o autor, a única forma de superar o impacto das novas tecnologias e da globalização no Direito do Trabalho é definir cada aspecto problemático concreto nas relações laborais, analisando sua influência real. Deve-se, portanto, fugir de discursos globais e abstratos para centrar-se em problemas concretos.

Por todo o exposto, parece muito claro, sendo uma opinião unânime dos autores, que o Direito do Trabalho nasceu, vive e sempre viverá atrelado às crises econômicas, e que nos momentos em que as crises se acentuam, é o primeiro ramo do Direito a ser colocado em xeque, em relação às suas normas e aos seus princípios, de modo que os trabalhadores acabam pagando pelos efeitos destas crises.

Neste exato ponto, portanto, se encontra o cerne da questão proposta por esse estudo: qual o limite da desconstrução do Direito do Trabalho nos momentos de crise? Até que ponto pode-se legitimar a desconstrução das suas bases e a retirada dos direitos duramente conquistados pelos trabalhadores nos últimos dois séculos?

Para responder a estas questões, ressalta-se que todo o estudo aqui realizado nos permite afirmar que o Direito do Trabalho é um corolário *dos direitos humanos de segunda geração*, ou seja, trata-se de um direito de forte cunho social e econômico, que visa garantir a *dignidade humana* da pessoa do trabalhador, em contraponto à cultura do lucro e da exploração, próprios do sistema capitalista.

Os direitos humanos são direitos previstos em documentos internacionais, reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos, que visam à tutela e promoção da dignidade da pessoa humana. Os direitos assegurados pelo Direito do Trabalho também se revestem do caráter de direitos fundamentais, posto que como tais são considerados na Constituição de 1988, também com o intuito de tutelar e promover a dignidade humana.

Conforme assevera Cléber Lúcio de Almeida (2016, p. 108), “a história do direito do trabalho é a história da luta pela dignidade humana”. Para o autor, a re-humanização da relação de emprego perpassa pela atribuição, à dignidade humana, da condição de princípio organizador das relações sociais, que deve ser concretamente colocado em prática. Almeida (2016, p. 110), citando José Pastore, aduz que, “para a teoria da flexibilização, o ‘tempo de proteção já passou’, posto que ‘a proteção é cara, desumana e injusta’”, posição essa que se encontra em plena consonância com a doutrina neoliberal. No entanto, “como o direito do trabalho protege a dignidade humana no contexto da relação de emprego, a tese da expiração do tempo da proteção

conduz à conclusão que o tempo de proteção da dignidade humana já passou, por ser esta proteção cara, desumana e injusta”.

Consoante Hugo Sinzheimer (1984, p. 73), “o trabalho é uma energia essencial. Quem presta trabalho não dá nenhum objeto patrimonial, mas dá a si mesmo. O trabalho é o homem mesmo em situação de atuar”. Citando Karl Marx, Sinzheimer afirma que o trabalho não tem outro conteúdo, que senão o sangue e a carne humana. Afirma o autor que “o homem tem uma dignidade. Realizar tal dignidade é a missão especial do Direito do Trabalho. Sua função consiste em evitar que o homem seja tratado igual às coisas”. Assim, “quem quiser compreender o espírito do Direito do Trabalho deve ver dominar esta ideia fundamental nas múltiplas disposições que contém”.

Afirma Hugo Sinzheimer (1984, p. 73) que “o Direito do Trabalho rechaça conscientemente a concepção meramente econômico material das coisas. Expressa a ideia da economia do homem, que penetra cada vez mais em nosso tempo”. Para o autor:

O Direito do Trabalho faz valer uma nova concepção do homem, vem realizar a ‘humanidade real’, que é muito mais do que uma simples humanidade ideológica. Quem se depara com a história do Direito do Trabalho verá claramente ante si este impulso em direção à dignidade humana, que se faz efetivo no Direito do Trabalho (SINZHEIMER, 1984, p. 73).

Aduz Loffredo (2014, p. 19), que neste panorama obscuro imposto pelas crises, “uma das poucas formas de garantir uma tutela aos trabalhadores em períodos de evidente regressão do direito do trabalho positivo passa pela existência, em primeiro lugar, e da concreta atuação, em segundo, da cidadania social”. Para o autor, o próprio conceito de cidadania social depende da “concreta configuração de um direito social como fundamental no ordenamento jurídico, e responde à necessidade de dotar a alguns conteúdos éticos de uma especial relevância ou prioridade jurídica, enquanto expressão de uma moralidade e uma juridicidade básica”. Tal moralidade corresponde à ideia de “dignidade e de desenvolvimento da personalidade humana”, e, ao mesmo tempo, da relevância jurídica que converte os direitos em normas fundamentais do ordenamento jurídico, que terão o papel de fontes imprescindíveis de inspiração na atuação política de todos os governos, também em períodos de crise econômica.

Os direitos fundamentais, de acordo com Loffredo (2014), são, portanto, “universais e indisponíveis para a pessoa física ou o cidadão, em oposição aos direitos patrimoniais definidos como singulares e disponíveis”, e desempenham “o duplo papel de constituir os princípios sobre o que se baseia uma sociedade e de garantir a autodeterminação e as oportunidades de participação dos indivíduos”.

Valadão e Teodoro (2015, p. 157) propõem a “releitura do Direito do Trabalho, à luz dos direitos fundamentais, em tentativa de promover a repersonalização deste ramo do Direito”. Afirmam as autoras (2015, p. 171) que, “embora o Direito do Trabalho aparentemente seja patrimonialista, a racionalidade do neoconstitucionalismo impõe a repersonalização do ramo juslaboral, principalmente porque o trabalho atua como importante ferramenta de promoção da dignidade humana”.

Aduzem Valadão e Teodoro (2015, p. 168) que “os direitos trabalhistas têm função extrapatrimonial, pois asseguram ao empregado e sua família condições dignas de vida e sobrevivência”, além do trabalho também ter uma “importante função social e psicológica para o empregado, pois é por meio dele que o trabalhador se insere na sociedade e se afirma enquanto cidadão”. Nesse contexto, veda-se o direito absoluto de propriedade, de forma abusiva, privilegiando-se a dignidade da pessoa do trabalhador, pois, o fato da relação de trabalho situar-se na esfera privada, não justifica o desrespeito a direitos fundamentais. Ademais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais impõe o respeito à dignidade humana em detrimento à autonomia da vontade contratual (VALADÃO; TEODORO, 2015).

Deve-se enfatizar que a maior preocupação do Direito do Trabalho é o ser humano, cuja dignidade não comporta mensuração econômica. Dessa forma, a releitura dos institutos trabalhistas à luz dos direitos fundamentais amplia a proteção do trabalho e promove a valorização do trabalhador enquanto pessoa, na forma prevista na Constituição Federal (VALADÃO; TEODORO, 2015, p. 171).

Cleber Lúcio de Almeida (2015, p. 243-244), vai mais além, e critica a vinculação ao contrato de trabalho como condição necessária para o gozo dos direitos da cidadania, propondo a reconstrução do Direito do Trabalho, levando em conta o ser humano que trabalha como pessoa. “Não se trata de negar relevância dos direitos de cidadania, mas, sim, do reconhecimento de que a condição de pessoa torna o empregado titular de direitos que não se confundem com os que decorrem do seu status em determinada comunidade política”. Para o autor, “assim como a condição de cidadão não pode ser ofuscada pela de empregado, a condição de pessoa não pode ser ofuscada pela de cidadão”. “Daí a proposta de construção de um Direito do Trabalho de segunda geração, no sentido de Direito do Trabalho que tome o ser humano que trabalha como empregado, cidadão e pessoa”.

A pessoa humana que trabalha é uma unidade, ou seja, *pessoa, cidadão e empregado*, e a cada uma dessas dimensões correspondem determinados direitos - *direitos da pessoa, direitos da cidadania e direitos do empregado* -, respectivamente, o que significa que tomar o ser humano que trabalha como pessoa significa a valorização

dos direitos humanos e fundamentais que concernem à pessoa humana por si mesma (ALMEIDA, 2015, p. 244).

O Direito do Trabalho de segunda geração, proposto por Cleber Lúcio de Almeida, tem as seguintes características:

a) composto por um conjunto de regras e princípios que são locais (infraconstitucionais e constitucionais), regionais, internacionais e universais, ou seja, que corresponde ao Direito do Trabalho integral; b) dotado de transcendência humana, social e política, por força de sua finalidade, que é a tutela da dignidade humana daqueles que dependem da alienação da sua força de trabalho para assegurar os meios voltados ao atendimento das suas necessidades próprias e familiares, e das suas funções primordiais, que são a realização da justiça social e a construção da democracia; c) que tem como sujeito e destinatário o ser humano que trabalha considerado em todas as suas dimensões, isto é, como empregado, cidadão e pessoa, o que corresponde ao trabalhador integral (ALMEIDA, 2015, p. 253)

Em relação à aplicação de todas as fontes disponíveis no Direito do Trabalho, aduz Uriarte (2011, p. 134) que é importante a assinalar que os operadores jurídicos (advogados, juízes, procuradores, fiscais, etc.), deveriam acostumar-se a trabalhar com todas as normas disponíveis (porque há uma tendência a trabalhar somente com leis, decretos e portarias) e atuar de conformidade com o preceito de que a Constituição é uma bela declaração e as normas internacionais também. “Elas são normas jurídicas, formam parte do instrumental do jurista, e o bom jurista tem de saber trabalhar com todas as ferramentas, não só com algumas delas”.

Nesse sentido, afirma Husek (2011, p. 133) que “o Direito Internacional do Trabalho pode ser um remédio, ao mesmo tempo territorial e extraterritorial, de concretização de algo maior, do que simplesmente o ordenamento jurídico de um Estado”.

Quanto às disposições da Constituição brasileira, o valor social do trabalho constitui fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, IV da Constituição Federal), juntamente com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Por sua vez, o primado do trabalho, constitui a base da ordem social, que tem por objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193, CF). O primado do trabalho é, portanto, a base para o objetivo da ordem social, que consiste no bem-estar e na justiça social. Em outras palavras, pode-se dizer que o trabalho é a verdadeira fonte (a base) de bem-estar e justiça social no Estado brasileiro. A busca por uma sociedade justa, por sua vez, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição.

De acordo com Cleber Lúcio de Almeida (2015, p. 238):

Conferir valor social ao trabalho, nessa perspectiva, é garantir ao trabalhador a participação na distribuição da riqueza, o que é reforçado, na Constituição de 1988,

pela vinculação do atendimento à função social da propriedade à sua exploração de forma que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, IV) e, ainda, pelo reconhecimento aos trabalhadores do direito à participação nos lucros (art. 7º, XI).

Conferir significado social ao trabalho exige fazer o mesmo em relação às normas que o disciplinam (Direito do Trabalho), o que, inclusive, é reconhecido na Constituição de 1988, quando condiciona o atendimento à função social da propriedade à observância da legislação trabalhista (art. 186, III) (ALMEIDA, 2015, p. 238).

O Direito do Trabalho, consoante Alvarenga (2009, p. 71), “possui um relevante desafio na atual conjuntura socioeconômica do país, que consiste exatamente em permitir meios próprios de desenvolvimento social ao proletariado, garantindo um mínimo de seguridade aos seres humanos”. Para esta autora, o Direito do Trabalho:

É o cerne, a coluna vertebral, o motor social de uma sociedade destinada a humanizar e moderar os efeitos adversos do capitalismo, melhorar as condições dos trabalhadores e das camadas mais pobres da população, adaptando equilibradamente a distribuição de renda na sociedade capitalista brasileira.

De acordo com Muñoz (2005), enquanto o sistema socioeconômico vigente se basear na existência de pessoas que precisem do salário para sobreviver, e que o percebem por prestar sua força de trabalho para as organizações produtivas (empresas), que pertencem aos proprietários do capital e que produzem bens e serviços a um mercado onde os trabalhadores não podem ascender mais do que na condição de consumidores dos bens e serviços que eles mesmos produzem, as bases estruturais do Direito do Trabalho permanecerão intactas.

Trava-se, portanto, uma luta pelo cumprimento das leis trabalhistas, capaz de impulsionar a implementação dos Direitos Humanos Fundamentais do trabalhador na seara justaltrabalhista e a realização histórica do direito social ao pleno emprego como anseio concreto da igualdade real. Tal blindagem tem como objeto um conjunto de aspirações básicas que, se não supridas, tornam inviável o conteúdo jurídico da dignidade humana. O homem, visto como fim em si mesmo, tem na dignidade o seu principal atributo. E a primordial missão do Estado é estabelecer a garantia mínima de subsistência digna ao ser humano (ALVARENGA, 2007, p. 215).

Aduz Palomeque Lopez (2001, p. 34) que, “apesar dos riscos que encobre, obviamente, a reflexão teórica sobre questões vindouras, parece fundamentado entender, com segurança, que o Direito do Trabalho há de subsistir como corpo normativo (...)”. No entanto, isso não quer dizer que as soluções normativas ou os esquemas institucionais sempre foram e serão imutáveis, tendo conhecido, durante a sua curta história, “versões políticas autoritárias e democráticas e desenvolveu a sua proposta normativa pela mão da evolução capitalista e da reivindicação operária e sindical”. De acordo com o autor:

É preciso distinguir, por isso, a *função objetiva e duradoura* do Direito do Trabalho, ligada de modo permanente ao conflito social de base (e este ao sistema de produção) do seu *conteúdo institucional*, que se subordina, naturalmente, às contingências históricas e políticas, interpretando assim, variavelmente o equilíbrio estrutural que o sustenta.

Com o objetivo de manutenção das bases do Direito do Trabalho e da proteção à dignidade humana por este concedida, em junho de 2009, na 98ª Conferência Internacional do Trabalho da OIT, foi adotado o Pacto Mundial para o Emprego, por delegados de governos, trabalhadores e empregadores, que constitui a resposta mais urgente e ampla adotada pela OIT, nos seus 90 anos de existência, para enfrentar uma crise econômica³⁴.

O Pacto pede a governos e a organizações de trabalhadores e empregadores que trabalhem unidos para enfrentar a crise mundial de emprego com políticas que estejam alinhadas com o Programa de Trabalho Decente da OIT, e propõe uma série de medidas para responder à crise, as quais podem ser adaptadas às necessidades e situações específicas de cada país. Além disso, pede a adoção de medidas para manter as pessoas empregadas, para apoiar as empresas e para impulsionar a geração e recuperação dos empregos, em combinação com o fortalecimento dos sistemas de proteção social, em particular para as pessoas mais vulneráveis, integrando a preocupação com a igualdade de gênero em todas essas dimensões.

A preocupação da ONU concernente à manutenção dos postos de emprego em época de crise econômica traduz a preocupação com a proteção aos direitos humanos do trabalhador. Em momentos de crise, não podemos nos esquecer que os direitos de uma classe de sujeitos (as empresas), não podem se sobrepor aos direitos de outra classe de sujeitos (os trabalhadores), ademais porque os últimos são *seres humanos*, que necessitam do trabalho para a sobrevivência e como forma de promoção de uma vida digna e de inserção social.

A proposta que aqui se faz, é que os direitos humanos sejam efetivamente alçados à condição jurídica que lhe conferiu os documentos internacionais protetores destes direitos, e a própria Constituição Federal de 1988, que estabelece a *dignidade humana* como fundamento basilar da República Federativa do Brasil.

A proteção aos direitos humanos refletirá, imediata e inexoravelmente, na proteção ao Direito do Trabalho, sendo a sua reformulação possível apenas naquilo que não comprometa a dignidade dos trabalhadores. Reitera-se aqui a proposta do professor Cleber Lúcio de Almeida, no sentido da construção de um Direito do Trabalho *efetivamente integral*, que se utilize de todas as fontes normativas disponíveis (nacionais e internacionais) para a efetivação da

³⁴ Pacto Mundial para o Emprego da OIT. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/pacto_mundial_emprego_246.pdf

dignidade humana do trabalhador, e, ainda, de um Direito transcendental, que considere o ser humano trabalhador em todas as suas dimensões: como empregado, como cidadão e como pessoa.

Os direitos humanos, no entanto, são direitos em constante construção. Não se compreende, aqui, os direitos humanos como sendo direitos que sempre existiram, que são universais e eternos, pois vinculados à condição de pessoa humana. Estes direitos são construções jurídicas bastante recentes, que se desenvolveram de maneira mais acentuada após a Segunda Guerra Mundial, apesar do Direito do Trabalho ser anterior à consolidação dos direitos humanos no âmbito internacional. O Direito do Trabalho, na realidade, foi internacionalizado pela OIT muito antes de estar positivado em diversos países, dentre eles, o Brasil. Sendo assim, deve-se, constantemente, reforçar-se a importância destes direitos pelas lutas pela sua manutenção, e pela (re)significação de valores que estes direitos possuem para uma determinada sociedade. Consoante afirma Herkenhoff:

O Direito nasce no conflito e do conflito, na luta e da luta. O Direito é sempre provisório porque o Direito tenta estabilizar e regular, num determinado momento histórico, um pacto de conveniência social. Às vezes, positiva-se na lei um pacto extremamente opressivo, no qual se reconhece aos fracos, mal e mal, o direito de sobreviver, se possível. Mas à medida que os fracos adquirem consciência de sua dignidade e da possibilidade de se tornarem fortes pela união e pela luta, pactos legais menos injustos podem ser conquistados. É dentro dessa dinâmica histórica que o Direito se constrói. Os Direitos Humanos não estão fora desse processo de criação contínua e conflitiva do Direito (HERKENHOFF, 1997, p. 179-180).

Os valores atribuídos aos direitos humanos sofrem forte influência cultural, devendo-se respeitar as particularidades regionais, desde que a dignidade do trabalhador não seja ofendida pela retirada dos seus direitos.

A Declaração da Filadélfia afirma que o trabalho não é mercadoria. A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura direitos essenciais relativos ao trabalho, como o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e proteção contra o desemprego, além de igualdade salarial, direito à remuneração justa e satisfatória para a existência individual e da família e uma existência compatível com a dignidade humana, e, ainda, que toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses. Posteriormente, o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprofundou e ampliou o rol dos direitos trabalhistas previstos na Declaração Universal. Tais direitos também estão amplamente previstos no Protocolo de San Salvador, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Ademais, os documentos internacionais consagradores dos direitos humanos, em especial aqueles que consagram os direitos econômicos, sociais e culturais, contêm dispositivos expressos que *vedam o retrocesso* das normas de proteção à pessoa humana, “sendo peculiar a essa categoria de direitos a *progressividade*”. Dessa forma, a “proteção que se defere à pessoa por força da sua excelência, na dimensão econômica, social e cultural, exige uma contínua promoção, sem supressão das garantias já afiançadas pelas ordens jurídicas nacionais ou internacionais” (REIS, 2010, p. 127).

Sendo o Direito do Trabalho corolário dos direitos humanos, o trabalhador que tiver seus direitos trabalhistas violados poderá recorrer às Cortes Internacionais de Direitos Humanos para reclamar seus direitos. Nesse aspecto, a consideração das fontes internacionais dos direitos humanos amplia, de forma considerável, a possibilidade de efetivação destes direitos.

Os sindicatos representam um importantíssimo papel nesta preservação do Direito do Trabalho, por ser a forma organizada de luta dos trabalhadores para a conquista e a manutenção dos seus direitos. Ressalta-se, assim, o fortalecimento dos sindicatos para que não permitam, nas negociações coletivas, a precarização dos direitos humanos dos trabalhadores.

Além dos sindicatos, os próprios trabalhadores, empregadores, auditores fiscais do trabalho, juízes, advogados e o Ministério Público do Trabalho, também devem buscar a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, em busca da proteção do mais nobre direito tutelado pelo ordenamento jurídico: a *dignidade humana*.

A *desconstrução* do Direito do Trabalho, assim, encontra limites na condição humana dos trabalhadores e na significação dos valores que este ramo do direito representa para uma determinada sociedade. A dignidade humana é atemporal e universal, mas as conquistas dos direitos humanos são históricas e contínuas. Devemos sempre lutar para manter o que já foi conquistado em termos de proteção à dignidade, e ter como objetivo a ampliação do rol dos direitos humanos, nunca o retrocesso.

As adequações necessárias para a adaptação do Direito do Trabalho às novas realidades de mercado devem ser feitas através do diálogo, respeitoso, constante e solidário, a atuar como forma de construção e pacificação das relações sociais, na qual empregado e empregador se reconheçam como sendo seres humanos lidando com seres humanos, e tratando de questões inerentes à promoção da dignidade do ser humano empregado.

O respeito ao próximo, e a condição inerente e eterna de *ser humano* de que se reveste o trabalhador, que nunca mudará, independentemente das condições estruturais do mercado econômico, deverá ser o *limite à desconstrução do Direito do Trabalho*, em momentos de crises econômicas.

9 TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS

O próprio reconhecimento da existência de *direitos humanos trabalhistas* e a hierarquia das normas de direitos humanos (constitucional ou, de acordo com o STF, supralegal) já funciona como uma barreira à tentativa de desconstrução.

No entanto, mais do que reconhecer a existência, devem ser criados instrumentos que tornem efetivos os direitos humanos trabalhistas. Neste capítulo, serão examinadas as possibilidades jurídicas de a violação dos direitos humanos trabalhistas à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos e também ao Comitê de Direitos Humanos da ONU.

9.1 A reserva de jurisdição interna e a proteção aos direitos humanos

O artigo 2º, item 7 da Carta da ONU prevê o impedimento da intervenção da ONU em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado.

Artigo 2º, item 7, Carta da ONU: Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.³⁵

De acordo com Mazzuoli (2015, p. 74), “a obrigação de não ingerência também aparece nos estatutos constitutivos de várias organizações internacionais regionais, a exemplo do artigo 19 da carta da OEA”. Para o autor, o princípio da não ingerência ou não intervenção tem a finalidade de impedir que os Estados com maior poderio militar, econômico, político, etc., imponham a sua autoridade e subjuguem Estados mais fracos. Tal imposição aplica-se, inclusive, às Nações Unidas, impedindo que esta intervenha em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna do Estado. À luz da Carta da ONU, a *não intervenção* é sempre a regra, e a *intervenção*, exceção.

Mazzuoli (2015, p. 75), no entanto, bem observa que tal dispositivo da Carta preconiza que a não intervenção deve estar relacionada a assuntos que dependam *essencialmente* da jurisdição interna do Estado. Assim, “a *contrario sensu*, problemas que não dependam *essencialmente* da jurisdição interna de qualquer Estado podem perfeitamente ser resolvidos na ordem internacional, por meio da Assembleia Geral ou do Conselho de Segurança da ONU”.

³⁵ Carta das Nações Unidas. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf

Infelizmente, cabe à doutrina e à jurisprudência interpretar quais sejam estes assuntos, uma vez que a própria Carta não os define.

A doutrina tem entendido que são *essencialmente internos* os assuntos relacionados à organização do sistema político e das instituições pelas quais o Estado se organiza, o sistema de governo adotado e a determinação da ordem econômica, social ou cultural do Estado. Há discussão, no entanto, sobre a configuração das pressões políticas ou econômicas de um Estado sobre o outro, se seriam intervenções lícitas ou ilícitas (MAZZUOLI, 2015).

Atualmente, de acordo com Mazzuoli, não há dúvidas de que as questões relacionadas aos direitos humanos não se enquadram nos assuntos internos dos Estados, muito menos nos *essencialmente internos*, pois se trata de assuntos de amplo interesse internacional, previsto em várias disposições da Carta da ONU e em inúmeros outros documentos internacionais. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais bem como assuntos tipicamente nacionais como os relativos à imigração, nacionalidade, trabalho e armamentos não são mais assuntos essencialmente internos dos Estados, mas sim, de legítimo interesse internacional. Esse interesse internacional se faz ainda mais presente quando o Estado violador de tais direitos é signatário de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

O princípio da não intervenção não pode impedir a proteção destes direitos no âmbito internacional. Assim, “havendo conflito entre as ordens interna e internacional, a competência é fixada pelo direito internacional público, em razão de sua primazia sobre o Direito interno estatal” (MAZZUOLI, 2015, p. 77).

9.2 Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1959)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos originou-se de uma resolução, e não de um tratado, e veio a instituir força vinculante à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948.

A competência da Comissão, de acordo com Piovesan (2016, p. 352) “alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela consagrados” e, ainda, alcança a todos os “Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948”.

Quanto aos integrantes, a Comissão é composta de sete membros, “eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral da Organização, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos” (artigo 1º, § 3º do regulamento).

O mandato dos membros é de quatro anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez (artigo 2º, § 1º do regulamento).

De acordo com o regulamento da Comissão, em seu artigo 1º, § 1º, esta se constitui em “órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos que tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”. De acordo com o § 2º do mesmo artigo, a Comissão “representa todos os Estados membros que compõem a Organização”³⁶.

Para o cumprimento de sua função, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-membros para que adotem medidas adequadas à proteção destes direitos, solicitar informações aos governos relativas às medidas por eles adotadas para a aplicação da Convenção, preparar estudos e relatórios e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2016, p. 352).

Cabe à Comissão examinar as comunicações que denunciem violação a direito consagrado pela Convenção Americana por um Estado-parte, encaminhadas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou, ainda, por entidade não governamental legalmente reconhecida (nos termos do artigo 44 da Convenção Americana), e proceder ao juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas, cabendo à Corte Interamericana julgar a ação eventualmente proposta pela Comissão (MAZZUOLI, 2015).

Em relação à legitimidade para apresentar petições à Comissão, o artigo 23 estabelece que estas podem ser apresentadas em nome próprio ou de terceiros, abrangendo os direitos reconhecidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em relação aos Estados-membros da OEA que não sejam parte na Convenção Americana, e, ainda, os direitos previstos pelos demais documentos promulgados no âmbito da Organização, conforme infra transcrito:

Art. 23, Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar

³⁶ Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/u.regulamento.cidh.htm>

a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

Os requisitos de admissibilidade das petições ou comunicações estão previstos no artigo 46, § 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos, e são:

- a) que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

No entanto, relativamente aos dois primeiros requisitos, deve-se observar o disposto no § 2º do artigo 46, segundo o qual, as disposições das alíneas *a* e *b* supratranscritas não se aplicarão quando:

- a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Uma vez reconhecida a admissibilidade da petição, a Comissão, em seguida, solicita informações do governo denunciado. Recebidas as informações, cabe à Comissão verificar se os motivos da petição subsistem. Em hipótese de não subsistência, a denúncia será arquivada. Se não for este o caso, a Comissão realizará um exame acurado do assunto e, se necessário, a investigação dos fatos (PIOVESAN, 2016).

Examinada a matéria, a Comissão se empenhará em buscar uma conciliação entre as partes. Caso seja alcançada, a Comissão elaborará um informe, contendo uma breve exposição dos fatos e a solução alcançada, e transmitirá ao peticionário, aos Estados-partes da Convenção e à Secretaria da OEA, para publicação.

Caso não seja alcançada a solução amistosa, a Comissão elaborará um relatório pertinente ao caso, contendo a conclusão a respeito da violação da Convenção Americana, e

fará as recomendações ao Estado, que terá o prazo de três meses para cumprir as recomendações feitas. Durante este período, o caso pode ser solucionado pelas partes ou será encaminhado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não sendo prevista esta legitimação aos indivíduos (art. 61 da Convenção Americana) (PIOVESAN, 2016).

A submissão do caso à Corte Interamericana, no entanto, só ocorrerá se o Estado de que se trate houver aceito a jurisdição desta, em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, e se a Comissão considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório. A referida submissão só não ocorrerá em caso de decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros (artigo 45 do regulamento da Comissão)³⁷.

De acordo com Cançado Trindade (2003b, p. 42), “a atuação da Comissão Interamericana, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, foi certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos”. Até o início dos anos noventa, as petições e comunicações à Comissão ultrapassaram 10.000 casos.

O gráfico a seguir (gráfico 01), retirado do site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na página de “estatísticas”, mostra o número de petições recebidas pela Comissão do ano de 1997 em diante, até o ano de 2015, totalizando o montante de 24.457 petições protocoladas nesse período, correspondente a 18 anos.

Na sequência, apresenta-se o gráfico relativo ao número de petições protocoladas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por Estado americano, no ano de 2015 (gráfico 02), onde se observa que o México, disparadamente, foi o país mais demandado perante a Comissão, com 849 petições, do total de 2164, o que corresponde a 39,23% das petições recebidas pela Comissão em 2015. Em seguida, o segundo país mais demandado foi a Colômbia, com 419 petições, correspondendo a 19,36% do montante; o terceiro, a Argentina, com 164 petições (7,57% do total); o quarto, o Peru, com 159 petições (7,35% do total) e, em quinto lugar, o Brasil, com 99 petições, correspondendo a 4,57% do total de petições enviadas à Comissão no ano de 2015.

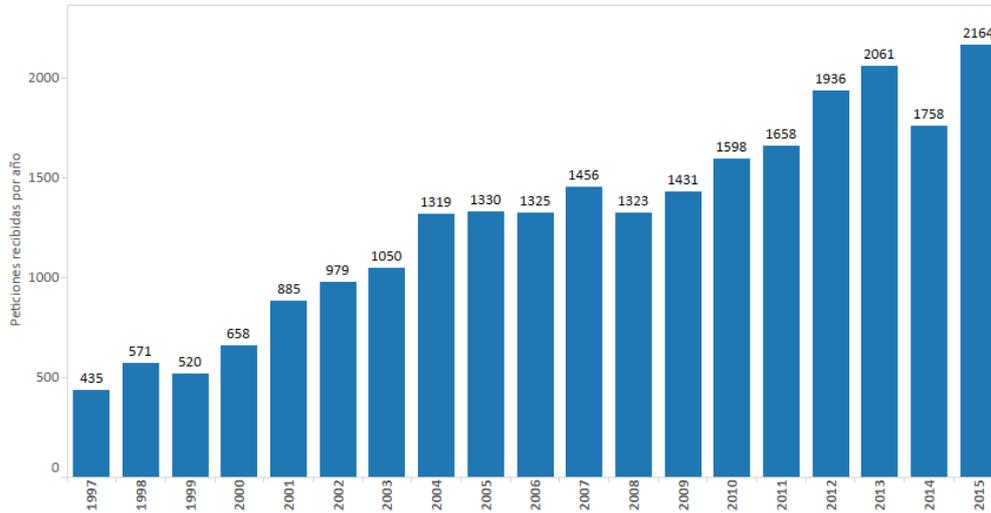
³⁷ Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2013.pdf>

Gráfico 01: Petições recebidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no período de 1997 a 2015.

Selecciona la estadística a visualizar:
Peticiones recibidas



Peticiones recibidas



Fonte: Site oficial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

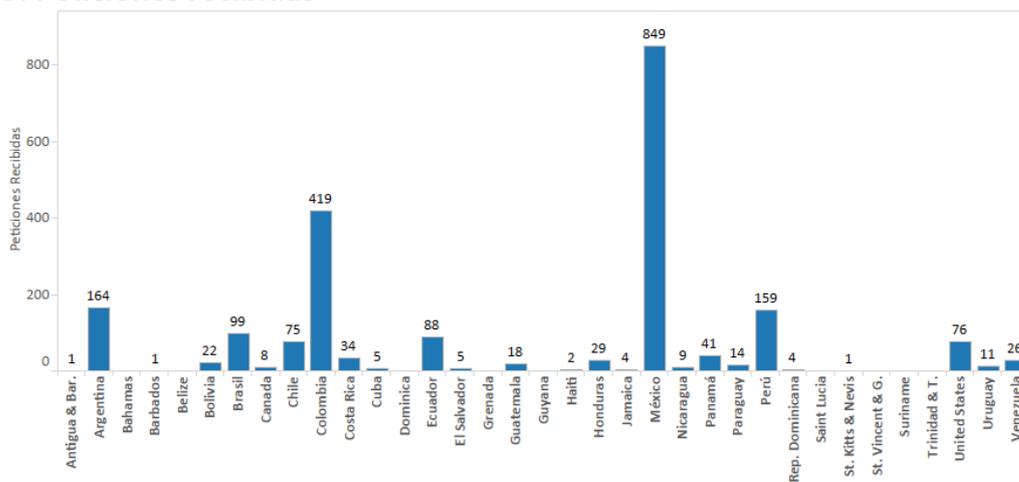
Gráfico 02: Petições recebidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por Estado americano, no ano de 2015. Note-se que o Brasil figurou como o quinto país mais demandado pela Comissão em 2015, com 99 petições, correspondendo a 4,57% do total.

Selecciona Estadística a Visualizar
Peticiones recibidas

Selecciona el año:
2015



2015: Peticiones recibidas



Fonte: Site oficial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

Cançado Trindade (2003b, p. 43-44) chama a atenção para o fato de que, “aos resultados concretos em inúmeros casos individuais”, devemos acrescentar a “importante função *preventiva* exercida pela Comissão”, pois, de acordo com o autor, em decorrência de suas recomendações dirigidas aos Estados ou formuladas em seus relatórios anuais, foram revogados ou modificados dispositivos que “afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos”, criaram-se mecanismos de proteção destes direitos nos ordenamentos internos dos Estados, e “se estabeleceram ou aperfeiçoaram recursos e procedimentos para a melhor tutela dos direitos humanos”.

9.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos (1969)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema interamericano, com sede em San José, Costa Rica. A Corte é um tribunal supranacional interamericano, capaz de condenar os Estados-partes na Convenção Americana, que tenham acatado a competência jurisdicional da Corte, por violação aos direitos humanos (MAZZUOLI, 2015).

De acordo com Mazzuoli (2015, p. 140-141), “a Corte não pertence à OEA, mas à Convenção Americana, com natureza de órgão judiciário internacional”, sendo a segunda corte instituída em contextos regionais (a primeira foi a corte europeia).

A Corte foi criada com a Convenção Americana, e nasceu quando a Convenção entrou em vigor, em 1978. No entanto, “seu funcionamento somente ocorreu, de forma efetiva, em 1980, quando emitiu sua primeira opinião consultiva e, sete anos mais tarde, quando emitiu sua primeira sentença” (MAZZUOLI, 2015, p. 141).

O artigo 52 da Convenção Americana estabelece que a Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, não devendo haver dois juízes da mesma nacionalidade. Os juízes da Corte serão eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos³⁸.

Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez, permanecendo em funções até o término dos seus mandatos. Entretanto, continuarão

³⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

funcionando nos casos de que já houverem tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença e, para tais efeitos, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos (artigo 54 da Convenção). O *quorum* para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes (artigo 56 da Convenção).

Em casos de litígios entre Estados, se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados-partes, o outro Estado-parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados Partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc* (artigo 55 da Convenção).

A Corte detém uma competência consultiva, prevista no artigo 64 da Convenção e uma competência contenciosa, de caráter jurisdicional, que é limitada aos Estados-partes da Convenção Americana que reconheçam expressamente a sua jurisdição (CANÇADO TRINDADE, 2003b). Ao ratificarem a Convenção, os Estados, automaticamente, aceitam a competência consultiva da Corte, mas a competência contenciosa é facultativa, e pode ser aceita posteriormente (MAZZUOLI, 2015).

De acordo com Cançado Trindade (2003b, p. 51-52), “a declaração de aceitação da competência da Corte, apresentada ao Secretário-Geral da OEA, pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos”. O autor constata que a “base da competência obrigatória da Corte fornece uma ilustração adicional da lamentável falta de automatismo da jurisdição internacional”, e que o sistema interamericano avançará muito quando todos os Estados membros da OEA ratificarem a Convenção Americana e seus dois Protocolos (Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, e Protocolo à Convenção Americana sobre a Abolição de Pena de Morte, de 1990), sem reservas, e, ainda, quando todos aceitarem a competência contenciosa da Corte, de modo que esta se torne automaticamente obrigatória para todos os Estados-partes.

Consoante estabelece o artigo 61 da Convenção, somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter qualquer caso à decisão da Corte. Na Corte, ao contrário da Comissão, não ocorre o direito individual de petição, admitindo apenas denúncias de Estados, ou denúncias encaminhadas pela Comissão. Assim, um particular ou uma instituição privada deverão peticionar perante a Comissão, que fará o juízo de admissibilidade da denúncia e, frustrada a proposta de solução amigável, levará o caso à Corte. O fato do trabalhador não ter legitimidade para acionar diretamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos traduz-se em prejuízo do acesso à justiça no âmbito internacional.

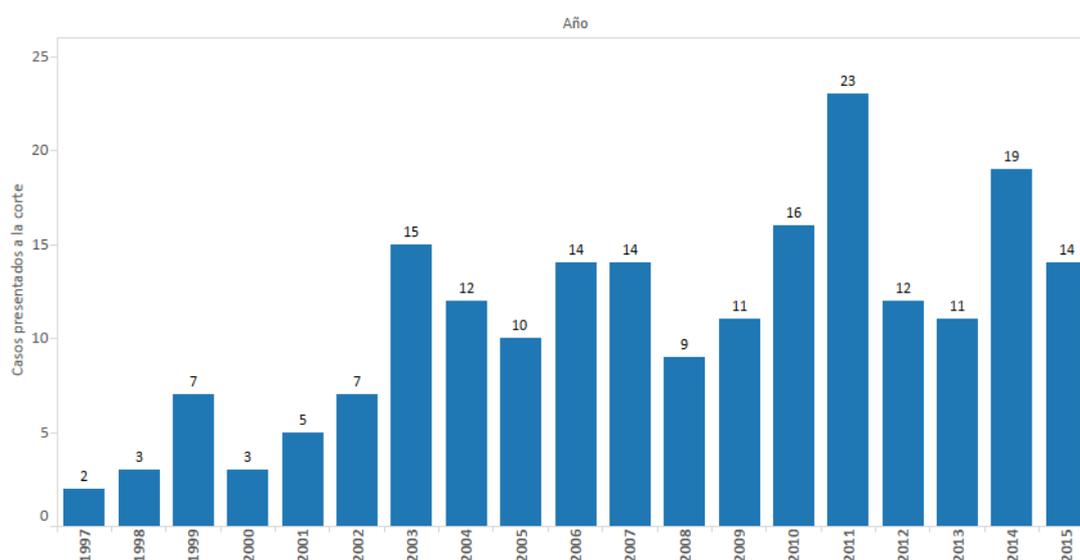
O gráfico seguinte (gráfico 03) mostra o número de casos enviados à Corte Interamericana de Direitos Humanos do ano de 1997 em diante, até o ano de 2015, totalizando o montante de 207 casos enviados nesse período, correspondente a 18 anos.

Gráfico 03: Casos enviados à Corte Interamericana de Direitos Humanos no período de 1997 a 2015, correspondente a 207 casos enviados durante o período.

Selecciona la estadística a visualizar:
Casos enviados a la Corte IDH



Casos enviados a la Corte IDH



Fonte: Site oficial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

Uma vez que algum caso tenha sido levado à corte, esta não fica adstrita à demanda alegada pela Comissão, podendo, ao investigar o caso, examinar outras possíveis violações a direitos garantidos pela Declaração Americana, em razão do conhecido princípio *jura novit cúria*, citado por Cançado Trindade em seu voto proferido no Caso dos Cinco Pensionistas Vs. Peru³⁹, com sentença proferida em 28 de fevereiro de 2003, pelo qual o tribunal pode conhecer de ofício quaisquer violações adicionais à Convenção Americana, mesmo que não alegadas pela Comissão na denúncia feita à Corte.

Nas palavras de Cançado Trindade:

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cinco Pensionistas Vs. Peru*, voto do jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, p. 4. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf

El principio *jura novit curia* (que ha sido estudiado en el ámbito de las más distintas ramas del Derecho, inclusive el derecho internacional) inspira el ejercicio de la función judicial, y da expresión al entendimiento de que el Derecho está por encima de lo alegado por las partes, debiendo la autoridad judicial captarlo y aplicarlo al caso concreto, para lo cual encuéntrase enteramente libre. La autoridad judicial no está, pues, limitada por lo que alegan las partes, y tampoco hay lugar para el *non liquet*. Debe la autoridad judicial decir cual es el Derecho (*jurisdictio, jus dicere*) y darle aplicación, y para ésto - en cumplimiento de su deber - tiene plena libertad.⁴⁰

No exercício de sua competência contenciosa, a Corte profere sentenças, que devem ser fundamentadas (artigo 66 da Convenção Americana) e são definitivas e inapeláveis. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença (artigo 67 da Convenção Americana).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui amplos poderes. De acordo com o artigo 68 da Convenção Americana, os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes no litígio. Quando a Corte condena um Estado por violação a direitos humanos, pode ordenar a recomposição do direito violado da parte ofendida, ou, ainda, a indenização pela violação. As decisões da Corte são mandatórias e a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado (artigo 68 da Convenção Americana).

A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção (artigo 69 da Convenção Americana).

O gráfico a seguir (gráfico 4) mostra o número de casos por país americano enviado à Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2015. Dos 14 casos enviados à Corte em 2015, Bolívia, Brasil e Equador, foram demandados em dois casos cada; Colômbia, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Venezuela, em um caso cada; e, o Perú, em três casos.

⁴⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Cinco Pensionistas Vs. Peru*, voto do jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, p. 4. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf
 “O princípio *jura novit curia* (que tem sido estudado no âmbito dos mais distintos ramos do Direito, incluindo o direito internacional) inspira o exercício da função judicial, e dá expressão ao entendimento de que o Direito está acima do alegado pelas partes, devendo a autoridade judicial compreendê-lo e aplicá-lo ao caso concreto, para o qual encontra-se inteiramente livre. A autoridade judiciária não é, portanto, limitada por aquilo que as partes alegam, e não há lugar para *non liquet*. Deve a autoridade judicial decidir qual é o Direito (*jurisdictio, jus dicere*) e dar-lhe aplicação, e, para isto - no cumprimento do seu dever - tem plena liberdade”.

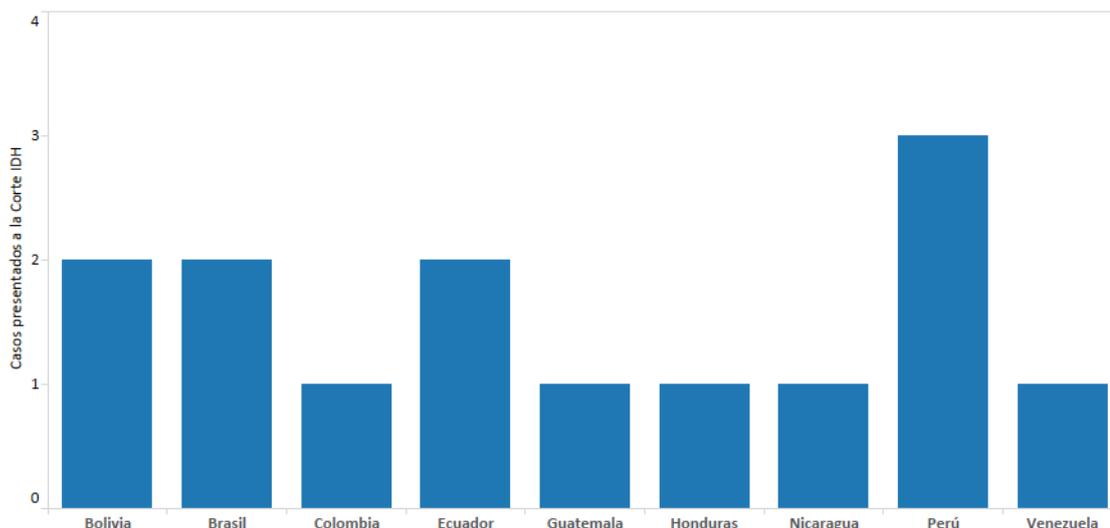
Gráfico 04: Casos enviados à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015, por país. Note-se que, em 2015, dos 99 casos demandados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apenas 2 foram encaminhados à Corte.

Selecciona Estadística a Visualizar
Casos enviados a la Corte IDH

Selecciona el año:
2015



2015: Casos enviados a la Corte IDH



Fonte: Site oficial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

9.4 Possibilidade de reclamação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em caso de violação a direitos humanos trabalhistas

De acordo com Cançado Trindade (2015b, p. 334), “o acesso dos indivíduos à jurisdição internacional constitui uma verdadeira revolução jurídica, que lhes possibilita vindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário”, o que, segundo o autor, confere “um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do direito internacional”.

Assevera Cançado Trindade que:

O sofrimento das gerações passadas, e as privações das atuais, clamam pela imposição de limites à razão de Estado, o qual foi originalmente concebido para a realização do bem comum, e existe para o ser humano, e não *vice-versa*. O reconhecimento, em nossos dias, do acesso dos indivíduos à justiça internacional revela, neste início do século XXI, o novo primado da *razão de humanidade* sobre a razão de Estado, que acelera o processo histórico de *humanização* do Direito Internacional. Tal processo, por sua vez, acarreta um retorno às próprias origens históricas do Direito

Internacional, que o concebiam não como um direito estritamente interestatal, mas como o *direito das gentes* (CANÇADO TRINDADE, 2015b, p. 335).

A tutela dos direitos sociais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é um processo em construção. Todavia, de acordo com Paes (2008, p. 8), “este sistema oferece as maiores oportunidades de todos os sistemas supranacionais, sejam regionais ou universais, para a justiciabilidade dos referidos direitos”, uma vez que possui um marco normativo generoso e prevê uma série de ferramentas eficazes para propiciar o respeito e a vigência dos direitos humanos em âmbito regional.

No dia primeiro de junho de 2001 entrou em vigor o novo Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotado em 24 de novembro de 2000, “que assegura a *participação* direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento perante a Corte, em denúncias, a esta enviadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana” (CANÇADO TRINDADE, 2015b, p. 336).

De acordo com Cançado Trindade (2015b, p. 336), esta mudança do Regulamento trouxe um significativo avanço e “uma clara manifestação, em nosso continente, da atual busca, em escala universal, da realização do antigo ideal da justiça internacional”. No entanto, aduz o autor que “não é razoável conceber direitos no plano internacional sem a correspondente capacidade processual de vindica-los”, e, assim, “esta evolução se consolidará no dia em que se adotar um Protocolo à Convenção Americana outorgando *acesso direto* dos indivíduos à Corte Interamericana”. Com o novo Regulamento, no entanto, o avanço se dá no sentido de que “os demandantes passam a desfrutar de *igualdade processual* com os Estados demandados”.

Vivemos um momento crescente de humanização do direito internacional, onde a base das relações entre o Estado e os indivíduos sob sua jurisdição, bem como as relações entre Estados reside na solidariedade humana, e não na soberania estatal. O reconhecimento do princípio da jurisdição universal “revelam o novo primado da *razão de humanidade* sobre a razão de Estado”. “O ser humano afirma-se, enfim, como sujeito último do direito tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual (CANÇADO TRINDADE, 2015b, p. 337-338).

A possibilidade de o indivíduo recorrer às Cortes Internacionais de Direitos Humanos, para arguir direitos violados, veio dar ao princípio fundamental do acesso à justiça uma notável ampliação de sua abrangência (PEREIRA, 2009). No entanto, de acordo com o artigo 61 da Convenção Americana, os indivíduos não têm acesso direto à Corte (não há o direito individual de petição), sendo permitido somente aos Estados-partes e à Comissão, submeter qualquer caso

à decisão da Corte. Caso um particular queira recorrer à jurisdição da Corte, deverá peticionar perante a Comissão, que fará o juízo de admissibilidade da denúncia, tentará propor a solução amigável da demanda, e, caso não logre êxito, a Comissão encaminhará o caso à Corte.

A Declaração Americana, a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador são os mais importantes instrumentos para a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no Sistema Interamericano. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem considerado principalmente a Convenção para proteger tais direitos e utiliza o Protocolo como instrumento interpretativo.

A Carta da OEA proclama os direitos fundamentais do indivíduo, e estabelece como um dos principais deveres dos Estados respeitar os direitos da pessoa humana. A Declaração Americana, por sua vez, constitui um complemento indispensável à Carta da OEA, enquanto a Carta não especifica quais são os direitos da pessoa humana, tarefa que desenvolve a Declaração (PAES, 2008).

A adoção do Protocolo de San Salvador, em 1988, supriu a lacuna histórica do Sistema Interamericano relativa à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, enunciando uma lista detalhada de direitos, dentre eles direito ao trabalho (art. 6º), condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho (art. 7º) e direitos sindicais (art. 8º) (PAES, 2008).

O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 25/09/92, e declarou a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10/12/1998. Ao exercer sua competência contenciosa, a Corte deve considerar a responsabilidade do Estado pela violação da Convenção Americana (PEREIRA, 2009). No exercício de sua função contenciosa, a Corte deve observar o disposto no item 1 do artigo 63 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a seguir transcrito:

Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Assim, quando houver violação de um direito ou liberdade protegido pela Convenção Americana e pelo Protocolo de San Salvador, dentre elas a violação aos direitos humanos trabalhistas previstos nestes documentos, será possível recorrer-se à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, em não conseguindo promover a solução pacífica do conflito, encaminhará o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que esta possa assegurar

ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, sem prejuízo da reparação das consequências desta violação, inclusive indenizatória, quando for o caso.

9.5 Possibilidade de reclamação perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU em caso de violação a direitos humanos trabalhistas

No âmbito das Nações Unidas, também é possível ao indivíduo peticionar solicitando a defesa dos seus direitos humanos. Em se tratando de violação aos direitos humanos trabalhistas, modalidade de direitos sociais, cabe reclamação perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foi criado por meio de resolução, em 1987, com a atribuição de monitorar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por meio de elaboração de relatórios ou pareceres para os Estados.

Em 10 de dezembro de 2008 foi adotado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 5 de maio de 2013, e, em julho de 2015, contava com 20 Estados-partes. O referido Protocolo introduziu a sistemática das *petições individuais*, além de outras medidas, em caso de graves e sistemáticas violações a direitos econômicos, sociais e culturais por um Estado-parte (PIOVESAN, 2016).

Os requisitos de admissibilidade das petições individuais são a ausência de litispendência internacional e o prévio esgotamento das instâncias jurisdicionais internas, salvo se os recursos excederem prazo razoável. Além do mecanismo de petições individuais, a sistemática do Protocolo também admite as comunicações interestatais ao Comitê, que só serão viáveis se o Estado declarar que se submete à competência do Comitê.

O referido sistema de petições individuais tem grande potencialidade para aumentar de forma significativa o grau de jurisdicionalidade e de exigência dos direitos econômicos, sociais e culturais, na esfera global. No exercício de sua função, o Comitê determina a obrigação do Estado em reparar a violação cometida e em adotar medidas necessárias a prover a estrita observância do Pacto.

As decisões do Comitê, contudo, não têm caráter vinculante, e não há a previsão de sanção para o Estado não lhe conferir cumprimento. No entanto, a condenação do Estado no âmbito internacional enseja consequências políticas que podem impactar negativamente nas relações diplomáticas e comerciais do Estado violador dos direitos humanos.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os *direitos humanos* são destinados a tutelar a *vida digna*, que é aquela onde o ser humano dispõe de todos os meios necessários para viver em plenitude, sejam estes materiais ou que respeitem às condições básicas de inserção social, permitindo à pessoa desenvolver toda a sua potencialidade de identificação com um grupo e de construção de sua identidade, e ser tratada com respeito e igualdade perante os demais seres humanos.

Dentre os diversos direitos classificados como *humanos*, estão o direito de liberdade, de igualdade, de propriedade, de participação ativa na vida política da sociedade, ou seja, direitos civis e políticos, que também são chamados por muitos de direitos humanos de primeira geração. Tais direitos surgiram em um cenário de Estado Liberal, em oposição ao absolutismo monárquico, regime que o antecedeu. Certamente que não é possível se pensar em um ser humano pleno e realizado, se não for livre, se não for tratado com igualdade perante os seus semelhantes e se não puder interferir na sociedade onde vive.

No entanto, a liberdade total levou os indivíduos a uma igualdade meramente formal, prevista em lei, e que não lhes garantia uma participação na sociedade em condições paritárias com os demais. A livre contratação levou a graves abusos dos ricos em relação aos pobres, do detentor do capital em relação àquele que detém a força de trabalho, o que resultou em acentuadas desigualdades sociais e grave situação de miséria, doenças e morte precoce para os trabalhadores. Ora, nesse cenário, oriundo do regime capitalista, que se desenvolveu na Revolução Industrial, não dá para se pensar em uma vida plena e digna do trabalhador que vive nestas condições miseráveis, sendo tais condições totalmente incompatíveis com a dignidade humana.

A livre pactuação não conseguiu garantir uma vida digna à maior parte da população economicamente hipossuficiente, o que impôs uma intervenção estatal nesse sentido, voltada a garantir condições minimamente dignas para aquele que empenha a sua força de trabalho para sobreviver. Os direitos e as garantias de uma vida minimamente digna passaram a ser garantidos pelo Estado, com a criação de direitos de cunho social e econômico (e, ainda, culturais), que são por alguns chamados de direitos humanos de segunda geração. Tais direitos, no entanto, não vieram para substituir os primeiros, mas, ao contrário, para se somar a eles, de forma que uma vida digna se garante com liberdade, com igualdade, mas também com fornecimento de meios para que o indivíduo mantenha o seu sustento e a sua potencialidade social como cidadão, ainda que em condições de adversidades sociais.

Na toada dos direitos humanos de cunho social, surgem o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário. O primeiro, constituído de normas cogentes que visam evitar os abusos decorrentes da livre pactuação liberal em relação à prestação do trabalho humano, visto que o trabalho não é uma mercadoria (consoante afirma a Declaração da Filadélfia), e que, aquele que o presta, é um ser humano, portanto, dotado de dignidade e merecedor de respeito. O segundo, por sua vez, devido pelo Estado ao trabalhador que se encontra em uma situação de risco social que demanda proteção, onde está impedido, ainda que temporariamente, de trabalhar e prover o seu sustento e de seus dependentes.

Assim, o Direito do Trabalho surge para tutelar a dignidade do trabalhador, explorado pelo capitalista, lhe promovendo condições mínimas de remuneração, de saúde, de descanso, de lazer, que se compatibilizem com uma vida digna. O trabalho é um elemento essencial na vida do ser humano, por ser o seu meio de sustento e também por ser uma importante ferramenta de inserção social, de auto reconhecimento e de autoestima do próprio trabalhador, enquanto um ser que participa ativamente a sociedade onde vive e que tem autonomia de sustento, o que lhe traz liberdade e dignidade.

O *direito ao trabalho* emerge, então, como um direito humano fundamental, para que a pessoa possa se inserir na sociedade, e desenvolver todas as suas potencialidades humanas. Aquele que não trabalha, que não tem uma ocupação, é excluído do núcleo social, é mal visto pelos demais, e não tem condições materiais básicas de sustento e de dignidade. No entanto, não é qualquer trabalho que traz dignidade, mas o trabalho *decente* e *digno*. Neste ponto, faz-se necessária a tutela do Direito do Trabalho, para garantir que o trabalho se desenvolva em condições de promoção da dignidade humana. A promoção do trabalho decente é o objetivo primordial da Organização Internacional do Trabalho, que o faz por meio de constantes campanhas, a nível mundial.

A *importância humana fundamental* que tem o trabalho é algo indiscutível, e sedimentado em *todos* os documentos que buscam a garantia dos direitos humanos e fundamentais, como as Constituições dos Estados Democráticos de Direito, as Convenções da OIT, e todos os principais documentos protetores dos direitos humanos no âmbito internacional, seja no sistema global de proteção, promovido pelas Nações Unidas, seja nos sistemas regionais Americano, Europeu ou Africano.

No entanto, em momentos de crise econômica, o que tem sido recorrente na sociedade mundial desde a década de 1970, a proteção trabalhista passa a ser questionada, e apontada com um empecilho à livre iniciativa e à auto regulação do mercado econômico, com o argumento de ser excessivamente onerosa ao empregador. Nestas condições, as bases do Direito do Trabalho

são abaladas e a proteção social se enfraquece, tanto no âmbito trabalhista quando no previdenciário, decorrente das constantes modificações legislativas que permitem a flexibilização dos direitos trabalhistas e que retiram, constantemente, direitos previdenciários dos trabalhadores, com o argumento de que o Estado em crise também não consegue manter a proteção social.

Os direitos fundamentais são *cláusulas pétreas* na Constituição brasileira, o que inviabiliza a sua supressão ou retrocesso, ainda que por meio de emendas constitucionais. Ademais, além de previstos na Constituição brasileira, os direitos trabalhistas também são positivados em documentos internacionais de direitos humanos, o que os consagra como *autênticos direitos humanos*.

Os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, por força dos parágrafos do artigo quinto da Constituição, ampliam o rol dos direitos fundamentais constitucionais, têm aplicabilidade imediata e podem ser equiparados às emendas constitucionais, caso sejam aprovados pelo Poder Legislativo com o *quórum* a elas pertinentes. Por interpretação do Supremo Tribunal Federal, estes tratados têm *status* de norma *supralegal*, o que inviabiliza a sua inobservância decorrente de modificações na legislação infraconstitucional. Dessa forma, conclui-se que os direitos humanos trabalhistas são insuscetíveis de supressão ou de retrocesso.

A pessoa humana é o bem jurídico mais caro, mais precioso, mais importante de todo o ordenamento jurídico, e, por isso, *todas as fontes normativas* possíveis devem sempre ser utilizadas para a sua proteção, aplicando-se em cada caso, a norma mais favorável à tutela dos interesses do ser humano, para promover a sua proteção integral.

Propõe-se, aqui, que o Direito do Trabalho seja aplicado em sua plenitude, buscando-se sempre a aplicação da fonte normativa mais favorável ao trabalhador, seja ela nacional ou internacional. Propõe-se também que sejam realizados esforços no sentido de promover a eficácia dos direitos humanos e fundamentais entre particulares, por meio da realização de campanhas sociais, no sentido de sensibilizar os empregadores de que estão lidando com *pessoas*, que têm planos, sonhos, família, dignidade, desejos... São pessoas lidando com pessoas, e ambas merecem respeito.

Propõe-se a construção de uma sociedade realmente *solidária*, que tenha por base o respeito ao próximo, sem a necessidade de constantes intervenções estatais neste sentido. No entanto, quando o objetivo de solidariedade não for alcançado e as demandas trabalhistas aportarem ao Poder Judiciário, que os operadores do Direito se utilizem de todas as fontes normativas possíveis para promover a dignidade humana do trabalhador, não só na sua dimensão de empregado, mas também de pessoa e de cidadão. O mesmo se aplica aos órgãos

de fiscalização do trabalho, vinculados ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social, como as Delegacias Regionais do Trabalho e os seus auditores fiscais do trabalho.

Não se nega, no entanto, que a saúde financeira das empresas e dos empregadores é de extrema importância para que os postos de trabalho sejam mantidos e para que a economia gire. Já foi comprovado, no entanto, com a crise desencadeada pela Grande Depressão, que, em momentos de turbulência econômica, os direitos trabalhistas também podem ser ampliados. Não podemos esquecer que, em um sistema capitalista, existem os produtores dos bens e os consumidores destes. Se, na crise, os direitos trabalhistas forem diretamente atingidos, os consumidores, que são os trabalhadores, não terão mais como consumir, e a economia para de girar. Não é sequer inteligente cortar direitos trabalhistas em época de crise, pois o Direito do Trabalho é ambivalente, uma vez que protege os interesses dos trabalhadores, mas também protege os interesses do capital, de modo a manter o sistema em equilíbrio.

As negociações coletivas, nessa seara, têm enorme importância, uma vez que levam em consideração as particularidades e os interesses das partes envolvidas. No entanto, requer-se, para tanto, a existência de sindicatos obreiros fortes, com grande poder de negociação, para que não sucumbam perante o poder da empresa ou do sindicato patronal. Urge, nesse sentido, no Brasil, a ratificação da Convenção n. 87 da OIT, que amplia as possibilidades de atuação sindical, abolindo o princípio da unicidade sindical, e permitindo a livre associação e a pluralidade de sindicatos, o que também é um direito humano fundamental.

Impõe-se também a adoção de políticas estatais protetivas, com fomento à oferta de emprego e a melhores condições de trabalho, através de incentivos fiscais e creditícios. Recentemente, o Programa de Proteção ao Emprego, instituído pela Lei n. 13.189 de 2015, foi implementado no Brasil com os objetivos de: possibilitar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica; favorecer a recuperação econômico - financeira das empresas; sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, para facilitar a recuperação da economia; estimular a produtividade do trabalho por meio do aumento da duração do vínculo empregatício; e fomentar a negociação coletiva e aperfeiçoar as relações de emprego (art. 1º, Lei 13.189 de 2015).

O referido programa foi uma iniciativa louvável do Governo Federal, no entanto, transfere parte do risco da atividade econômica ao trabalhador, por permitir a reductibilidade salarial (com a conseqüente redução da jornada de trabalho), desde que seja realizada por meio de acordo coletivo celebrado especificamente com esta finalidade.

As tentativas de precarização do Direito do Trabalho, no entanto, devem ser prontamente rechaçadas, como o que se observa atualmente com o Projeto de Lei da Câmara

de número 30, de 2015 (PLC 30), que tramita, atualmente no Senado Federal, e que visa permitir a terceirização trabalhista na atividade fim da empresa. Já é mais do que comprovado que os empregados terceirizados sofrem, estatisticamente, muito mais acidentes de trabalho do que os empregados efetivos das empresas, e que o índice de acidentes fatais é exorbitantemente maior do que ocorre com os demais empregados efetivos, o que viola frontalmente a dignidade humana do trabalhador. Não se pode admitir, levando-se em consideração o caráter de direitos humanos das normas trabalhistas, que medidas precarizantes e que violem a tutela do ser humano sejam aprovadas.

Conclui-se, por todo o exposto, que o Direito do Trabalho, em sendo corolário dos direitos humanos sociais e econômicos, é *ferramenta essencial à tutela da dignidade humana* e, por isso, não pode ter a sua base desconstruída ou abalada nos momentos de crise. Os momentos de retração econômica podem servir para fomentar um diálogo entre as partes envolvidas (empregador e empregado), porém, sempre um diálogo respeitoso, solidário, verdadeiramente preocupado com a condição humana do trabalhador, e nunca voltado apenas aos interesses do capital.

Pelo princípio da vedação ao retrocesso contido nos documentos protetores dos direitos humanos, deve-se procurar sempre a expansão dos direitos sociais, e não a supressão destes direitos. O máximo que se autoriza, em momentos de crise, são readequações momentâneas, temporárias e necessárias à recuperação da economia, desde que sejam respeitosas e dignas, e não comprometam os direitos humanos dos trabalhadores.

A mola propulsora da sociedade deve ser o *ser humano*, e não as relações econômicas, pois estas só são importantes enquanto promotoras da dignidade de todos os sujeitos envolvidos. *A condição de ser humano do trabalhador*, inerente e imanente a ele, e que nunca mudará, independentemente das condições estruturais e econômicas que assuma o mercado financeiro, é o limite, portanto, à *desconstrução do Direito do Trabalho*, em momentos de crises econômicas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Por um direito do trabalho de segunda geração: trabalhador integral e direito do trabalho integral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 235-256, jan./jun. 2015.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Los derechos humanos con una especial dimensión de protección en una relación de subordinación. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo; VIANA, Márcio Túlio; ALMEIDA, Cleber Lúcio de, et al. (Orgs.) **Direito material e processual do trabalho**. II Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho, Bogotá, Colômbia, 2014. Belo Horizonte, RTM, p. 107-110, 2016.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os direitos humanos na perspectiva social do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região**, n. 4, p. 193–219, 2007.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos Direitos Humanos do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr. 2008. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2510&revista_caderno=25>

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2009. 184 p.

ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. O Direito do Trabalho nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6787>.

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 4ª ed. 2001. 237 p.

ARISTÓTELES, **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2016. 281 p.

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. A convenção 87 da OIT sobre liberdade sindical de 1948: recomendações para a adequação do direito interno brasileiro aos princípios e regras internacionais do trabalho. **Revista do TST**, Brasília, vol. 78, no 3, jul/set, 2012. p. 124-219.

BAVARESCO, Agemir; CHRISTINO, Sérgio B. Um direito de natureza ética e o método especulativo hegeliano. In: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural**: seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito. São Paulo: Edições Loyola, 2007. 134 p.

BAYLOS, Antonio. Crisis, modelo europeo y reforma laboral. In: SANTIAGO, José María Rodríguez de, CABALLERO, Francisco Velasco (Coords.) **Estado y mercado en situación de crisis**. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, Nº. 14, 2010. p. 109-120

BEATO, Lucila Bandeira; SILVA, Cleber Vicente Gonçalves. Direito Humano ao Trabalho e Direitos Humanos dos Trabalhadores e Trabalhadoras. In: LIMA JR, Jayme Benvenuto (Org.). **Relatório brasileiro sobre direitos humanos econômicos, sociais e culturais**.

Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. Projeto Relatores Nacionais em Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. Recife, Gajop, 2003, p. 246-333.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. O direito do trabalho na perspectiva dos direitos humanos. In: COLNAGO, Lorena de Mello Resende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (org.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, p. 49-66, 2013.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría general de los derechos humanos**. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: estudios doctrinales, núm. 120, 1989. 459 p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; SOARES, Fabiana de Menezes. **Temas de filosofia do direito**. Velhas questões, novos cenários. São Paulo: Manole, 2004. 300 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, nº 113-118, 1998, p. 13-39.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª ed., Vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003a, 640 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1ª ed., Vol. III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003b, 663 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015a. 790 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais e a realização da justiça**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015b. 507 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Derechos de Solidariedad. In: **Estudios básicos de derechos humanos**. V. 1, Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José, Costa Rica, 1994. p. 63-73. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a11993.pdf>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1993. 1255 p.

CASTILLO, Carlos Reynoso. Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica. Albacete, España, Editorial Bomarzo, 2009, 190 p. Reseñas y Comentarios. **Alegatos**, México, núm. 84, p. 695-698, mayo/agosto de 2013.

CASTRO, Raquel Torres Gontijo de. *Sistema Interamericano de Protección dos Direitos Humanos*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 01 de fev. de 2007. Disponível em:

< http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2950/sistema_interamericano_de_protecao_dos_direitos_humanos >

CICERO, Marco Túlio. **Da república**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 619 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 306 p.

DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set, p. 59-76, 2011.

FERACIN, Vanessa Capra Kloeckner. A nova pirâmide jurídica formada após a decisão proferida pelo supremo tribunal federal no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Vanessa_Capra_Kloeckner_Feracin.pdf>.

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

GALLARDO, Hélio. **Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2014. 395 p.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções** (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). Dir. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. Vol. III. Coleção de Direito e Ciências Afins. São Paulo: Premier Máxima, 2008

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. 206 p.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos: a construção universal de uma utopia**. Aparecida: Editora Santuário, 1997. 217 p.

HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos humanos e filosofia jurídica na América latina**. Cap. 11, p. 359-385, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos: direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao direito internacional dos direitos humanos. In: LIMA JR, Jayme Benvenuto (Org.). **Manual de direitos humanos internacionais - acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos**. Recife, Gajop,

2002. p. 4-16. Disponível em: [http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual de Direitos Acesso aos Sistemas global e Regional.pdf](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_ aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf)

HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. 562 p.

HOBBS, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. 531 p.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 285 p.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2011. 308 p.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 538 p.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da paz**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 297-329.

LIMA JR, Jayme Benvenuto. O sistema global de proteção dos direitos humanos. In: LIMA JR, Jayme Benvenuto (Org.). **Manual de direitos humanos internacionais - acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos**. Recife, Gajop, 2002. p. 17-58. Disponível em: [http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual de Direitos Acesso aos Sistemas global e Regional.pdf](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_ aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf)

LIMA JR, Jayme Benvenuto. O sistema global de proteção para os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. In: LIMA JR, Jayme Benvenuto (Org.). **Direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Recife: Plataforma Interamericana de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento, 2004. p. 121-145.

LINDGREN ALVES, José Augusto. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002. 158 p.

LOFFREDO, Antonio. **Crisis, trabajo y derechos fundamentales: tan lejos y tan cerca**. 2014. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/2016-la-crisis-y-el-derecho-del-trabajo.pdf>

MAGALHÃES, Daniel Alves. **A questão do direito natural em Aristóteles**, 2012. Disponível em: <http://direito.mauriciodenassau.edu.br/files/2012/08/Artigo-A-questao-do-Direito-Natura-em-Aristotelesl.pdf>

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 1848. Porto Alegre: L&PM, 2009. 144 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-148, novembro 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 206 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. 421 p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOURA, Odilão. A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 55, nº 168, p. 21-41, abril/junho, 2004.

MOYN, Samuel. O futuro dos direitos humanos. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 11, n. 20, Junho 2014. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20/1007250-o-futuro-dos-direitos-humanos>

MUÑOZ, Francisco Andrés Valle. Una revisión crítica al discurso de la flexibilidad en el derecho del trabajo. **Boletín de la Facultad de Derecho**, n. 27, p. 217-265, 2005.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 140 p.

PAES, Leticia Da Costa. **A jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais**. 2008, 61 p. Monografia (Conclusão do curso) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro.

PALOMEQUE LOPES, Manuel Carlos. Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: a crisis económica. **Revista de Política Social**, Madrid, n. 143, julho-setembro de 1984, p. 15-21.

PALOMEQUE LOPES, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. 221 p.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Reflexiones sobre la justicia y el derecho. **Derechos y Libertades**, Número 20, Época II, enero 2009, p. 21-36.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 45, p. 87-118, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_87.pdf>.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época), n. 35., p. 7-71, Septiembre-Octubre, 1983.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, p. 21-52, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. 233 p.

PESSOA, Flávia; LIMA, Rafael Passos. Direito do trabalho e tratados internacionais em direitos humanos. **Evocati**, Aracaju, nº 50, 2010. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=390&tmp_secao=18&tmp_topico=direitotrabalho

PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. **Caderno de Direito Constitucional**, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. p. 27-43, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 735 p.

RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano II, n. 7, p. 81-100, abr./jun. 2003.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito, teoria da justiça, fontes e modelos do direito**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2003. 318 p.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. 167 p.

RESENDE, Antônio José. Conceito e evolução histórica do direito natural. **Jurídica**, v. III, n. 3, p. 4-25, Jan. 2015

REY, Joaquín Pérez. Escenas del derecho del trabajo en (la) crisis: el mercado segmentado ante el diálogo social. **Revista de Derecho Social**, nº 48, p. 241-254, 2009.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p.

ROIG, Rafael F. de Asís. La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba. In: **Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba**, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho. Madrid: Editora Dykinson, 2008, p. 391-406.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico** (tradução de Arno Dal Ri Júnior). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. 252p.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013. 133 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2014. 174 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang

(org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 13-36, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. 512 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 924 p.

SINZHEIMER, Hugo. La esencia del derecho del trabajo (1927). In: SINZHEIMER, Hugo. *Crisis Económica y Derecho del Trabajo*. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo, Madrid, IELSS, p. 67-77, 1984.

SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 2015. 91 p.

SOUSA, Helena Massote de Moura e. **A Organização dos Estados Americanos e o compromisso coletivo com a democracia representativa: do Compromisso de Santiago à Carta democrática interamericana**. 2007. 114 p. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro Rio de Janeiro: PUC-Rio, Instituto de Relações Internacionais.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011. 190 p.

TEREZO, Cristina Figueiredo. A Efetividade das Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. LIMA JR, Jayme Benvenuto (ORG.) **Direitos humanos internacionais: perspectiva prática no novo cenário mundial**. Recife: Gajop; Bagaço, 2006. p. 77-109.

UGARTE, Óscar Cubo. Direito Natural e Direito Positivo em Kant e Fichte. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, v. 21, n. 41, p. 283-294, 2012.

URIARTE, Oscar Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 2, p. 133-145, abr/jun 2011.

VALADÃO, Carla Cirino; TEODORO, Maria Cecília Máximo. A repersonalização do direito do trabalho. In: DA COSTA, Daniela Carvalho Almeida; FONTES SILVA, Maria Dos Remédios, BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Coords.). **Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania**, p. 156-174. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/ey04hoar/B8q7nz32wbdBDYVE.pdf>

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2ª ed, 3ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. 200 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1995. 174 p.

ANEXO I

Convenções da Organização Internacional do Trabalho Ratificadas pelo Brasil

Número da Convenção	Título	Ano de Adoção OIT	Ratificação pelo Brasil	Observação
3	Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade)	1919	26/04/1934	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 103 em 26.07.1961.
4	Convenção relativa ao Trabalho Noturno das Mulheres	1919	26/04/1934	Denunciada em 12.05.1937
5	Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais	1919	26/04/1934	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 138 em 28.06.2001.
6	Trabalho Noturno dos Menores na Indústria	1919	26/04/1934	-----
7	Convenção sobre a Idade Mínima para Admissão de Menores no Trabalho Marítimo (Revista em 1936)	1920	08/06/1936	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 58 em 09.01.1974
11	Direito de Sindicalização na Agricultura	1921	25/04/1957	-----
12	Indenização por Acidente do Trabalho na Agricultura	1921	25/04/1957	-----
14	Repouso Semanal na Indústria	1921	25/04/1957	-----
16	Exame Médico de Menores no Trabalho Marítimo	1921	08/06/1936	-----
19	Igualdade de Tratamento (Indenização por Acidente de Trabalho)	1925	25/04/1957	-----
21	Inspeção dos Emigrantes a Bordo dos Navios	1926	18/06/1965	-----
22	Contrato de Engajamento de Marinheiros	1926	18/06/1965	-----

26	Métodos de Fixação de Salários Mínimos	1928	25/04/1957	-----
29	Trabalho Forçado ou Obrigatório	1930	25/04/1957	-----
41	Convenção Relativa ao Trabalho Noturno das Mulheres (Revista, 1934)	1934	08/06/1936	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 89 em 24.04.1957.
42	Indenização por Enfermidade Profissional (revista)	1934	08/06/1936	-----
45	Emprego de Mulheres nos Trabalhos Subterrâneos das Minas	1935	22/09/1938	-----
52	Férias Remuneradas	1936	22/09/1938	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 132 em 23.09.1998.
53	Certificados de Capacidade dos Oficiais da Marinha Mercante	1936	12/10/1938	-----
58	Idade Mínima no Trabalho Marítimo (Revista)	1936	12/10/1938	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 138 em 26.06.2001.
80	Revisão dos Artigos Finais	1946	13/04/1948	-----
81	Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio	1947	11/10/1989	-----
88	Organização do Serviço de Emprego	1948	25/04/1957	-----
89	Trabalho Noturno das Mulheres na Indústria (Revista)	1948	25/04/1957	-----
91	Férias Remuneradas dos Marítimos (Revista)	1949	18/06/1965	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 146 em 24.09.1998.
92	Alojamento de Tripulação a Bordo (Revista)	1949	08/06/1954	-----

93	Convenção sobre Salários, Duração de Trabalho a Bordo e Tripulação (Revista em 1949)	1949	18/06/1965	A Convenção não entrou em vigor.
94	Cláusulas de Trabalho em Contratos com Órgãos Públicos	1949	18/06/1965	-----
95	Proteção do Salário	1949	25/04/1957	-----
96	Concernente aos escritórios remunerados de empregos	1949	21/06/1957	-----
97	Trabalhadores Migrantes (Revista)	1949	18/06/1965	-----
98	Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva	1949	18/11/1952	-----
99	Métodos de Fixação de Salário Mínimo na Agricultura	1951	25/04/1957	-----
100	Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor	1951	25/04/1957	-----
101	Férias Remuneradas na Agricultura	1952	25/04/1957	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 132 em 23.09.1998.
102	Normas Mínimas da Seguridade Social	1952	15/06/2009	-----
103	Amparo à Maternidade (Revista)	1952	18/06/1965	-----
104	Abolição das Sanções Penais no Trabalho Indígena	1955	18/06/1965	-----
105	Abolição do Trabalho Forçado	1957	18/06/1965	-----
106	Repouso Semanal no Comércio e nos Escritórios	1957	18/06/1965	-----
107	Populações Indígenas e Tribais	1957	18/06/1965	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 169 em 25-07-2002.
108	Documentos de Identidade dos Marítimos	1958	05/11/1963	Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 185, em 21.01.2010

109	Convenção sobre os Salários, a Duração do Trabalho a Bordo e as Lotações (revista em 1958)	1958	30/11/1966	A Convenção não entrou em vigor.
110	Convenção sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas	1958	01/03/1965	Denunciada em 28.08.1970
111	Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação	1958	26/11/1965	-----
113	Exame Médico dos Pescadores	1959	01/03/1965	-----
115	Proteção Contra as Radiações	1960	05/09/1966	-----
116	Revisão dos Artigos Finais	1961	05/09/1966	-----
117	Objetivos e Normas Básicas da Política Social	1962	24/03/1969	-----
118	Igualdade de Tratamento entre Nacionais e Estrangeiros em Previdência Social	1962	24/03/1969	-----
119	Proteção das Máquinas	1963	16/04/1992	-----
120	Higiene no Comércio e nos Escritórios	1964	24/03/1969	-----
122	Política de Emprego	1964	24/03/1969	-----
124	Exame Médico dos Adolescentes para o Trabalho Subterrâneo nas Minas	1965	21/08/1970	-----
125	Certificados de Capacidade dos Pescadores	1966	21/08/1970	-----
126	Alojamento a Bordo dos Navios de Pesca	1966	12/04/1994	-----
127	Peso Máximo das Cargas	1967	21/08/1970	-----
131	Fixação de Salários Mínimos, Especialmente nos Países em Desenvolvimento	1970	04/05/1983	-----
132	Férias Remuneradas (Revista)	1970	23/09/1998	-----
133	Alojamento a Bordo de Navios (Disposições Complementares)	1970	16/04/1992	-----
134	Prevenção de Acidentes do Trabalho dos Marítimos	1970	25/07/1996	-----
135	Proteção de Representantes de Trabalhadores	1971	18/05/1990	-----
136	Proteção Contra os Riscos da Intoxicação pelo Benzeno	1971	24/03/1993	-----
137	Trabalho Portuário	1973	12/08/1994	-----
138	Idade Mínima para Admissão	1973	28/06/2001	-----
139	Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos	1974	27/06/1990	-----

140	Licença Remunerada para Estudos	1974	16/04/1992	-----
141	Organizações de Trabalhadores Rurais	1975	27/09/1994	-----
142	Desenvolvimento de Recursos Humanos	1975	24/11/1981	-----
144	Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho	1976	27/09/1994	-----
145	Continuidade no Emprego do Marítimo	1976	18/05/1990	-----
146	Convenção Relativa às Férias Anuais Pagas dos Marítimos	1976	24/09/1998	-----
147	Normas Mínimas da Marinha Mercante	1976	17/01/1991	-----
148	Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações	1977	14/01/1982	-----
151	Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública	1978	15/06/2010	-----
152	Segurança e Higiene dos Trabalhos Portuários	1979	18/05/1990	-----
154	Fomento à Negociação Coletiva	1981	10/07/1992	-----
155	Segurança e Saúde dos Trabalhadores	1981	18/05/1992	-----
158	Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador	1982	05/01/1995	Denunciada em 20.11.1996
159	Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes	1983	18/05/1990	-----
160	Estatísticas do Trabalho (Revista)	1985	02/07/1990	-----
161	Serviços de Saúde do Trabalho	1985	18/05/1990	-----
162	Utilização do Amianto com Segurança	1986	18/05/1990	-----
163	Bem-Estar dos Trabalhadores Marítimos no Mar e no Porto	1987	04/03/1997	-----
164	Proteção à Saúde e Assistência Médica aos Trabalhadores Marítimos	1987	04/03/1997	-----
166	Repatriação de Trabalhadores Marítimos	1987	04/03/1997	-----
167	Convenção sobre a Segurança e Saúde na Construção	1988	19/05/2006	-----
168	Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego	1988	24/03/1993	-----

169	Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais	1989	25/07/2002	-----
170	Segurança no Trabalho com Produtos Químicos	1990	23/12/1996	-----
171	Trabalho Noturno	1990	18/12/2002	-----
174	Convenção sobre a Prevenção de Acidentes Industriais Maiores	1993	02/08/2001	-----
176	Convenção sobre Segurança e Saúde nas Minas	1995	18/05/2006	-----
178	Convenção Relativa à Inspeção das Condições de Vida e de Trabalho dos Trabalhadores Marítimos	1996	21/12/2007	-----
182	Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação	1999	02/02/2000	-----
185	Convenção sobre os Documentos de Identidade da gente do mar (Revista)	2003	21/01/2010	-----

Fonte: Site oficial da Organização Internacional do Trabalho no Brasil. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>