

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO PENA COSTA E COSTA

A teoria da dupla compatibilidade vertical material e o controle jurisdicional de convencionalidade na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Uberlândia

2020

RODRIGO PENA COSTA E COSTA

A teoria da dupla compatibilidade vertical material e o controle jurisdicional de convencionalidade na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito para obtenção do título de mestre em direito.

Área de concentração: Tutela Jurídica e Políticas Públicas

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Uberlândia

2020

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

C837
2020 Costa, Rodrigo Pena Costa e, 1992-
A teoria da dupla compatibilidade vertical material e
o controle jurisdicional de convencionalidade na
jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª
Região [recurso eletrônico] / Rodrigo Pena Costa e
Costa. - 2020.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
Uberlândia, Pós-graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2020.808>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Borges, Alexandre Walmott, 1971-,
(Orient.). II. Universidade Federal de Uberlândia. Pós-
graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
 Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 145, PPGDI				
Data:	Dezoito de dezembro de dois mil e vinte	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	16:00
Matrícula do Discente:	11812DIR015				
Nome do Discente:	Rodrigo Pena Costa e Costa				
Título do Trabalho:	A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL MATERIAL E O CONTROLE JURISDICCIONAL DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Efetividade e Devolução de Conceitos Sociais				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, conforme previsto na Portaria n°. 36 da CAPES, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: José Carlos Remotti Carbonell - Universidade Autônoma de Barcelona; Thiago Gonçalves Paluma Rocha - UFU; Alexandre Walmott Borges - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Alexandre Walmott Borges, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, os examinadores e o discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade e a gravação das suas imagens e vozes para fins de registro e arquivo junto à Secretaria do

Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelos examinadores e pelo discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Thiago Gonçalves Paluma Rocha, Professor(a) do Magistério Superior**, em 21/01/2021, às 23:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Walmott Borges, Membro de Comissão**, em 22/01/2021, às 13:13, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **RODRIGO PENA COSTA E COSTA, Usuário Externo**, em 27/01/2021, às 19:11, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Jose Carlos Remotti, Usuário Externo**, em 17/03/2021, às 06:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2518387** e o código CRC **91589EA6**.

RODRIGO PENA COSTA E COSTA

A teoria da dupla compatibilidade vertical material e o controle jurisdicional de convencionalidade na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito para obtenção do título de mestre em direito.

Área de concentração: Tutela Jurídica e Políticas Públicas

Uberlândia, 18 de dezembro de 2020.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges (PPGDI/UFU)

Prof. Dr. Thiago Gonçalves Paluma Rocha (PPGDI/UFU)

Prof. Dr. José Carlos Remotti Carbonell (UAB)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família que faz minha vida completa: meus pais e primeiros mestres, Marluce e Aprígio, que me ensinaram os caminhos da vida e que, mesmo com meu inveterado ceticismo, oram por mim todos os dias, mantendo a chama da minha fé acesa; Iasmin, minha companheira de todos os dias, horas, minutos e segundos, especialmente por ter me proporcionado a maior felicidade do mundo: ser pai do Túlio; meu filho, quem mais me ensinou na vida, mesmo com sua tenra idade; meus irmãos, Mariana e Vinícius, a quem amo e sinto falta do convívio diário de antigamente; e, por fim, minha sogra, Maria Aparecida, que, desde que conheci sua filha, nunca me desamparou.

Aos amigos que fiz durante a vida: Guilherme, José e Guilherme Gustavo que estão ao meu lado quem diria, há décadas; Guilherme e Vitor que até pouco tempo eram estranhos, mas que foram companheiros em uma jornada de amadurecimento e grandes desafios; Bruna, Mariana e Maria Autelina que me acompanharam esses últimos anos na difícil tarefa de inculcar, um pouco que seja, de respeito à legalidade e à moralidade em um cotidiano de agruras no qual o fisiologismo e o clientelismo, infelizmente, não são raros; Yuri, grande amigo que fiz durante esta jornada de volta à academia, e a quem, sem qualquer exagero, serei grato eternamente por me incentivar a finalizar o presente trabalho.

Agradeço, também, aos professores que tanto me ensinaram, em especial aos que mais me marcaram durante o curso de pós-graduação: Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, Professora Doutora Keila Pacheco Ferreira e Professor Doutor Alexandre Walmott Borges, meu orientador, pessoa de fácil convívio, acessível e, sobretudo, solícito em todos os momentos nos quais precisei de sua imprescindível ajuda para que o presente trabalho se concretizasse.

Por fim, em virtude dos atuais tempos sombrios, nos quais o sucateamento do ensino público e o ataque às universidades públicas são normalizados e, pior, incentivados, dedico este trabalho à Universidade Federal de Uberlândia (UFU), entidade a quem devo inestimáveis aprendizados.

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo contribuir com a pesquisa da teoria do duplo controle vertical material, segundo a qual o controle das normas de direito interno se desdobra em duas etapas de compatibilização, tendo como parâmetros nossa Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, como primeiro limite, e os tratados internacionais comuns, como segundo limite. Foi dada especial atenção ao controle jurisdicional de convencionalidade das leis, que assim como o controle de constitucionalidade pode se dar de modo difuso e concentrado, e buscou-se compreender como os órgãos do nosso Poder Judiciário, especialmente o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, lidam com o assunto. Fixadas as premissas teóricas acerca do assunto, aferimos, a partir de uma extensa pesquisa jurisprudencial, a importância de dois temas atinentes às matérias trabalhista e processual trabalhista: as alterações promovidas pela Lei nº. 13.467/2017 em contraposição ao direito ao acesso à Justiça e a (im)possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Palavras-chave: Teoria da dupla compatibilidade vertical material. Controle de convencionalidade. Controle jurisdicional de convencionalidade. Jurisprudência. Justiça do Trabalho. Acesso à justiça. (Im)possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

RESÚMEN

El presente trabajo busca contribuir con la investigación sobre la teoría del doble control vertical, según lo cual el control de las normas de derecho interno se desdobra en dos etapas de compatibilización, por lo cual tiene a nuestra Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos como primer límite; y a los tratados internacionales comunes como el segundo límite. Así dicho, ha sido dada especial atención al control jurisdiccional de convencionalidad de leyes, que, así como el control de constitucionalidad, puede darse de manera difusa y concentrada. Se ha buscado también comprender como los agentes de nuestro Poder Judicial, en especial el Tribunal Regional del Trabajo de la 3ª Región, manejan el tema. En vista de ello y fijadas las premisas teóricas acerca de esa temática, hemos podido inferir, después de larga investigación jurisprudencial, la importancia de dos temas relacionados a las materias de derecho laboral y procesal laboral: los cambios promovidos por la Ley n.º. 13.467/2017 en contraposición al derecho al acceso a la justicia y a la (im)posibilidad de acumulación de los adicionales de insalubridad y peligrosidad.

Palabras clave: Teoría de la doble compatibilidad vertical material. Control de convencionalidad. Control jurisdiccional de convencionalidad. Jurisprudencia. Justicia laboral. Acceso a la justicia. (Im)posibilidad de acumulación de adicionales de insalubridad y peligrosidad.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTATAIS MODERNOS E A GÊNESE DO DIREITO INTERNACIONAL.....	15
2.1	Do Absolutismo às Revoluções Liberais: a formação dos Estados Nacionais modernos 17	
2.2	O Estado Moderno e a soberania	20
2.3	As transformações do Estado Moderno e do Direito	23
2.3.1	O Estado de Direito, a supremacia da lei e o surgimento do constitucionalismo	24
2.3.2	A constitucionalização do Estado e do Direito	29
2.3.3	O internacionalismo e o Universalismo	34
3	A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL E O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE	39
3.1	Relações entre Direito Internacional e Direito Interno dos Estados	39
3.2	A teoria da dupla compatibilidade vertical e o controle jurisdicional de convencionalidade	51
3.3	Hierarquia das normas e o status normativo dos tratados internacionais: a crescente valorização das normas internacionais no Brasil e a difusão do controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito interno do Estado brasileiro	58
4	O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO	67
4.1	O controle jurisdicional de convencionalidade na jurisprudência brasileira	67
4.2	O controle de convencionalidade em matéria trabalhista e processual trabalhista e a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região quanto ao tema	71
4.2.1	Limites da pesquisa jurisprudencial: a abrangência territorial/espacial da jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; a Lei nº. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) como limite temporal; e a limitação do estudo aos temas relacionados ao amplo acesso à Justiça e a (im)possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade	75
4.2.2	Jurisprudência acerca do controle de convencionalidade em matéria trabalhista e processual trabalhista no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região	82
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
	REFERÊNCIAS	110
	ANEXOS.....	121

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo contribuir com a pesquisa da teoria do duplo controle vertical material, segundo a qual o controle das normas de direito interno se desdobra em duas etapas de compatibilização, tendo como parâmetros nossa Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, como primeiro limite, e os tratados internacionais comuns, como segundo limite¹. Será dada especial atenção ao controle jurisdicional de convencionalidade das leis, que assim como o controle de constitucionalidade pode se dar de modo difuso e concentrado, e buscar-se-á compreender como os órgãos do nosso Poder Judiciário, especialmente o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, lidam com o assunto.

Quem primeiro trouxe para o Brasil o debate da possibilidade do controle jurisdicional de convencionalidade das leis foi o Professor Valerio de Oliveira Mazzuoli ao defender sua tese de Doutorado em Direito Internacional da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) pouco antes do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº. 466.343/SP realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O referido autor possui entendimento similar ao esposado pelo Ministro Celso de Mello no que tange a hierarquia das normas internacionais incorporadas ao direito interno. Para ele, todos os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país possuem o mesmo nível das normas constitucionais. Os demais tratados que não versarem sobre direitos humanos teriam o *status* de supralegalidade.

Assim os tratados internacionais, sejam de direito humanos ou não, passam a ser, junto à Constituição, paradigma de controle vertical material de normas de direito interno.

Ademais, a partir do julgamento do paradigmático Caso Almonacid Arellano vs. Chile, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ficou assentada a obrigatoriedade de os magistrados agirem *ex officio*, no julgamento de qualquer caso concreto (controle difuso) ou em ações diretas (controle concentrado) perante o Poder Judiciário, a fim de declarar a invalidade de normas que contrariem não só a Constituição Federal, mas também os tratados internacionais.

¹ Adota-se aqui o entendimento do Professor Valerio Mazzuoli (2011, pp. 70-71), que se coaduna com a visão defendida pelo eminente Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP, no que se refere ao estatuto dos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico.

Outro importante referencial para o presente estudo serão as teses enfrentadas no RE nº. 466.343/SP, especialmente as similitudes e divergências entre as posições adotadas pelo Ministro Celso de Mello, a nosso ver mais avançadas no que se refere à proteção dos direitos fundamentais e humanos, e o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, por ora majoritária, que também refletiu um importante avanço, mas ainda insuficiente diante do que ainda pode ser feito rumo a concretização de valores tão caros à humanidade como os consagrados na Constituição e em tratados internacionais de direito humanos.

Apesar dos avanços recentes apontados, a tese do duplo controle vertical material, bem como a adoção do controle de convencionalidade por parte dos magistrados que compõem nosso Poder Judiciário, é certo que ainda não há uma unanimidade, tampouco uniformidade, quanto a sua adoção, tendo em vista que até mesmo o Pretório Excelso, órgão de cúpula da Justiça brasileira, por vezes, decide de forma contrária ou mesmo com indiferença em relação à matéria aqui discutida, como ocorreu, por exemplo, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153/DF.

A fim de melhor compreender o assunto, no primeiro capítulo, será feita uma contextualização histórica dos avanços e retrocessos no tortuoso caminho rumo a consolidação dos Estados modernos, bem como do surgimento de uma comunidade internacional, em que esses mesmos Estados relacionam-se entre si. Assim, daremos ênfase à construção do conceito de soberania e sua importância para gênese dos Estados e posterior consolidação dos ordenamentos jurídicos nacionais. Ato contínuo, veremos a origem, crescimento e consolidação das relações entre os diversos sujeitos internacionais, o que fez com que houvesse a necessidade de aprimoramento das normas de direito internacional, bem como do estabelecimento de diretrizes que as valorizassem.

No segundo capítulo, a teoria da dupla compatibilidade vertical terá destaque, estudando-se suas vicissitudes. Partindo-se das discussões em torno das diferentes visões acerca das relações entre o direito internacional e o direito interno dos Estados, abordaremos as peculiaridades de tal teoria, o que pressupõe o entendimento das diversas posições em torno da hierarquia das normas. A partir daí, buscar-se-á analisar a pertinência e o cabimento do duplo controle vertical material das normas, realizado no âmbito interno dos países, frente às premissas constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Ademais buscar-se-á identificar os efeitos concretos decorrentes desse controle, especialmente no que tange ao controle jurisdicional de convencionalidade, investigando as origens e o desenvolvimento do

controle de convencionalidade no mundo e no Brasil, especialmente no que tange a sua aplicação pelos tribunais.

Após compreendermos o tema referente à hierarquia das normas de direito internacional e suas aplicabilidades e compatibilidades com o direito interno, bem como as consequências da entrada em vigor dos tratados internacionais em nosso país, partiremos, no terceiro e último capítulo, para uma análise em torno do comportamento da Justiça Especializada Trabalhista no que tange ao tema exposto alhures, especialmente a partir do exame e confronto de decisões proferidas por magistrados que compõem o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e nas quais houve o efetivo exercício do controle jurisdicional de convencionalidade nos julgamentos de casos concretos.

O estudo utilizará o referencial da pesquisa bibliográfica, entendida como o ato de buscar informações sobre determinado assunto, por meio de um levantamento de dados nacionais e estrangeiros, tendo por objetivo a busca de informações que esclarecem qual o caminho percorrido e o estado atual das discussões acerca do assunto, auxiliando, também, na compreensão dos consensos e das divergências em torno do tema.

Para isso será feita uma extensa revisão bibliográfica nas áreas de Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito Constitucional. Também serão feitas pesquisas em fontes de outras áreas do Direito que possam auxiliar para uma compreensão holística do assunto, tais como Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica, História do Direito, dentre outros.

Serão analisadas também uma vasta quantidade de decisões judiciais dos principais órgãos do nosso Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, Tribunais Regionais Federais, *etc*) e, eventualmente, serão analisadas decisões de juízos de primeira instância. Também será analisada a jurisprudência de tribunais e organismos internacionais de direitos humanos, especialmente da Corte Interamericana de Direito Humanos.

Além de pesquisa bibliográfica e de materiais afins em bibliotecas e livrarias, buscar-se-á a pesquisa junto a órgãos e entidades de incentivo aos estudos dos temas abordados no presente estudo como universidades, centros de pesquisa, *etc*, com a indispensável ajuda da rede mundial de computadores que nos permite o acesso a materiais de cunho científico produzido no mundo todo.

Mediante o método hipotético-dedutivo, pretende-se em um primeiro momento formular-se hipóteses, submetendo-as a testes de validade e críticas, confrontando-se ainda teorias e fatos, para a verificação das hipóteses idôneas, evidenciando-se um método crítico de construção das bases e convicções acerca da teoria do duplo limite vertical e do controle jurisdicional de convencionalidade. Num segundo momento, pretende-se, a partir do método indutivo, com a análise de decisões judiciais de nosso Poder Judiciário, especialmente proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, formularem-se críticas e propor eventuais soluções e adequações para uma maior aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade que, a nosso ver, trará maior efetividade aos direitos fundamentais e humanos.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTATAIS MODERNOS E A GÊNESE DO DIREITO INTERNACIONAL

Para uma melhor compreensão do objeto da presente pesquisa, é essencial que se conheça os antecedentes históricos que culminaram no aparecimento das ordens jurídicas estatais e internacionais como conhecemos hoje e como se dá a inter-relação entre tais sistemas.

Contudo, não se pode cair nas armadilhas de uma análise acrítica e permeada de anacronismos, na qual o percurso histórico seria uma sucessão de fatos e eventos contínuos e sucessivos rumo a construção e aperfeiçoamento de modelos ideais.

Ana Lúcia Sabadell (2003, p. 02) nos apresenta justamente uma crítica a esta visão continuísta² e evolucionista³ presente nos estudos de história do direito em que, não raras vezes, diversos autores⁴ apresentam em livros, teses e dissertações, longas digressões históricas que remetem a experiências e textos legislativos de tempos remotos pertencentes a povos da Antiguidade (Mesopotâmia, Grécia, povos hebreus e Roma), passando pela Idade Média, até chegar à Modernidade e ao mundo contemporâneo⁵.

² Segundo a autora (SABADELL, 2003, pp. 02-03): “A base desse raciocínio é a idéia da continuidade (*Kontinuitätsdenken*) do fenômeno jurídico, concepção que podemos também denominar de universalismo e se resume no brocardo *ubi societas ibi ius*. [...] Lendo recentes trabalhos dedicados, por exemplo, ao conceito de nacionalidade encontramos a afirmação que existiu nas mais várias épocas históricas um conceito denominado ‘nacionalidade’, que indica um vínculo particular entre determinado Estado e indivíduo, sendo, analisados, em seguida, os modos de aquisição da nacionalidade e os direitos que decorrem dessa através dos séculos. [...] Tal concepção é totalmente equivocada, pois não examina se existiu um ‘Estado’ e períodos anteriores à Idade Moderna, nem leva em consideração o fato elementar de que o relacionamento de uma pessoa que nasceu em Roma no século II d. C, com as estruturas de poder político daquele período não mantém a mais remota semelhança com o relacionamento que estabelece com o Estado italiano uma pessoa que nasceu na mesma cidade no século XX de pais italianos.”. Por fim, em nota de rodapé a autora ainda acrescenta inúmeros exemplos que se multiplicam na ciência jurídica: “Os exemplos podem ser multiplicados: o conceito de Constituição teria sua origem na prática e na filosofia ateniense; o direito internacional em costumes e instituições gregas e romanas, o direito comercial em regulamentos dos Fenícios *etc.*”.

³ “O segundo problema metodológico das referências na história do direito relaciona-se com a visão evolucionista. Os autores que adotam a idéia da continuidade também identificam na história do direito em constante evolução no sentido do aperfeiçoamento dos regulamentos e procedimentos jurídicos. O progresso da civilização situaria o direito contemporâneo em uma posição privilegiada em comparação com o direito de outras épocas [...]” (SABADELL, 2003, p. 03)

⁴ Dos clássicos aos manuais jurídicos, é comum, nos mais diversos ramos do direito, capítulos introdutórios com retrospectivas históricas que, como dito, não raras vezes carregam esta visão continuísta e evolucionista.

⁵ Frequentemente, tal linearidade justifica-se pela busca, explícita ou implícita, de legitimar o direito moderno e suas práticas por meio de supostos modelos ideais. Neste sentido: “O continuísmo e o evolucionismo constituem o troféu de legitimidade dado às escolhas do presente: não só o direito é apresentado como necessário para todas as sociedades e o operador do direito como pessoa que desempenha uma imprescindível função de ‘utilidade pública’, mas também se afirma que vivemos no melhor sistema jurídico que existiu na história da humanidade. A finalidade é a de legitimar o Estado moderno e seu direito, apresentando-os como neutros, racionais e

Diante disso, a moderna historiografia do direito aponta para uma metodologia que questiona e desconstrói os fundamentos conceituais do direito e sua tradicional abordagem continuísta e evolucionista, adotando, com isso, uma perspectiva mais adequada que parte do pressuposto que não haveria um sistema jurídico similar ao que encontramos atualmente nas sociedades ocidentais antes do advento do constitucionalismo e das transformações ocorridas a partir do novo modelo econômico capitalista (SABADELL, 2003, p. 06).

Destarte, para a autora, a começar deste marco e das novas dinâmicas e arranjos sociais é que seria adequado afirmar a existência de um Estado e sistemas jurídicos próprios das sociedades modernas, surgindo novas relações entre indivíduos, entre indivíduos e o Estado e, por fim, entre os diversos Estados em um contexto mais amplo.

Entretanto, é óbvio que, ao longo da história, existiram modelos, práticas, costumes e relações de poder que mostram inegáveis semelhanças com o que vivemos atualmente. Não há como ignorá-los e nas próximas páginas deste trabalho faremos, eventualmente, referências a tais institutos e momentos históricos, mas sempre nos atentando para as observações expostas alhures.

Citamos como exemplos as relações entre indivíduos e o poder político na Antiguidade, tendo como exemplos a *polis* grega e a *civitas* romana, passando pelas complexo e descentralizado sistema de poder feudal. Também observamos o uso do termo “direito” em diversas épocas o que nos remete a tribunais, normas que regiam as relações da época, desde o famigerado Código de Hamurabi, passando pelas Leis das Doze Tábuas até a Carta Magna de 1215.

Contudo, cada um destes institutos deve ser compreendido e devidamente contextualizado na época em que existiram, atribuindo-lhes os significados e funções próprios daquele tempo, sem, contudo, ignorarmos suas influências no mundo contemporâneo.

Novamente nos valem das palavras de Ana Lúcia Sabadell (2003, pp. 09-10), para adotarmos a proposição de restringir a definição de direito ao direito contemporâneo das sociedades capitalistas com a devida cautela de “[...] cada vez que encontrarmos em épocas anteriores normas jurídicas, tratados doutrinários ou decisões de tribunais que apresentam semelhanças de conteúdo com o nosso direito não devemos nos apressar em declarar a existência de uma continuidade.”.

culturalmente superiores a qualquer outra experiência histórica e social de solução de conflitos.” (SABADELL, 2003, p. 05).

Por isso, como veremos nas páginas seguintes, o caminho percorrido ao longo dos séculos nem sempre foi linear, sendo a história feita de avanços e retrocessos, a depender também do ponto de vista.

2.1 Do Absolutismo às Revoluções Liberais: a formação dos Estados Nacionais modernos

A respeito do surgimento dos Estados, não há consenso em relação ao momento e em que circunstâncias teriam surgida esta figura. Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 60) sintetiza em três posições básicas as inúmeras proposições teóricas que tentam explicar o surgimento do Estado, *in verbis*:

[...] a) Para muitos autores, o Estado, assim como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. [...] b) Uma segunda ordem de autores admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período. Depois, por motivos diversos, que serão indicados quando tratarmos das causas que levaram à formação do Estado, este foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais.

Ainda, a terceira posição é resumida da seguinte maneira e tem como expoente, conforme aponta o autor, o jurista alemão Carl Schmidt:

c) A terceira posição é a que já foi referida: a dos autores que só admitem como Estado a sociedade Política dotada de certas características muito bem definidas. Justificando seu ponto de vista, um dos adeptos dessa tese, Karl Schmidt, diz que o conceito de Estado não é um conceito geral e válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a ideia e a prática da soberania, o que só ocorreu no século XVII (DALLARI, 2012, p. 60).

Apesar das divergências em relação ao surgimento e aos elementos constitutivos da figura estatal, em relação aos Estados Nacionais Modernos, convencionou-se que o embrião de seu surgimento foi a chamada Paz de Vestfália⁶, momento a partir do qual as sociedades ocidentais passaram a se organizar aspirando à antiga unidade do Estado Romano, jamais

⁶ “Nome dado a dois acordos assinados em 1648, que encerraram a guerra de 80 anos entre a Espanha e os Países Baixos e a fase alemã da guerra dos trinta anos. O primeiro foi concluído entre o Sacro Império Romano-Germânico e a França, em Münster. O segundo, entre a Suécia e os estados alemães protestantes, em Osnabrück. Também conhecido como Tratado de Vestfália, marcou o nascimento dos estados modernos.” (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1997, v. 14, pp. 181-182)

alcançada pelo Estado Medieval que possuía uma estrutura econômica e social marcada pela descentralização do poder (DALLARI, 2012, pp. 77-78)⁷.

Para Luís Roberto Barroso (2016, p. 31), os Estados Nacionais modernos superaram não só a descentralização e os reduzidos poderes nos inúmeros feudos, como também suplantou os modelos de poder demasiadamente amplos e difusos do papado e dos impérios⁸ que sucederam o Império Romano (Império Bizantino, Império Romano-Germânico, entre outros).

Se antes o poder era ora descentralizado e dividido entre os diversos feudos ora muito amplo, porém, difuso como o exercido pelo papado e os impérios, doravante, a partir das mudanças sociais e econômicas ocorridas neste período, o monopólio da força, tanto de fato quanto de direito, passaria para as mãos de soberanos (monarcas e príncipes) que seriam, literalmente, a encarnação do Estado⁹ que passaria a ter limites territoriais bem definidos e um povo com cultura e hábitos relativamente homogêneos. Tal período ficaria conhecido como Absolutismo¹⁰ e daria (re)início¹¹ ao protagonismo e preponderância dos papéis do Estado na sociedade.

Filósofos como Jean Bodin¹², ao construírem seus conceitos de Estado e soberania dariam o suporte intelectual e teórico ao Absolutismo. Conforme aponta Norberto Bobbio

⁷ “Com efeito, o sistema feudal, compreendendo uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, construída de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número de proprietários, tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram o domínio de áreas menores. Os senhores feudais, por seu lado, já não toleravam as exigências de monarcas aventureiros e de circunstância, que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causavam prejuízo à vida econômica e social.” (DALLARI, 2012, p. 78)

⁸ “Era natural, pois, uma reação, um movimento de defesa, inspirado pelo desejo de reafirmar a independência do Estado contra as intromissões da Igreja, tanto mais que ainda era muito viva a tradição do Estado romano, formalmente ainda existente no Império, Roma representava (na mentalidade medieval) o Estado universal, o Estado por excelência. Tinha-se assim como que dois pontos cardiais sobre os quais se assentava a vida política da Idade Média: o Papado e o Império.” (DEL VECCHIO, 1979, p. 78)

⁹ A famigerada frase atribuída ao monarca francês Luís XIV (1638 – 1715) ““O Estado sou eu” (no original “*L’État c’est moi*”) bem sintetiza os ideais absolutistas. A infalibilidade do soberano também é sintetizada na expressão inglesa “*The king can do no wrong*” ou, traduzindo, “O rei não poder errar”.

¹⁰ Fruto de um processo histórico que teve seu auge entre o fim da Idade Média (476 – 1453 d.C.) e o início da Idade Moderna (1453 – 1789 d.C.), os soberanos concentravam em suas mãos todo o poder estatal. (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1997, v. 1, pp. 24-45)

¹¹ Sobre o surgimento do Estado e o constitucionalismo, José Afonso da Silva (2014, p. 50) faz interessante observação acerca dos caminhos tortuosos da História: “O Estado é um objeto de cultura porque é uma criação do espírito humano. Vale dizer, portanto, que é um objeto que só apareceu com a evolução da Humanidade. Antes de seu aparecimento não havia como falar em constituição estatal – chamemo-la assim –, ou seja, a constituição como modo de ser do Estado. Por isso, é um tipo de constituição que sofre as vicissitudes de seu objeto; apareceu quando este apareceu; desapareceu quando as cidades-estados da Grécia foram dissolvidas pela conquista de Felipe; desapareceu, também, quando ele se fragmentou na Idade Média; reapareceu, posteriormente, coma forma do Estado Nacional.”.

¹² “A obra política mais importante do período de formação dos grandes Estados territoriais é *De la Republique*, de Jean Bodin (1530-1596). Publicada em 1576, em francês (uma edição latina sairá dez anos mais tarde), o livro

(1997, p. 95), Bodin passou para a história do pensamento político como o teórico da soberania, embora o conceito de soberania como caracterização da natureza do Estado não tenha sido inventado por ele. Bodin considerava que na escalada dos poderes de qualquer sociedade organizada, todo o poder inferior encontra-se subordinado a um poder superior, até se chegar ao ápice da hierarquia de poderes em que um poder não tem sobre si nenhum outro. A esse poder supremo e soberano, chamou-se de *summa potestas*. Ainda, para o filósofo francês, a soberania possuiria dois atributos: o caráter absoluto e a perpetuidade (BOBBIO, 1997, p. 96).

O caráter absoluto, para Bodin, resume-se no brocardo *princeps ab legibus solutus*, ou seja, o soberano não precisaria obedecer às leis positivas, promulgados por ele ou por seus antecessores. Contudo, tal caráter absoluto não pode ser confundido com o poder ilimitado, pois o soberano estaria subordinado às leis naturais e divinas, diante da inafastável *summa potestas* de Deus (BOBBIO, 1997, p. 96).

Apesar do poder absoluto do soberano encontrar limites nas leis naturais e divinas¹³, é justamente este poder divino que legitimaria o poder secular¹⁴, o que, na prática, garantiria aos soberanos agirem de maneira despótica.

Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 26) sintetizam bem esta conexão íntima entre o poder divino e o secular, ao apontarem a estreita relação entre o Estado Absolutista e a Igreja, *in verbis*:

No Estado absoluto monárquico cabia ao rei fazer e executar as leis (*rex facit legem*). Exercia seu mister em nome de Deus (d'Ele era seu representante na Terra). Estado e Igreja achavam-se unidos, daí a confusão que se fazia entre crime e pecado (Igreja e Estado, entre direito e religião). Cuidava-se do exercício de um poder teocêntrico (poder centrado em Deus) e sem qualquer limite.

é sem exagero, a obra de teoria política mais ampla e sistemática desde a *Politica* de Aristóteles.” (BOBBIO, 1997, p. 95)

¹³ Embora tenha sido nesta época que se deu início da decadência da chamada filosofia escolástica, pensamento teológico e filosófico cujos maiores expoentes foram São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, suas proposições e dogmatismo ainda eram bastante arraigados na sociedade europeia em transição do feudalismo para a nova era do capitalismo. Segundo Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 307), a filosofia escolástica baseava-se na crença em leis divinas, a partir das quais deveriam ser forjadas a lei humana. Seguindo esta concepção, “[...] tal lei não possuiria nenhuma espécie de erro ou falha, em função de sua natureza transcendente, dessa forma, além de perfeita, seria imutável.” (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 307).

¹⁴ “O Absolutismo representa uma solução político-jurídica original lastreada em uma longa trajetória de apoio filosófico. A noção de que o poder humano é derivado do poder divino volta à carga. Tal teoria, na Idade Média, serviu como respaldo ao poder do senhor feudal. Agora, servirá ao poder dos reis. Ao contrário dos renascentistas, para quem a preocupação era com a explicação humana e social do poder, o Absolutismo parte de uma teoria da legitimação do poder real por meio teológico. O monarca, por essa teoria, tem dois corpos, um secular, humano, e outro teológico, divino.” (MASCARO, 2016, p.127)

E é nesse contexto que o indivíduo estaria completamente dominado pelo Estado monárquico e absoluto que, de maneira implacável, subjugava os súditos por meio de um poder tirânico e extremamente punitivo, no qual a regra eram punições corporais e a pena capital¹⁵.

Frente aos desmandos e autoritarismo do Absolutismo, nos anos seguintes, as revoluções liberais entre os séculos XVII e XVIII dariam novos contornos a este protagonismo estatal, criando-se um ambiente revolucionário que abalaria as estruturas do sistema político-econômico hegemônico até então. O Liberalismo, conforme aponta Antônio Carlos Wolkmer (2003, p. 121), surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída por valores, crenças e interesses da burguesia em ascensão que, invocando o lema “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”, suplantariam os antigos alicerces do Absolutismo e inaugurariam uma nova era.

O novo sistema econômico capitalista¹⁶ traça novos rumos nos quais as liberdades burguesas e a luta contra os privilégios absolutistas darão origem aos movimentos iluministas que propagam e ressaltam os direitos individuais que servirão como limites dos Estados e de seus poderes (MASCARO, 2016, p. 126).

2.2 O Estado Moderno e a soberania

¹⁵ É celebre a descrição de um suplício transcrita nas páginas iniciais da obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault (2007, p. 07), *in verbis*: “Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.” Ainda, para o Foucault (2007, p. 42), a crueldade das penas nada mais era do que um ritual político que expressava o poder inquestionável do monarca. Em suas palavras: “O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma função invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força.”

¹⁶ Sobre a estreita relação entre o emergente modo de produção capitalista e o Estado, Alysson Leandro Mascaro (2016, p.125) assevera: “O capitalismo surgido que foi numa base mercantil, faz do comércio sua primeira razão fundamental. Os Estados, rompendo com o segregacionismo dos feudos, unificam territórios e possibilitam com isso maior envergadura comercial. A própria associação dos Estados às burguesias – o mercantilismo, por exemplo – dá mostras da umbilical relação entre o Estado e o capitalismo.”

Embora a ideologia liberal tenha surgido a fim de superar as antigas estruturas de poder do Absolutismo, é bem verdade que o poder absoluto e centralizador dos soberanos que reinaram entre os séculos XIV e XVIII serviram para criar e consolidar os estados nacionais em torno de territórios unificados que anteriormente, durante a Idade Média, eram marcados pela descentralização e autonomia entre os diversos burgos (MASCARO, 2016, p. 126).

Neste mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2012, p. 31) afirma que, embora tenha nascido absolutista, por circunstância e necessidade, com seus soberanos ungidos por Deus, o poder secular liberta-se paulatinamente do poder religioso¹⁷. Ainda, o autor acrescenta que, especialmente neste período, o conceito em voga é o de soberania, tendo como precursores Jean Bodin, como explanado alhures que a concebe como absoluta, indivisível e permanente, e o inglês Thomas Hobbes¹⁸, com sua obra *Leviathan: or Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil* (*Leviathan*, ou a matéria, a forma e o poder de um estado eclesiástico e civil), que igualmente defende a soberania absoluta em torno do soberano, mas não mais tendo como fonte o direito divino e sim a manutenção do contrato social.

Somente a partir da concepção de soberania, atributo essencial do poder político estatal, surgiriam “[...] as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à

¹⁷ É bem verdade que, mesmo após séculos de mudanças e inovações nos campos científico, filosófico e nas diversas áreas do conhecimento humano, o obscurantismo e a busca por legitimar o poder por meios transcendentais com a evocação de Deus ou outras entidades, permanece presente em nossos tempos. Especialmente em governos conservadores nos quais a religião possui um papel de destaque nos discursos ideológicos, isso fica ainda mais evidente. A onda conservadora que tomou conta do Brasil após anos de governos de centro-esquerda é um exemplo disso, no qual o atual presidente Jair Messias Bolsonaro frequentemente recorre a tais métodos, especialmente ao se aliar a lideranças religiosas. A fé e o poder sempre tiveram uma relação próxima ao longo da História. Recentemente, Patrícia Abravanel, herdeira de Silvio Santos, um dos maiores magnatas da comunicação e dono de uma rede de televisão, ao manifestar apoio ao presidente Jair Bolsonaro, proferiu declaração curiosa: “Ele é nosso presidente no poder. Toda autoridade é colocada ali por Deus. E a gente, como brasileiro, tem que torcer para que ele dê certo. Nós como brasileiros temos que orar pra que ele tome boas decisões e seja brilhante nesse governo atual. O primeiro gol foi agora. A Providência foi liberada. Eu sei que não é algo tão popular, mas pro Brasil vai ser bom e a gente depois vai ser grato.”. Declaração reproduzida, por exemplo, no sítio eletrônico da Revista Veja/SP. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/toda-autoridade-e-colocada-por-deus-diz-patricia-abravanel/>>. Acesso em 03 de jan. de 2019.

¹⁸ “A filosofia de Hobbes, especialmente sua teoria a respeito da origem contratual do estado, exerceu profunda influência no pensamento de Rousseau, Kant e dos enciclopedistas. Contribuiu assim para preparar, no plano ideológico, o advento da revolução francesa. [...] Em 1651 saiu a principal obra de Hobbes, *Leviathan; or Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil* (*Leviathan*, ou a matéria, a forma e o poder de um estado eclesiástico e civil), em que expõe sua filosofia política. Segundo o filósofo, a primeira lei natural do homem é a da autopreservação, que o induz a impor-se sobre os demais; por isso, a vida seria uma ‘guerra de todos contra todos’ (*bellum omnium contra omnes*), na qual ‘o homem é o lobo do homem’ (*homo homini lupus*). Para construir uma sociedade, o homem tem que renunciar a parte de seus direitos e estabelecer um ‘contrato social’, garantido pela soberania. Esta, para ser efetiva, tem que recair sobre uma só pessoa, donde a conveniência da monarquia absoluta. Contudo, é importante notar que, ao contrário dos autores que o precederam, para Hobbes a fonte do poder monárquico não residia no direito divino, mas na manutenção do contrato social.” (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1997, v. 7, pp. 431-432)

afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional.” (BARROSO, 2012, p. 31).

Após a consolidação da soberania dos Estados e a estabilização das fronteiras de seus territórios, a necessidade da nova classe emergente por maior liberdade levou-a uma luta contra os privilégios da nobreza e, sobretudo, dos monarcas.

A mudança de eixo de poder vem com uma configuração social marcada por novas classes, relações econômicas, relações de poder e ordens jurídicas,

Se antes para Bodin e Hobbes a soberania girava em torno dos reis, com os escritos de John Locke (1632-1704)¹⁹ e os acontecimentos da Revolução Inglesa, ela transfere-se para o Parlamento e, posteriormente, sob a influência de Jean-Jacques Rousseau^{20 21} e os eventos revolucionários nos Estados Unidos e França, sua titularidade passará para o povo (mesmo

¹⁹ “Conhecido sobretudo como sistematizador do empirismo, doutrina filosófica que enfatiza a primazia da experiência no conhecimento, Locke foi também eminente teórico político e social, que inspirou os iluministas do século XVIII. [...] A liberdade era também, no pensamento de Locke, a essência da soberania política, delegada por todos os cidadãos ao Parlamento. Essas idéias, expressas em *Two Treatises of Government* (1690; Dois tratados sobre o governo), foram aplicadas aos problemas educacionais em *Some Thoughts Concerning Education* (1693; Pensamentos sobre a educação). John Locke morreu em *Oates, Essex*, em 28 de outubro de 1704. Suas teses empiristas foram radicalizadas por David Hume e, juntamente com seu liberalismo, exerceram influência duradoura no pensamento ocidental.” (ENCICLOPÉDIA BARSA, 1997, v. 9, pp. 93-94)

²⁰ “Filósofo e escritor francês nascido na Suíça. Sua apologia da justiça e dos instintos repercutiram na revolução francesa e na literatura do romantismo. [...] Suas obras mais discutidas surgiram no ano seguinte: *Du contrat social* (1762; Do contrato social) e *Émile*: ou, *De l'éducation* (1762; Émile: ou Da educação). A primeira é a utopia política, que propõe um estado ideal, resultante de consenso e que garanta os direitos de todos os cidadãos. Já *Émile* é a utopia pedagógica, na qual, em forma romanescas, Rousseau imagina a educação de um jovem. Para ele o ensino deve visar mais a capacidade de discernir do que o acúmulo de conhecimentos, e deve fundar-se na experiência em decorrência de um processo espontâneo e em contato com a natureza, e não na racionalização.” (ENCICLOPÉDIA BARSA, 1997, v.12, pp. 486-487)

²¹ É bem verdade que o povo como titular da soberania nunca foi unanimidade entre os revolucionários. Um exemplo disso foi Emmanuel Joseph Sieyès, contemporâneo aos acontecimentos revolucionários na França e personagem importante para os desdobramentos posteriores, participando da reforma administrativa na França após a Revolução de 1789 e, por fim, do golpe que elevou ao poder Napoleão Bonaparte em 1799 (ENCICLOPÉDIA BARSA, 1997, v. II (Micropédia e índice), p. 388). Foi autor do célebre *Que'est-ce que le Ties État?* em que identificou as reivindicações do Terceiro Estado (composto por quem não fizesse parte da nobreza ou do clero, o que faz com que a burguesia esteja aí incluída). O autor identifica o Terceiro Estado com a nação e formula as bases teóricas do poder constituinte, identificando-o como a vontade da nação. Sieyès afasta-se, portanto, dos ideais rousseauianos de vontade geral e participação direta dos indivíduos para formular o conceito de representação política. A soberania popular idealizada por Rousseau é substituída pela soberania nacional (BARROSO, 2012, pp. 129-130). A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 assevera que “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação.”. Ainda sobre o assunto: “Mas no geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários. Entretanto, oficialmente esse regime expressaria não apenas seus interesses de classe, mas também a vontade geral do ‘povo’, que era por sua vez (uma significativa identificação) ‘a nação francesa’. O rei não era mais Luís, pela Graça de Deus, Rei da França e Navarra, mas Luís pela Graça de Deus e do direito constitucional do Estado, Rei dos franceses. ‘A fonte de toda a soberania’, dizia a Declaração, ‘reside essencialmente na nação’. E a nação, conforme disse o Abade Sieyès, não reconhecia na terra qualquer direito acima do seu próprio e não aceitava qualquer lei ou autoridade que não a sua – nem a da humanidade como um todo, nem a de outras nações.” (HOBSBAWM. 2016, p. 107).

que em um primeiro momento essa atribuição do poder ao povo não tenha passado de uma abstração (BARROSO, 2012, pp.31-32).

2.3 As transformações do Estado Moderno e do Direito

As mudanças que levaram à superação do Absolutismo impactaram as relações sociais como um todo, abrangendo as relações econômicas, as relações sociais e, sobretudo as relações de poder. A nova configuração social e os novos alicerces do Estado Moderno afetaram, especialmente, as concepções de justiça, de direito e os ordenamentos jurídicos estatais.

No século XVII ainda predominava o Estado Absolutista ou o Estado sob o regime da força (*Machstaat*) que foi sendo suavizado, mas sem perder seu autoritarismo, até chegar ao Estado de Polícia (*Polizeistaat*) caracterizado pelo despotismo ilustrado²². Como dito alhures nos tópicos anteriores, não havia limitação do poder do soberano, que só encontrava limites em leis divinas transcendentais. A ordem jurídica secular não o alcançava e, sobretudo, não o limitava.

Segundo Marcelo Neves (2018, p. 18), com o Absolutismo passa-se de uma ausência de diferenciação de poder e direito, fundada no sagrado e no místico, para uma subordinação instrumental do direito à política. E o autor continua:

Nesse contexto, remanesce a estrutura hierárquica da ordem tradicional, na relação entre soberano e súditos. Em termos típico-ideais, o primeiro era detentor de poderes, prerrogativas e privilégios na relação com os segundos, sem que lhe fossem imputados deveres e responsabilidades juridicamente exigíveis por estes. Portanto, faltavam aos súditos direito perante o soberano, restando-lhes apenas deveres e responsabilidades para com este. É claro que o período absolutista já implica uma

²² Também referenciado como despotismo esclarecido foi uma tentativa das monarquias decadentes em fins do século XVIII de se adaptarem às novas ideias iluministas, sem, contudo, abrir mão de seus poderes e privilégios: “A influência do Iluminismo sobre os monarcas e políticos europeus originou um novo modo de governar que ficou conhecido como despotismo esclarecido. A essência de seus princípios pode ser condensada na frase: ‘Tudo pelo povo, mas sem o povo.’ Despotismo esclarecido foi a forma que assumiu a monarquia absolutista na Europa, na segunda metade do século XVIII, como meio de adaptar-se às novas realidades econômicas e sociais. Seus princípios inspiraram-se nas idéias chamadas iluministas de pensadores como Montesquieu, Voltaire e Rousseau, que desenvolveram uma nova concepção de estado, desligado do poder divino, cuja função seria promover o bem-estar dos cidadãos. Ao mesmo tempo em que se tornou a cartilha ideológica burguesa da época, o Iluminismo também foi utilizado por monarcas absolutos como forma de consolidarem o próprio poder. A modernização do estado, a abolição de privilégios feudais, a liberdade de manifestação política e religiosa, o estado de direito e a educação pública foram algumas das novidades implantadas pelos déspotas esclarecidos. Com exceção da Inglaterra e dos Países Baixos, todas as monarquias européias da época, em maior ou menor escala, aderiram a alguns princípios iluministas. O rei concentrava todos os poderes, delegando-os por vezes a ministros que ele mesmo controlava. Esses ministros eram pessoas de formação científica e humanística nas quais o monarca confiava para conduzir o reino ao progresso político, econômico e social proposto pela filosofia iluminista.” (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1997, v. 1, pp. 24-25).

relevante juridificação (por normas positivas, a saber, postas e alteráveis por decisão) das relações horizontais entre os privados. Essa primeira “fornada de juridificação” não importava, porém, direitos subjetivos públicos acionáveis contra o soberano (NEVES, p. 18).

A partir da superação do Absolutismo emergiria o que Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 21) denominaram como as quatro ondas evolutivas²³ pelas quais passaram o Estado, o Direito e a Justiça: o legalismo, o constitucionalismo²⁴, o internacionalismo e o universalismo.

Para os autores, a primeira onda surgiu imediatamente após a desconstrução do Estado Absolutista, surgindo a partir daí o Estado de Direito legal ou legalista que perdurou por quase cento e cinquenta anos e passou por diversas fases (Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito, entre outros) (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 22).

Conforme serão vistos nos tópicos subsequentes, as demais ondas evolutivas viriam somente após a Segunda Guerra Mundial com os avanços do constitucionalismo e o surgimento do Estado de Direito constitucional, o internacionalismo e o Estado de Direito internacional e, por fim, o universalismo com o Direito e a Justiça universal ou global.

2.3.1 O Estado de Direito, a supremacia da lei e o surgimento do constitucionalismo

Embora, fortemente associado à experiência histórica inglesa e às revoluções liberais francesa e estadunidense, o constitucionalismo tem suas raízes e inspiração na *polis* grega²⁵ e a *civitas* romana²⁶, onde se deram as primeiras manifestações relevantes de limitação do poder e da participação efetiva dos cidadãos na vida social, econômica e política da coletividade²⁷.

²³ Na verdade, os autores elencam cinco ondas das quais a primeira seria a “onda zero” que compreenderia o período do Absolutismo e sua desconstrução.

²⁴ Nesta fase, os autores apontam as mudanças ocorridas após os conflitos bélicos mundiais. O constitucionalismo, na verdade, tem suas origens bem antes disso, como se verá no tópico a seguir. Remonta exatamente às revoluções liberais que colocaram fim ao Absolutismo com a promulgação de diversas Constituições que inauguraram novas configurações político-jurídicas nos Estados.

²⁵ “*Politeia* é o termo grego que tem alguma coisa a ver com a palavra *constituição*, como modo de ser de um objeto. Refere-se ao modo de ser da *polis*, palavra que se tem traduzido por *cidade-estado* (e até por *Estado*), concebida como uma comunidade, uma coletividade, de modo a garantir a participação de seus membros na vida social, em todas as suas manifestações (políticas, militares, religiosas etc). A *polis*, como tipo de Estado (cidade-estado), tal como qualquer objeto, se revela por sua *constituição*, a *politeia*.” (SILVA, 2014, p. 52)

²⁶ “Em Roma o termo correspondente à *polis* grega é *civitas*, também concebida como comunidade de cidadãos, diferente de *urbs*, que designava a cidade em sentido concreto e urbanístico. Ressaltam-se diferenças entre *polis*

Ressalvados os apontamentos feitos no início do capítulo, sob pena de se cair em uma análise anacrônica, este marco histórico também é apontado por Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2018, p.47):

[...] foi no período medieval, por meio da afirmação dos costumes e tradições (portanto, pelo direito costumeiro), que foram estabelecidas regras gerais de organização política, já a partir do século V. O próprio termo constituição (que já aparecia na obra de Aristóteles) era relacionado, na época, a uma noção empírica, não normativa, que resultou da simples transposição da descrição natural do processo de dominação de territórios e de seus habitantes e do desenvolvimento histórico das relações de poder para a linguagem jurídica e política, onde passou a constituir um conceito normativo de dever ser.

E os autores continuam:

Ademais, a utilização dos termos constituição nos escritos políticos da Antiguidade e mesmo na fase seguinte, do Medieval, costumava – em muitos casos – designar um modo de organização político ideal da sociedade como dão conta as obras do próprio Aristóteles (ao identificar e propor uma tipologia das formas de governo), mas especialmente a ficção da República, de Platão, a Cidade de Deus, de Agostinho, entre outras (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 47).

Mas é somente a partir das lutas revolucionárias é que o poder político, econômico e jurídico passaria para a nova classe burguesa, lançando os alicerces do Estado Moderno com suas idiosincrasias, instituições, ordenamentos jurídicos, e fundando o constitucionalismo moderno com a ideia de uma constituição jurídica fruto de um poder constituinte formal.

Este movimento consagrado sob o epíteto de *constitucionalismo* que, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2012, p. 27), “[...] significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*).”.

Em fins do século XVIII, três modelos influenciariam os rumos da organização política-jurídica das sociedades ocidentais, consolidando as bases das experiências constitucionais que viriam nos séculos seguintes. Os movimentos históricos e revolucionários

e a *civitas*, mas em substância se equivaliam como organizações políticas e sociais, como objetos respectivamente da *politeia* e da *constitutio* – de onde vem a ideia primitiva de *constituição política*, como ordem de habitantes que as compõem, consoante se vê já em Aristóteles, ao falar em constituição referentemente às formas de governo e à boa administração dos Estados, embora ainda envolvessem na ideia todas as instituições, leis e costumes. A *constitutio* tem, portanto, o mesmo sentido da *politeia*, como modo de ser da cidade romana.” (SILVA, 2014, pp. 54-55)

²⁷ “O termo constitucionalismo é de uso relativamente recente nos vocabulários político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as idéias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da *Polis* grega por volta do século V a.C. As instituições ali desenvolvidas e o luminoso pensamento filosófico de homens como Sócrates (470-399 a.C.), Platão (427-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.) atravessaram os séculos e ainda são reverenciados dois milênios e meio depois.” (BARROSO, 2012, pp. 26-27)

da Inglaterra, dos Estados Unidos e da França transformaram as bases do Direito e da Justiça, ao fixarem a ideia de uma constituição formal como uma constituição jurídica ou normativa e como expressão de um poder constituinte formal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 45).

Também, de maneira contundente, Marcelo Neves (2018, p. XX), nas linhas introdutórias de sua obra *Tranconstitucionalismo*, dá destaque a estas nações no que se refere a este pioneirismo ao asseverar que “[...] a Constituição em sentido estritamente moderno vincula-se ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais dos fins do século XVII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica [...]”.

Em comum, tanto a tradição da Europa continental quanto a anglo-saxônica, centram-se na prevalência do indivíduo perante o poder estatal. Como resposta aos excessos do período anterior em que imperava o poder absoluto e soberano, a centralidade no indivíduo se fundamenta no contratualismo²⁸ e a presunção de liberdade (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2013, p. 235).

Ademais, o exercício das liberdades não poderia ser guiado ou imposto por autoridades públicas, mas sim delimitadas pela lei (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2013, p. 235).

A Uma nova ordem jurídica é inaugurada fundada sobretudo na liberdade, e, mais à frente em outros direito como o da igualdade entre os homens, na fraternidade e nos direitos naturais²⁹.

E, reitera-se, liberdades estas fundadas e delimitadas pela lei.

²⁸ “As doutrinas que em filosofia política defendem a celebração de um ‘contrato social’ se caracterizam pela tentativa de justificar a autoridade política com base no interesse individual e no consentimento racional. Essas teorias tiveram maior difusão nos séculos XVII e XVIII, associadas aos nomes de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Elas procuram mostrar as vantagens da vida civil organizada, em contraste com as desvantagens do ‘estado natural’, condição hipotética de vida social que se caracteriza pela total ausência de autoridade.” (ENCICLOPÉDIA BARSA, 1997, v. 4, p. 396)

²⁹ Nesta época a noção de direitos naturais ainda predominava e as correntes jusnaturalistas do direito monopolizavam o pensamento científico. Sobre o jusnaturalismo baseado na razão humana e seu apogeu durante o Iluminismo: “Ora, exatamente para colocar um novo centro nessa concepção é que surge o Direito Natural, dentro do espectro da laicização da cultura moderna. Marcado profundamente pela ideia, que predominava no século XVI, de que a verdade das ciências estava confiada à razão matemática e geométrica, o jusnaturalismo moderno elege a reta razão como guia das ações humanas.” (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 307). Já uma definição mais ampla trazida por Antônio Carlos Wolkmer (2003, p. 157): “O jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo que se traduzem na crença de um preceito superior advindo da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social, ou mesmo da consciência e da razão do homem.”

Como dito alhures, neste período, o constitucionalismo surgiu como fenômeno histórico-político destinado a limitar e racionalizar o poder político, fixando os limites para a atuação e ingerência do Estado. Tinha, portanto, um papel limitado a fixar limites, separar os poderes e assegurar a utilização da lei para o exercício de direitos (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2013, p. 242).

Conforme, veremos a frente, as constituições exercerão outras funções no decorrer dos séculos seguintes³⁰, especialmente no que diz respeito ao protagonismo e ampliação do rol de direitos fundamentais, mas neste momento histórico, as constituições exerciam um papel sobretudo de limitação e racionalização do Estado, com destaque para a primazia da lei.

E lei aqui remetemos ao conceito clássico e originário que a entende como “[...] a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandato, que lhe é outorgado pelo povo.” (SILVA, 2010, p. 484).

Veja-se que este conceito originário vincula a lei diretamente ao Poder Legislativo, ou seja, a lei é o produto do ato legislativo por excelência, opondo-se a outras figuras como o costume e não podendo ser confundida com o ato administrativo (ato por excelência do Poder Executivo) e à jurisprudência (Poder Judiciário) (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2013, p. 240)³¹.

Já a Inglaterra e o seu modelo de constitucionalismo são um caso a parte que possui suas idiossincrasias. Lá, não há até hoje uma constituição escrita nos moldes inaugurados posteriormente nos Estados Unidos e França, não obstante, aquele país já possuía há séculos os elementos essenciais de um Estado Constitucional. O modelo constitucional inglês foi fruto de um processo histórico transmitido entre as gerações desde os tempos feudais, sendo um marco importante a imposição ao Rei João Sem Terra das limitações contidas na *Magna Charta Libertatum*, documento que previa inúmeros direitos aos barões proprietários de terras

³⁰ Embora cada momento histórico e cada constituição tenha suas idiossincrasias, é inegável a presença de características e funções em comum.

³¹ Acrescenta-se, ainda, conforme apontam Georges Abboud, Henrique Garbellini Carno e Rafael Tomaz de Oliveira (2013, p. 240), sob um ponto de vista estritamente formal, a lei “[...] pode ser considerada todo texto normativo de caráter geral e abstrato cujo aplicação seja para o futuro. Contudo estas características também estão presentes em outros institutos como, por exemplo, a súmula vinculante (art. 103-A, da CF/1988) e as medidas provisórias (art. 62 da CF/1988).”. Valhamo-nos, por fim, do magistério de Miguel Reale (2012, p. 125), em seu clássico *Lições preliminares de direito, in verbis*: “Nesse quadro, somente a lei, em seu sentido próprio, é capaz de inovar no Direito existente, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, direitos e deveres a que todos devemos respeito.” E o autor continua com uma importante ressalva: “A essa luz, não são leis os regulamentos ou decreto, porque estes não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou cuja execução se destinam.”.

e lançou os alicerces para a consolidação de um Parlamento que garantiria a participação política da burguesia emergente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, pp. 50-51).

Nos séculos seguintes as tensões entre a realeza e o Parlamento dariam origem a inúmeros documentos que garantiam cada vez mais direitos aos súditos, sobretudo à burguesia, resguardando-os das pretensões despóticas dos monarcas. A luta de poder culmina, em 1628, com a promulgação da Petição de Direitos (*Petition of Rights*) com intuito de estabelecer limitações ao Rei Carlos I que a ignora, gerando uma guerra civil que culminaria com a ascensão de Oliver Cromwell³² e implantação de um regime republicano despótico que viria a dissolver o Parlamento em 1652 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 51).

Após a morte de Cromwell³³, a monarquia seria restaurada em 1660, dando início ao protagonismo e supremacia do Parlamento que culminaria com a edição da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) em 1689.

O Parlamento marca o caminho para a posição de supremacia, em contrapeso à Coroa. Reafirma-se a titularidade do rei no Executivo, mas o *Bill of Rights* restringe os poderes reais na medida em que recusa ao monarca legislar autonomamente e lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem autorização parlamentar. O princípio da soberania do parlamento assinala ao Legislativo “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e, mais, [significa] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 41).

No decorrer do século XVIII, a Constituição inglesa passou a ser considerada como o modelo ideal de configuração política da sociedade, especialmente em razão da convivência harmônica entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo³⁴, resumida na fórmula “*king in*

³² “Militar e político inglês. Chefiou a república instaurada na Inglaterra após a derrota de Carlos I pelos puritanos. Durante seu governo (1653-1658) Cromwell reorganizou a fazenda pública, fomentou a liberalização do comércio, reformou a igreja nacional segundo princípios de tolerância, embora perseguisse os católicos, e promoveu o desenvolvimento das universidades. Na política externa, o destaque maior foi a aliança que estabeleceu com a França contra a Espanha, da qual arrebatou a ilha da Jamaica em 1655. Sob seu governo, a Inglaterra assumiu a liderança dos países protestantes europeus.” (ENCICLOPÉDIA BARSA, 1997, v. 5, pp. 08-09)

³³ “Cromwell morreu em Londres, em 3 de setembro de 1658. Seu filho, Richard, sucedeu-o no cargo de protetor e comandante-chefe, mas, sem autoridade junto às forças armadas, foi por elas obrigado a renunciar em 1659. A instabilidade política e a insatisfação popular com um regime carente de legitimidade levaram à restauração da monarquia dos Stuarts, com Carlos II, em 1660.” (ENCICLOPÉDIA BARSA, 1997, v. 5, pp. 08-09)

³⁴ Foi Locke quem propôs a fórmula de divisão de poderes, posteriormente refinada e desenvolvida por Montesquieu. O Poder Judiciário, nos estudos de Locke e especialmente na experiência constitucional inglesa, ainda não tinha conquistado a força e o protagonismo vividos pelos demais poderes. Nesse sentido: “Na era moderna, deve-se a Locke a concepção da fórmula de divisão dos poderes como meio de proteção dos valores que a sociedade política está vocacionada a firmar. Locke não fala de um Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Federativo. Ao Executivo caberia ‘a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem’, e ao federativo, ‘a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela’, no plano do concerto das nações. Locke não vê empecilho em reunir nas

Parlament”. Enquanto o Parlamento legislava, o monarca, representante do Executivo, tinha o poder de vetar as leis. Por outro lado, ao exercer a função executiva, o rei deveria se submeter aos ditames da lei, bem como observar as autorizações de gastos dadas pelo Parlamento (MENDES; BRANCO, 2015, p. 43).

Tal modelo de separação de poderes seria posteriormente refinado nos estudos teóricos de Montesquieu³⁵, especialmente com a publicação, em 1748, de sua célebre obra “O Espírito das Leis”, na qual define com ideal um regime político moderado que possua uma Constituição que preveja poderes diferenciados, porém equilibrados. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 43).

Contudo, é de se observar que neste período o Poder Judiciário possuía pouca relevância, seja na experiência histórica vivida na Inglaterra seja no continente Europeu.

Na França revolucionária, por exemplo, a vontade do Parlamento teria que prevalecer e ser preservada como resposta ao autoritarismo e desmandos do regime absolutista, que tinha no rei a personificação do Poder Executivo e, além disso, os revolucionários nutriam uma profunda desconfiança frente à atuação dos juízes membros do Poder Judiciário³⁶ (MENDES; BRANCO, 2015, p. 45).

E, conforme veremos adiante, somente nos séculos XIX e XX, o Poder Judiciário ganharia destaque, momento a partir do qual a supremacia do Parlamento daria lugar à supremacia da Constituição e surgiriam instrumentos para garantir a incolumidade da ordem constitucional (MENDES; BRANCO, 2015, p. 46).

2.3.2 A constitucionalização do Estado e do Direito

mesmas mãos estes dois poderes. Como se vê, o Executivo, aqui, engloba também o poder de julgar.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 43).

³⁵ “As teorias de Montesquieu, que morreu em Paris, em 10 de fevereiro de 1755, exerceram profunda influência no pensamento político moderno. Inspiraram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, durante a revolução francesa, e a constituição dos Estados Unidos, de 1787, que substituiu a monarquia constitucional pelo presidencialismo. Com o fim do absolutismo, diversos países europeus adotaram a monarquia constitucional e muitas delas sobreviveram até depois da primeira guerra mundial. Em suas constituições atuais, a maioria das nações do Ocidente adota o princípio da separação dos poderes e em muitas delas vigora o presidencialismo ao estilo americano.” (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1997, v. 10, pp. 145-146)

³⁶ “O judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, e a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável - a decisão judicial. A prática revolucionária concordava com Montesquieu, que reduzia o poder de julgar à condição de ‘instrumento que pronuncia as palavras da lei’. Dominava a concepção de que ‘nenhum juiz tem o direito de interpretar a lei segundo a sua própria vontade’.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 46)

Enquanto vigorava a supremacia do Parlamento na Europa, os Estados Unidos da América, por peculiaridades históricas e sociais³⁷, adotaram, desde o século XIX, um modelo republicano em que o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental. Desde o julgamento do emblemático caso *Marbury vs. Madison* em 1803, ficou assentado o valor normativo da Constituição e a possibilidade de haver o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (MENDES; BRANCO, 2015, pp. 48-53).

Neste julgamento emblemático, acabou prevalecendo a tese do *Chief of Justice* Marshall no sentido de que o Poder Judiciário deveria defender a Constituição frente a todos os conflitos com normas infraconstitucionais. Dessa forma, o Judiciário, com base na teoria dos freios e contrapesos, deveria controlar a atuação dos demais Poderes (Legislativo e Executivo) ante os ataques à Constituição (FERNANDES, p. 37).

Contudo, como visto alhures, as experiências constitucionais europeias ainda não vislumbravam meios institucionais de defesa da Constituição e de dar efetividade dos princípios e direitos contidos em seu texto. A defesa da Constituição ficava tão somente a cargo do povo³⁸, de maneira quase que utópica e que não passava, na maioria das vezes, do discurso retórico (MENDES; BRANCO, 2015, p. 46).

³⁷ Em relação ao contexto histórico e social deste país que o diferencia das experiências constitucionais europeias, vale transcrever, novamente, as palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Do lado de cá do Atlântico, diferentemente, desde o início do século XIX, é reconhecido o valor normativo da Constituição como documento máximo da ordem jurídica. Peculiaridades históricas concorreram para esse fato. Nos Estados Unidos, ao contrário do que acontecia na Europa na mesma época, não havia preocupação maior com o poder do Executivo. O Presidente da República era eleito pelo voto popular. Não era o adversário temido, como foram os monarcas do final do absolutismo. O perigo que assustava era justamente o da extensão desmesurada do Poder Legislativo. O caminho que os norte-americanos arquitetaram para si foi o do equilíbrio dos poderes, precavendo-se contra as ambições hegemônicas do Congresso. A desconfiança para com o parlamento pode ser retraçada aos fatores desencadeadores da independência norte-americana. Leis britânicas das vésperas da independência, em especial no que tange à taxaço, provocaram a indignação dos colonos, que as viram como resultado de um parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado. O Parlamento britânico se assomou aos colonos como força hostil à liberdade. A nova nação deveria precatar-se contra a legislatura propensa às medidas tirânicas. Haveria de se construir um governo limitado.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 48).

³⁸ A invocação do povo pelos governantes para legitimar suas ações repete-se com frequência ao longo da história. No Brasil, por exemplo, de tempos em tempos é retomada a discussão em torno de uma nova constituinte e, não raras vezes, com o nítido propósito de extirpar os avanços trazidos pela Constituição de 1988, ápice do nosso constitucionalismo. Sobre a banalização do uso da palavra “povo” pelos governantes e detentores do poder para legitimar suas ações, bem como sobre os perigos de se seguir a vontade ilimitada das maiorias, Lenio Luiz Streck, Martonio Barreto Lima, Marcelo Cattoni e Menelick de Carvalho Neto advertem: “O conceito de povo não pode ser reduzido nem mesmo a toda a população existente em um país em um determinado momento. Sabemos pelos abusos perpetrados por ditaduras de todos os matizes ideológicos ao longo o século XX que, como afirmamos, a democracia, para ser tal, não pode ser a manifestação ilimitada da vontade da maioria, e que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático. A palavra povo foi a mais abusada na história institucional do último século. A palavra ‘povo’ passou por um forte processo de ‘anemia significativa’. Qualquer um ‘injeta-lhe’ sentidos. A soberania popular ou a palavra ‘povo’ não pode ser privatizada, assenhorada por nenhum órgão, e nem mesmo pela população de um determinado país. Plebiscitos e referendos foram instrumentos frequentemente utilizados como meio de manipulação da opinião pública pelas

As Constituições acabavam ficando à mercê das maiorias momentâneas e, na prática, seu conteúdo poderia ser modificado ilimitadamente pelo legislador ordinário.

Contudo, com os avanços do constitucionalismo³⁹, a Constituição deixou de ser um documento essencialmente político, desprovido de qualquer normatividade, representando apenas um convite à atuação dos Poderes Públicos ou, nas célebres palavras de Ferdinand Lasselle⁴⁰, uma simples “folha de papel”.

Especialmente após a constatação dos horrores perpetrados pelos regimes nazifascistas e com o fim da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico com seu excessivo apego à legalidade dá lugar ao protagonismo da Constituição como norma provida de superioridade formal, material e axiológica.

Luís Roberto Barroso (2012, p.108) nos ensina:

Do ponto de vista dogmático, as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo, que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição. No constitucionalismo europeu - e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência - prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias.

Em resumo, o constitucionalismo assentou suas bases sobre a existência de constituições, na maioria das vezes legisladas, tendo por conteúdo material, essencialmente, um rol de direitos fundamentais, a organização do Estado e de seus órgãos, bem como a

piores ditaduras, o que nos revela que a participação direta, por si só, não é qualquer garantia. O que é constitucionalmente relevante para se assegurar a democracia é o bom e correto funcionamento das mediações institucionais que possibilitam, na normalidade institucional, o permanente debate dos argumentos e o acesso a informações. Povo é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras. A estrutura aberta do sujeito constitucional é imprescindível, como revela Rosenfeld, para que se possa dar curso a essa necessária articulação entre democracia e constitucionalismo. Friedrich Müller já há muito denunciou a ilegitimidade do uso icônico da expressão povo. Pretender que um referendo possa convalidar o golpe de Estado perpetrado a título de impedir abusos constitucionais, ao meu ver, somente fomenta novos abusos constitucionais. O poder constituinte derivado é limitado, e o originário só pode se manifestar quando haja um descompasso institucional que recomende a adoção de uma outra comunidade de princípios. Não é esse o caso. O que há é um problema de aplicação da Constituição que *já temos*.”. Tais advertências foram publicadas em artigo datado de 2006 e recentemente reproduzidas, em parte, na coluna semanal de Lenio Streck, “Senso Incomum”, acompanhada de fortes críticas às recentes propostas no sentido de instituir uma nova constituinte. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/8093/revisao-e-golpe>> e <<https://www.conjur.com.br/2020-out-29/senso-incomum-nanco-assembleia-constituente-profissao-carrasco#sdfootnote1anc>>. Acesso em: 05 de fev. de 2019.

³⁹ Para um panorama completo acerca das conquistas do constitucionalismo e os novos rumos do Direito Constitucional, *vide*: BARROSO, 2012, pp. 265-288.

⁴⁰ Ilustre representante do sociologismo constitucional a quem se deve as formulações acerca do conceito sociológico do que seria uma constituição.

definição espacial do território onde a Constituição teria lugar de superioridade incontestada. Além disso, a partir da consolidação desse movimento, as Constituições passaram a ter superioridade material e formal, imunizando conteúdos, dispondo acerca de processos de produção de normas, fixando competências e, em algumas situações, definindo tarefas e programas. Por fim, houve a verticalização de normas e instituições a partir da Constituição (BORGES; CÂMARA, 2019, p. 558).

E se antes era possível modificar o texto constitucional de maneira ilimitada, mesmo que por parte do povo soberano, doravante, com a rigidez e superioridade das Constituições caiu por terra as convicções revolucionárias acerca da infalibilidade do legislador (STRECK, 2014, p. 112).

É de se destacar que tais mudanças só foram possíveis em decorrência da disseminação da jurisdição constitucional com o surgimento de inúmeros tribunais constitucionais, no plano interno dos Estados, com o dever de fazer prevalecer os comandos contidos nas constituições (BARROSO, 2012, p. 108).

Lenio Luiz Streck (2014, p. 117) aponta a crescente importância da jurisdição constitucional, inclusive na França tradicionalmente desconfiada frente ao Poder Judiciário, por suas raízes revolucionárias, e, ainda, o autor destaca as quatro fases em que se deram o estabelecimento de tribunais constitucionais, quais sejam:

[...] os que foram criados no período entre as duas grandes guerras, os originados logo após a Segunda Guerra Mundial, os criados na década de 70 e, mais recentemente, o grande número de tribunais que surgiu na África e nos países da antiga Cortina de Ferro que, na sua maioria adotou a fórmula de tribunais *ad hoc*. [...] Por isso, a jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada com elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático, a ponto de, mesmo na França, o país mais tradicionalmente avesso ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, o Conselho Constitucional originalmente criado para impedir o parlamento de invadir a esfera de poder reconhecida ao governo para evoluir seguramente no sentido de transformar num verdadeiro tribunal constitucional [...].

Especialmente a partir da verticalização das normas, tendo a Constituição como a norma fundamental, no ápice da hierarquia, parte importante da jurisdição constitucional passou a ser exercida por meio controle de constitucionalidade, cuja objetivo é declarar a

invalidez e paralisar a eficácia dos atos normativos que afrontem o que a Constituição impõe⁴¹.

O Poder Judiciário deixa de ser mero coadjuvante do Parlamento⁴² e passa a exercer um papel fundamental na concretização dos valores da Constituição⁴³ e dos direitos fundamentais nela contidos⁴⁴. A aferição da compatibilidade vertical dos atos normativos tendo como parâmetro a Constituição, passa a ser realidade não só na pioneira experiência constitucional dos Estados Unidos da América, como também na Europa continental e, posteriormente, nos países latino-americanos.

A judicialização passa a ser o fenômeno que tem o condão de validar ou invalidar políticas postas em prática pelos Poderes Executivo e Legislativo⁴⁵, sobretudo tendo como ferramentas primordiais o controle de constitucionalidade e, mais recentemente como se verá

⁴¹ Nos valem da cátedra do Ministro Marco Aurélio Mello (2018, p. 344), para alertar a respeito dos limites impostos pelo princípio da separação dos poderes, consagrado em nossa Constituição no artigo 2º e garantido como cláusula pétrea no artigo 60, §4º, inciso III. São as suas palavras: “É de destacar que o princípio da separação dos poderes requer parcimônia do Judiciário e, particularmente, do Supremo quando do controle de constitucionalidade das leis. A fim de não restringir em demasia a atuação do legislador, o Tribunal deve apenas proclamar a nulidade das leis se manifestamente contrárias à Constituição.”.

⁴² É intenso o debate a respeito do fundamento democrático da jurisdição constitucional e a chamada judicialização da política. A respeito as tensões entre o constitucionalismo e democracia, vide: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia constitucional: um paradoxo? Um diálogo com Luhmann, Habermas e Derrida. Disponível em: <https://www.academia.edu/25440881/Democracia_constitucional_um_paradoxo_Um_di%C3%A1logo_ainda_que_breve_com_Luhmann_Habermas_e_Derrida>. Acesso em: 15 de mar. 2019.

⁴³ José Afonso da Silva (2014, p. 181) ao discorrer sobre as inúmeras e diferentes concepções sobre o que é e qual o conteúdo de uma constituição, traz ao final a sua conclusão e síntese acerca do assunto: “[...] constituição, qualquer constituição, é sempre um repositório de valores; expressão de cultura; se não for assim, não passará de um simples nome, ou de uma simples folha de papel (Lassalle). Ao mesmo tempo em que é um objeto de cultura, é também protetora de direitos e bens culturais. É, pois, mais que um simples texto jurídico, porque esse texto está impregnado de valores, como os da convivência democrática, da segurança e da justiça, como pauta de comportamento de todos, e especialmente do Poder.”.

⁴⁴ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovado em 1789 durante os acontecimentos da Revolução Francesa, declarou em seu artigo XVI: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (FRANÇA, 1789). Ressaltando o impacto da ideologia do constitucionalismo, que teve sua gênese nas revoluções liberais de fins do século XVIII, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p.55) nos traz a importância dos direitos fundamentais para o conteúdo das constituições: “O conceito de Constituição que nos será útil não se desgarra do papel que se entende que esse instrumento deve desempenhar; por isso, o conceito de Constituição não tem como deixar de se ver carregado da ideologia do constitucionalismo. Desse movimento, como visto, a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes. Tudo isso, afinal, há de estar contido em um documento escrito. Quando esses traços são levados em conta, está sendo estabelecido um sentido substancial de Constituição.”.

⁴⁵ É bom que se diga que a tal atuação dos órgãos do Poder Judiciário muitas vezes se dá não diante de ações tidas por inconstitucionais/inconvencionais, mas também quando há a omissão dos demais Poderes em dar efetividade a comandos constitucionais e convencionais. Nesse sentido Emílio Peluso Neder Meyer (2020, pp. 109-110) assevera que: “É certo que podem haver casos em que a judicialização ocorrerá não pó conta de um questionamento de políticas públicas; ele pode estar aliado a um atraso nesse campo (algo, em geral, possível em termos de justiça de transição), por exemplo, o que faria com que a decisão judicial apenas confirmasse uma disposição constitucional ou legal. Mas mesmo essa confirmação, pura e simples, é referente a uma correção que faz imperar coercitivamente aquilo que vem sendo rechaçado ou ignorado pelo Legislativo ou pelo Executivo.”.

adiante, o controle de convencionalidade. (MEYER, 2020, p. 109).

No Brasil, Luís Roberto Barroso (2012, p. 286) nos elucida que o controle de constitucionalidade está presente, em sua modalidade incidental, desde a primeira Constituição republicana de 1891, enquanto o controle pela via principal foi introduzido pela Emenda Constitucional (EC) nº. 16 de 1965 que atribuiu exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propor a então chamada ação genérica perante o Supremo Tribunal Federal (STF), posteriormente denominada pela Constituição de 1969 de “representação de inconstitucionalidade”.

Contudo, somente com o advento da Constituição Federal (CF) de 1988 é que, verdadeiramente, o controle jurisdicional de constitucionalidade passa a ter relevância por meio de um complexo e elaborado sistema que conjuga os modelos difuso e concentrado^{46 47}.

Anualmente, desde a promulgação da Constituição de 1988, diversas normas têm sua constitucionalidade questionada perante os órgãos do Poder Judiciário. No Supremo Tribunal Federal já foram propostas centenas de ações diretas⁴⁸ que possuem o condão de impactar significativamente os rumos de nossa República e a vida dos cidadãos. Portanto, já é realidade em nosso ordenamento jurídico a relevância do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos e qualquer pessoa minimamente inserida no mundo jurídico sabe disso.

2.3.3 O internacionalismo e o Universalismo

No plano internacional, os impactos da Segunda Guerra Mundial provocaram mudanças jamais vistas que mudaram completamente as relações entre os diversos sujeitos internacionais. As violações e desrespeito sistemático aos direitos fundamentais e humanos perpetradas pelos regimes totalitários, especialmente contra minorias e grupos vulneráveis, horrorizaram a comunidade internacional, o que fez com que surgisse um complexo e sofisticado sistema global de proteção aos direitos humanos, bem como sistemas regionais

⁴⁶ Para mais detalhes acerca das vicissitudes das disposições constitucionais que tratam do assunto, vide: BARROSO, 2016. pp. 62-64.

⁴⁷ O modelo difuso tem origem nos Estados Unidos e possibilita o controle incidental das leis e atos normativos por todos os órgãos do Poder Judiciário. Já o controle concentrado, idealizado por Hans Kelsen e implementado inicialmente em seu país natal, a Áustria, atribuiu a uma Corte Constitucional o dever de realizar o controle abstrato das normas.

⁴⁸ Nossa Constituição admite as seguintes ações diretas: ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva).

incumbidos da mesma tarefa.

Tais mudanças trouxeram impactos diretos na vida dos indivíduos e o meio jurídico presenciou nas últimas décadas uma expansão não só do Direito Constitucional como também do Direito Internacional. A partir daí os tratados internacionais passaram a possuir grande relevância não só na relação entre os Estados no plano externo, como também no âmbito interno dos países.

Especialmente os tratados internacionais de direitos humanos deixaram de ser apenas diretrizes sem qualquer poder vinculativo para se tornarem normas jurídicas dotadas de normatividade e protagonismo nos mais diversos ordenamentos jurídicos estatais.

Doravante, a proteção dos direitos fundamentais e humanos, tão vilipendiados nos regimes nazifascistas, passaram a ser tema central no âmbito internacional.

Sobre esse caminho de (re)valorização e regulação dos direitos fundamentais e humanos no plano supranacional, Bodo Pieroth e Bernhard Schilink (2012, p. 49) asseveram:

A linha do desenvolvimento dos direitos fundamentais conduziu também, depois do fim da Segunda Guerra Mundial, a regulações jurídico-fundamentais no plano supraestatal, primeiro numa base do direito intencional público e depois numa base supranacional. Este impulso partiu das Nações Unidas. A Assembleia-Geral das Nações Unidas havia identificado “o não reconhecimento e o desprezo pelos direitos humanos” como uma das causas do terror nacional-socialista tanto para o interior como para o exterior, proclamando, por isso, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas; a ela juntaram-se em 1966 os dois Pactos de direitos humanos (Pactos sobre os Direitos Civis e Políticos, Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Desse modo, como consequência desta tendência, eclodiu um movimento de internacionalização e universalização dos direitos humanos, criando-se uma complexo e sofisticado sistema global⁴⁹ de proteção aos direitos humanos, bem como sistemas regionais⁵⁰ incumbidos da mesma tarefa. Acrescenta-se, ainda, que, conforme nos ensina Flávia Piovesan (2013, p. 342) “[...] os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional.”.

A partir daí os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter grande

⁴⁹ O sistema global é coordenado pela Organização das Nações Unidas (ONU) criada imediatamente após o fim da Segunda Guerra Mundial com a assinatura da Carta das Nações Unidas (promulgada, no Brasil, pelo Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945) tendo como um de seus propósitos “[...] promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; [...]” (BRASIL, 1945).

⁵⁰ Atualmente, existem três sistemas regionais consolidados: o europeu, o americano e o africano.

importância e os indivíduos passaram a ser reconhecidos como sujeitos internacionais⁵¹ capazes de reivindicar no plano externo o respeito a sua condição humana⁵².

E assim como no processo de afirmação das constituições como documentos jurídicos dotados de normatividade no qual o Poder Judiciário teve papel fundamental, igualmente foi e é imprescindível a atuação dos órgãos judiciais que fazem parte dos sistemas de proteção dos direitos humanos.

Acerca do assunto, inspirado nos ensinamentos do jurista português Jorge Miranda para quem existiriam oito tendências evolutivas do Direito Internacional⁵³, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2014, p. 77) sintetiza o que seria a oitava e última dessas tendências, resultado e consequência lógica de todas as tendências anteriores, qual seja o processo de jurisdicionalização do direito internacional:

O fenômeno da jurisdicionalização decorre do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Público, fato que veio a ocorrer com maior ênfase principalmente depois da segunda metade do século XX. Não obstante existirem tribunais internacionais de toda sorte, o certo é que mais da metade da atividade dessas cortes está hoje ligada a questões de direitos humanos. O que atualmente se tem procurado, principalmente na seara da proteção internacional dos direitos humanos, é superar o regime das chamadas "cláusulas facultativas", rumo à concretização e imposição da jurisdição internacional obrigatória.

Ainda segundo o autor, este processo tem suas origens no primitivo e arcaico modelo que vigorou imediatamente após o fim da Segunda Guerra Mundial com a criação de tribunais militares de exceção, cujo casos mais emblemático foram o Tribunal de Nuremberg⁵⁴ e o

⁵¹ O tema da personalidade internacional é polemica na doutrina. Francisco Rezek (2011, pp. 181-184) representa a posição clássica ao asseverar que para alguém ser qualificado como pessoa jurídica de direito internacional é preciso que haja a capacidade de agir no plano externo, ou seja, a capacidade de defender seus interesses no plano internacional. Para o referido autor somente os Estados soberanos e as organizações internacionais em sentido estrito ostentariam tal condição. Já a doutrina mais moderna inclui também no rol de sujeitos internacionais os indivíduos, as empresas e as organizações não-governamentais (ONGs) (PORTELA, 2012, pp. 169-170).

⁵² “[...] para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional.” (PIOVESAN, 2013, p. 188)

⁵³ “O contexto do Direito Internacional em transição, atual, vindo da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal e de todo um conjunto de instrumentos e práticas que remontam a cinquenta anos. Um Direito Internacional que acusa agora algumas tendências, umas certamente positivas para alguns, outras, porventura, menos positivas para outros, mas tendências que consideraria irreversíveis, apesar de também haver sinais contraditórios. Essas tendências do atual Direito Internacional, seriam oito, na minha maneira de ver: a universalização; a regionalização; a institucionalização; a funcionalização; a humanização; a objetivação; a codificação; e a jurisdicionalização.” Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih_miranda.html>. Acesso em: 15 de mai. de 2019.

⁵⁴ O referido órgão é, sem dúvida, o exemplo mais citado quando se fala em tribunais de exceção. Estabelecido pelos Aliados vitoriosos (União Soviética, Estados Unidos, Inglaterra e França) na cidade bávara de Nuremberg, teve por finalidade precípua julgar líderes nazistas que cometeram crimes de guerra.

Tribunal de Tóquio⁵⁵, passando pela criação, por meio de simples resoluções, de tribunais *ad hoc* pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), citando como exemplos o tribunais penais criados especialmente para julgarem os conflitos armados que eclodiram na antiga Iugoslávia⁵⁶ e em Ruanda⁵⁷, até chegarmos à fase de institucionalização de tribunais internacionais permanentes e universais criados por tratados internacionais, tendo como maior exemplo o Tribunal Penal Internacional (TPI)⁵⁸ (MAZZUOLI, 2014, p. 77).

Esta disseminação de órgãos judiciais pelo mundo incluiu também a instituição de cortes criadas exclusivamente para salvaguardar e proteger os direitos humanos.

Embora ainda não haja um órgão jurisdicional no sistema global com competência exclusiva para julgar violações aos direitos humanos⁵⁹, o sistema regional europeu foi

⁵⁵ Igualmente criado pelos Aliados, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente visou julgar por crimes de guerra militares e políticos japoneses por crimes de guerra.

⁵⁶ Após o colapso do socialismo e a desintegração da antiga Iugoslávia, diversos conflitos armados entre as diferentes etnias que habitam os Bálcãs eclodiram na região, se estendo pelos anos de 1990 e deixando milhares de mortos. (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1997, v. 8, pp. 93-94).

⁵⁷ O conflito em Ruanda teve suas origens na histórica rivalidade entre as duas principais etnias do país, intensificada e estimulada pelos colonizadores alemães e belgas, os tutsis e hutus. Ao final, o conflito deixou entre 200.000 e 500.000 vítimas (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1997, v. 12, pp. 488-490).

⁵⁸ O Brasil apoiou a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), por entender que uma corte penal eficiente, imparcial e independente representaria grande avanço na luta contra a impunidade pelos mais graves crimes internacionais. O governo brasileiro participou ativamente dos trabalhos preparatórios e da Conferência de Roma de 1998, na qual foi adotado o Estatuto do TPI. Com sede na Haia (Países Baixos), o TPI iniciou suas atividades em julho de 2002, quando da 60ª ratificação do Estatuto. Regido pelo princípio da complementaridade, o Tribunal processa e julga indivíduos acusados de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e, desde 17 de julho de 2018, crimes de agressão. Diferentemente da Corte Internacional de Justiça, que examina litígios entre estados, o TPI julga apenas indivíduos. A existência do Tribunal contribui para prevenir a ocorrência de violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, além de coibir ameaças contra a paz e a segurança internacionais. O Tribunal, que já julgou cerca de três dezenas de casos, possui, atualmente, 13 situações sob investigação (Afeganistão, Bangladesh/Myanmar, Burundi, *Côte d'Ivoire*, Darfur/Sudão, Geórgia, Líbia, Mali, Quênia, duas situações referentes à República Centro-Africana, República Democrática do Congo e Uganda,) e 9 exames preliminares em andamento (Colômbia, Guiné-Conacri, Iraque/Reino Unido, Nigéria, Palestina, Filipinas, Ucrânia e dois referentes à Venezuela). O Brasil depositou seu instrumento de ratificação do Estatuto de Roma em 20 de julho de 2002. O tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Disponível em < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>>. Acessado em 25 mar. de 2019.

⁵⁹ Com sede em Haia, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judicial das Nações Unidas e sua função é solucionar conflitos entre Estados, por meio da aplicação do direito internacional, e exercer a função consultiva para órgãos das Nações Unidas ou órgão por ela autorizado. Somente os Estados podem ser parte perante a Corte, conforme preceitua o artigo 34 de seu Estatuto. A Corte se pronuncia sobre diversos assuntos, e não apenas sobre direitos humanos. Sobre sua competência e abrangência de sua jurisdição, vejamos: “Sua competência é limitada, uma vez que só pode resolver conflitos jurídicos a pedido dos estados-membros ou do Conselho de Segurança, ou dar pareceres a pedido de organismos internacionais. Não pode intervir em assuntos internos dos países. Sua jurisdição compreende todos os casos que lhe sejam submetidos pelas partes interessadas, e todas as matérias previamente designadas na Carta, nos tratados e nas convenções em vigor. Compõe-se de 15 juízes eleitos pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança, em votações independentes.” (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1997, v. 10 pp. 145-146). Já o Tribunal Penal Internacional possui competência restrita a esfera penal, como seu próprio nome sugere, abarcando o julgamento de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e, futuramente, crimes de agressão.

pioneiro na criação da Corte Europeia de Direitos Humanos que tem por escopo zelar e proteger a Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em 04 de novembro de 1950.

Influenciado pelo modelo europeu, o sistema regional interamericano consolidou-se a partir do Pacto de São José da Costa Rica, como ficou conhecida a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, oportunidade em que foram instituídas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No Brasil, a Convenção foi promulgada pelo Decreto nº. 676, de 06 de novembro de 1992.

Para os fins do presente estudo, nos interessa abordar as atribuições e competências da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Segundo seu Estatuto, a Corte, sediada em São José da Costa Rica e composta por sete juízes provenientes dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁶⁰, é uma instituição judiciária que tem por objetivo precípuo aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No cumprimento desta tarefa, segundo o artigo 62 da Convenção (BRASIL, 1992), a Corte possui competência, em caráter contencioso, “[...] para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido [...]” e, ainda, possui competência consultiva conforme preceitua o artigo 64 ao estabelecer que a Corte se pronunciará “[...] sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.”.

Há, portanto, meios e instrumentos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos capazes de fazerem cumprir o que determinam os tratados internacionais de direitos humanos, tendo um importante papel, como se viu neste tópico, os órgãos jurisdicionais internacionais.

⁶⁰ *In verbis*: “Artículo 4 Integración 1. La Corte se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que los postule como candidatos. 2. No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad.” (OEA, 1979).

3 A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL E O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

3.1 Relações entre Direito Internacional e Direito Interno dos Estados

Os debates acerca do estatuto jurídico dos tratados internacionais e qual a visão deve prevalecer acerca da relação entre Direito Interno e Direito Internacional há muito divide o meio jurídico.

Essa discussão passa necessariamente pela divergência sobre como se daria a relação entre normas internacionais e normas internas, despontando sobre o tema duas teorias que se contrapõem: o monismo e o dualismo.

Em linhas gerais, o dualismo, cujo maior expoente foi Carl Heinrich Triepel, defende a independência entre os ordenamentos jurídicos internos e o internacional, não sendo possível haver conflitos entre eles, nem mesmo relação de hierarquia (MAZZUOLI, 2014, pp. 95-96).

Valerio Mazzuoli (2014, p. 96) nos traz a síntese desta doutrina:

Dessa forma, esses dois ordenamentos jurídicos - o do Estado e o internacional - podem andar pareados sem, entretanto, haver primazia de um sobre o outro, pois distintas são as esferas de suas atuações. Assim, não pode um preceito de direito das gentes revogar outro que lhe seja diverso no ordenamento interno. O Estado pactuante obriga-se a incorporar tais preceitos no seu ordenamento doméstico, assumindo somente uma obrigação moral; mas, se não o fizer, deverá ser responsabilizado no plano internacional.

O autor se posiciona de forma bastante crítica ao dualismo, especialmente por ser “[...] corolário dogmático-apológico da teoria da soberania absoluta do Estado.” (MAZZUOLI, 2014, p. 98).

Por outro lado, o monismo, cujo maior defensor foi o austríaco Hans Kelsen, defende a existência de uma única ordem jurídica em que normas de direito internacional e direito interno conviveriam em uma relação de interdependência. No que diz respeito à hierarquia entre tais normas, o monismo ainda se desdobra em duas vertentes: o monismo nacionalista

(primazia das normas internas) e monismo internacionalista⁶¹ (primazia do direito internacional) (MAZZUOLI, 2014, pp. 98-110).

Não há consenso em relação a qual dessas posições prevalece em nosso ordenamento jurídico. Paulo Henrique Gonçalves Portela (2012, p. 66) observa que:

Aparentemente, o modelo de celebração de tratados adotado pelo Brasil também herdou uma característica do monismo nacionalista, visto que o ordenamento jurídico brasileiro, mormente a Constituição da República, comanda a celebração de tratados pelo Brasil e define a norma que deve prevalecer em caso de conflito. Entretanto, nesse ponto, a ordem jurídica pátria vem atribuindo crescente importância à norma internacional, que em diversas hipóteses prevalecerá frente à lei ordinária brasileira e, em um caso bem particular, se equipará à própria norma constitucional.

E o autor conclui:

[...] fica evidente, portanto, que a prática brasileira em relação aos conflitos entre as normas internacionais e internas herdará aspectos do dualismo e do monismo e, como veremos posteriormente, incorporará soluções próprias, que não permitirão, em nosso ponto de vista, definir qual a teoria que o Brasil adota, sendo mais pertinente afirmar que o Estado brasileiro recorre a elementos de ambas as teorias (PORTELA, 2012, p. 66).

Daniel Sarmiento (2020, p. 309), ao comentar os diálogos e fricções entre o direito constitucional e o direito internacional, aponta que, não raras vezes, os diversos domínios da vida cotidiana são regulados por esses ramos da ciência jurídica e, admitindo-se tal pressuposto, o que se observa é que tanto podem ocorrer uma sinergia e harmonia entre as regulamentações como também conflitos e atritos.

De um lado, há as tensões e fricções que, na maioria das vezes, nos levam, novamente e como já exposto alhures, ao debate acerca de qual ordem deveria prevalecer.

Nesse sentido, são as palavras de Daniel Sarmiento expondo, em um primeiro momento, a posição dos que sustentam a prevalência do direito constitucional (2020, p. 309), *in verbis*:

Outras vezes, porém, podem surgir tensões entre o Direito Constitucional e o Internacional, sobretudo diante da pretensão de supremacia manifestada pelos dois. Por um lado, o Direito Constitucional se assenta no postulado da supremacia da Constituição, que concebe a Lei Maior do Estado como norma superior da comunidade política e fundamento de validade de todo o sistema normativo. Sob o

⁶¹ O monismo internacionalista foi expressamente consagrado no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (promulgada pelo Decreto n°. 7.030/2009), segundo o qual um Estado “[...] não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” (BRASIL, 2009).

ângulo constitucional, a normativa internacional desfruta, no âmbito interno, da hierarquia e força normativa que lhe atribuir a Constituição.

E o autor (2020, p. 309) continua desta vez trazendo a ideia de prevalência das normas internacionais, *in verbis*:

Do outro lado, o Direito Internacional, que cada dia rege um âmbito mais extenso de temas, também afirma superioridade das suas normas em face do direito interno dos Estados – inclusive o estabelecido em suas constituições. Nesse sentido, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados veda qualquer invocação do direito interno como escusa para o descumprimento de tratado internacional, e a jurisdição internacional tem invocado essa regra inclusive diante de normas constitucionais.

A ideia de prevalência das normas internacionais é também reiteradamente lembrada em manifestações, consultas e sentenças proferidas em Cortes Internacionais⁶², nas quais recorrentemente são citados a aplicação do artigo 27, da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969⁶³, que impedem os Estados, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais, dispositivo que positivou o princípio básico de direito internacional segundo o qual os Estados devem cumprir de boa-fé as obrigações internacionais voluntariamente contraídas (*pacta sunt servanda*).

Por outro lado, Sarmiento (2020, p. 309) também traz exemplos da harmonia e sinergia entre as diferentes ordens jurídicas, uma vez que, hodiernamente, diversas constituições são inspiradas e recebem influências diretas do Direito Internacional, trazendo um rol extenso de direitos fundamentais convergentes com a maioria dos direitos protegidos em diversos tratados, convenções e declarações de direitos humanos. Há, inclusive, diversas constituições que consagram aberturas expressas em relação às normas de direito internacional, como é o caso, por exemplo, da nossa Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º, §2º, estatui que os “[...] direitos e garantias expressos nesta Constituição não

⁶² Vejamos, por exemplo, trecho da Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, *in verbis*: “El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno.” (CIDH, 2010).

⁶³ *In verbis*: “Artigo 27 Direito Interno e Observância de Tratados Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.” (BRASIL, 2009).

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”, e, logo adiante, o §3^o⁶⁴ do mesmo dispositivo assegura, explicitamente, papel de destaque aos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico, como será visto mais adiante neste trabalho.

Independentemente da tese adotada, monismo ou dualismo, fato é que cada vez mais as inter-relações entre as ordens jurídicas internas dos Estados e as ordens jurídicas internacionais se intensificam, havendo uma mútua influência.

Mas, José Carlos Remotti Carbonell (2019, p. 207) observa que nem sempre foi assim, uma vez que, o estudo e a construção de conceitos centrais das ciências jurídicas, baseava-se em sociedades simples e homogêneas com um único centro de poder institucionalizado do qual emanava um ordenamento jurídico único aplicável a todo o território do Estado.

Por outro lado, no mundo contemporâneo e globalizado⁶⁵, a quantidade e intercâmbio de informações tornaram-se progressivamente maiores e intensos, o que fez com que os aspectos da vida em sociedade ficassem mais complexos. E o direito e as relações jurídicas não fogem desse crescente aumento e aprofundamento das complexidades.

Nesse sentido, são as palavras de Remotti Carbonell (2019, p. 212):

⁶⁴ *In verbis*: “Art. 5º: [...] § 3º 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.” (BRASIL, 1988).

⁶⁵ Gonçal Mayos Solsona (2019, p. 166) ao correlacionar as causas do que chama de “fenômeno inter” e os impactos da “turboglobalização”, traz uma síntese geral e metajurídica desse fenômeno que despontou há não muito tempo, mas que mudou radicalmente as relações sociais, econômicas e jurídicas, e, a cada dia, se aprofunda mais. Vejamos: “*Entre las causas de los ‘fenómenos inter’ que estudiamos y que tan importantes son para el presente, podemos destacar: En primer lugar hay causas económicas como: mercados cada vez más grandes, integrados y globales; deslocalizaciones industriales y productivas; creciente dificultad para controlar los flujos financieros mundiales; la imparable competencia económica y tecnológica internacional, etc. En segundo lugar destacan causas geopolíticas: cambio de hegemonías; desaceleración del primer mundo (visible por ejemplo en el déficit de los Estados Unidos, la ineficacia de la ‘vieja Europa’ en jugar un papel unido en los grandes conflictos o la persistencia de la crisis en los llamados PIGS); aparición de nuevas potencias mundiales (p.e. China) y/o líderes en las grandes regiones (p.e. los países BRICS o BRIMCK -añadiendo México y South Korea-, países emergentes como Nigeria...); debilidad del Estado-nación; procesos de integración regional y nuevas formas de agregación política; choque de civilizaciones, etc. En tercer lugar hay causas que nacen de importantes tensiones demográficas como: imparables y crecientes migraciones, difícil coexistencia de demografías en reducción (como en Europa) y en gran expansión en otros países, etc. Finalmente destacamos causas socioculturales: nuevos tipos de ciudadanía; politización de nuevas generaciones de derechos; creciente presión de los llamados Nuevos Movimientos Sociales; establecimiento de nuevas identidades nómadas y/o desterritorializadas gracias a las tecnologías de la información y la comunicación; las dificultades de empoderar rápida y adecuadamente para la sociedad postindustrial del conocimiento a los sectores sociales de entornos preindustriales y marginados, etc. Consideramos que las causas señaladas impulsan procesos de cambio acelerado, de nuevos conflictos y de “fenómenos inter”, que son muy complejos. Ya sean interculturales, interconstitucionales, interdisciplinares u otros los ‘fenómenos inter’ nacen de esas nuevas causas, procesos y mecanismos que –para simplificar- denominamos ‘turboglobalización’ y ‘sociedad postindustrial del conocimiento’*”.

Frente a todo ello tenemos que señalar que hoy se reconoce que las sociedades son complejas, plurales, diversas y esa diversidad y complejidad se proyecta también a sus sistemas jurídicos. Así la sociedad actual no es ni unitaria ni homogénea, sino que está compuesta por distintos grupos y subgrupos (sociales, culturales, religiosos, económicos, políticos), lo que obliga a configurar, estructurar, interpretar y aplicar al ordenamiento desde nuevas perspectivas que incorporen y respeten tal diversidad y pluralidad, asumiendo el pluralismo, el respeto a las minorías, la transparencia en la toma de decisiones, el respeto y garantía a los derechos humanos, la descentralización política y jurídica, la sujeción de los órganos, poderes e instituciones públicas a la legalidad constitucional.

Diante de tais mudanças, os paradigmas que sustentavam as concepções clássicas das ciências jurídicas⁶⁶ foram paulatinamente superados com a emergência das novas realidades e peculiaridades das sociedades contemporâneas.

Doravante, os ordenamentos jurídicos nas sociedades globalizadas compõem-se não só por normas, mas sim por conteúdos materiais vinculantes, tais como princípios, valores, objetivos, instituições, direitos e diretrizes jurisprudenciais que norteiam o fundamento e os limites das normas, bem como a aplicação e interpretação do Direito (REMOTTI CARBONELL, 2019, pp. 212-213).

Não há mais também um único centro produtor de normas, tampouco existem apenas um único legislativo, um único executivo ou apenas um órgão judiciário. As estruturas internas e centralizadas de poder de outrora cedem lugar a distintos órgãos e instituições de caráter nacional e supranacional com competências legislativas, executivas e jurisdicionais (REMOTTI CARBONELL, 2019, p. 213).

Em resumo, as categorias e conceitos clássicos do direito constitucional sofreram choques e rupturas nas suas pretensões explicativa e aplicadora, tendo em vista que, doravante, passa-se a ter a edição de inúmeras normas de direitos fundamentais e humanos, extrapolando a materialidade constitucional para materialidade internacional e universal; as

⁶⁶ Remotti Carbonell (2019, pp. 207-211) elenca as cinco principais ideais que prevaleciam nas ciências jurídicas quanto ao assunto, *in verbis*: “En ese contexto se entendía, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico giraba en torno a normas jurídicas. En segundo lugar, el análisis jurídico centraba su atención en el estudio de la validez de la norma como fórmula para determinar su pertenencia al ordenamiento jurídico, es decir si había sido elaborada conforme a las reglas (de competencia y de procedimiento) que regulan la producción de normas de acuerdo con lo dispuesto, en última instancia, por la norma fundante básica. [...] Sobre estas bases, en tercer lugar, el ordenamiento jurídico normativo se consideraba construido de forma jerárquicamente escalonada, en donde las normas superiores en rango determinan los mecanismos de producción (competencia y procedimiento) de las normas inferiores y además imponen su jerarquía superior. [...] Consecuencia de dicha visión centralista y jerárquica del poder encontramos que, en cuarto lugar, en la mayoría de los estados la distribución territorial del poder se limitaba a una mera descentralización administrativa. Los órganos regionales y locales no eran titulares de competencias propias ni tenían capacidad política para decidir, en el marco de sus competencias, sobre sus destinos. [...] Por último, en quinto lugar, cabe recordar que en el ámbito espacial-territorial el ordenamiento jurídico, como expresión de la organización política nacional-estatal era considerado como un ordenamiento estanco, cerrado. [...]”.

Constituições passam a ter a concorrência/convivência com outras normas que extrapolam os limites territoriais dos Estados e, por vezes, são emanadas por instituições internacionais; a horizontalização compartilhada de fontes com inúmeras instituições e normas concorrendo entre si no âmbito interno dos Estados; e as mesmas normas e instituições internacionais concorrendo com instituições e normas estatais no âmbito externo (BORGES; CÂMARA, p. 558).

Esse processo multiplicador de fontes, normas e ordenamentos jurídicos, bem como as inter-relações entre os inúmeros sistemas constitucionais e internacionais, recebem inúmeras denominações, tais como: Transconstitucionalismo, Interconstitucionalismo, Constitucionalismo globalizado e Constitucionalismo multinível.

O desenvolvimento da *teoria da Interconstitucionalidade* por José Joaquim Gomes Canotilho, levou-o à publicação do livro “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional* que parte de uma análise da relação entre a ordem jurídica da União Europeia com as ordens jurídicas de seus Estados-Membros. Gomes Canotilho (2008) teve como ponto de partida os estudos do político e jurista português Francisco António Lucas Pires⁶⁷, membro do Parlamento Europeu e morto precocemente em 1998⁶⁸.

Lucas Pires, mesmo em sua fase de ceticismo quanto à emergência de uma comunidade internacional europeia e ao projeto político que mais tarde viria a aderir com entusiasmo⁶⁹ tanto em sua obra acadêmica quanto em sua atuação política, já em 1970, via os sinais da crise que atingiria o Estado e enxergava como inevitável a mitigação do conceito de soberania absoluta dos Estados, prevalente até a Segunda Guerra Mundial⁷⁰.

São suas palavras:

⁶⁷ “A ideia de interconstitucionalidade, recuperada por Gomes Canotilho, foi primeiramente avançada por outro insigne Mestre da academia coimbrã e grande europeísta, Francisco Lucas Pires, entretanto falecido, numa obra publicada em 1998 e intitulada *Introdução ao direito constitucional europeu*.” (SILVEIRA, 2019, p. 26)

⁶⁸ Informações retiradas do verbete que consta no *Dicionário das Grandes Figuras Europeias* e traz uma breve biografia do autor (ALVES, 2019, pp. 321-325).

⁶⁹ Nesse sentido: “O posicionamento político de Lucas Pires em relação ao projeto europeu evoluiu de um ceticismo em relação à Europa democrática e pós-colonial, característico dos sectores nacionalistas radicais em que se filiou na juventude, para uma adesão ao projeto de união política, de que foi um convicto defensor, produzindo uma extensa obra, de cariz político, jurídico e ensaístico acerca do projeto europeu.” (ALVES, 2019, p. 322).

⁷⁰ “No início da década de 70, considerava a ‘sedução europeia’ um fator potencial de criação de ‘clivagens interiores’, embora reconhecendo que o conceito de soberania absoluta, prevalente na política internacional até à II Guerra Mundial, cedera passo à criação de instituições de natureza supranacional, tendentes a uma reorganização da comunidade internacional numa base cooperativa e solidária.” (ALVES, 2019, p. 322)

A crise do Estado não é, porém, apenas a que resulta da atomização do poder e da contestação de todas as formas de autoridade, mas também a que resulta de uma crescente concentração. Ameaçada de dentro pela primeira, o Estado é ameaçado de fora pela segunda. A concepção de uma comunidade internacional supra-ordenada aos Estados, e cujas normas já não têm carácter pactício, como cria o entendimento clássico, o facto de em nome de certos princípios políticos (o princípio da paz indivisível ou da balança dos poderes, por ex.), se transformarem em problemas internacionais certos problemas internos, o gigantismo dos espaços económicos e a multimoda acção dos imperialismos larvados, e mesmo a força dinâmica constituída pela utopia de um *Welstaat*, porém em causa a outra face da soberania: aquela que afirma a absoluta independência de cada Estado em relação aos seus pares (PIRES, 1970, pp. 340-341).

E o autor conclui:

A autoridade aparente não se encontra, assim, na posição de ditar e impor incondicionalmente o conjunto de normas que possam constituir o fundamento e o centro totalizador de toda a ordem jurídica, realidade a que o conceito de Constituição, e o Direito Constitucional em geral, não podiam ser alheios (PIRES, 1970, p. 341).

Como dito alhures, a partir das obras de Lucas Pires⁷¹ e sua crescente produção académica acerca da integração europeia⁷², Canotilho desenvolveu sua *teoria do Interconstitucionalismo*.

As observações de Canotilho ao desenvolver sua tese, sugerem uma superação de posicionamentos anteriores, tendo em vista eu o autor ganhou destaque no mundo académico, sobretudo, por trabalhos densos sobre a Constituição dirigente. Sua nova visão reflete as mudanças na Europa e no constitucionalismo sob o impacto das transformações institucionais e normativas (BORGES; CÂMARA, p. 565).

⁷¹ “Diz-se que a originalidade do pensamento de Lucas Pires assenta numa particular concessão do constitucionalismo tendente a «permitir a sua reconstrução num contexto de pluralismo de fontes constitucionais nacionais e europeias». Por isso Poiares Maduro explica que o pensamento constitucional europeu de Lucas Pires foi marcado por duas questões fundamentais: 1) a relação entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo europeu e 2) o modelo que o constitucionalismo europeu podia e devia assumir num contexto não estadual. Não se tratava só de “teorizar uma Constituição que admita o pluralismo de ordenamentos (oficiais, oficiosos e marginais), mas de teorizar o próprio ‘pluralismo de constituições’. Por isso, Lucas Pires colocava a tónica mais numa espécie de teoria da interconstitucionalidade do que num novo constitucionalismo.” (SILVEIRA, 2019, p. 26-27)

⁷² Embora tenha participado ativamente enquanto deputado no Parlamento Europeu, Lucas Pires não chegou a defender a elaboração de uma Constituição Europeia, especialmente em razão da diversidade cultural e amplitude territorial do continente. Nesses termos: “Com efeito, embora sustentando um reforço da unidade política europeia, opôs-se ao modelo federalista, por entender que a Europa, apesar do que a unia, era também diversa em povos e territórios, que tornavam tão inviável quanto indesejável a constituição de um Estado europeu. Assim entendida, a construção europeia devia assentar numa unidade na diversidade, com vista à construção de um amplo espaço não essencialmente económico, como preconizado pelo Tratado de Roma, mas assumindo um carácter político, como condição de criação de uma democracia europeia, na qual os povos participassem ativamente. Lucas Pires defendeu o reforço dos mecanismos de participação popular, sobretudo através do robustecimento dos poderes do Parlamento Europeu no processo de decisão comunitária. Único órgão eleito por sufrágio direto da Comunidade, o Parlamento Europeu deveria assumir-se como expressão da opinião de todos os europeus, com poderes vinculativos na condução das políticas.” (ALVES, p. 323).

Destarte, Canotilho (2008, pp. 191-192) observou um crescimento exponencial da importância do direito internacional que passou a caminhar em conjunto com o direito constitucional, especialmente após as transformações trazidas pela globalização.

Daniela Menogoti Ribeiro e Malu Romancini (2015, p. 164), ao abordarem a teoria do jurista português, explicam que a Teoria da *Interconstitucionalidade* se propõe a analisar as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos entre diversas constituições e poderes constituintes no mesmo espaço político. Ademais, há precedentes no período medieval de situações como as enfrentadas pela teoria de Canotilho, uma vez que neste período, houve a convivência de diversas ordens jurídicas ao mesmo tempo em um só território e região.

E as autoras (2015, p. 164) concluem quanto ao cerne da teoria, *in verbis*:

Assim, pode-se afirmar que fenômeno do interconstitucionalismo teve suas origens nos ordenamentos medievais. No entanto, o interconstitucionalismo, que se trata neste estudo, é aquele que se percebe nos moldes atuais de concorrência, convergência e conflitos entre diversos poderes constituintes convivendo no mesmo espaço político. A Teoria da Interconstitucionalidade enfrenta, dentre outros problemas, o da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas.

Em suma, o *Interconstitucionalismo*, proposto por Canotilho, admite a superação da hegemonia da Constituição Estatal soberana; a eclosão, evolução e avanço de linhas do constitucionalismo admitindo novas posições das Constituições; e, por fim, a revisão das tradicionais hierarquias e verticalizações em focos nacionais, dando lugar, doravante, à olhares com ênfase à multipolaridade e a coexistência de normatividades múltiplas (BORGES; CÂMARA, p. 565).

Avançando o estudo, Peter Häberle (2007, pp. 47-60) também propôs interessante reflexão ao elaborar e fundamentar o conceito de Estado Constitucional Cooperativo⁷³. O autor aponta exemplos históricos e atuais de diversos Estados e constituições que trouxeram/trazem aberturas ao direito internacional, assim como o faz nossa Constituição Federal de 1988. Nesse sentido o autor (2007, p. 52) enfatiza a tendência de valorização do direito internacional, prestigiado pelas próprias constituições dos Estados nacionais, *in verbis*:

⁷³ “‘Estado Constitucional Cooperativo’ é o Estado que juntamente encontra sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.” (HÄBERLE, 2007, p. 04)

Uma rápida incursão pelas Constituições européias e além da Europa permite reconhecer uma mudança de tendência de muitos Estados (constitucionais) para a cooperação internacional, em que, nos antigos Estados socialistas, o elemento cooperativo precede, em parte, o estatal-constitucional. A análise de mais de 100 constituições hoje vigentes, também dos países subdesenvolvidos, somente irá confirmar essa tendência.

Ainda nos valendo dos ensinamentos de Peter Häberle, o Estado Constitucional Cooperativo não admite a primazia entre o Direito Constitucional ou do Direito Internacional, mas sim a coexistência e harmonia entre tais ramos do direito. Em suas palavras, o Estado Constitucional Cooperativo “[...] considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num todo.” (HÄBERLE, 2007, p. 12).

Seguindo os conceitos e tendo por referência o autor alemão, Deborah Duprat (2020, pp. 187-188) aponta inúmeros diplomas normativos nacionais e internacionais que colocam o Estado brasileiro no caminho da construção e consolidação de um Estado Cooperativo como pensado por Peter Häberle.

No plano externo, cita-se como marcos históricos a promulgação das Convenções de Haia em 1907 (ratificada em 1914), a subscrição da Carta de São Francisco de 1945 e a promulgação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948 e cujos processos de elaboração o Brasil participou ativamente (DUPRAT, p. 187).

Ainda, nossa Constituição traz inúmeros dispositivos que vão ao encontro dessa tese. O próprio artigo 5º, §§2º e 3º⁷⁴, dá especial ênfase e importância aos tratados internacionais, sobretudo, os que tratam de matérias relacionadas aos direitos humanos; o artigo 5º, §4º⁷⁵, que submete o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional; e o artigo 4º⁷⁶ que traz os

⁷⁴ *In verbis*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º 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. § 3º 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.” (BRASIL, 1988).

⁷⁵ *In verbis*: “Art. 5º [...] § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” (BRASIL, 1988).

⁷⁶ *In verbis*: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X -

princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, especialmente os dispositivos que impõem a prevalência dos direitos humanos (inciso II), o repúdio ao terrorismo e racismo (inciso VIII) e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX) (DUPRAT, p. 188).

Já Marcelo Neves (2018) também traz instigante tese a respeito das interações entre diferentes ordenamentos jurídicos. O autor, em sua obra intitulada *Transconstitucionalismo*, traz reflexões relevantes acerca do desenvolvimento do constitucionalismo no âmbito da sociedade mundial contemporânea, indo além das fronteiras do constitucionalismo estatal.

Como pressuposto e para fundamentar sua tese, Marcelo Neves (2018, p. XXI) observa que dois foram os problemas que viabilizaram o surgimento do conceito de Constituição, em seu sentido moderno⁷⁷. Em primeiro lugar o surgimento de uma sociedade cada vez mais complexa e heterogênea empenhada em cada vez mais satisfazer demandas relacionadas aos direitos fundamentais ou humanos. Por outro lado, mas intimamente associado ao primeiro problema, desponta “[...] a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder [...], que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal.”

A partir daí, Marcelo Neves ultrapassa as fronteiras e limitações das teorias clássicas que dão ênfase no constitucionalismo estatal. Contudo, para evitar conclusões precipitadas, o autor adverte que sua tese não pode ser confundida ou limitada a conceitos de constitucionalismo internacional, transnacional ou supranacional (2018, pp. XXI e XXII).

O busílis de sua tese encontra-se justamente no questionamento acerca de qual ordem jurídica deve prevalecer (ordens locais, nacionais, internacionais, supranacionais, entre outras).

O tranconstitucionalismo não considera uma única ordem jurídica como ponto de partida ou *ultima ratio*, refutando qualquer posição que de ênfase ao estatalismo, ao internacionalismo, ao supranacionalismo, ao transnacionalismo ou ao localismo como espaços

concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (BRASIL, 1988).

⁷⁷ Remetemos o leitor para o capítulo I deste trabalho no qual propomos um resgate histórico quanto à formação dos Estados e do constitucionalismo sem, contudo, esquecermos quanto à necessária contextualização de institutos e conceitos, sob pena de cairmos em distorções e anacronismos. Ciente disso, Marcelo Neves (2018, p. XX), parte da premissa de que a compreensão de sua tese parte da noção de que o surgimento das constituições modernas vinculam-se ao contexto histórico do constitucionalismo e das revoluções liberais que eclodiram em fins do século XVIII, na França e nos Estados Unidos, além da experiência política-jurídica britânica, com suas peculiaridades históricas.

privilegiados de soluções de problemas constitucionais. Em verdade, o transconstitucionalismo direciona no sentido de construir “pontes de transição”, de promover “conversações constitucionais”, de fortalecer os entrelaçamentos e diálogos constitucionais entre as inúmeras e diversas ordens jurídicas, tais como estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais (NEVES, 2018, p. XXV).

Portanto, Marcelo Neves (2018, p. 297) defende que deve haver uma desconstrução da dicotomia “monismo/pluralismo” e, por consequência, a inexistência de prevalência ou a imposição absoluta de uma ordem sobre a outra, tampouco a fixação de “níveis invioláveis” definitivos tais como: o internacionalismo como *ultima ratio*, com uma nova hierarquização absoluta; ou o supranacionalismo como panaceia absoluta; ou o transnacionalismo como fragmentação libertadora dos liames do Estado; ou o localismo como expressão de uma eticidade absolutamente inviolável.

Pelo contrário, o autor (2018, p. 297) advoga que:

Contra essa tendência, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder-, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. [...] Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*.

A pluralidade de ordens jurídica, na perspectiva do autor, pressupõe a relação complementar entre identidade e alteridade, uma vez que as ordens envolvidas na solução da controvérsia constitucional, no plano da sua autofundamentação, reedificam continuamente sua identidade mediante a inter-relação transconstitucional com as outras ordens (daí o papel da alteridade na rearticulação da identidade) (NEVES, 2018, p. XXV).

Marcelo Neves (2018, p. XXV) conclui que o transconstitucionalismo não busca uma Constituição a qual chama de hercúlea, mas sim o “[...] enfrentamento dos problemas hidroconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.”⁷⁸.

⁷⁸ Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, pp. 96-97) destaca exemplos dados por Marcelo Neves a fim de ilustrar, na prática, casos em que houve o chamado transconstitucionalismo, *in verbis*: “Como forma de demonstrar tal ocorrência e, com isso, a mudança paradigmática em voga, Marcelo Neves cita em sua tese 98 exemplos de

Por fim, Antônio Augusto Cançado Trindade (1996, *on-line*) propõe a superação da clássica discussão entre monistas e dualistas. O internacionalista defende que, no conflito entre normas, deve prevalecer a mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno, ou seja, ambas ordens jurídicas devem interagir em benefício dos seres protegidos. O autor destaca que esta é a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos de maior relevância⁷⁹.

transconstitucionalismo em vários países (incluindo: Alemanha, Brasil, Áustria, França, Inglaterra, EUA, África do Sul, Suíça, entre outros) e em variadas ordens jurídicas. Entre eles, podemos elencar: a) o caso de Caroline de Mônaco II, julgado em 1999 (BVerfGE 101,361). Nesse *case*, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou, de forma categórica, que figuras proeminentes (como uma princesa), diante da imprensa, não têm a mesma garantia de intimidade que o cidadão comum. A Corte Constitucional Alemã, então, decidiu que as fotos tiradas de Caroline de Mônaco por *paparazzi*, mesmo na esfera privada (da intimidade), não poderiam ser proibidas. Nesses termos, o Tribunal proibiu apenas fotos que atingiam os filhos da princesa, porque eram menores. Porém, acontece que, no caso *Caroline Von Hannover versus Germany* (*Caroline versus Alemanha*), de 24 de julho de 2004, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) decidiu contrariamente ao Tribunal Constitucional Alemão, exarando, que ‘não há liberdade de imprensa que atinja a intimidade da princesa, mesmo sendo ela uma figura pública’. Ou seja, o TEDH foi favorável à proteção da intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa.”. O outro exemplo destacado pelo autor e que consta na obra de Marcelo Neves, refere-se ao julgamento do RE 466.344/SP realizado pelo Supremo Tribunal Federal no qual foi enfrentada a questão acerca da (im)possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Mais à frente, nos tópicos seguintes do presente trabalho, este célebre *case* será analisado a fundo.

⁷⁹ O autor lista os principais tratados, primeiro em âmbito global e, depois, nos planos regionais. Vejamos: “No plano global, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos proíbe expressamente qualquer restrição ou derrogação aos direitos humanos reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte, em virtude de outras convenções, ou de leis, regulamentos ou costumes, ‘sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau’ (artigo 5(2)). Tanto a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (artigo 5) quanto a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (artigo 5), prevêm igualmente que nenhuma de suas disposições prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos respectivamente aos refugiados e apátridas, independentemente delas. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher adverte que nada do disposto nela prejudicará ‘qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: a) na legislação de um Estado Parte; ou b) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado’ (artigo 23). Na mesma linha de pensamento, a Convenção sobre os Direitos da Criança também adverte que nada do estipulado nela afetará ‘disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado’ (artigo 41). No plano regional, a mesma ressalva se encontra na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direitos que ‘possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja Parte um dos referidos Estados’ (artigo 29(b)); proíbe, ademais, a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de excluir ou limitar ‘o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza’ (artigo 29(d)). Da mesma forma, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) determina que ‘não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau’ (artigo 4). No continente americano assim como no continente europeu a solução é a mesma. Estipula a Convenção Europeia de Direitos Humanos que nenhuma de suas disposições será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos humanos reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Estado Parte ou com qualquer outra convenção em que este for Parte (artigo 60). A Convenção Europeia para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante esclarece que não prejudicará ela ‘os dispositivos do direito interno ou de qualquer acordo internacional que forneçam maior proteção às pessoas privadas de sua liberdade’ (artigo 17(1)). A Carta Social Europeia, a seu turno, determina igualmente que suas disposições não prejudicarão as de direito interno nem as de tratados que ‘sejam mais favoráveis às pessoas protegidas’ (artigo 32).” (1996, *on-line*).

Cançado Trindade (1996, *on-line*) aponta que o critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas favorece a redução considerável de pretensas possibilidades de colisões e conflitos entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Além disso, contribui “[...] para obter maior coordenação entre tais instrumentos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados).”.

Assim, Cançado Trindade (1996, *on-line*) conclui ser necessária a superação da estática compartimentalização entre o direito internacional e o direito interno, proposta pela doutrina clássica, dando lugar à interação dinâmica entre ambos ramos do direito a fim de proteger o ser humano e cumprir a missão última do próprio Direito, qual seja, fazer justiça.

3.2 A teoria da dupla compatibilidade vertical e o controle jurisdicional de convencionalidade

O tema da dupla compatibilidade vertical material das normas, bem como do controle de convencionalidade das leis passou a ter relevância nos debates acadêmicos e jurisprudenciais há pouco tempo, uma vez que o seu surgimento é relativamente recente, contemporâneo ao surgimento das sociedades pós-modernas.

No plano internacional, a primeira menção ao controle de convencionalidade se deu em um julgamento do Conselho Constitucional francês, na Decisão nº. 74-54, proferida em 1975, na qual referido órgão, diante do artigo 55 da Constituição Francesa⁸⁰ que atribui *status* supralegal aos tratados internacionais, entendeu não ser competente para aferir a compatibilidade das leis com os tratados ratificados pela França atribuindo para essa espécie de controle o neologismo que acabou se consagrando na doutrina internacionalista. Para fundamentar sua decisão, o referido órgão entendeu que teria competência apenas para realizar o controle de constitucionalidade propriamente dito (MAZZUOLI, 2018, pp. 27-28) (RAMOS, 2012, p. 541).

Embora não tenha sido realizado na ocasião o dito controle de convencionalidade, pela primeira vez se admitiu a possibilidade de dupla compatibilização das normas domésticas com a Constituição e com os tratados internacionais em vigor em dado ordenamento jurídico interno (MAZZUOLI, 2018, pp. 141-142).

⁸⁰ *In verbis*: “Article 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.” (FRANÇA, 1958).

A maioria dos estudos se referiam ao controle de convencionalidade como uma forma de responsabilização de um Estado no plano internacional por atos do Poder Legislativo que violassem normas protetoras de direitos humanos ou então a aferição da compatibilidade das normas domésticas frente aos tratados internacionais de direitos humanos realizada por órgãos internacionais utilizando-se de mecanismos diversos. Conforme aponta, André de Carvalho Ramos (2012, pp. 540-541), o controle de convencionalidade de matriz internacional é, via de regra, conferido a órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, instituídos por tratados internacionais para evitar a inconveniente figura do *judex in causa sua*, ou seja, que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados. Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos, especialmente as Cortes Europeia, Interamericana e Africana, bem como os comitês onusianos, entre outros⁸¹.

Mais tarde, já na virada do século XX para o XXI, surgiu a discussão acerca da possibilidade de realização do controle de convencionalidade no âmbito interno, realizado principalmente, mas não exclusivamente⁸², por meio da declaração da invalidade de normas domésticas em julgamentos de casos concretos proferidos por juízes e tribunais ou até mesmo por meio de um controle em abstrato por órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Aos poucos, a doutrina passou a debruçar-se sobre o assunto, mas pouco foi dito a respeito do controle jurisdicional de convencionalidade nos moldes como é feito o controle jurisdicional de constitucionalidade.

⁸¹ Neste ponto, remetemos o leitor para o tópico 1.3.3., acerca da evolução dos sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos, especialmente quanto ao surgimento de órgãos judiciais nestas esferas.

⁸² No presente trabalho o objeto de pesquisa centra-se no estudo do controle jurisdicional de convencionalidade exercido por órgãos judiciais, mas, assim como ocorre com o controle de constitucionalidade, os demais Poderes, Legislativo e Executivo, também possuem a prerrogativa de exercer o controle de convencionalidade no exercício de suas funções. Nesse sentido, valemo-nos, novamente, do magistério de Valerio Mazzuolli (2018, p. 29): “Se é certo, porém, que incumbe, prioritariamente ao Poder Judiciário dos Estados controlar a convencionalidade das leis no país, não é menos verdade que os demais poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo) têm igualmente obrigações de respeito e acatamento para com o que dispõem as normas internacionais de direitos humanos das quais o Estado é parte.” Mais à frente o autor (2018, pp. 186-187) exemplifica como este controle é realizado pelos demais poderes do Estado, *in verbis*: “Se durante o processo legislativo o Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) controla preventivamente a constitucionalidade das leis, da mesma forma há de controlar a convencionalidade da produção normativa doméstica (especialmente por meio de suas Comissões de Constituição e Justiça. [...] O poder Executivo tem também papel relevante no que tange ao controle de convencionalidade das leis, notadamente quanto do exercício do veto aos projetos de lei inconventionais. [...] Também o administrador público, em geral, da mesma forma que deve pautar-se pela Constituição e pelas leis vigentes e válidas no país deverá (doravante) ter em conta o comando dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado naquilo que também forem mais benéficos aos administrados.”

Há, portanto, o uso do controle de convencionalidade tanto no âmbito internacional quanto no âmbito interno, realizado por órgãos internacionais e por órgãos internos dos Estados.

Como se viu, em linhas gerais, falar em controle de convencionalidade significa verificar a compatibilidade vertical material das normas de direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor nos Estados. Também significa, quanto ao âmbito jurisdicional, falar em técnica judicial, tanto de órgãos internos quanto internacionais, de realizar esta mesma compatibilização (MAZZUOLI, 2018, pp. 141-142).

Em relação ao controle de convencionalidade realizado em âmbito interno, na Europa, o *Institut de Droit International*, em sessão realizada em 1993 na cidade de Milão, emitiu Resolução a fim de propor que os juízes e tribunais internos apliquem com plena independência as normas internacionais e que respeitem as interpretações dadas pelos órgãos judiciais internacionais. Ainda, no artigo 5º, da Resolução, o *Institut* propôs também que os juízes nacionais recusassem a aplicação de tratados que considerassem, no todo ou em parte, inválidos por qualquer razão, mesmo que não tivessem sido denunciados. Assim, mesmo não utilizando a terminologia “controle de convencionalidade”, foi sugerido que houvesse o controle material de um tratado em relação a outro, dando prevalência a interesses substancialmente superiores (MAZZUOLI, 2018, pp. 56-57).

Já no sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, um marco importante foi o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, no qual ficou assentado que os países possuem o dever de realizar o controle de convencionalidade no âmbito interno, especialmente pelo Poder Judiciário na interpretação e aplicação das leis.

Na ocasião, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006) manifestou-se nos seguintes termos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No mesmo sentido, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 176), juiz da Corte desde 2013, considera que:

[...] los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado.

Tal entendimento foi reforçado em julgamentos posteriores da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo nos julgamentos do Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso *vs.* Peru (2007), Caso Boyce e outros *vs.* Barbados (2007), Caso Gomes Lund (“Guerrilhado Araguaia”) *vs.* Brasil (2010), Caso Cabrera García e Montiel Flores *vs.* México (2010), e Caso Gelman *vs.* Uruguai (2011). Neste último, a Corte Interamericana entendeu, inclusive, haver uma obrigatoriedade de os magistrados exercerem “[...] *ex officio* um ‘controle de convencionalidade’ entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente.” (CIDH, 2011).

Outrossim, é importante dizer que a partir das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que pese haja a necessidade de os países possuírem o dever de realizar o controle de convencionalidade no âmbito interno, especialmente pelo Poder Judiciário, como explanado alhures, compete às cortes internacionais a última palavra quando o cerne da questão envolva direitos humanos. Em especial cabe à Corte Interamericana de Direito Humanos tal prerrogativa no que diz respeito ao sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos⁸³.

Sob essa perspectiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010) ao sentenciar o Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil apontou, por meio do voto do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas, a relevância e necessidade em se respeitar as decisões e entendimentos firmados pela Corte no exercício de sua competência jurisdicional, *in verbis*:

Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais

⁸³ Mas nem sempre é o que ocorre na prática, tendo em vista que, como observado por Isabella Bolfarinni (2019, p. 23), o nível de observância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda é frequentemente baixo. A autora adverte, contudo, que isso “[...] não signifique que não haja iniciativas de cumprimento ou que certas medidas não sejam rápida e integralmente observadas pelos Estados-membros, mas sim que que são poucas as sentenças cumpridas em sua integralidade.”

supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

Ainda, conforme apontado pelo Juiz Roberto Caldas na sentença proferida pela Corte (2010), o Brasil, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu, como obrigatória e de pleno direito, a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos por prazo indeterminado⁸⁴. A promulgação do reconhecimento, em âmbito interno, se deu por meio do Decreto nº. 4.463, de 08 de novembro de 2002⁸⁵.

Outro ponto relevante é quanto aos parâmetros de controle, ou seja, quais normas e/ou institutos de direito internacional devem servir de “[...] paradigma e referencial ético a juízes e tribunais nacionais quando do exercício de compatibilização de normas domésticas com as do sistema dos direitos internacionais.” (MAZZUOLI, 2018, p. 54).

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012), conforme consta na fundamentação da Sentença do Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala, no exercício do controle de convencionalidade, “[...] *los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.*”.

O trecho final transcrito alhures, deixa claro também o valor das decisões da Corte Interamericana, tanto suas sentenças quanto opiniões consultivas, portanto, partes integrante do bloco de convencionalidade⁸⁶.

⁸⁴ No mesmo sentido e dando destaque à força vinculante das sentenças proferidas pela Corte, destaque-se trecho extraído da supervisão de cumprimento da sentença do Caso Gelman vs. Uruguai: “*Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no solo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta.*” (CIDH, 2013).

⁸⁵ *In verbis*: “Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.” (BRASIL, 2002).

⁸⁶ Na supervisão de cumprimento da sentença do Caso Gelman vs. Uruguai, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2013) enfatizou o seguinte: “*Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional (supra Considerando 69), este control también posee un rol importante en el cumplimiento o*

Valerio Mazzuoli (2018, p. 55) nos traz, em síntese, o que seria o bloco de convencionalidade, *in verbis*:

O bloco de convencionalidade *latu sensu* – composto das fontes formais do direito internacional dos direitos humanos e das decisões (sentenças e opiniões consultivas) da corte regional de proteção respectiva – dialoga com o bloco de constitucionalidade estatal sempre no sentido de *ampliar* o gozo dos direitos e liberdades consagrados em ambos os ordenamentos (o internacional e o interno). Todo esse mosaico protetivo, para fala como Erik Jayme, “dialoga” entre si para melhor proteger o ser humano sujeito de direitos.

Em resumo, conforme Claudio Enrique Nash Rojas (2019, pp. 04-11), dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente do paradigmático Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* foram definidos os contornos do controle de convencionalidade que compreendem um complexo conceito cujos elementos e características são: i) a verificação da compatibilidade das normas e demais práticas internas com a Convenção Americana de direitos Humanos, com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto contenciosa quanto consultiva, e os demais tratados internacionais dos quais o Estado seja parte; ii) a obrigação que corresponde a toda autoridade pública no âmbito de suas competências; iii) é um controle que deve ser realizado de ofício pela autoridade pública, ou seja, independe de provocação pela parte interessada; iv) a sua realização pode implicar na supressão de normas contrárias à norma paradigma e pertencente ao bloco de convencionalidade; e v) a obrigação de realizar o controle decorre dos princípios de direito internacional público e das próprias obrigações internacionais do Estado assumidas no momento em que, voluntariamente, optou em aderir à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou outro tratado internacional.

No Brasil, o assunto em torno do controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito interno ganhou relevo a partir da inclusão do § 3º ao artigo 5º de nossa Constituição Federal, já transcrito alhures. A partir daí, ficou óbvia a importância dos tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, para o nosso ordenamento jurídico.

Tal dispositivo motivou a revisão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico. Como será visto no tópico seguinte, passou-se a atribuir hierarquia constitucional ou supralegal aos

implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.”.

tratados internacionais de direitos humanos alterando o formato da pirâmide normativa idealizada por Kelsen. Como consequência lógica, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP, a dupla compatibilização vertical material das normas domésticas passou a ser admitida pela mais alta corte de nosso país.

Então, além do já consagrado controle de constitucionalidade passaria a ser possível também o controle de convencionalidade no âmbito jurisdicional interno, mecanismo este que, como explanado alhures, “[...] consiste na análise da compatibilidade entre as leis (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos [...].” (RAMOS, 2012, p. 541).

O debate da possibilidade do controle jurisdicional de convencionalidade das leis foi objeto de estudo do Professor Valerio Mazzuoli ao defender sua tese de Doutorado em Direito Internacional na Universidade Federal do Rio Grande do Sul pouco antes do julgamento do STF do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP. Como já dito alhures, o referido autor possui entendimento similar ao esposado pelo Ministro Celso de Mello no que tange a hierarquia das normas internacionais incorporadas ao direito interno. Para ele, todos os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país possuem o mesmo nível das normas constitucionais. Os demais tratados que não versarem sobre direitos humanos teriam o *status* de supralegalidade (MAZZUOLI, 2018, pp. 109-111).

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2010, pp. 173-185), em trabalho publicado em 2010, defende que o controle de convencionalidade se daria de duas formas: pela via concentrada a ser realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, no plano internacional, e pela via difusa pelos juízes integrantes dos órgãos judiciais no âmbito interno dos países.

Mazzuoli (2011, p. 10) vai além e aponta a insuficiência do posicionamento do autor mexicano, uma vez que: “Não conseguiu ele visualizar que as Cortes Supremas internas também realizam o dito controle concentrado, quando invalidam as normas internas *erga omnes* em processos de arguição de inconstitucionalidade iniciados pelas ações constitucionais do controle abstrato (v.g., no caso do Brasil, uma ADIn).”.

Assim, para Valerio Mazzuoli (2011, p. 165), existem quatro modalidades de controle realizados por órgãos jurisdicionais internos: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade (difuso e concentrado) e de constitucionalidade (difuso e concentrado).

Destarte, o duplo limite vertical material, para o referido autor, encontra na Constituição e nos tratados de direito humanos seu primeiro limite, enquanto os tratados internacionais comuns em vigor seriam o segundo limite. Assim os tratados internacionais, sejam de direito humanos ou não, passam a ser, junto à Constituição, paradigma de controle vertical material de normas de direito interno (MAZZUOLI, 2011, p. 167).

Embora tal tese ainda não tenha total acolhida na jurisprudência, predominando ainda a posição do Ministro Gilmar Mendes, fato é que sua adoção representaria um grande avanço na concretização dos direitos fundamentais e humanos.

Mas como dito alhures, independente da tese aceita, passa a ser dever dos juízes e tribunais de todo o país declarar a invalidade de normas infraconstitucionais que contrariem as normas de direito internacional, os tratados internacionais de direitos humanos.

3.3 Hierarquia das normas e o status normativo dos tratados internacionais: a crescente valorização das normas internacionais no Brasil e a difusão do controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito interno do Estado brasileiro

No Brasil, quanto à hierarquia das normas, em nossa jurisprudência, a partir de 1977, com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº. 80.004/SE consolidou-se o entendimento que haveria paridade entre os tratados internacionais e as leis infraconstitucionais (MENDES; BRANCO, 2015, p. 619).

O relator, Ministro Xavier de Albuquerque, baseado na jurisprudência anterior⁸⁷, votou pela primazia dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional⁸⁸ (BRASIL, STF, 1977).

⁸⁷ Em seu voto, o Ministro Xavier de Albuquerque, baseou-se na jurisprudência e citou o internacionalista Haroldo Valladão. Eis trecho de seu voto: “A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiros (RTJ 59/70), O Supremo Tribunal vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporaram-se ao nosso direito interno e entraram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgaram. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno, como depõe o Professor Haroldo Valladão (Dir. Internacional Privado. 3ª ed., 1971, pág. 96): [...]. Em nota de rodapé, acrescenta o ilustre especialista (op. loc. cit.): ‘O saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal, PHILADELPHO AZEVEDO, depois Juiz da Corte de Justiça Internacional, afirmou assim, no artigo referido em que aproveitou um seu voto vencido (Ap. Civ. 7.872, Ar. Jud. 69/14), afinal vencedor nos acórdãos acima citados, ser unânime a opinião dos Ministros do Supremo Tribunal ‘em prol do prestígio empenhado na palavra do país, escrita em Tratados, assim excluídos da revogação comum, ao menos da que decorrer apenas, implicitamente de novas normas internas’. V. no 1º acórdão citado acima, na Ap. Civ. 8.332, estas palavras decisivas do então Ministro, depois *Chief Justice*, OROSIMBO NONATO: ‘Todavia... parece-me que o Estado, vinculado, por Tratado, não pode citar lei algum que contrariasse esse tratado [...]’. ‘Enquanto não fizer a denúncia não pode ser descumprido o tratado e a obrigatoriedade de sua observância, a não

Contudo, a maioria dos ministros, seguindo a divergência inaugurada pelo voto-vista do Ministro Cunha Peixoto, entendeu pela paridade normativa entre tratados internacionais e as leis. Ademais, ficou assentado que, na hipótese de conflito entre tais normas, o intérprete deveria recorrer ao critério cronológico, ou seja, nas palavras do Ministro Rodrigues Alckmin, “[...] na contradição entre o tratado anterior e a lei interna posterior, tenho como certa a validade desta.” (BRASIL, STF, 1977).

A grosso modo⁸⁹, eventuais conflitos deveriam ser resolvidos pelo princípio da *lex posterior derogat priori*⁹⁰.

ser que se une meio específico, acarreta a consequência de que o Estado continua preso ao tratado [...]’[...]. A referência que faz à jurisprudência do Supremo Tribunal, usa-a o mestre já citado para apoiar a assertiva de que ‘[...] a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional e jamais pela inferior, interna ou nacional.’ (op. cit., pág. 95).” (BRASIL, STF, 1977).

⁸⁸ Francisco Rezek aponta que antes de 1977 havia muita divergência em torno do assunto, mas que prevalecia a tese de supremacia do direito internacional sobre as normas infraconstitucionais. Nesse sentido: “Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934 foi rejeitado o anteprojeto de norma, inspirada na carta espanhola de 1931, que garantisse entre nós o primado dos compromissos externos sobre as leis federais ordinárias. A jurisprudência, contudo, não cessou de oscilar até pouco tempo atrás, e a doutrina permanece dividida. Marotta Rangel, partidário do primado da norma convencional, enumerou, entre autores de idêntico pensamento, Pedro Lessa, Philadelfo Azevedo, Vicente Ráo, Accioly e Carlos Maximiliano. Azevedo, quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre todo o direito interno infraconstitucional.” (REZEK, 2011, p. 129).

⁸⁹ Gilmar Ferreira Mendes (2015, p. 619), ao comentar este mesmo julgado, destaca importante trecho do voto do Ministro Leitão de Abreu que melhor delimita esta questão, *in verbis*: “Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio *‘lex posterior derogat priori’*. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas” (BRASIL, STF, 1977).

⁹⁰ Em resumo do RE 80.004/SE: “O relator originário, Ministro Xavier de Albuquerque, sustentou, vencido, o primado do Direito Internacional. A maioria, entretanto, reconhecendo o conflito entre o tratado e a lei nacional, esta posterior àquele, garantiu a autoridade da lei nacional, mais recente, tendo em vista a paridade entre o tratado e a lei nacional. Os Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin, Thompson Flores e Cunha Peixoto votaram no sentido de que, da mesma forma que o tratado posterior derroga a lei, também a lei posterior derroga o tratado anterior, segundo a regra *lex posterior derogat legi priori*. O Ministro Antônio Neder, com base em argumentos diferentes, acompanhou a conclusão dos votos dos Ministros Peixoto, Guerra, Leitão, Alckmin e Flores. O voto mais importante foi do Ministro Leitão de Abreu, voto que, segundo Rezek (1984, p. 472), melhor equacionou a controvérsia. Segundo Leitão de Abreu, a lei posterior não revoga o tratado anterior, ‘mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis’, pelo que ‘voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas’. Prevaleceu, na verdade, o entendimento de Leitão de Abreu, por isso que, revogado, posteriormente, o DL 427, pelo DL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os defensores⁹¹ da paridade dos tratados internacionais com as leis continuaram a sustentar esta tese invocando, inclusive, o artigo 102, inciso II, alínea “c”, que atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para “[...] julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; [...]” (BRASIL, 2018).

Portanto, diante desta interpretação, os tratados internacionais teriam o mesmo *status* das leis federais. Esse entendimento trazia um grande inconveniente, especialmente na interpretação e aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos que, mesmo possuindo um conteúdo com alta densidade axiológica, sucumbiriam diante de leis federais especiais ou posteriores.

1.700/79, o Supremo Tribunal Federal continuou a aplicar as Convenções de Genebra (DOLINGER, 1996, p. 93). Realmente, no julgamento do RE 95.002/PR, Relator o Ministro Soares Muñoz, julgamento ocorrido em 15.9.81, o Supremo Tribunal aplicou o art. 20 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que regula o endosso dado após o vencimento.’ (VELLOSO, 2004).

⁹¹ Por exemplo, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2004, p. 32-33), apontam o que entendem ser a visão mais apropriada acerca do *status* normativo dos tratados internacionais antes da Emenda Constitucional nº. 45/04, que incluiu o §3º ao artigo 5º, da Constituição Federal, *in verbis*: “Esse entendimento é explicitamente corroborado pela Constituição Federal, que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para resolver definitivamente dúvidas sobre a validade de tratados internacionais, declarando ou não sua conformidade com normas constitucionais (art. 102, III, b). Se o Tribunal, que exerce o papel de guardião da Constituição (art. 102, caput), pode declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional, isso significa que, na hierarquização constitucional das fontes jurídicas, os tratados são inferiores à Constituição, não podendo derogar ou ab-rogar previsões normativas dessa última. Em caso de incompatibilidade, a sanção será a declaração de inconstitucionalidade do tratado com as mesmas consequências da declaração de inconstitucionalidade das leis ordinárias. Isso permite afastar de plano a possibilidade de reconhecer, no Brasil, a validade de normas de um tratado internacional que contrariarem normas constitucionais, pouco importando se estamos diante de normas constitucionais anteriores ou posteriores ao tratado (introduzidas mediante emenda constitucional). Alguns autores afirmam que não ocorre incompatibilidade entre essas espécies normativas. Essa posição não convence, pois, pelo contrário, haverá antinomia toda vez que um tratado estabelecer medidas protetoras de um direito humano que afetem (restringam ou suspendam) direitos fundamentais garantidos na Constituição. Um exemplo de incompatibilidade foi dado pelo Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional (Seção 10.6.2). [...] Antes da EC 45, de 2004, os tratados internacionais eram, independentemente de seu objeto e conteúdo, incorporados mediante ato do Congresso Nacional (Decreto Legislativo), que ratificava tratado celebrado pelo Presidente da República (art. 49, I e 84, VIII, da CF), sendo em seguida editado um Decreto presidencial, apesar da ausência de previsão constitucional em relação a este último. Essa forma de aprovação deixava claro que todos os tratados internacionais tinham posição hierárquica igual à das leis ordinárias. Se para a incorporação do tratado é necessário e suficiente o voto da maioria simples dos membros do poder legislativo federal com posterior concordância do Presidente da República, como aceitar que uma lei posterior, que também emana da vontade da maioria do Congresso Nacional e deve ser promulgada pelo Presidente da República, não tivesse a capacidade formal de modificar as previsões do tratado? Tem-se aqui uma típica situação de paralelismo nas formas de criação do direito: ‘quem faz pode desfazer’, que torna juridicamente impossível afirmar que o tratado internacional incorporado ao direito interno não possa sofrer modificações mediante decisão das autoridades que lhe conferiram validade jurídica. Esse posicionamento foi endossado e repetidamente confirmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e significa, na prática, que, em casos de incompatibilidade entre lei e tratado, devem ser aplicadas regras de solução das antinomias jurídicas entre normas do mesmo nível, prevalecendo a norma mais nova, pelo menos quando estabelece expressamente a modificação da anterior.”

Na Alemanha, onde o debate em torno da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos é intenso, essa celeuma foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF) que, após uma mudança de paradigma, passou a ressaltar a importância da Convenção Europeia de Direitos Humanos para ordenamento jurídico teutônico. Bodo Pieroth e Bernhard Schilink (2012, p. 54-55), comentando a mudança de posição tomada pela corte constitucional alemã, asseveram que:

O TCF considerou que na proteção de um acervo essencial de direitos humanos internacionais, especialmente garantida pelo art. 1º, n. 2, em ligação com o art. 59º, n. 2, frase 1, se encontra fundada a obrigação jurídico-constitucional de, na aplicação dos direitos fundamentais alemães, recorrer à CEDH como auxiliar interpretativo para a definição do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais e de, para além disso, interpretar o direito ordinário de maneira conforme à CEDH. Com essa posição, o Tribunal Constitucional Federal recorre à CEDH como critério de controle diretamente em face dos poderes judicial e executivo e, indiretamente, também do poder legislativo e coloca-a, na hierarquia das normas, acima do direito ordinário.

Essa mudança de postura foi fruto de uma crescente (re)valorização e regulação dos direitos fundamentais e humanos no plano supranacional, especialmente após os horrores vividos durante a Segunda Guerra Mundial. Novamente, Bodo Pieroth e Bernhard Schilink (2012, p. 49) pontuam que:

Este impulso partiu das Nações Unidas. A Assembleia-Geral das Nações Unidas havia identificado ‘o não reconhecimento e o desprezo pelos direitos humanos’ como uma das causas do terror nacional-socialista tanto para o interior como para o exterior, proclamando, por isso, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas; a ela juntaram-se em 1966 os dois Pactos de direitos humanos (Pactos sobre os Direitos Cívicos e Políticos, Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Na Europa as novas organizações internacionais também quiseram assegurar duradouramente a convivência pacífica entre os povos mediante a garantia dos direitos fundamentais.

Tal tendência no sentido de valorização dos direitos humanos no âmbito interno foi seguida por diversos países latino-americanos que reconheceram a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos frente às leis. Tal reconhecimento deu-se em alguns casos pela via jurisprudencial enquanto outros países optaram pela consagração de tal diretriz em suas constituições. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 169-172) cita como exemplos Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Peru, Paraguai, República Dominicana, Bolívia, Equador, Venezuela e Uruguai.

Em nosso país, a paridade normativa entre os tratados internacionais de direitos humanos e as leis foi definitivamente superada em 03 de dezembro de 2008⁹², com o julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 466.343/SP, do Recurso Extraordinário n.º. 349.703/RS e do *Habeas Corpus* (HC) n.º. 87.585/TO. Na ocasião, foi enfrentado a questão em torno da colisão entre o artigo 7º, n.º. 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe a prisão civil do depositário infiel⁹³, e o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, disposição que a autoriza⁹⁴.

Duas vertentes se confrontaram nesse emblemático julgamento.

A primeira, por ora vitoriosa, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes sustenta que os tratados de direitos humanos possuem *status* supralegal, porém abaixo da Constituição. Por outro lado, caso algum deles passe pelo rito de aprovação próprio das Emendas Constitucionais (aprovação pelas duas casas do Congresso Nacional com maioria de três quintos, em duas votações em cada casa) e posteriormente seja ratificado pelo Presidente da República terá valor de Emenda Constitucional e, portanto, fará parte do bloco de constitucionalidade. Os tratados internacionais comuns continuam a ser equiparados às leis ordinárias (BRASIL, STF, 2009).

No que diz respeito ao mérito dos julgamentos quanto à (im)possibilidade da prisão civil do depositário infiel, com a prevalência da tese do Ministro Gilmar Mendes e a consideração do *status* supralegal e infraconstitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos, ficou assentado que a Constituição apenas admitiu a prisão do depositário infiel, enquanto o direito infraconstitucional poderia livremente decidir a respeito da permissão ou proibição. E nesse caso, a disposição contida da Convenção teria primazia sobre o Código Civil de 1916 (artigo 1.287)⁹⁵ e demais normas infraconstitucionais (Decreto – Lei n.º. 911/1969)⁹⁶.

⁹² A publicação se daria no ano seguinte, em 05 de junho de 2009.

⁹³ *In verbis*: “Art. 7º: [...] n.º. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (BRASIL, 1992).

⁹⁴ *In verbis*: “Art. 5º: [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;” (BRASIL, 1988).

⁹⁵ *In verbis*: “Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273).” (BRASIL, 1916). Registra-se que o Código Civil de 1916 foi revogado pela Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil, ainda em vigor.

⁹⁶ “Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 1º 1) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do

Já a segunda a tese defendida pelo Ministro Celso de Mello confere aos tratados internacionais de direitos humanos valor constitucional, independentemente de terem ou não passado pelo rito do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 (BRASIL, STF, 2009).

Vale ressaltar que o Ministro Celso de Mello não é uma voz solitária entre seus pares.

Recentemente, o Ministro Edson Fachin^{97 98}, em artigo publicado em coautoria sob o título *O caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos*, adota um posicionamento que prestigia ainda mais e põe em evidência as normas de direito internacional, especialmente os tratados internacionais de direitos humanos, deixando claro sua disposição em rever ou aprimorar a tese por ora majoritária do Ministro Gilmar Mendes assentada no multicitado Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP⁹⁹.

efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406 / 2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.” (MENDES; BRANCO, 2015, pp. 628-629).

⁹⁷ Após ter sido indicado pela ex-Presidente da República Dilma Rousseff, o Ministro Fachin tomou posse em 16 de junho de 2015, portanto, não integrava nossa Suprema Corte à época do julgamento do RE 466.343/SP.

⁹⁸ Recentemente, em julgamento amplamente acompanhado e divulgado pela mídia a respeito da viabilidade jurídica do pedido de registro da candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o Ministro Edson Fachin abriu divergência do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que havia se pronunciado pela inelegibilidade do pretense candidato. Para o jurista gaúcho, a Justiça Eleitoral brasileira deveria acatar a liminar proferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU recomendando a autorização do registro da candidatura para que o ex-presidente participasse do pleito eleitoral de 2018. Como fundamentos de seu voto, entre outros, Fachin deu especial ênfase na importância do respeito às normas e instituições de direito internacional e ressaltou o *status*, no mínimo supralegal, do direito à comunicação ao Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Nas palavras do Ministro: “Não bastassem as razões que decorrem do próprio Pacto, a Constituição Federal dispõe expressamente, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos decorrentes dos tratados integram os demais direitos atribuídos à pessoa humana. O direito à comunicação ao Comitê é, portanto, um direito garantido pela própria Constituição brasileira. Eis aí a força normativa da decisão do Comitê. Uma interpretação em sentido diverso, com a devida vênia, pode atender a sentimento de ocasião, legítimos na arena social e política, entretanto os limites para o aplicador da norma somente podem decorrer dos sentidos da própria norma. Fora disso, há hipertrofia da atividade judicante. A incidência da cláusula constitucional de abertura impõe reconhecer que esse direito detém, no mínimo, conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, força supralegal. Noutras palavras, a norma convencional prevalece sobre a legislação infraconstitucional, de modo a paralisar sua eficácia. Embora inelegível por força da Lei da Ficha Limpa, não há como o Poder Judiciário deixar de reconhecer que a consequência de uma medida provisória do Comitê de Direitos Humanos é a de paralisar a eficácia da decisão que nega o registro da candidatura. Essa não é uma opção do julgador: essa foi escolha do legislador constituinte, do Congresso Nacional e do Estado brasileiro que firmou e ratificou o Pacto.” (BRASIL, TSE, 2018).

⁹⁹ Marcelo Neves (2018, pp. 145-146) aponta que os julgamentos em torno da (im)possibilidade da prisão civil do depositário infiel, concluídos em 2008, representaram um relevante caso de transconstitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal. Mantida a posição jurisprudencial anterior, no sentido de paridade

Nas palavras do jurista gaúcho:

Não obstante a relevância e importância histórica da tese da supralegalidade dos tratados de direito humanos não aprovados pelo Congresso Nacional de acordo com o §3º do art. 5º da Constituição – adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 466.343-1-, trata-se de fórmula que se encontra madura para possível revisão ou aprimoramento, especialmente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais e humanos que ressoam conjunta e textualmente pela ordem jurídica interna e internacional, ou seja, quando já uma identidade de direção entre ambos os instrumentos de proteção (FACHIN *et al.*, 2018, p. 293).

Tais palavras vão ao encontro do que há muito já era defendido por juristas e estudiosos de direito internacional em nosso país, como Flávia Piovesan (2013, pp. 112-142), Valerio de Oliveira Mazzuoli (2014, pp. 414-419) e Carlos Roberto Husek (2017, pp. 122-124)., no sentido de conferir à chamada cláusula de abertura material contida no §2º do artigo 5º da Constituição Federal uma interpretação em consonância com o princípio da máxima efetividade. Por força de tal dispositivo constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos passariam a ostentar natureza materialmente constitucional e integrariam o bloco de constitucionalidade, mesmo antes da Emenda Constitucional nº. 45/2004¹⁰⁰.

Independente da tese adotada, uma consequência prática mostrou-se inexorável: com a mudança de concepção quanto à hierarquia das normas, o que trouxe uma nova configuração para a pirâmide jurídica idealizada por Kelsen, tornou-se evidente a necessidade de uma dupla aferição da compatibilidade vertical das normas. Além do já consagrado controle jurisdicional de constitucionalidade, desponta também o chamado controle jurisdicional de convencionalidade da produção normativa doméstica (MAZZUOLI, 2018, p. 115).

Portanto, a Constituição deixa de ser o único paradigma para o controle das normas internas, passando a ser imprescindível que haja, também, a compatibilização da ordem jurídica com os tratados internacionais em vigor.

normativa entre tratados e leis, significaria um rompimento do diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos em torno de uma compreensão dos direitos humanos e fundamentais. Superada a antiga posição jurisprudencial e adotada a tese do Ministro Gilmar Mendes, mesmo que ainda insuficiente para alguns internacionalistas, pareceu claro que foi posto em primeiro plano “[...] o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas.”.

¹⁰⁰ “Ficaria, de início, a dúvida que ressalta da própria Constituição Federal, no que tange à possibilidade de superar as barreiras constitucionais em matéria de tratado. O Art. 5º, §§ 1º e 2º, por exemplo, revelaram-se como porta aberta, antes da Emenda n. 45/2004, para admitir a prevalência do tratado em matéria de direitos e garantias fundamentais [...]” (HUSEK, 2017, p. 122)

Surge daí o duplo controle vertical material que, segundo a posição adotada pelo STF atualmente, se desdobra em duas etapas de compatibilização das normas de direito interno, tendo como parâmetros nossa Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional de acordo com o §3º do artigo 5º da Constituição Federal, como primeiro limite, e os tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados pelo rito das Emendas Constitucionais, como segundo limite (BRASIL, STF, 2009).

Por outro lado, se admitida a tese do Professor Valerio Mazzuoli (2018, p. 115-118), que mais se aproxima do posicionamento dos Ministros Celso de Mello e Edson Fachin, a primeira etapa de compatibilização teria como parâmetros nossa Constituição e todos os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte como primeiro limite, e os tratados internacionais comuns¹⁰¹ como segundo limite.

Luiz Flávio Gomes (2018, p. 18), ao prefaciar a obra de Valerio Mazzuoli (2018), de forma sintética e didática nos traz as distinções entre as duas vertentes, *in verbis*:

A diferença fundamental, em síntese, entre a tese de Valerio Mazzuoli e a posição vencedora (por ora) no STF está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida pelo Min. Gilmar Mendes) os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição seriam supralegais (Valerio discorda e os eleva ao patamar constitucional); para o STF os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para Valerio eles são todos *supralegais*, com fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.2009 e promulgada pelo Decreto 7.030, de 14.12.2009).

E, ao final, Gomes (2018, p. 18) arremata:

Valerio Mazzuoli e Celso de Mello estão no tom maior. Gilmar Mendes (e a maioria votante do STF) está no tom menor. A diferença é de tom. De qualquer modo, todos fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular: porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) do Direito, do Estado e da Justiça.

O controle jurisdicional de convencionalidade é, portanto, mais um mecanismo disponível aos órgãos do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais e humanos dos cidadãos, representando um avanço na consolidação do nosso Estado Democrático de Direito¹⁰².

¹⁰¹ Com fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 já transcrito alhures.

¹⁰² Para uma visão cética e pouco entusiasmada em torno do controle de convencionalidade, em contraposição ao que foi defendido no presente tópico, vide: FRANCO; PETERKE (2018, pp. 67-82). Destacamos o seguinte trecho: “A contribuição da América Latina para novos contornos ao direito internacional tem sido relevante,

especialmente na proposição e efetivação dos direitos humanos, o fortalecimento das instituições do sistema de justiça, a necessidade de democratização e transparência do Poder Judiciário. Trata-se do Controle de Convencionalidade, conforme expresso e aplicado pela CtIDH, de uma de suas contribuições, cujas características não muito ortodoxas têm dado margem a novas elaborações desse e de outros temas de direito internacional. Conforme analisado, o CtCn encontra seus fundamentos no direito internacional público clássico, segundo o qual é corriqueiro falar-se em adequações dos Estados ao cumprimento das normas internacionais por eles ratificadas. Nesse sentido, nada de novo sob o sol. A inovação trazida ocorre quando – possivelmente com vistas a sanar fragilidades de um Sistema Regional de Direitos Humanos no qual os tribunais nacionais e a Corte Internacional não encontram forte correspondência – o Controle é formulado como possível estratégia para aproximar instituições domésticas e internacionais com vistas a aumentar parcerias e corresponsabilidades entre elas na promoção e defesa dos direitos humanos na região. Decerto, as particularidades da região latino-americana revelam contexto que, de forma geral, mostra-se falho e até mesmo refratário em relação ao cumprimento das sentenças prolatadas pela Corte. Talvez por essa razão a CtIDH tenha optado por uma visão mais inclusiva quando criou o discurso sobre o CtCn, apostando no apoio por todos os tribunais domésticos – e não somente os supremos – nos esforços de tornar efetiva a promessa dos direitos humanos nessa região do mundo. Ocorre, todavia, que, de maneira geral, a região latino-americana seja no âmbito das instituições, seja no âmbito da academia, não se mostra muito receptiva à ideia de um tipo de CtCn que pretenda ocupar posição hierárquica de vigilância e moldar a extensão das interpretações a serem seguidas pelos tribunais nacionais. Por outro lado, pondera-se o contra-argumento de que o discurso sobre a humanização da justiça e a proteção dos direitos humanos ‘não caiu do céu’ – tampouco a esperança, muitas vezes exagerada, de que o Sistema Interamericano seja capaz de sanar todos os defeitos da efetivação dos direitos humanos da região. Por essa razão, esse estudo filia-se aos apelos da adoção de um discurso mais moderado e flexível na análise do CtCn, vez que se trata de mecanismo que dificilmente assegura uma proteção dos céus às vítimas, tampouco se constitui em uma vigilância dos infernos imposta aos Estados e judiciários domésticos. Diante das múltiplas possibilidades de enfoque do CtCn, aponta-se que ele pode representar mecanismo de empoderamento dos indivíduos vitimados que lutam juridicamente pela garantia de seus direitos diante de ‘juízes comuns’, agora incentivados a ampliar seus horizontes interpretativos também sob os auspícios da jurisprudência da CtIDH. Se esta aposta dará certo ou se tornará uma espécie de *boomerang* é, porém, questão que permanece aberta neste momento. Por hora, argumenta-se que é preciso apreciar com olhos céticos não somente as decisões da Corte, mas também as manifestações doutrinárias que, às vezes, parecem ser pouco construtivas, colocando em xeque uma conquista que já comprovou sua necessidade e relevância em um continente que continua a buscar sus próprios remédios contra as frequentes violações dos direitos humanos, especialmente dos grupos e populações mais vulneráveis.”

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

4.1 O controle jurisdicional de convencionalidade na jurisprudência brasileira

Antes de analisarmos as decisões e comportamento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT 3ª REGIÃO), convém tecermos algumas considerações e apontamentos, mesmo que de maneira perfunctória, acerca da jurisprudência pátria sobre o tema como um todo, considerando todo o Poder Judiciário e os temas já enfrentados por nossos tribunais.

Como se viu no tópico alhures, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP, a nova hierarquia das normas e o controle de convencionalidade passou a ter cada vez mais relevância nas discussões doutrinárias, acadêmicas, legislativas e na jurisprudência.

Contudo, mais de uma década após a decisão histórica proferida pelo Pretório Excelso, em dezembro de 2008, e a ampla divulgação da instigante obra de Valerio Mazzuolli sobre o tema, o controle de convencionalidade, como técnica judicial, ainda não se consolidou na jurisprudência pátria ao ponto de haver uma aplicação sistematizada, coerente e generalizada pelos órgãos do Poder Judiciária, como ocorre, por exemplo, com o já consagrado controle de constitucionalidade. Igualmente, a aplicação e respeito aos tratados internacionais, sobretudo os de direitos humanos, também carece das mesmas deficiências.

Isto porque ainda há um longo caminho a percorrer para que todos os órgãos que integram o Poder Judiciário implementem de maneira coordenada uma jurisprudência estável¹⁰³, íntegra¹⁰⁴ e, sobretudo, coerente¹⁰⁵, diretriz positivada no artigo 926 do Código de

¹⁰³ “A estabilidade da jurisprudência impede que os tribunais simplesmente abandonem ou modifiquem sem qualquer justificativa plausível (por vezes até mesmo sem qualquer justificativa) seus entendimentos consolidados. Não pode o tribunal, sob pena de violar o princípio da isonomia jurídica e, principalmente, da segurança jurídica, simplesmente deixar de aplicar um entendimento consolidado sem justificativa séria, palatável e devidamente exposta.” (NEVES, 2017, p. 1394)

¹⁰⁴ “Jurisprudência íntegra é aquela construída levando-se em consideração o histórico de decisões proferidas pelo tribunal a respeito da mesma matéria jurídica ou seja, para se formar uma jurisprudência íntegra devem ser considerados todos os fundamentos rejeitados e acolhidos nos julgamentos que versam sobre a mesma matéria jurídica.” (NEVES, 2017, p. 1394)

¹⁰⁵ “A coerência exigida pelo art. 926, *caput*, do Novo CPC, é da própria essência da ideia de uniformização de jurisprudência, porque assegura uma aplicação isonômica do entendimento consolidado em casos semelhantes, ou seja, que versem sobre a mesma questão jurídica. Cria um dever do tribunal de decidir casos análogos com a mesma interpretação da questão jurídica comum a todos eles.” (NEVES, 2017, p. 1395)

Processo Civil¹⁰⁶, mas que deve nortear todos os operadores do direito nos diversos ramos do direito.

Desde os juízos de primeiro grau, passando pelos tribunais de segundo grau (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Eleitorais) e tribunais de superposição (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar) até o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula de nosso Poder Judiciário, é imperativo que haja uma harmonização dos julgados, algo essencial para um Estado Democrático de Direito¹⁰⁷, respeitando-se, no particular, as conclusões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto a devida importância dos tratados internacionais.

Ocorre que, por diversas vezes, os órgãos do Poder Judiciário agem na contramão da tese do controle de convencionalidade, lastreados justamente por decisões do próprio Supremo Tribunal Federal.

Um caso emblemático girou em torno da discussão acerca da inconstitucionalidade/inconvencionalidade da Lei nº. 6.683, de 19 de dezembro de 1979, conhecida como Lei da Anistia, promulgada no contexto histórico da Ditadura Militar brasileira que perdurou de 1964 a 1985.

Em 29 de abril de 2010, o Pretório Excelso, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153, rejeitou os argumentos levantados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental objetivando a declaração de não recepção pela Constituição Federal de 1988 do disposto no §1º do artigo 1º da Lei nº. 6.683/1979¹⁰⁸, ou que fosse dada interpretação conforme à Constituição para declarar que a anistia concedida ao

¹⁰⁶ *In verbis*: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (BRASIL, 2015).

¹⁰⁷ Daniel Amorim Assumpção Neves, (2017, pp. 1392-1393) ao comentar o assunto assevera que: “[...] tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e despesas e à maior eficiência).”

¹⁰⁸ *In verbis*: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” (BRASIL, 1978).

crimes políticos ou conexos não se estendesse aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar (BRASIL, STF, 2010).

Para o Relator Ministro Eros Grau, a Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida no momento da transição conciliada de 1979 e trata-se do que ele chama de uma lei-medida¹⁰⁹, não uma regra para o futuro. Exatamente por isso, no seu entendimento, há de ser interpretada a partir do contexto histórico em que foi promulgada e não sob o olhar do presente (BRASIL, STF, 2010).

Porém, após a decisão proferida pela Suprema Corte de nosso país, no final do mesmo ano de 2010, em 14 de dezembro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o Caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil, decidiu de maneira diametralmente oposta.

Na ocasião, preliminarmente, o Tribunal reafirmou, o que já foi exposto nos tópicos anteriores deste trabalho, acerca da imperatividade e vinculação das disposições da Convenção Americana em relação ao Estado que tenha livremente aderido ao tratado internacional em questão. Nesse sentido, asseverou que, apesar de compreender que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, como consequência, encontram-se obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico, os Estados que fizerem parte da Convenção Americana também estão submetidas às suas disposições e efeitos, devendo zelar para que normas contrárias a seu objeto e finalidade enfraqueçam seus efeitos jurídicos. Especificamente quanto ao Poder Judiciário, reiterou a necessidade de os juízes exercerem, dentro de suas competências, o controle de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, sempre se levando em conta não somente a norma internacional, como também a interpretação dada a ela pela Corte Interamericana, interprete última da Convenção Americana (CIDH, 2010).

Assim, em tom crítico, a Corte Interamericana considerou como não cumpridas tais obrigações e deveres assumidos pelo Estado brasileiro, apontando, inclusive, a decisão do Supremo Tribunal Federal da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 153 como violadora das disposições da Corte Interamericana, uma vez que ao confirmar a

¹⁰⁹ Eros Grau nos esclarece, em seu voto, o conceito de leis-medida, vejamos: “As leis-medida (*Massnahmegesetze*) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. Cuida-se, então, de lei não-norma.” (BRASIL, STF, 2010).

constitucionalidade e validade da Lei da Anistia deixou de “[...] considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento.” (CIDH, 2010).

Ao final a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010) concluiu que

[...] devido à interpretação e à aplicação conferidas à Lei de Anistia, a qual carece de efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, nos termos antes indicados (particularmente, par. 171 a 175 supra), o Brasil descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado. Adicionalmente, o Tribunal conclui que, pela falta de investigação dos fatos, bem como da falta de julgamento e punição dos responsáveis, o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento dos seguintes familiares das vítimas: [...].

No mesmo sentido do que afirmado na Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, Lídio Modesto da Silva Filho (2014, p. 227) afirma que a Suprema Corte, ao julgar a ADPF nº. 153, desconsiderou “[...] compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e valida a Lei de Anistia, em evidente ausência de exercício do controle de convencionalidade da lei em relação ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos.”¹¹⁰.

Mesmo desfrutando de um crescente prestígio e cada vez mais difundida, a tese do duplo controle vertical material, bem como a adoção do controle de convencionalidade por magistrados que compõem nosso Poder Judiciário, é certo que ainda não há uma unanimidade, tampouco uniformidade, quanto a sua adoção, tendo em visto que até mesmo a mais alta Corte do nosso país, por vezes, decide de forma contrária ou mesmo com indiferença em relação à matéria aqui tratada^{111 112}.

¹¹⁰ Daniel Sarmiento (2020, pp. 325-326), apesar de preferir um tom menos crítico no que tange ao mérito da questão discutida da ADPF nº. 153, não deixa de lamentar o profundo descaso do Supremo Tribunal Federal em face da jurisprudência da Corte Interamericana. São suas palavras: “Não é o caso de discutir aqui o acerto ou desacerto da decisão do STF, sob o prisma substantivo. Todavia, não como lamentar o absoluto descaso de nossa Suprema Corte em face da jurisprudência da Corte Interamericana. O relator e a maior parte dos ministros não fizeram nenhuma referência à jurisprudência internacional, como se ela fosse irrelevante para o deslinde da questão.”.

¹¹¹ É bom que se diga que existem decisões do Supremo Tribunal Federal que dão ênfase e colocam em destaque às normas de direito internacional, abrindo caminho para o uso do controle jurisdicional de convencionalidade das leis. O multicitado RE nº. 466.343/SP é um caso emblemático pelas razões já exaustivamente tratadas no presente trabalho. Podemos citar também outro caso decidido pelo Pretório Excelso no que tange à (in)constitucionalidade da exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. Daniel Sarmiento (2020, pp. 324-325) traz uma síntese do caso, evidenciado que, na ocasião, foi dado o devido prestígio ao posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como ao disposto do Pacto de San José

4.2 O controle jurisdicional de convencionalidade em matéria trabalhista e processual trabalhista e a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região quanto ao tema

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2018, pp. 191-220) elenca diversos casos concretos julgados por nosso Poder Judiciário e nos quais houve o controle de convencionalidade. De modo perfunctório, o autor elenca casos afetos aos seguintes ramos do direito e temas: direito constitucional (convencionalidade de políticas públicas de inserção das pessoas com deficiência¹¹³); direito penal e processual penal (convencionalidade do duplo grau de jurisdição em matéria criminal¹¹⁴, convencionalidade de audiências de custódia¹¹⁵,

da Costa Rica. São suas palavras. “O texto constitucional consagra a liberdade de imprensa e a liberdade de ofício, mas autoriza, em relação a essa, que o legislador institua restrições concernentes à exigência de qualificações profissionais (art. 5º, XIII). Vigorava no Brasil ato normativo exigindo diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista (Decreto-lei 972/69). Alguns entendiam que se tratava de uma restrição excessiva e inconstitucional à liberdade profissional, que prejudicaria, ademais, o exercício das liberdades de expressão e de imprensa, mas a questão estava longe de ser pacífica. O STF, apreciando uma ação civil publicada pelo Ministério Público Federal, considerou inconstitucional a referida restrição. Na decisão, foi mencionada com destaque a Opinião Consultiva nº 5 proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que respondendo a uma consulta formulada pela Costa Rica, manifestara-se no sentido de que não seria compatível com a Convenção Interamericana uma lei impedisse o exercício da profissão para quem não tivesse formação universitária. A restrição foi considerada incompatível com a liberdade de expressão e o direito à informação, consagrados no Pacto de San Jose da Costa Rica.”.

¹¹² Por fim, em estudo acerca do comportamento dos magistrados brasileiros em relação ao controle de convencionalidade, Lídio Modesto da Silva Filho (2014, pp. 221-263) também chega a essa mesma conclusão, em um interessante trabalho que traz a análise de casos concretos julgados por nossos órgãos do Poder Judiciário envolvendo diversos temas, tendo como foco o controle de convencionalidade em matéria ambiental. O autor (2014, pp. 261-262), mesmo valorizando o trabalho de Valerio Mazzuoli no desenvolvimento e difusão do tema, conclui que no Brasil, de fato, é exercido o controle de convencionalidade em matéria ambiental, mas por parte de alguns poucos magistrados. Vale destacar o seguinte trecho: “Ainda que Mazzuoli afirme que possui claro propósito de fazer chegar suas ideias ao Poder Judiciário, ao qual imputa a responsabilidade maior de controlar a convencionalidade das leis dentro do Estado, conforme decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 2006, bem como reconheça que os Magistrados brasileiros já controlam a convencionalidade das leis nas sentenças e acórdãos que proferem, percebe-se que, efetivamente, ainda há escassez de decisões neste sentido em nosso País, sobretudo quando relacionados ao meio ambiente.”.

¹¹³ “Em abril de 2015, a 2ª Turma do STF, ao negar provimento ao Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, entendeu que o princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário quando diante do inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas (o caso em tela versava educação de deficientes auditivos e contratação de professores especializados em Língua Brasileira de Sinais – Libras). Além do argumento constitucional, o STF também se utilizou de argumento convencional sobre inserção de pessoas com deficiência na sociedade, qual seja, o de que as políticas públicas relativas às pessoas com deficiência decorrem da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007.” (MAZZUOLI, 2018, p. 201)

¹¹⁴ “No julgamento da Ação Penal nº. 470 (‘Caso Mensalão’, iniciado em 2012) suscitou-se perante o STF, violação à regra do art. 8.º, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece que toda pessoa, durante o processo, tem ‘direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’. Se essa tese (que é correta) fosse aceita pelo STF, de trinta e cinco réus da Ação Penal nº. 470, apenas três (que detinham, à época, foro por prerrogativa de função) poderiam ser julgados, em única instância, pela nossa Suprema Corte. A tese, porém, não foi aceita pela maioria do STF naquela ocasião, e todos os réus da AP nº. 470 foram julgados em instância única, em flagrante violação à regra do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana.” (MAZZUOLI, 2018, p. 192)

¹¹⁵ “No enfrentamento do tema, o STF entendeu, acertadamente, que a previsão do art. 7.º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual toda pessoa presa ‘deve ser conduzida, sem demora, à

(in)convencionalidade do crime de desacato, tipificado no artigo 331 do Código Penal^{116 117} e inconvenção da inversão da ordem processual da oitiva de testemunhas de defesa e acusação do artigo 222, §§1º e 2º, do Código de Processo Penal^{118 119}); e direito penal militar e processual penal militar (convencionalidade do tipo penal militar de posse de substância entorpecente para uso próprio previsto no artigo 290 do Código Penal Militar^{120 121} e (in)convencionalidade da submissão de civis à jurisdição da Justiça Militar)¹²².

presença de um juiz’, legitima as audiências de custódia no Brasil, por se tratar de ‘direito convencional de apresentação do preso ao Juiz’, além do que ‘[a] Convenção Americana sobre Direitos do Homem (*sic*) e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e *erga omnes*, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes.’” (MAZZUOLI, 2018, p. 204).

¹¹⁶ *In verbis*: “Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.” (BRASIL, 1940).

¹¹⁷ “Em dezembro de 2016, a 5.ª Turma do STJ, por unanimidade, teve a oportunidade de controlar a convencionalidade do crime de desacato tipificado no art. 331 do Código Penal. A 5.ª Turma, seguindo o voto Relator, Ministro Ribeiro Dantas baseado, *inter alia*, em estudo de nossa lavra, entendeu que ‘a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos’, razão pela qual ‘a ausência de lei vinculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e expressão’.” (MAZZUOLI, 2018, p. 204) “Em maio de 2017, a 3.ª Seção do STJ – responsável pela uniformização da jurisprudência da Corte – decidiu contrariamente ao estabelecido pela 5.ª Turma, entendendo (por maioria) não ser inconvenção o tipo penal do desacato previsto no art. 331 do Código Penal.” (MAZZUOLI, 2018, pp. 205-206)

¹¹⁸ *In verbis*: “Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. § 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal. § 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.” (BRASIL, 1941).

¹¹⁹ “Certo é que tais disposições são, em tudo, flagrantemente inconvenções, pois afrontam a garantia mínima prevista no art. 8.º, 2, c, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, à concessão ‘do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa’. Sobre o tema, o TRF 2 (Rio de Janeiro e Espírito Santo) entendeu, corretamente, que na linha da determinação da convenção Americana resta nítido que a inversão da ordem processual de oitiva de testemunha de defesa e acusação, bem como a realização de interrogatório do réu sem que tenham sido devolvidas todas as cartas precatórias ao juízo de origem, e a prolação da de julgamento de mérito sem que todas as provas estejam disponíveis para serem refutadas ou realçadas obstem ao acusado o acesso aos meios necessários à preparação de sua defesa técnica, [...]. Em conclusão, o TRF-2 entendeu que ‘permitir a aplicação de tais dispositivos significa não conceder à defesa técnica ampla possibilidade de manifestar-se sobre os elementos de convicção encartados no processo criminal’, pelo que ‘[o] contraditório efetivo consagrado pelo tratado internacional estaria, portanto, prejudicado.’” (MAZZUOLI, 2018, pp. 214-215)

¹²⁰ *In verbis*: “Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacórdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos.” (BRASIL, 1969).

¹²¹ “Tem-se constantemente alegado, perante a Justiça Militar, a inconvenção desse tipo penal militar, sob argumento de que viola a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1964 (promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 54.216/1964), e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1991 (promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 154/1991). [...] Na maioria dos seus julgamentos, o raciocínio que faz o STM é o seguinte: pelo fato de os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por maioria simples não guardarem (conforme orientação do STF) hierarquia constitucional, senão apenas supralegal, a prática delituosa descrita no art. 290 do COM se mantém no direito brasileiro, por restar conforme o texto constitucional. [...] Percebe-se, portanto, que o STM tem exercido o controle de convencionalidade da lei penal

Mas, Valerio Mazzuoli (2018, pp. 208-210; pp.216-217) também traz em destaque dois temas relacionados ao direito do trabalho e processual do trabalho que serão, mais a frente, melhor explicados. São eles: as discussões em torno da inconveniência dos adicionais de insalubridade e periculosidade e a inconveniência do pagamento de custas por ausência do autor na audiência inaugural previsto no artigo 844, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹²³.

A partir daí, surgiu a dúvida acerca da amplitude e o impacto que o controle jurisdicional de convencionalidade possui na seara trabalhista, especialmente sobre os temas em questão. Seriam apenas decisões e temas pontuais ou haveria mais a ser explorado e analisado?

Assim, desponta o objeto precípua da presente pesquisa, consistente em perquirir o impacto da doutrina da dupla compatibilidade vertical material e do controle jurisdicional de convencionalidade em matéria trabalhista e investigar a importância e amplitude atuais deste tema na Justiça do Trabalho.

Por fim, cabe uma última digressão no presente tópico.

Se por um lado as discussões acadêmicas e jurisprudenciais acerca do controle de convencionalidade serem relativamente recentes, o Direito do Trabalho, historicamente, sempre sofreu forte influência de normas internacionais, desde os seus primórdios¹²⁴.

Cita-se como exemplo a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) após a Primeira Guerra Mundial, no longínquo ano de 1919¹²⁵, época em que organismos

militar tomando como paradigma tratados internacionais em vigor no Brasil, mesmo entendendo não ter havido incompatibilidade entre a norma do art. 290 do COM e as convenções internacionais relativas a entorpecentes.” (MAZZUOLI, 2018, pp. 211-212)

¹²² “Em decisão de outubro de 2017, o STM, por unanimidade, desproveu recurso do Ministério Público Militar que requeria, em caso a envolver alegada ocorrência de crime militar praticado por civis, o declínio de competência da Justiça Militar em favor da Justiça Federal, ao argumento de que o julgamento de civil pela Justiça Militar ofende os princípios do juiz natural e da igualdade, precipuamente o art. 8º, 1, da Convenção Americana.” (MAZZUOLI, 2018, p. 212)

¹²³ “Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. [...] §2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.” (BRASIL, 1943).

¹²⁴ Para um panorama histórico completo acerca da origem e evolução do Direito do Trabalho, tanto em um contexto global quanto em relação ao contexto brasileiro, vide: DELGADO, 2018. pp. 94-158.

¹²⁵ “Trata-se de organização internacional criada pelo Tratado de Paz de 1919 (Tratado de Versailles), como parte da SdN (art. 6º), da qual recebia a receita necessária à satisfação de suas atividades. Nasceu como uma forma de anexo à Liga das Nações, não obstante dotada de total autonomia. Anos mais tarde, em outubro de 1946, a organização incorporou a Declaração de Filadélfia, de 1944, como anexo à Constituição da OIT.” (MAZZUOLI, 2014, p. 699)

internacionais ainda eram raros e a soberania estatal se sobrepunha quase que de forma absoluta.

Conforme consta em seu sítio eletrônico¹²⁶, a Organização Internacional do Trabalho tem por função formular e aplicar as normas internacionais do trabalho (Convenções e Recomendações), com destaque para as Convenções que, uma vez ratificadas por decisão soberana de um Estado, passam a integrar seu ordenamento jurídico, vinculando-o às disposições contidas no tratado internacional.

Por outro lado, Wolney de Macedo Cordeiro (2018, p.390) afirma que também é recorrente, na seara trabalhista, a resistência da doutrina e da jurisprudência em conferir concretude às normas de direito internacional, não só pela repercussão material e financeira sempre levantada quando em discussão a aplicação de normas trabalhistas, como também pela falta de uma estrutura jurídica sólida no que diz respeito à aplicação do direito internacional, o que faz com que não se construa uma jurisprudência unívoca sobre a matéria.

Wolney de Macedo Cordeiro (2018, p. 388), que além de acadêmico é Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, aponta, ainda, que tal resistência, em parte, justifica-se em razão de os direitos trabalhistas serem, em sua maioria, enquadrados como direitos sociais, enquanto os direitos de liberdade são mais amplamente resguardados pelo controle de convencionalidade¹²⁷. Mas o autor discorda de tal relutância ao destacar o seguinte:

Essa relutância não apresenta fundamentos razoáveis, pelo menos do ponto de vista metodológico. Com efeito, a questão trabalhista, apresenta os mesmo desafios e mudanças paradigmáticas encontrados no ambiente global. Além do mais, já uma estrutura regulatória internacional em matéria trabalhista que vem sendo construída ao longo de quase um século, especialmente no que concerne à atuação normativa da Organização Internacional do Trabalho.

¹²⁶ Disponível em: <[¹²⁷ Após abordar o paradigmático RE nº.466.343/SP, bem como analisar a doutrina que defende a aplicação do controle de convencionalidade, dando destaque às contribuições de Valerio Mazzolli, o autor faz o seguinte apontamento: “O grande problema em face das questões, até agora desenvolvidas, reside no fato de que as iniciativas de adoção de um paradigma diferenciado do relacionamento entre os regramentos local e internacional dificilmente envolvem as questões sociais. Conforme afirmamos, anteriormente, o objeto de intervenção, tanto da jurisprudência, como da doutrina, foca-se em conjunto de valores essencialmente liberais, a inserção do tema social no debate não é muito cômoda e, na maioria das vezes, não integra as grandes agendas internacionais.” \(CORDEIRO, 2018, p. 388\).](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm#:~:text=Parte%20do%20Tratado%20de%20Versalhes,objetivo%20promover%20a%20justi%C3%A7a%20social.&text=Na%20primeira%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20do,a%20OIT%20adotou%20seis%20conven%C3%A7%C3%B5es.>. Acesso em: 05 mai. de 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 72) destacam a importância dos tratados e das convenções internacionais, bem como nos esclarecem acerca da natureza jurídica de direitos humanos dos direitos individuais e sociais trabalhistas. Vejamos:

Como os tratados e as convenções internacionais sobre direitos individuais e sociais trabalhistas têm indiscutível natureza jurídica de direitos humanos, em situação de conflito entre preceitos internacionais ratificados (convenções da OIT, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalecerão o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e o princípio da vedação do retrocesso como vetores obrigatórios para a fixação dos critérios de interpretação e de solução do conflito normativo posto.

Diante de todo o exposto, nos valendo novamente das palavras de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 67) “[...] é inequívoco afirmar que o Direito do Trabalho é uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética requer a aglutinação dos conceitos de dignidade, de cidadania e de justiça social.”.

4.2.1 Limites da pesquisa jurisprudencial: a abrangência territorial/espacial da jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; a Lei nº. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) como limite temporal; e a limitação do estudo aos temas relacionados ao amplo acesso à Justiça e a (im)possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade

Como se viu, nos capítulos e tópicos anteriores, foi feita a contextualização histórica e análise da dogmática jurídica acerca do tema estudado. Doravante, serão analisadas, especificamente, decisões que aplicaram o controle jurisdicional de convencionalidade em matéria trabalhista e processual trabalhista.

Assim, em razão de haver uma quantidade enorme de decisões que são prolatadas diariamente e que envolvem os mais diversos assuntos nos mais diversos órgãos do Poder Judiciário¹²⁸, optou-se por restringir não só a matéria de pesquisa (restrita a temas relacionados ao direito do trabalho e ao direito processual do trabalho), mas também o lapso

¹²⁸ Eis os números, divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho e referentes ao ano de 2019, de processos em trâmite somente na Justiça do Trabalho: “No TST, os processos recebidos mais os pendentes de anos anteriores totalizaram 621.705 processos para solução. Nos TRTs, os processos recebidos mais os pendentes de anos anteriores totalizaram 1.610.592 processos para solução. Nas Varas, as ações ajuizadas somadas aos pendentes de anos anteriores e aos Embargos de Declaração interpostos, totalizaram 3.532.107 processos na Fase de Conhecimento para solução.”. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/26518944/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+2019.pdf/a982232c-2e60-72d7-7895-323dbcb21e05?t=1593177460746>>. Acesso em: 15 nov. de 2020.

temporal em que foram publicadas as decisões, o âmbito territorial em que se inserem e os temas abordados.

Em relação à limitação territorial de nossa análise, restringimos a pesquisa às decisões prolatadas somente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, órgão do Poder Judiciário que compõe a Justiça Especializada Trabalhista¹²⁹ ¹³⁰ e cuja jurisdição abrange todo o estado de Minas Gerais. Registra-se, também, que serão analisadas somente as decisões tomadas no próprio Tribunal, e não pelos juízos de 1º grau a ele vinculados. Ademais, na grande maioria dos casos, as decisões foram proferidas dentro das competências recursais do Tribunal, havendo alguns poucos casos em que os processos tiveram origem no próprio Tribunal, ou seja, dentro da sua competência originária¹³¹.

A escolha de um Tribunal Regional do Trabalho também se justifica em razão de, na maioria dos estudos relacionados ao tem, a ênfase se dar nas decisões dos tribunais superiores

¹²⁹ Consoante sucinta descrição trazida no sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a Justiça do Trabalho “[...] é o órgão do Poder Judiciário que tem o objetivo de solucionar e julgar conflitos decorrentes da relação de trabalho entre trabalhadores e empregadores, razão pela qual não fornece orientações sobre direitos trabalhistas, previdenciários ou administrativos, nem fiscaliza o cumprimento da legislação trabalhista. Sua competência está prevista no artigo 114 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (vide transcrição abaixo)”. Conforme, descrito no trecho transcrito, sua competência encontra-se prevista no artigo 114 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”; VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. §1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. §2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. §3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.”. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/institucional/conheca-o-trt-mg/como-funciona-a-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 06 fev. de 2019.

¹³⁰ Conforme dispõe o artigo 111 da Constituição Federal, são órgãos da Justiça do Trabalho: o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho. Atualmente existem 24 Tribunais Regionais do Trabalho distribuídos pelo território nacional brasileiro. Informação disponível em <<https://www.tst.jus.br/web/guest/justica-do-trabalho>>. Acesso em: 06 mai. de 2020.

¹³¹ “A competência funcional refere-se à fixação da competência interna de cada ramo do Poder Judiciário, conforme as funções exercidas pelo juízo ou tribunal. Trata-se de competência absoluta (art. 62 do CPC). Nesse sentido, uma das modalidades de competência funcional é justamente a competência hierárquica. Assim, em regra, as ações são ajuizadas perante as Varas do Trabalho, que correspondem ao primeiro grau de jurisdição. [...] Os tribunais apenas possuem competência originária quando existe expressa previsão nesse sentido, como ocorre nas ações rescisórias (art. 971 do CPC e Súmula 192 do TST), nos mandados de segurança contra ato judicial (art. 678, inciso 1, 3, da CLT) e em dissídio coletivo de trabalho (art. 856 da CLT).” (GARCIA, 2020, p. 163)

e órgãos de cúpula de nosso Poder Judiciário, ignorando os impactos de tais decisões nos órgãos inferiores.

A restrição do estudo a apenas um Tribunal Regional também é necessário em razão de existirem, atualmente, 24 Tribunais Regionais do Trabalho distribuídos pelo país¹³² e que proferem milhões de decisões anualmente.

Contudo, não se pode ignorar as decisões do Tribunal Superior do Trabalho, justamente por ser o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, com jurisdição em todo o território nacional, além de ter a função precípua de uniformização da jurisprudência trabalhista. Portanto, suas decisões possuem impacto direto nos demais órgãos da Justiça Laboral, inclusive no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, razão pela qual também serão analisadas.

Assim, buscaremos correlacionar o comportamento de ambas as cortes a fim de aferirmos se há um diálogo entre ambos e se há um comportamento de deferência por parte do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região em face das decisões do Tribunal hierarquicamente superior a ele.

Pelo mesmo motivo, abordaremos, eventualmente, decisões do Supremo Tribunal Federal no que se refere aos temas estudados.

Em relação à delimitação temporal, optamos em analisar decisões publicadas a partir de 11 de novembro de 2017 até 11 de novembro do corrente ano de 2020., perfazendo um lapso temporal correspondente a 03 (três) anos. A escolha da data inicial se deve por um marco emblemático e cercado de polêmicas na seara trabalhista: trata-se do dia em que começou a vigorar a Lei nº. 13.467/2017¹³³, comumente conhecida como “Reforma Trabalhista” e que promoveu profundas mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452/1943) e em outras leis extravagantes (Lei nº 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário; Lei nº. 8.036/1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; e Lei 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o sistema de custeio).

¹³² A lista completa e a abrangência das jurisdições de cada Tribunal Regional do Trabalho encontra-se disponível no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/justica-do-trabalho>>. Acesso em: 06 mai. de 2020.

¹³³ O artigo 6º, da Lei 13.467/2017, fixou um *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, a lei entraria em vigor após 120 dias de sua publicação oficial.

Referida lei foi promulgada alegadamente a fim de adequar a legislação trabalhista às novas relações de trabalho. Na exposição dos motivos que acompanhou o projeto de lei que culminaria na promulgação da reforma trabalhista, subscrita pelo então Ministro do Trabalho e da Previdência Social Ronaldo Nogueira de Oliveira, consta que a proposta visava, entre outras coisas, “[...] aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país [...]”¹³⁴ ¹³⁵.

Apesar de grande parte da mídia¹³⁶ e do empresariado¹³⁷ apoiarem a proposta de mudanças, a inovação legislativa sofreu fortes críticas por parte da doutrina¹³⁸, além de ter

¹³⁴ A integra do texto encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MTE/2016/36.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

¹³⁵ Maurício Godinho Delgado (2018, p. 120), em tom crítico e destacando o contexto político-social da época, destaca o curto espaço de tempo entre a elaboração do projeto de lei até a sua aprovação culminando na promulgação da Lei nº. 13.467/2017, *in verbis*: “No contexto da derrubada, em 2016, do governo democraticamente eleito em fins de 2014, deflagrou-se no Brasil uma série de reformas jurídicas direcionadas a implementar o projeto ultraliberalista de Estado Mínimo, com a privatização de riquezas e instituições públicas, a restrição de políticas públicas de caráter social e o impulso a medidas diversificadas de favorecimento unilateral do poder econômico. Nesse quadro, elaborou-se, em poucos meses, a Lei da Reforma Trabalhista no País, o projeto de lei foi enviado pelo Presidente da República ao Parlamento nos últimos dias de 2016, transformando-se, em exíguos meses de tramitação – de fevereiro a julho – na Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, vigorante desde o dia 11 de novembro do mesmo ano. Em 14 de novembro, recebeu o novo diploma legal pontuais alterações, por intermédio da Medida Provisória n. 908, de 11.11.2017.” Mauro Schiavi (2017, p. 9) também critica a rapidez na tramitação legislativa, bem como destaca o momento político conturbado em que fora aprovada a Reforma Trabalhista. Vejamos: “A Lei n. 13.467/17, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, traz importantes alterações no Direito do Trabalho, no Processo do Trabalho e na Justiça do Trabalho. A lei é polêmica, pois em diversos dispositivos, muitos apontam precarização das condições de trabalho e restrição ao acesso do trabalhador ao Judiciário. Outros aplaudem o texto, argumentando que a nova lei criará novos postos de trabalho, e reduzirá a litigiosidade na Justiça do Trabalho. Sem dúvida, o novel diploma legislativo tramitou em prazo muito curto e, em ocasião que o país vive um momento difícil, com rompimento do processo democrático.”

¹³⁶ Exemplificativamente, a Revista Veja adotou um editorial favorável à reforma. Em 11 de novembro de 2017, o portal de notícias da revista na *internet* veiculou, sem nenhum contraponto, a fala do então Presidente da República Michel Temer exaltando as inovações trazidas e criticando os opositores das reformas de 2017. Destaca-se o seguinte trecho: “ No vídeo publicado pela sua conta oficial no *Twitter* Temer condenou as ‘falsas informações’ divulgadas sobre a nova legislação. ‘Essa é verdade: as mudanças que estamos fazendo são para consolidar e ampliar o trabalho digno no país, abrindo mais oportunidade para todos’, afirmou. O presidente também aproveitou para dar um recado para os críticos da reforma. ‘Os que apostaram no pessimismo não prosperaram: o Brasil se mostrou maior do que todas as dificuldades’, disse.” Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/em-video-divulgado-no-twitter-temer-exalta-reforma-trabalhista/>>. Acesso em 02/12/2020, às 16h45min. No mesmo dia, o portal de notícias também deu destaque, novamente sem um contraponto, a um dos “idealizadores” da Reforma Trabalhista. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/para-idealizador-reforma-trabalhista-cria-oportunidades/>> Acesso em: 04 jan. de 2020.

¹³⁷ Exemplificativamente, Paulo Skaf, Presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP), disse à época: “A modernização trabalhista, trazida pela reforma da CLT, é um avanço para o trabalhador, para a empresa e para o país, afirmou nesta quarta-feira (30 de agosto) o presidente da Fiesp e do Ciesp. Ele abriu o seminário Modernização Trabalhista, promovido por ambas as entidades da indústria paulista e realizado no Teatro do Sesi-SP, no Centro Cultural Fiesp. ‘Trará modernidade ao Brasil, trará mais oportunidades para os trabalhadores e mais segurança jurídica’, destacou Skaf. ‘Foi um passo importantíssimo.’ Em plena Quarta Revolução Industrial, não era possível continuar com uma legislação criada 70 anos antes, explicou Skaf. ‘O mundo mudou muito. As coisas se transformaram demais, e

enfrentado, especialmente nos primeiros meses de sua vigência, considerável resistência vinda dos juízes e desembargadores componentes da Justiça do Trabalho¹³⁹, especialmente em razão de inúmeros dispositivos terem sido incluídos com o nítido propósito de restringir a função judicial de interpretar o ordenamento jurídico, incluindo as inovações trazidas pela nova lei, bem como impedir que os Juízes do Trabalho apreciem o conteúdo dos acordos e convenções coletivas, notadamente “[...] quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social.”, conforme apontado no Enunciado nº. 2 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho¹⁴⁰ realizada pela

não podíamos continuar com uma legislação engessada.’ O presidente da Fiesp e do Ciesp ressaltou que ‘a nova legislação permite o diálogo, o entendimento, trazendo as relações trabalhistas a 2017, ao momento que vivemos’.”. Disponível em: <<https://www.fiesp.com.br/noticias/passo-importantissimo-para-o-brasil-afirma-skaf-no-seminario-modernizacao-trabalhista/>>. Acesso em: 05 jan. de 2019.

¹³⁸ Novamente nos valendo da visão crítica de Maurício Godinho Delgado (2018, p. 120-123), temos: “As inovações inseridas se apresentaram em três planos combinados: Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. No plano do Direito Individual do Trabalho, as inovações eliminaram, desregulamentaram ou flexibilizaram diversas parcelas trabalhistas, de maneira a diminuir, significativamente, o valor trabalho na economia e na sociedade e, em decorrência, o custo trabalhista para o poder econômico. Embora se fale, eufemisticamente, em simplificação, desburocratização, racionalização e modernização, além da busca de maior segurança jurídica no contexto da relação empregatícia, o fato é: as inovações, em sua vasta maioria, debilitam, direta ou indiretamente, os direitos e garantias trabalhistas, exacerbam os poderes contratuais do empregador na relação de emprego e diminuem, acentuadamente, os custos da contratação do trabalho humano pelo poder econômico. [...] Também em uma rápida síntese, descrevam-se os aspectos deletérios impostos pela nova legislação no que diz respeito ao Direito Coletivo do Trabalho. De um lado, o enfraquecimento adicional das entidades sindicais no sistema trabalhista brasileiro, mediante a supressão, sem transição, da obrigatoriedade da contribuição sindical (a eliminação da obrigatoriedade é medida, em si, positiva, reconheça-se; porém, deveria ser efetivada mediante certa transição temporal, evidentemente). [...] De outro lado, apontem-se, ademais, diversos preceitos que autorizam à negociação coletiva trabalhista se transmutar em mecanismo de supressão ou precarização de direitos e garantias trabalhistas, ao invés de se preservar como fórmula de agregação e aperfeiçoamento das condições de contratação e gestão da força de trabalho no ambiente empregatício. [...] Igualmente, por fim, em rápida síntese, indiquem-se os dispositivos relacionados ao Direito Processual do Trabalho (campo jurídico que sequer é objeto do presente Curso de Direito do Trabalho – esclareça-se ao leitor). Porém tais dispositivos afetam gravemente a cidadania processual constitucional no campo das relações trabalhistas. É que se trata de um impactante grupo de dispositivos que tornam difícil ou, até mesmo, inviável à pessoa humana vulnerável e hipossuficiente que vive de seu trabalho questionar, perante o Poder Judiciário, as afrontas constitucionais e/ou convencionais internacionais promovidas pela nova Lei, a par das lesões verificadas no cotidiano da relação empregatícia.”.

¹³⁹ Também, é de se destacar o fato de a Reforma Trabalhista ter tido um impacto imediato no volume de processos ajuizados perante a Justiça Laboral, conforme dados divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho após um ano da entrada em vigor da Lei nº. 13.467/2017. Vejamos os números: “Em novembro de 2017, mês de início da vigência das mudanças, houve um pico de casos novos recebidos no primeiro grau (Varas do Trabalho): foram 26.215 processos (9,9%) a mais em relação a março de 2017, segundo mês com maior recebimento no período. No entanto, em dezembro de 2017 e janeiro de 2018, o quadro se inverteu. Desde então, o número de casos novos por mês nas Varas do Trabalho é inferior ao de todos os meses referentes ao mesmo período de janeiro a novembro de 2017. Segundo a Coordenadoria de Estatística do TST, entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas.”. Disponível em: <[¹⁴⁰ Eis a íntegra do Enunciado: “INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017 Os juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do Judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das Leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação](https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos#:~:text=A%20Reforma%20Trabalhista%20completar%C3%A1%20um,Leis%20do%20Trabalho%20(CLT).>”. Acesso em: 03 fev. de 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) às vésperas da entrada em vigor da Lei nº. 13.467/2017¹⁴¹.

A propósito, as discussões acadêmicas realizadas durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) e o XIX Congresso Nacional dos Magistrados da

disponíveis. nessa medida: I. Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do Trabalho o “dever” de interpretar a Lei 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical; II. A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desvelamento do sentido e do alcance da Lei trabalhista. É função primordial do Poder Judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, inciso XXXV, 60 e 93, IX e 114 da CRFB; III. Inconstitucionalidade do § 2º e do § 3º do artigo 8º da CLT e do artigo 611-a, §1º, da CLT. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da Lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de Trabalho da apreciação da Justiça do Trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia da inafastabilidade da jurisdição, ademais, por ofensa ao disposto no art. 114, I, da CF/88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso a Justiça e da independência funcional.” (ANAMATRA, 2018).

¹⁴¹ Flávio Tartuce, em sua obra sobre Direito Civil, dá especial destaque aos enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ), citando-os com frequência. Apesar de seus livros tratarem de matéria do direito distinta da qual estamos dando ênfase, Tartuce (2016, pp. 41-42) nos esclarece a natureza jurídica de referidos enunciados aprovados. Destarte, eles não possuem força de súmulas, mas sim de entendimento doutrinários que sintetizam conclusões coletivas a respeito de determinadas assuntos, tratando-se, portanto, de obras coletivas subscritas por seus participantes. Atualmente, outros órgãos e entidades realizam jornadas a fim de discutir aspectos relacionados aos diversos ramos do direito. No campo do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho realizou eventos acadêmicos para discutir os principais aspectos da Reforma Trabalhista. Conforme Guilherme Guimarães Feliciano (2018, p. 10), em nota introdutória que consta na compilação dos enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) e do XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018), explica o contexto em que foram realizados tais eventos, bem como as entidades que participaram dos trabalhos. Vejamos: “Pouco antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 (em 11/11/2017), e à vista da aguda insegurança por ela suscitada — notadamente pelas dúvidas de constitucionalidade e de convencionalidade de vários de seus preceitos —, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho deliberou realizar, juntamente com a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais, a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que teve lugar em Brasília, nos dias 9 e 10/10. Revelou-se absolutamente exitoso. Evento científico aberto e democrático, do qual participaram mais de 600 operadores de Direito de todo o país, dentre Magistrados (cerca de 350, incluídos dez ministros do Tribunal Superior do Trabalho), advogados trabalhistas, procuradores do Trabalho, auditores fiscais do Trabalho e professores universitários. Foram igualmente convidados, com todas as formalidades cabíveis, as assessorias das principais entidades nacionais representativas de trabalhadores e empregadores. Assim é que a 2ª Jornada, inicialmente despreziosa, terminou representando, àquela altura, o maior evento nacional sobre a Lei da Reforma Trabalhista, praticamente dobrando as presenças da 1ª Jornada, organizada entre 21 e 23/11/2007. E, não por acaso, organizada pela maior entidade associativa de juizes do Trabalho de todo o planeta. [...] O tempo revelou, ademais, que boa parte das ideias ali vazadas convergiam para a percepção hermenêutica dominante na Magistratura do Trabalho. Com efeito, a ANAMATRA realizaria, cerca de sete meses depois, o seu 19º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat), na cidade de Belo Horizonte/MG, dedicando duas comissões temáticas ao debate das dimensões material e processual da Reforma Trabalhista. Vários enunciados apresentados à 2ª Jornada foram reapresentados, com acréscimos e melhorias. Outros tantos foram propostos “ex novo”, tendo em conta o curso das polêmicas instauradas após 11 de novembro de 2017, quando a Lei n. 13.467/2017 entrou em vigor (inclusive em função da caducidade da Medida Provisória n. 808, de 14/11/2017, que previa, p. ex., a aplicação das novas regras aos contratos de trabalho celebrados antes de 11/11/2017). Tais teses, aprovadas na Assembleia Geral Ordinária realizada em 5/5/2018, passam a externar, doravante, as posições oficiais da ANAMATRA acerca da Reforma Trabalhista. Também essas teses estão reproduzidas neste volume – aquelas oriundas das comissões 3 e 4, para o conhecimento de todos, como também para eventuais empregos científicos ou judiciais.”

Justiça do Trabalho – CONAMAT (2018) trouxeram à tona diversos temas relacionados (in)convencionalidade de diversos dispositivos introduzidos pela Reforma Trabalhista, em nítida valorização das normas de direito internacional, tidas como parâmetro de controle.

O Enunciado nº. 2 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho citado alhures cita expressamente o controle de convencionalidade como mecanismo imprescindível a disposição dos magistrados ao lado dos controles de constitucionalidade e legalidade.

No mesmo sentido, também ressaltando a independência judicial, os Enunciados nº. 4¹⁴², e nº. 6¹⁴³ do XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho asseveram que os magistrados que integram a Justiça do Trabalho têm por função cumprir e fazer cumprir as leis e a Constituição, inclusive com o controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade das leis, além do que a Lei nº. 13.467/2017 não possui o condão de se sobrepor às normas constitucionais e aos tratados internacionais relativos aos direitos humanos e aos direitos sociais.

Nessa esteira, Wolney de Macedo Cordeiro (2018, p. 398) aponta que as normas de direito interno que prevejam um tratamento social menos adequado do que as normas internacionais devem passar não só por uma aferição meramente topológica de preservação do texto convencional no aspecto hierárquico, mas também uma aferição qualitativa de maior eficácia de tutela do direito social. E acrescenta que “[...] a chamada reforma trabalhista acabou por editar normas afrontosas ao arcabouço normativo de patamar internacional, na medida em que apresentaram um regramento garantidor de abrangência inferior.”.

¹⁴² *Ipsis litteris*: “REFORMA TRABALHISTA E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL Os juízes do Trabalho devem cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis, o que inclui necessariamente o controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade das leis, bem como o uso de todos os métodos de interpretação disponíveis. Nessa medida: (a) será inconstitucional qualquer norma que colime afastar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho da apreciação da Justiça do Trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social; (b) será autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do Trabalho o “dever” de interpretar a Lei 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical.” (ANAMATRA, 2018).

¹⁴³ *Ipsis litteris*: “OS JUÍZES DEVEM TER INDEPENDÊNCIA PARA INTERPRETAR E APLICAR O DIREITO A Lei 13.467/17 não é uma lei superior às demais. Não faz letra morta da Constituição Federal e dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos e aos direitos sociais, nem se sobrepe aos princípios, conceitos e institutos jurídicos do Direito do Trabalho. Não tem o poder de aniquilar a independência dos juízes, de modo a impedir que cumpram o seu dever de aplicar o Direito, interpretando as leis, em sua totalidade, segundo as regras da hermenêutica, os princípios, conceitos e institutos jurídicos, e as normas constitucionais e internacionais, cumprindo-lhes, se for o caso, declarar as inconstitucionalidades ou inconveniências da lei. A independência dos juízes é uma garantia da cidadania contra o autoritarismo e o abuso dos poderes políticos.” (ANAMATRA, 2018).

Por fim, restringir a análise a dois temas (amplo acesso à justiça e (im)possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade) se deu sobretudo pela repercussão que ambos os assuntos ganharam nos tribunais.

O primeiro tema, relacionado à inconveniência de artigos que restringiriam o acesso à justiça, possui uma inegável relevância quantitativa. Ao menos na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, constatamos que a esmagadora maioria dos julgados se referem ao tema.

O segundo tema, consistente na discussão em torno da (im)possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, tem importância qualitativa, tendo em vista que, a partir do julgamento do Recurso de Revista nos autos nº. 001072-72.2011.5.02.0384, em 24 de setembro de 2014, a teoria do controle de convencionalidade ganhou importância e repercussão na seara trabalhista. Mesmo com a posterior superação¹⁴⁴ deste precedente, foram amplamente divulgadas as bases argumentativas que viabilizariam o uso do controle de convencionalidade, a fim de dar maior efetividade aos direitos fundamentais e humanos.

Prova da importância do julgamento do Recurso de Revista nos autos nº. 001072-72.2011.5.02.0384, é o fato de, em diversas decisões proferidas no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, o precedente ter sido referenciado, mesmo que não se tratasse da discussão sobre a possibilidade de cumulação dos adicionais. Os magistrados o invocaram, na sua maioria, em caráter *obiter dictum*, para justificar a aplicação do controle de convencionalidade no julgamento de outras questões¹⁴⁵.

4.2.2 Jurisprudência acerca do controle de convencionalidade em matéria trabalhista e processual trabalhista no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, na sessão de pesquisa textual de jurisprudência¹⁴⁶, inserimos no campo de busca a palavra

¹⁴⁴ A partir do julgamento, realizado pela Subseção Especializada em Dissídios Individuais I (SBDI I), dos Embargos em Recurso de Revista com Agravo nos autos nº. 1081-60.2012.5.03.0064.

¹⁴⁵ Exemplificativamente, o precedente foi citado nos seguintes processos, em julgamentos de Recursos Ordinários em que se discutiam outras questões que não a possibilidade de cumulação dos adicionais: PROCESSO nº 0010722-46.2018.5.03.0134; PROCESSO nº 0011469-90.2017.5.03.0114; PROCESSO nº 0010064-27.2018.5.03.0100; e PROCESSO nº 0010239-25.2018.5.03.0034, todos anexos ao presente trabalho..

¹⁴⁶ Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>>.

“convencionalidade”, delimitando o período de 11 de novembro de 2017 a 11 de novembro do corrente ano de 2020, pelas razões já expostas no tópico anterior.

A partir daí, observamos alguns pontos relevantes.

No primeiro ano, de 11/11/2017 a 11/11/2018, foram publicadas 339 decisões/acórdãos em que o termo “convencionalidade” é citado. Nos anos posteriores esse número cresceria: entre 12/11/2018 e 11/11/2019 foram 590 decisões/acórdãos e, por fim, entre 12/11/2019 e 11/11/2020 o número chegou a 699 decisões/acórdãos.

Em uma análise perfunctória de tais números, é clara a tendência de aumento de citações da palavra “convencionalidade”, o que pode significar que a Reforma Trabalhista teve um papel na mudança de postura dos desembargadores que passaram a citar em suas decisões de maneira expressa o controle de convencionalidade como mais uma ferramenta a disposição do Poder Judiciário e seus órgãos no exercício de suas funções.

Certamente a produção doutrinária acerca do assunto teve um importante papel neste processo, destacando os enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho e no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, bem como a publicação de livros dedicados ao assunto¹⁴⁷.

Ademais, não há como ignorar o fato de, em grande parte das decisões, os magistrados fizeram referência expressa ao artigo científico intitulado “Direitos sociais na perspectiva internacional: contribuições para uma aplicação (criativa) da teoria do controle jurisdicional de convencionalidade e de legalidade das leis trabalhistas”, publicado, em novembro de 2017, na edição especial Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, cujo autor é Tarcísio Corrêa de Brito, Juiz do Trabalho vinculado ao próprio Tribunal¹⁴⁸, e que tem como principal marco teórico justamente a obra de Valerio Mazzuoli.

¹⁴⁷ Por exemplo, podemos citar a obra de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, pp. 61-81) com o título “A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017” que traz um panorama completo acerca das inovações legislativas, dando, inclusive, especial destaque às normas internacionais de direitos humanos como parâmetros de controle à Lei da Reforma Trabalhista.

¹⁴⁸ Destaque-se o trecho transcrito em grande parte das decisões: “Com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista instrumentalizada pela Lei 13.467/17, em novembro de 2017, torna-se necessário abordar o tema dos direitos sociais internacionais como parâmetro para o potencial exercício do controle de convencionalidade ou de suprallegalidade da referida legislação ‘inovada’, resgatando, do ponto de vista doutrinário, os ensinamentos de Valério Mazzuoli na matéria. Afinal, imersa em um efetivo pluralismo jurídico, a análise dos novos dispositivos da CLT ensejará um constante diálogo das fontes, considerando-se que a legislação trabalhista não pode ser interpretada como um outsider dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, negligenciando as contribuições do direito constitucional, do direito civil, do direito internacional público e do direito internacional privado para a compreensão do alcance e dos limites discursivos de seus dispositivos. Ademais, a própria Reforma impõe considerar que a regulamentação do mundo do trabalho, a partir de novembro de 2017, conviverá com uma variabilidade de formas heteronormativas e autocompositivas de produção normativa

4.2.2.1 *A discussão em torno do amplo acesso à justiça como principal tema enfrentado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: a (in)convencionalidade de dispositivos inseridos pela Reforma Trabalhista (artigo 790, §3º; artigo 790-B, caput e §4º; artigo 791-A, especialmente os §§3º e 4º; e artigo 844, §2º e 3º, todos da Consolidação das Leis do Trabalho) que disciplinam o assunto*

Um dado curioso chama atenção: a esmagadora maioria das decisões dizem respeito a um assunto específico relacionado a aspectos processuais, qual seja: a (in)convencionalidade de artigos introduzidos pela Reforma Trabalhista que teriam, em tese, o condão de restringir, dificultar ou, até mesmo, impossibilitar o exercício do direito fundamental e da garantia constitucional da justiça gratuita e do direito, garantia e princípio constitucional fundamental do amplo acesso à justiça, ambos previstos no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹⁴⁹, bem como albergados por normas de direito internacional (por exemplo: artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁵⁰, promulgado, em âmbito interno, pelo Decreto nº. 592, de 06 de julho de 1992; o direito à justiça, consagrado no artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948¹⁵¹, e os artigos 8º, 1, e 25, 1, ambos do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969¹⁵²), sendo recorrentemente citados dois julgamentos realizados pela Corte Interamericana de

(legislação, acordo individual, deliberações das comissões de empresa, acordos coletivos, convenções coletivas e dissídios coletivos) que deverão ser harmonizadas e compatibilizadas por obra do intérprete judicial." (BRITO, pp. 208-209).

¹⁴⁹ *In verbis*: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]" (BRASIL, 1988).

¹⁵⁰ *In verbis*: "Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores." (BRASIL, 1992).

¹⁵¹ *In verbis*: "Artigo XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente." (BRASIL, 1992).

¹⁵² *In verbis*: "Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...] Artigo 25 - Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais." (BRASIL, 1992).

Direitos Humanos como paradigmáticos e que possibilitariam o uso do controle de convencionalidade quanto ao tema (Caso Cantos *vs.* Argentina, sentenciado em 2002 e Caso dos Trabalhadores Dispensados de Petroperú e outros *vs.* Peru, sentenciado em 23 de novembro de 2017, coincidência ou não, no mesmo mês da entrada em vigor da Reforma Trabalhista).

Em relação à controvérsia, os principais dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho inseridos e/ou alterados pela Reforma Trabalhista e questionados são: artigo 790, §3^{o153}; artigo 790-B, *caput* e §4^{o154}; artigo 791-A, especialmente os §§3^o e 4^{o155}; e artigo 844, §2^o e 3^{o156}.

Mauro Schiavi (2017, pp. 17-18) destaca o fato de a Reforma Trabalhista ter trazido inúmeras inovações que tiveram como mote assegurar o acesso à justiça pelos reclamados. Assim foram incluídos inúmeros dispositivos que buscaram ampliar sobremaneira as garantias processuais de quem figurasse no polo passivo das demandas trabalhistas. O autor cita os artigos da Consolidação das Leis do Trabalho que trouxeram essas garantias processuais, antes inexistentes, quais sejam: o artigo 790, § 4^o, que incluiu a possibilidade de concessão de justiça gratuita ao reclamado; artigo 790-B, § 2^o, que incluiu a possibilidade de parcelamento dos honorários periciais; artigo 791-A, § 3^o, que incluiu a sucumbência recíproca; artigo 818,

¹⁵³ *In verbis*: “Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. [...] § 3^o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.” (BRASIL, 1943).

¹⁵⁴ *In verbis*: ‘Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. [...] § 4^o Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. ’ (BRASIL, 1943).

¹⁵⁵ *In verbis*: “Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. [...] § 3^o Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. § 4^o Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.” (BRASIL, 1943).

¹⁵⁶ *In verbis*: “Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.[...] § 2^o Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. § 3^o O pagamento das custas a que se refere o § 2^o é condição para a propositura de nova demanda.” (BRASIL, 1943).

§ 2º, que garantiu o adiamento da audiência, se houver requerimento da parte interessada, quando houver decisão no sentido de aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova em desfavor do reclamado; artigo 841, §3º, que torna impossível a desistência do processo pelo reclamante após o oferecimento da contestação, sem o consentimento do reclamado; artigo 843, §3º, que tornou desnecessário o preposto ser empregado do reclamado; artigo 844, §4º, que mitigou os efeitos da revelia nas situações descritas nos incisos I a IV; e artigo 879, §2º, que instituiu o contraditório prévio antes da homologação dos cálculos.

Em contrapartida, a mesma preocupação não ocorreu em relação ao polo ativo das demandas, ou seja, em relação aos reclamantes que, em sua esmagadora maioria, são os trabalhadores e/ou empregados. Mauro Schiavi (2017, p. 18) alerta que tais garantias processuais aos reclamados não são o problema, mas a crítica da doutrina processual trabalhista centra-se “[...] no sentido de não ter a legislação implementado melhorias ao processo trabalhista em prol do trabalhador, aperfeiçoando os institutos processuais que melhorem o acesso à justiça ao reclamante.”.

Diante disso, Schiavi (2017, p. 18) propõe que a Lei nº. 13.467/2017 seja interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário a partir de uma leitura constitucional acerca do acesso à justiça do trabalho e dos princípios e singularidades do processo do trabalho, de modo que não se inviabilize a missão institucional do processo trabalhista e prejudicar o acesso à justiça pelos trabalhadores, partes hipossuficientes nas relações de trabalho (especialmente do ponto de vista econômico).

No caso *Cantos vs. Argentina*, a Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), em sentença proferida em 28 de novembro de 2002, embora não considere o direito ao acesso à justiça absoluto, a cobrança de valores excessivos de quem recorre a um Tribunal pode significar verdadeiro aniquilamento de tal direito. *In verbis*:

Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho. En consecuencia, el monto por cobrar en el caso en estudio no guarda relación entre el medio empleado y el fin perseguido por la legislación Argentina, con lo cual obstruye, evidentemente, el acceso a la justicia del señor Cantos, y en conclusión viola los artículos 8 y 25 de la Convención.

Ainda, a Corte (2002) concluiu nos seguintes termos:

Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También

se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio.

Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo (2017) afirma que “[...] o acesso à justiça é um direito fundamental da cidadania, que tem sede constitucional e nas declarações internacionais de Direitos Humanos, assim, a Lei nº 13.467/17 não pode impedi-lo.”. Ato contínuo, o autor aponta as violações mais evidentes introduzidas pela Reforma Trabalhista, destacando o artigo 791-A, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, como um dos mais funestos. Vejamos:

O § 3º do artigo 791¹⁵⁷ prevê que na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. Aqui talvez se esteja diante de uma das mais nefastas previsões da Lei nº 13.467/17, pois a sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho, ao menos nos moldes propostos, isto é, sem o reconhecimento da gratuidade como princípio do acesso à justiça e sem a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ou seja, impondo custos a quem não tem como pagar.

Diante dessas premissas é compreensível que o tema tenha tido especial atenção por partes dos magistrados que compõem a Justiça Laboral. E não foi diferente no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, conforme inferimos pelas decisões analisadas no presente trabalho em que a esmagadora maioria aborda o assunto em questão a partir de uma aplicação da teoria do controle de convencionalidade.

A escolha pelo uso do controle de convencionalidade teve também uma vantagem inegável que certamente foi um dos motes de sua aplicação: a possibilidade de aplicá-lo sem a necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário^{158 159}. Conforme trecho

¹⁵⁷ Embora o autor se refira ao §3º do artigo 791, a crítica se dirige ao conteúdo do artigo 791-A, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁵⁸ A cláusula de reserva de plenário tem previsão constitucional no artigo 97, segundo o qual “[s]omente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (BRASIL, 1988). Luís Roberto Barroso nos dá os contornos deste princípio alçado à norma constitucional: “Por força do princípio da reserva do plenário, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde exista. Essa norma, instituída pela primeira vez com a Constituição de 1934, e reproduzida nas subsequentes, aplicava-se, por força de sua origem, apenas ao controle incidental e difuso. Com a criação do controle por via principal e concentrado, estendeu-se também a ele, não havendo qualquer distinção na norma materializada no art. 97 da Carta em vigor. A reserva de plenário espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que para ser infirmado exige um quórum qualificado do tribunal. Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independentemente de arguição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do

extraído do julgamento do Recurso Ordinário julgado nos autos nº. 0010340-64.2018.5.03.0001 fica patente este artifício. *In verbis*:

A par dessa análise, as garantias constitucionais foram flagrantemente vulneradas com o advento da Lei nº 13.467/2017 e, em razão da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade por força da cláusula de reserva de plenário (art. 97, da CF/88), impõe-se a análise à luz dos tratados e convenções internacionais que tratam dos direitos humanos e que foram ratificados pelo Brasil. Trata-se do chamado controle de convencionalidade, como forma de afastar a aplicação de norma não convergente com as normas internacionais do trabalho. (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2018)

E a Relatora, Desembargadora Paula Oliveria Cantelli, conclui:

Nesse ponto, merece destaque o direito fundamental ao amplo acesso à justiça que, em última análise, corresponde à concretude daquilo que, abstratamente, foi enunciado na norma, nitidamente violado pelas disposições trazidas pela nova legislação celetista, em especial, pelo art. 791-A, da CLT. [...] Assim, à luz do chamado controle de convencionalidade, com vistas à observância dos direitos previstos em declarações e tratados internacionais, subscritos pelo Brasil, o art. 791-A, da CLT não pode produzir efeitos que afetem diretamente o direito fundamental ao amplo acesso à justiça. (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2018)

Contudo, a repetição do tema e a aplicação da teoria da dupla compatibilidade vertical material sem verificarmos a mesma incidência em relação a outros assuntos, nos parece uma aplicação acrítica do controle de convencionalidade, tendo em vista que os

Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte é a percepção de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta. A despeito da linearidade do raciocínio, são comuns as hipóteses de descumprimento do art. 97 por parte dos Tribunais, o que levou o STF a editar a Súmula Vinculante n. 10.” (BARROSO, 2016, p. 85).

¹⁵⁹ O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento unânime e realizado por sua Quarta Turma, decidiu exatamente nesse sentido ao adotar a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos fixada pelo Pretório Excelso, o que dispensa a observância da cláusula de reserva do plenário quando do controle de convencionalidade e tendo a Convenção Americana de Direitos Humanos como parâmetro de controle, uma vez que a mesma não passou pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal. Vejamos trecho do Recurso Especial REsp nº. 1.640.084/SP que reconheceu a inconvenção do crime de desacato (artigo 331, do Código Penal): “Anote-se, ainda, que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta Corte Superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel. A propósito, o art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal de 1988 estabelece, expressamente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para ‘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 contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência’ (grifou-se.) Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF), a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria *status* de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).” (BRASIL, STJ, 2017).

acórdãos/decisões, em sua maioria, abordam inúmeros temas e, somente ao final, são enfrentadas as questões processuais quanto ao pagamento de custas e honorários advocatícios e/ou periciais, oportunidade em que são repetidas as mesmas referências bibliográficas e casos jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Obviamente que não são todos os assuntos e matérias passíveis de se fazer uma análise à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e do controle de convencionalidade, mas causa espanto o silêncio eloquente nos demais tópicos enfrentados e na ausência de referências, por exemplo, a outras normas de direito internacional ou outros casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isso mostra que o aumento significativo da quantidade de menções ao controle de convencionalidade no decorrer dos anos não, necessariamente, significa uma aplicação racional, coerente e ampla desta importante ferramenta à disposição dos magistrados.

A pretexto de interpretar o ordenamento jurídico de maneira a dar maior concretude e efetividade aos dispositivos constitucionais e convencionais que garantem o amplo acesso à justiça, o que é louvável, em muitas decisões apenas se reproduziu os exatos termos de decisões anteriores, algo comum no Poder Judiciário em tempos nos quais os processos são contados aos milhões. Contudo, tal conduta de maneira alguma é imune às críticas¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Conforme aponta Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, pp. 184-193), o artigo 93, IX, da Constituição Federal, consagrou o princípio da motivação das decisões judiciais ao impor que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Nessa mesma linha, o Código de Processo Civil dispõe, em seu artigo 11, que “[t]odos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”. E o novel diploma processual foi além, ao prever expressamente, no artigo 489, §1º, as hipóteses em que a decisão judicial não pode ser considerada fundamentada, *in verbis*: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”. Ao comentar o inciso III, Daniel Neves (2017, p. 188) nos esclarece o seguinte: “Ainda piores, se isso é possível, são as decisões padrões que se limitam a acolher ou rejeitar o pedido com base no preenchimento ou não dos requisitos legais para sua concessão. Não pode o juiz, por exemplo, fazer uma decisão-padrão para indeferir a tutela de urgência com base no não preenchimento dos requisitos legais sem a demonstração de como isso se deu no caso concreto. [...] Por outro lado, a norma ora analisada não impede a utilização de decisões padrões para a solução de processos repetitivos, não sendo racional se exigir do juiz diferentes fundamentações para decidir a exata mesma questão de direito. Mas nesse caso não há ofensa ao artigo 489, §1º, III, do Novo CPC, porque a decisão não se presta a resolver qualquer questão ou pedido, mas apenas pedido e questão repetitiva, cabendo ao juiz apenas justificas a utilização daquela decisão padrão para o caso específico.”.

Causa espanto, por exemplo, o fato de o Caso dos Trabalhadores Dispensados de *Petroperú* e outros vs. Peru, quando invocado nos julgados, ser sempre, sem exceções, referido como caso “*Petroperú* e outros vs. Peru”, uma atecnia¹⁶¹ sem maior gravidade cometida no artigo intitulado “Acesso com risco a direitos fundamentais e bagatelização do trabalho”¹⁶² e escrito por José Eduardo de Resende Chaves Júnior, trabalho este usado como referência nos primeiros julgados sobre o tema e em diversos outros subsequentes¹⁶³.

Também, os trechos da Sentença proferida no Caso Cantos vs. Argentina também são sempre os mesmos: parágrafos 55 e 62¹⁶⁴.

¹⁶¹ Contextualizado o caso, conforme breve relato que consta em comunicado divulgado pela Secretaria Corte Interamericana após a sentença: “Entre 1996 y 1998 *Petróleos del Perú* (“*Petroperú*”), la *Empresa Nacional de Puertos* (“*Enapu*”), el *Ministerio de Educación* (“*Minedu*”) y el *Ministerio de Economía y Finanzas* (“*MEF*”), llevaron a cabo una serie de ceses colectivos de trabajadores del sector público. Estos ceses se realizaron a través de programas de racionalización y evaluación de personal, en aplicación de diferentes Decretos Leyes aprobados por el Poder Ejecutivo. Esta Sentencia se refirió a los recursos interpuestos por 85 trabajadores de *Petroperú*, 25 trabajadores de *Enapu*, 39 trabajadores de *Minedu* y 15 trabajadores de *MEF* para controvertir sus ceses. Tal y como observó la Corte, el Estado no brindó recursos judiciales efectivos para constatar si se habían violado o no sus derechos laborales, por lo que el Tribunal determinó que se violó su derecho al acceso a la justicia, particularmente, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la Corte consideró que se violó de manera autónoma el derecho al trabajo de los trabajadores cesados. En este sentido, el Tribunal reiteró su precedente en el Caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, en el cual afirmó su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana. Para tales efectos, determinó que el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. Como consecuencia de estas violaciones, la Corte ordenó, como medidas de reparación, entre otras, la indemnización de los trabajadores por concepto de los aportes pensionales de los que fueron privados tras su despido, el lucro cesante y el daño inmaterial. Además, se ordenó al Estado el pago de gastos y costas, así como el reintegro de los gastos del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.”. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_50_17.pdf>. Como se vê, *Petroperú* trata-se de uma abreviatura para *Petróleos del Perú*, entidade que demitiu alguns de seus trabalhadores. Portanto, referir-se ao caso como “*Petroperú* e outros vs. Peru” dá a falsa impressão de que o polo ativo da demanda é a própria petroleira, quando na verdade são os trabalhadores dispensados.

¹⁶² Disponível em: <<http://pepe-ponto-rede.blogspot.com/2017/12/acesso-com-risco-direitos-fundamentais.html>>. Acesso em: 06 fev. de 2019.

¹⁶³ O primeiro julgado dentro da nossa pesquisa a abordar o assunto acerca da inconveniência dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que, em tese, restringem o acesso à justiça foi proferido nos autos nº. 0010922-66.2017.5.03.0141, cuja data de julgamento foi 06 de março de 2018 e a decisão fora publicada em 15 de março do mesmo ano. O artigo citado foi a fonte utilizada para citar tanto o Caso dos Trabalhadores Dispensados de *Petroperú* e outros vs. Peru quanto o Caso Cantos vs. Argentina, sentenciado em 2002 e Caso dos Trabalhadores Dispensados de *Petroperú* e outros vs. Peru.

¹⁶⁴ Por todos, vale a transcrição de trecho do julgamento do Recurso Ordinário interposto nos autos nº. 0010922-66.2017.5.03.0141, *in verbis*: “Logo, considerando que o reclamante é beneficiário da justiça gratuita e não possui ‘créditos capazes de suportar a despesa’, deveria, ao menos, ficar suspensa a exibibilidade da verba honorária, nos termos do art. 791, § 4º, da CLT. Oportuno acrescentar que a mencionada regra não passa pelo crivo do controle de convencionalidade, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso ‘*Petroperú* e outros vs. Peru’, assentou o caráter indissociável entre o direito fundamental ao trabalho, previsto no Pacto de San José, e a garantia efetiva de acesso à justiça e, ainda, no caso ‘*Cantos vs. Argentina*’, a Corte IDH assentou no parágrafo 55: ‘*Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales*’ e no parágrafo 62 deixa explícito que ‘*En todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra*

Outro aspecto que corrobora as críticas acima delineadas, especialmente no que tange à superficialidade com que o tema relacionado à (in)convencionalidade dos artigos 790, §3º; 791-B, *caput*; 791-A, especialmente os §§3º e 4º; e 844, §2º, é o fato de que a partir de 2018 ocorreu uma tendência de enfraquecimento das teses que defendiam à inconveniência de tais dispositivos¹⁶⁵.

Especificamente em relação ao tema relacionados ao pagamento de honorários advocatícios, houve uma mudança a partir de 21 de junho de 2018, data em que foi publicada a Instrução Normativa nº. 41 do Tribunal Superior do Trabalho (2018), na qual consta, em seu artigo 6º, diretriz acerca do marco temporal para a aplicação do artigo 791-A, e parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nos 219 e 329 do TST. (BRASIL, TST, 2018)

Nessa perspectiva, no julgamento do Recurso Ordinário interposto pelo Reclamante, nos autos nº. 0010757-66.2018.5.03.0114, cuja decisão foi publicada em 27 de maio de 2019, a parte recorrente argumentou justamente no sentido da inconveniência do artigo 790, §4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, tese, porém, rejeitada pelos julgadores, conforme

manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impedirán el cabal acceso a la justicia' (CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. Acesso com riscos a direitos fundamenatis e bagatelização do trabalho. In: <http://pepe-ponto-rede.blogspot.com.br/2017/12/acesso-com-risco-direitosfundamentais.html>). Desta forma, a Corte de Direitos Humanos já se pronunciou no sentido de que regras legais que obstaculizem o acesso à justiça por meio de imposição de custas e honorários advocatícios não passam pelo crivo do controle de convencionalidade, sendo este o caso dos autos. Assim, diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso para absolver o reclamante da condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais." (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2018)

¹⁶⁵ Embora registra-se que tais teses não foram completamente superadas. Como a proferida nos autos nº. 0010852-19.2018.5.03.0075, publicada em 29/10/2019, cuja ementa segue transcrita: "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INDEVIDA A CONDENÇÃO. Embora a Lei 13.467/2017, no artigo 790, parágrafos 3º e 4º, da CLT, tenha mitigado o alcance do benefício da justiça gratuita, ainda o manteve para os autores que perceberem salário igual ou inferior a 40%(quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. E, nos termos do artigo 98, § 1º, VI do CPC, a gratuidade da justiça compreende os honorários do advogado. a concessão do benefício da justiça gratuita impõe a necessária conclusão de que o beneficiário não possui recursos a fim de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo de seu próprio sustento e/ou de sua família (artigo 14, § 1º da Lei 5.584/1970), o que também inclui os honorários advocatícios. Por conseguinte, deve ser realizado o controle de convencionalidade/supralegalidade, declarando-se inválida a norma inserta no art. 791-A da CLT, a qual impõe ao beneficiário da justiça gratuita o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais." (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2019)

ementa a seguir transcrita que deu mais prestígio a Instrução Normativa nº. 41 do Tribunal Superior do Trabalho, que sequer possui força vinculante¹⁶⁶. Vejamos:

EMENTA: HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. A incidência do art. 791-A da CLT está restrita aos processos ajuizados posteriormente a 11.11.17, início da vigência da Lei 13.467/17, o que é o caso dos autos, sendo devida a verba honorária de sucumbência. Nesse sentido, o disposto no art. 6º da Instrução Normativa Nº 41/2018. (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2019)

A controvérsia em torno da (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade do artigo 844, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho também está longe de estar pacificada.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região proferiu decisões favoráveis aos reclamantes que não comparecerem à audiência inaugural, a fim de excluir da condenação o pagamento das custas, afastando, portanto, a aplicação do dispositivo em questão¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Sobre a natureza jurídica das instruções normativas editadas por tribunais, Tainá Angeiras Gomes dos Santos nos esclarece o seguinte: “Apesar da celeuma existente em torno da conceituação deste instituto, temos firmado na doutrina e jurisprudência algumas funções básicas das Instruções Normativas. São elas: esclarecer ou clarificar as normas legais postas; dispor sobre os procedimentos administrativos para aplicação de determinada norma pelo Tribunal que a instituir; estabelecer os métodos de utilização de algum instituto jurídico no âmbito interno dos Tribunais, recomendando (e não impondo) a melhor forma de aplicação para os órgãos inferiores; servir de complemento às leis postas, como forma de dar a melhor interpretação possível para os dispositivos que contenham cláusulas abertas etc. Por sua vez, regra geral, estes instrumentos não servem para: invadir a esfera de competência constitucional ou legal; revogar dispositivo de lei; ofender ou ir de encontro a preceitos principiológicos; modificar redação de norma ou aplicá-la com restrições não previstas em lei; dar interpretação contrária à lei ou a Constituição; estabelecer parâmetros normativos vinculativos para os Tribunais e juízes inferiores, reduzindo sua independência funcional; criar direitos e obrigações para os jurisdicionados; aplicar sanções etc. Isto porque, apesar das instruções normativas possuírem grande relevância, elas ainda não são aceitas como fontes formais do direito, na medida em que não preenchem os requisitos para alcançar este fim. Seu âmbito de aplicação é bem mais restrito do que as normas (regras e princípios); não possuem a mesma força normativa dos decretos executivos (regulamentos e decretos autônomos); não conseguem, em regra, vincular os demais Poderes do Estado; nem mesmo têm eficácia *erga omnes*, ou seja, aplicação para todos os destinatários sociais, só se aplicando no ambiente interno do Tribunal prolator da resolução.”. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-151/da-forca-legal-das-instrucoes-normativas-do-tribunal-superior-do-trabalho-uma-analise-acerca-da-in-constitucionalidade-da-in-39-2016-entre-erros-e-acertos/>>. Acesso em: 03 nov. de 2020.

¹⁶⁷ Vale a transcrição da ementa do julgado publicado em 21 de setembro de 2018 e proferido nos autos nº. 0010314-93.2018.5.03.0089, *in verbis*: “PROCESSO ARQUIVADO PELA AUSÊNCIA DO AUTOR EM AUDIÊNCIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. ART. 844, §2º, CLT. ACESSO À JUSTIÇA. LEI N. 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 1. O direito fundamental ao acesso à justiça é assegurado não apenas pela Constituição (art. 5º, XXXV, da CF) como também pelas convenções sobre direitos humanos das quais o Brasil é signatário, a exemplo do artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e o artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. 2. As referidas convenções ostentam status de supralegalidade, conforme entendimento do STF (RE 466.343), e prevalecem sobre as leis ordinárias, como a Lei 13.467/2017. 3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou no sentido de que regras legais que obstaculizem o acesso à justiça por meio de imposição de custas e honorários advocatícios não passam pelo crivo do controle de convencionalidade, a exemplo do caso "Petroperú e outros vs. Peru" - 23 de novembro de 2017- e do caso "Cantos vs. Argentina" - 20 de dezembro de 2017 (In: CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. Acesso com riscos a direitos fundamenatis e bagatelização do trabalho. In: <http://peponte.rede.blogspot.com.br/2017/12/acesso-com-risco-direitosfundamentais.html>) 4. Provimento para excluir da

Contudo, recentemente, nos autos da reclamação trabalhista distribuída sob o nº. 0010330-27.2020.5.03.0073 foi proferido o acórdão, publicado em 08 de setembro de 2020, em que o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região manteve o arquivamento da ação, baseando-se justamente no artigo 844, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Na oportunidade foi julgado o Recurso Ordinário de uma reclamante que alegou não ter conseguido acessar o sistema eletrônico no qual se realizou a audiência, sendo rejeitadas suas justificativas pelo não comparecimento à audiência, embora tenha reformado a sentença proferida pelo juízo *a quo* no que tange à condenação em honorários advocatícios¹⁶⁸. A ementa foi redigida nos seguintes termos:

ARQUIVAMENTO DO FEITO. ART. 844 DA CLT. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. Não são devidos honorários advocatícios de sucumbência quando o Juízo de Origem determina o arquivamento do feito, em decorrência do não comparecimento do reclamante à audiência inaugural (CLT, art. 844), tendo em vista que não há parte vencedora ou vencida de forma a se fixar a sucumbência. Apelo provido ao enfoque. (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2020)

O tema em debate ainda foi o pano de fundo para uma recente polêmica. Foi veiculado em meios de comunicação especializados em temas jurídicos¹⁶⁹, o fato de o desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Marcelo José Ferlin D'Ambroso, ter pedido desculpas a uma trabalhadora que interpôs recurso em face de decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS. Na oportunidade, a reclamante ajuizou uma reclamação trabalhista, mas, sem justificativa, não compareceu à audiência inicial, razão pela qual o processo foi arquivado com a condenação da autora no pagamento das custas processuais, conforme preceitua o multicitado artigo 844, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Em seguida, a reclamante ajuizou outra ação, porém foi intimada a pagar as custas do processo anterior, agora em razão do que dispõe o §3º do artigo 844. Ante a inércia da autora, a magistrada determinou o bloqueio de suas contas bancárias até o limite do débito. Inconformada, a trabalhadora interpôs recurso ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

condenação o pagamento de custas processuais.” (PROCESSO nº 0010314-93.2018.5.03.0089 (AIRO)). (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2018)

¹⁶⁸ Registra-se que nesse ponto não houve discussão em torno da inconstitucionalidade ou inconveniência do artigo 791-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, mas sim o entendimento de que não houve sucumbência, conforme se extrai do seguinte trecho da decisão: “Contudo, no presente caso, não houve sucumbência das partes, pois foi determinado o arquivamento dos autos, ante a ausência injustificada do reclamante. Logo, não há parte vencedora ou vencida de forma a se fixar a sucumbência.” (TRT 3ª REGIÃO, 2020).

¹⁶⁹ Por exemplo, os portais de notícias Migalhas e *Conjur*. Disponível: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/336534/justica-do-trabalho-pede-desculpas-por-bloquear-valores-da-conta-de-funcionaria>> / <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-17/trt-desculpas-trabalhadora-bloqueio-valores>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

e, no julgamento de seu recurso, o relator prestigiou a tese que defende a inconstitucionalidade e a inconveniência dos dispositivos em questão por ferirem o direito ao amplo acesso à justiça¹⁷⁰. E na parte dispositiva do Acórdão fixou o seguinte:

Nestes termos, dá-se provimento ao recurso da autora para declarar a nulidade do processo a partir da sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, proferindo-se novo julgamento em seu lugar, com registro de desculpas públicas à parte autora, Sra. Kethleen Catiucia da Silva Rios. (BRASIL, TRT 4ª REGIÃO, 2020)

Sem adentrar na polêmica em torno da conduta do desembargador, que para Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região (AMATRA IV) promoveu verdadeira censura pública à juíza de 1º grau e violou suas prerrogativas como magistrada¹⁷¹,

¹⁷⁰ “NULIDADE DA SENTENÇA. ARQUIVAMENTO DO FEITO. IMPOSIÇÃO INDEVIDA DE CUSTAS RELACIONADAS A PROCESSO ANTERIOR COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE, COM BASE EM NORMA REPUTADA INCONSTITUCIONAL E INCONVENIENTAL. VIOLAÇÃO DO DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA. POSTERIOR BLOQUEIO INDEVIDO DE VALORES EM CONTA DA TRABALHADORA. INFRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DIRETOS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS PELO ESTADO BRASILEIRO (JUSTIÇA DO TRABALHO) E DECRETO 9571/18. DESCULPAS PÚBLICAS DEVIDAS PELO PODER JUDICIÁRIO. 1. O comando que atribui à parte autora o ônus de pagamento das custas como condição de procedibilidade em ajuizamento de nova demanda, mesmo quando beneficiária da justiça gratuita, viola o o direito humano de acesso à justiça, previsto no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político (Decreto nº 592/92) e no art. 25.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - Decreto nº 678/92), que foram fundamentalizados na Constituição da República de 1988 nos princípios da assistência judiciária integral e gratuita e do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV e LXXIV). 2. Cassação liminar do bloqueio de valores efetivado na conta da trabalhadora com determinação de devolução imediata da quantia à demandante. Grave violação de Direito Humano perpetrada pelo próprio Estado via Poder Judiciário, na forma do PIDCP (art.14), CADH (art. 25.1) e Decreto n.º 9.571/18 (art. 3º, inciso I, alíneas "a" e "b", inciso II, inciso IV, alínea "b" e inciso IX). 3. Decreto n.º 9.571/2018, que estabelece a responsabilidade social do Estado no que concerne à adoção de medidas de reparação à violação de direitos humanos, sendo devidas desculpas públicas à trabalhadora, com base nos arts. 13, VII, b, e 15, I, do Decreto em epígrafe, ante o constrangimento decorrente da violação do direito humano de acesso à justiça e bloqueio indevido de valores realizado por esta Justiça do Trabalho. 5. O Direito do Trabalho deve ser aplicado como instrumento de garantia de promoção da dignidade humana e não ao revés, sendo que a ação que o acompanha deve estar acessível de forma gratuita a todas as pessoas, não podendo obstáculos opostos por lei manifestamente inconstitucional e inconveniente ser transformados em barreiras que, mais além de impedirem o acesso à justiça, o inibem, inviabilizando por completo a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e a possibilidade de realização de uma vida digna por parte das pessoas que integram a classe despossuída, a classe trabalhadora. Recurso provido para decretar a nulidade da sentença e o regular processamento do feito.” (BRASIL, TRT 4ª REGIÃO, 2020)

¹⁷¹ Conforme nota de desagravo emitido pela entidade: “A ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO – AMATRA IV, entidade associativa representativa da Magistratura Trabalhista do Estado do Rio Grande do Sul, em face da recente divulgação do teor do acórdão proferido pela 8ª Turma do TRT da 4ª Região no processo nº 0021277-54.2019.5.04.0007, vem a público emitir a presente nota, nos seguintes termos: 1 – A AMATRA IV respeita e não pretende negar a quem quer que seja, em especial aos magistrados integrantes das instâncias revisoras, o direito à independência funcional e o direito à livre manifestação do pensamento, constitucionalmente assegurados, e entende, ademais, que, sendo a atividade jurisdicional uma atividade pública, prestada pelo Estado por intermédio dos seus juizes, ela, de forma alguma, está infensa ou imune à crítica, que, quando construtiva e bem direcionada, apenas contribui para o aperfeiçoamento das Instituições e para a melhora na qualidade da prestação jurisdicional entregue à sociedade. 2 – Entende, todavia, que o teor do acórdão proferido pela 8ª Turma do TRT da 4ª Região no processo 001277-54.2019.5.04.0007, em 26.10.2020, desborda os limites da simples crítica jurídica nos autos, atribuindo à magistrada a prática de condutas como ‘constrangimento’ à parte recorrente, mediante a ‘imposição indevida de custas relacionadas a processo anterior como condição de procedibilidade’, e o cometimento de ‘violação do

a decisão mostra que o assunto reverbera por outros tribunais, sem, ainda uma solução definitiva.

No Tribunal Superior do Trabalho, decisões recentes têm defendido a aplicação do artigo 844, §2º e 3º, sem restrições, tendo em vista que, conforme decidido no julgamento do Recurso de Revista interposto nos autos nº. 1000400-32.2018.5.02.0051, cujo relator foi o Ministro Ives Granda Martins Filho, não há violação ao amplo acesso à justiça uma vez que o dispositivo em questão não viola o artigo 5º, *caput*, incisos XXXV, LIV, LV e LXXIV, da Constituição Federal. Ao contrário, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que o dispositivo em questão tem por objetivo buscar a preservação da jurisdição em sua essência, “[...] como instrumento responsável e consciente de tutela de direitos elementares do ser humano trabalhador, indispensáveis à sua sobrevivência e à da família.”.

E foi além, ao dispor o seguinte:

Ainda, convém ressaltar não ser coerente a conclusão de que a imposição de pagamento de custas processuais, prevista nos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, obsta o trabalhador de ter acesso ao Poder Judiciário, até porque a própria lei excepciona da obrigação de recolher as referidas custas aquele que comprovar que a sua ausência se deu por motivo legalmente justificável, prestigiando, de um lado, o processo

direito humano de acesso à Justiça’, concluindo, ainda, com pedido de ‘desculpas públicas devidas pelo Poder Judiciário’ à parte recorrente sem a necessária autorização da Presidência do Supremo Tribunal Federal, a quem compete a representação do Poder Judiciário para tal efeito. 3 – Os atos jurisdicionais examinados no acórdão proferido pela 8ª Turma do TRT da 4ª Região no processo nº 001277-54.2019.5.04.0007 estão todos fundamentados pela magistrada prolatora, na forma exigida pelo art. 93, IX da Constituição Federal, e são passíveis de recurso próprio, já manejado pela parte interessada nos autos do processo em que praticados, e, por isso mesmo, esta entidade, até pelo respeito que devota à independência da magistratura, que é uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito, deixa de emitir juízo de valor ou de tecer comentários sobre o mérito deles, ressaltando, apenas, que todos eles encontram respaldo no ordenamento jurídico pátrio. 4 – A imputação à magistrada prolatora das decisões por ela reformadas de tais fatos culminou em aplicar penalidade inexistente na própria LOMAN, ao fazer uma clara censura pública à magistrada, com o agravante de que a tal ‘penalidade’ foi aplicada por juízo incompetente para tanto, usurpando competência do Órgão Especial, tomando para si atribuições que são privativas da Corregedoria Regional do Tribunal e, principalmente, sem o devido processo legal. 5 – A situação se reveste de maior gravidade, também, porque interfere na prerrogativa da Juíza de primeiro grau de organizar a sua pauta de audiências, determinando a inclusão do feito em pauta preferencial, ao arpejo de qualquer previsão legal, e imiscuindo-se, uma vez mais, em atribuição privativa da Corregedoria Regional. 6 – A AMATRA IV reafirma que a possibilidade de haver decisões divergentes na interpretação de um mesmo dispositivo de lei, seja entre juízes da mesma instância, seja entre magistrados de instâncias diversas, é a plena manifestação da garantia constitucional da independência da magistratura, que não é mera prerrogativa do juiz, mas, acima de tudo, garantia da sociedade, de que as decisões e demais atos jurisdicionais praticados pelo juiz o serão sempre com base nos princípios do livre convencimento e da persuasão racional, sem possibilidade de interferência de qualquer espécie de pressão externa. 7 – Por estes fundamentos, AMATRA IV, pela presente, vem desagrar a Juíza do Trabalho Substituta Luciana Caringi Xavier, ao mesmo tempo em que reafirma e pugna pelo dever de observância da prerrogativa constitucional da independência judicial, do respeito à honra e à dignidade dos magistrados e dos deveres inculpidos na LOMAN, em todas as instâncias da Justiça do Trabalho. Porto Alegre, 17 de novembro de 2020.” (AMATRA IV, 2020).

responsável, e desestimulando, de outro, a litigância descompromissada. (BRASIL, TST, 2020)¹⁷²

Decisões nesse sentido, sem dúvidas, tem o condão de enfraquecer a tese da inconveniência dos artigos listados no título do presente tópico, com impacto direto na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, como já vem ocorrendo, conforme exposto alhures.

Por fim, outro fator que, certamente, impactará toda a jurisprudência trabalhista sobre o assunto, será a conclusão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 5.766/DF.

Até o momento, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso votou a favor da constitucionalidade dos artigos 790-B, 791-A e artigo 844, §2, da Consolidação das Leis do

¹⁷² Segue a íntegra da ementa do julgamento realizado em 25 de agosto de 2020: “RECURSO DE REVISTA - ARQUIVAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DA RECLAMANTE NA AUDIÊNCIA – CONDENAÇÃO DE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS – COMPATIBILIDADE DO ART. 844, § 2º, DA CLT COM O ART. 5º, CAPUT, XXXV, LIV, LV E LXXIV, DA CF – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. 1. Nos termos do art. 896-A, § 1º, IV, da CLT, constitui transcendência jurídica da causa a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista ainda não solvida pelo TST. 2. In casu, o debate jurídico que emerge da presente causa diz respeito à compatibilidade dos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, introduzidos pela Lei 13.467/17, que determinam o pagamento de custas processuais pelo demandante, em casos de arquivamento da reclamação por ausência injustificada do autor na audiência, ainda que beneficiária da justiça gratuita, frente aos princípios da isonomia, do amplo acesso à jurisdição, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos, esculpido no caput e nos incisos XXXV, LIV, LV e LXXIV, do art. 5º da CF, questão que, inclusive, encontra-se pendente de análise pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 5.766-DF, Rel. Min. Roberto Barroso). 3. Conforme se extrai do acórdão recorrido, a Autora, que litiga sob o pálio da justiça gratuita, além de não ter comparecido na audiência, não apresentou justificativa para a sua ausência, o que ensejou a sua condenação ao pagamento de custas processuais no importe de R\$ 226,29 (duzentos e vinte e seis reais e vinte e nove centavos). 4. Como é cediço, a Reforma Trabalhista, promovida pela Lei 13.467/17, ensejou diversas alterações no campo do Direito Processual do Trabalho, a fim de tornar o processo laboral mais racional, simplificado, célere e, principalmente, responsável, sendo essa última característica marcante, visando coibir as denominadas “aventuras judiciais”, calcadas na facilidade de se acionar a Justiça, sem nenhum ônus ou responsabilização por postulações carentes de embasamento fático. 5. Não se pode perder de vista o crescente volume de processos ajuizados nesta Justiça Especializada, muitos com extenso rol de pedidos, apesar dos esforços empreendidos pelo TST para redução de estoque e do tempo de tramitação dos processos. 6. Nesse contexto, foram inseridos os §§ 2º e 3º no art. 844 da CLT pela Lei 13.467/17, responsabilizando-se o empregado, ainda que beneficiário da justiça gratuita, por acionar a máquina judicial de forma irresponsável, até porque, no atual cenário de crise econômica, por vezes a reclamada é hipossuficiente, assumindo despesas não só com advogado, mas também com deslocamento inútil, para ver a sua audiência frustrada pela ausência injustificada do autor. 7. Percebe-se, portanto, que o art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT não colide com o art. 5º, caput, XXXV, LIV, LV e LXXIV, da CF, ao revés, busca preservar a jurisdição em sua essência, como instrumento responsável e consciente de tutela de direitos elementares do ser humano trabalhador, indispensáveis à sua sobrevivência e à da família. 8. Ainda, convém ressaltar não ser coerente a conclusão de que a imposição de pagamento de custas processuais, prevista nos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, obsta o trabalhador de ter acesso ao Poder Judiciário, até porque a própria lei excepciona da obrigação de recolher as referidas custas aquele que comprovar que a sua ausência se deu por motivo legalmente justificável, prestigiando, de um lado, o processo responsável, e desestimulando, de outro, a litigância descompromissada. 9. Assim, em que pese reconhecida a transcendência jurídica da questão, não conheço da revista obreira, por não vislumbrar violação do art. 5º, caput, XXXV, LIV, LV e LXXIV, da CF. Recurso de revista não conhecido.” (BRASIL, TST, 2020).

Trabalho. Para o Ministro, “[a]s normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta.”¹⁷³.

Por outro lado, o Ministro Luís Edson Fachin abriu divergência no sentido de prestigiar o amplo acesso à justiça e por enxergar violações não só à Constituição Federal, como também ao artigo 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já transcrito alhures, no início do presente tópico. São suas palavras:

As limitações impostas pela Lei 13.467/2017 afrontam a consecução dos objetivos e desnaturam os fundamentos da Constituição da República de 1988, pois esvaziam direitos fundamentais essenciais dos trabalhadores, exatamente, no âmbito das garantias institucionais necessárias para que lhes seja franqueado o acesso à Justiça, propulsor da busca de seus direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas. Assim sendo, o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgado procedente. (STF, 2018)

¹⁷³ Eis a ementa proposta pelo Relator: “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. MÍNIMO EXISTENCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. 1. A Reforma Trabalhista assegurou o direito à gratuidade de justiça aos trabalhadores hipossuficientes, mas determinou: (i) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência (CLT, arts. 791-A e 790-B); (ii) a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários (CLT, art. 791-A, §4º); (iii) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência (CLT, art. 844, §2º). 2. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestionava o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Vale dizer: afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça. 3. Dessa forma, é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final, com utilização de créditos havidos no próprio feito ou em outros processos. Razoabilidade e proporcionalidade da exigência. 4. Todavia, em resguardo de valores alimentares e do mínimo existencial, a utilização de créditos havidos em outros processos observará os seguintes critérios: (i) não exceder a 30% do valor líquido recebido (por aplicação analógica das normas que dispõem sobre desconto em verbas alimentares: Lei 8.213/1991, art. 115, incs. II e VI; Decreto 3.048/1999, art. 154, § 3º; e Decreto 8.690/2016, art. 5º); e (ii) não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social (atualmente R\$ 5.645,80). 5. Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito, em razão do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à Justiça e à sociedade, que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência. 6. Por fim, é igualmente constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça. 7. Interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para assentar, como teses de julgamento: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.” (BRASIL, STF, 2018).

Como dito, a resolução da controvérsia constitucional pelo Supremo Tribunal Federal terá impactos diretos no assunto em discussão, contudo, após a inclusão dos votos dos Ministros Barroso e Fachin, a ação foi suspensa pelo pedido de vista do Ministro Luiz Fux, em 10 de maio de 2018¹⁷⁴, e, até o momento, o julgamento não foi retomado.

Novamente, o Pretório Excelso terá a chance de prestigiar as normas de direito internacional, bem como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre assunto, ou, ao contrário, desconsiderará compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, inclusive quanto ao seu dever de efetuar o controle de convencionalidade das leis.

4.2.2.2 *A discussão em torno da (im)possibilidade de cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade*

Como dito alhures, a discussão em torno da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade teve grande repercussão a partir do julgamento do Recurso de Revista nos autos nº. 001072-72.2011.5.02.0384, em 24 de setembro de 2014¹⁷⁵, proferido pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

A argumentação favorável à possibilidade de se acumular os adicionais teve como mote a aplicação da teoria do controle de convencionalidade.

¹⁷⁴ Conforme consta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076&caixaBusca=N>>. Acesso em 07 dez. de 2020.

¹⁷⁵ Eis a ementa: “RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.” (BRASIL, TST, 2014).

Isto porque, na ocasião, decidiu-se que o artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, é inconveniente, além de não ter sido recepcionado pela Constituição Federal.

Ambos os adicionais, de insalubridade e periculosidade, são garantidos pela Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXIII, e o Ministro Claudio Mascarenhas Brandão apontou que o texto constitucional não faz qualquer ressalva quanto possibilidade de cumulação, mesmo que tenha remetido a matéria à regulação por meio de lei ordinária. E tal regulamentação se deu justamente com o artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho que dá espaço para interpretações que impossibilitem a cumulação. Contudo, o magistrado diverge de tal exegese, conforme trecho a seguir:

Contudo, a meu sentir, outra é a interpretação, a partir da afirmação de que não há como se sustentar a recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal de 1988. A possibilidade da cumulação dos adicionais se justifica em virtude da origem dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade, traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. (TST, 2014)

E o julgador vai além. Aponta que, não bastasse a incompatibilidade material do artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, frente à Constituição Federal, referido dispositivo também afronta o que dispõe normas de direito internacional, notadamente, as Convenções Internacionais nº. 148 e nº. 155, ambas da Organização Internacional do Trabalho¹⁷⁶. Vejamos:

Se tais argumentos não fossem suficientes, outro fator que sustenta a inaplicabilidade dos preceitos analisados é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148, promulgada pelo Decreto nº 93.413 de 15/10/86, com vigência nacional a partir de 14 de janeiro de 1983, e 155, promulgada pelo Decreto nº 1.254 de 29/09/94, com vigência nacional a partir de 18 de maio de 1993. As normas internacionais incorporadas passaram a admitir a hipótese de cumulação dos adicionais e estabelecem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos.

Os parâmetros de controle foram: artigos 8.3, da Convenção Internacional nº. 148¹⁷⁷, e artigo 11, b, da Convenção Internacional nº. 155¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Constam no Decreto nº. 10.088, de 05 de novembro de 2019, que promoveu a consolidação dos atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. A Convenção nº. 148 encontra-se no Anexo XXXIX e a Convenção nº. 155 encontra-se no Anexo LI.

¹⁷⁷ *In verbis*: “Artigo 8.3. Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo

Desse modo, haveria uma dupla incompatibilidade vertical material do artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que tal dispositivo legal violaria tanto a Constituição quanto as normas de direito internacional, exatamente na linha da teoria defendida por Valerio Mazzuoli¹⁷⁹.

Apesar do pioneirismo e, sobretudo, assertividade do decidido no julgamento de referido precedente, mais tarde, o Tribunal Superior do Trabalho acabaria por superá-lo em julgamento posterior. Trata-se do julgamento, realizado na Subseção Especializada em Dissídios Individuais I (SBDI I), dos Embargos em Recurso de Revista com Agravo nos autos nº. 001081-60.2012.5.03.0064, cujo julgamento se deu em 28 de abril de 2016¹⁸⁰, em que,

em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.” (BRASIL, 2019).

¹⁷⁸ *In verbis*: “Artigo 11. Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas: (...) b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.” (BRASIL, 2019).

¹⁷⁹ Valerio Mazzuoli (2018, p.208-210) também analisa o tema e seus pormenores.

¹⁸⁰ A ementa foi redigida nos seguintes termos: “ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART. 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE 1. No Direito brasileiro, as normas de proteção ao empregado pelo labor prestado em condições mais gravosas à saúde e à segurança deverão pautar-se sempre nos preceitos insculpidos no art. 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal: de um lado, a partir do estabelecimento de um meio ambiente do trabalho equilibrado; de outro lado, mediante retribuição pecuniária com vistas a “compensar” os efeitos nocivos decorrentes da incontornável necessidade de exposição do empregado, em determinadas atividades, a agentes nocivos à sua saúde e segurança. 2. No plano infraconstitucional, o art. 193 da CLT, ao dispor sobre o direito à percepção de adicional de periculosidade, assegura ao empregado a opção pelo adicional de insalubridade porventura devido (§ 2º do art. 193 da CLT). 3. A opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Os preceitos da CLT e da Constituição, nesse ponto, disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas: enquanto o art. 193, § 2º, da CLT regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo, o inciso XXII do art. 7º impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. O inciso XXIII, a seu turno, cinge-se a enunciar o direito a adicional “de remuneração” para as atividades penosas, insalubres e perigosas e atribui ao legislador ordinário a competência para fixar os requisitos que geram direito ao respectivo adicional. 4. Igualmente não se divisa descompasso entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções nºs 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos. Não há, pois, em tais normas internacionais preceito em contraposição ao § 2º do art. 193 da CLT. 5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir. 6. Solução diversa impõe-se se se postula o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, concomitantemente, com fundamento em causas de pedir distintas. Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais — arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Do contrário, emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido

segundo Valerio Mazzuoli (2018, p. 201), o Tribunal “[...] simplesmente fez tábula rasa de convenções importantíssimas e mais benéficas ao trabalhador., ao reformar o entendimento da 7ª Turma [...]”. Especialmente porque, os principais argumentos defenderam que os tratados internacionais de direitos humanos não se sobrepõem às normas internas menos benéficas, em clara afronta ao entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal (RE nº. 466.343/SP), além de considerar que as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho seriam “[...] basicamente como um código de conduta para os Estados-membros. Não criam, assim, no caso, direta e propriamente obrigações para os empregadores representados pelo Estado signatário.”.

Na jurisprudência do Tribunal regional do Trabalho da 3ª Região, constatamos que, nos últimos 03 (três) anos, houve a menção ao julgamento do Recurso de Revista nos autos nº. 001072-72.2011.5.02.0384 em diversos julgados. Contudo, como já adiantado anteriormente, na maioria das vezes em que o precedente foi citado, não se estava em discussão o assunto em torno da possibilidade ou não de cumulação dos adicionais. Os magistrados o invocaram, na sua maioria, em caráter *obter dictum*, para justificar a aplicação do controle de convencionalidade no julgamento de outras questões, sobretudo, para invalidarem os artigos 790-B, 791-A e 844, §2º, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivos que se inserem na discussão acerca do acesso à justiça, tratado no tópico anterior.

Dentro do universo de julgados em que se mencionou o termo “convencionalidade”, a ementa do Recurso de Revista nos autos nº. 001072-72.2011.5.02.0384 ou o assunto acerca da cumulação de adicionais foi citada em 49 (quarenta e nove) decisões ao longo do período compreendido entre 11 de novembro de 2017 e 11 de novembro de 2018. Dessas decisões, apenas em 04 (quatro) ações se discutiu, efetivamente, a possibilidade de cumulação dos adicionais. São eles: julgamento dos Recursos Ordinários nos autos nº. 0011182-43.2016.5.03.0024, nº. 0012079-52.2016.5.03.0095 e nº. 0011499-25.2017.5.03.0018, bem como dos Embargos de Declaração nos autos nº. 0010069-14.2016.5.03.0005 (anexos ao presente trabalho). Todos foram favoráveis à possibilidade de cumulação.

No ano seguinte, entre 12 de novembro de 2018 e 11 de novembro de 2019, o cenário não mudou. Houve, na verdade, um aumento considerável de menções ao tema da

a dois ou mais agentes nocivos, díspares e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional. Assim, se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo, em tese há direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais. 7. Incensurável, no caso, acórdão de Turma do TST que nega a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade se não comprovada, para tanto, a presença de causa de pedir distinta. 8. Embargos do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento.” (BRASIL, TST, 2016).

cumulação dos adicionais (177 – cento e setenta e sete), mas, o número de ações em que, efetivamente, discutiu-se e julgou o tema, manteve-se praticamente o mesmo: 05 (cinco) ações.

No processo distribuído sob o nº. 0010423-23.2018.5.03.0020 até se levantou a questão em torno a cumulação, mas o Tribunal não enfrentou a questão, uma vez que indeferiu o percebimento do adicional de insalubridade por não haver provas nos autos que demonstrassem a exposição à agentes insalubres.

Nos autos nº. 0010269-89.2017.5.03.0165, em julgamento de Recurso Ordinário, a Relatora Ministra Juliana Vignoli Cordeiro deferiu o pedido baseando-se justamente no que fora decidido no julgamento do Recurso de Revista nos autos nº. 001072-72.2011.5.02.0384¹⁸¹.

Por outro lado, nos autos nº. 0012280-67.2015.5.03.0131, 0011397-21.2017.5.03.0012 e 0010367-22.2018.5.03.0074 os pedidos relacionados ao tema foram indeferidos, vencendo a tese favorável à impossibilidade de cumulação.

Tais números mostram que a incidência do tema, como objeto de julgamento, foi ínfima, e a tendência foi no sentido de se indeferir o pleito, desconsiderando o controle de convencionalidade como o realizado no julgamento do Recurso de Revista nos autos nº. 001072-72.2011.5.02.0384.

Outro ponto que causa espanto, é a quantidade de menções ao controle de convencionalidade para enfrentar o tema afeto ao acesso à justiça, e, em grande parte dos julgados, considerando o *status*, no mínimo, supralegal das convenções internacionais sobre direitos humanos. Mas tal posição não necessariamente se espraia para outros temas.

No julgamento do Agravo de Petição julgado nos autos nº. 0011397-21.2017.5.03.0012, por exemplo, o Tribunal indeferiu o pleito do Reclamante ao argumento de que “[...] não é permitido o recebimento cumulado dos dois adicionais, consoante vedação expressa no § 2º do art. 193 da CLT.”. Por outro lado, ao final, na parte dispositiva do

¹⁸¹ Posteriormente, haveria o juízo de retratação, em Acórdão publicado em 16 de março de 2020, e em deferência ao que seria, posteriormente, decidido nos autos Incidente de Recurso de Revista e de Embargos Repetitivos nos autos nº. 00239-55.2011.5.02.0319 pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme veremos mais à frente. Eis a ementa: “JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO. ART. 15, § 1º, II, DA RESOLUÇÃO 09/2015 DO TRT 3. O c. TST, em recente julgamento do Tema Repetitivo de nº 17 (IRR-239-55.2011.5.02.0319), firmou, por maioria, a seguinte Tese Jurídica (arts. 896-C da CLT, 927, III, do CPC e 3º, XXIII, da Instrução Normativa nº 39/2015 do TST): ‘O art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos.’” (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2020).

Acórdão, constou que a Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini, que embora não fosse a Relatora, faria o controle de convencionalidade a fim de excluir a condenação em honorários advocatícios¹⁸², mas no Acórdão não consta qualquer discussão em torno da (in)convencionalidade do artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Obviamente que no caso acima analisado (Agravo de Petição julgado nos autos nº. 0011397-21.2017.5.03.0012), apesar das críticas, outros valores também podem ter sido sopesados, como a deferência dos julgadores à jurisprudência atualmente dominante no Tribunal Superior do Trabalho no que concerne ao tema, valorizando, portanto, uma coerência e integridade com a jurisprudência do órgão jurisdicional de cúpula da Justiça do Trabalho.

Mas certamente, a nosso ver, o caminho da jurisprudência em não prestigiar as normas de direito internacional, sobretudo as que tratam de direitos humanos, é um retrocesso. Ademais, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento dos Embargos em Recurso de Revista com Agravo nos autos nº. 001081-60.2012.5.03.0064, desconsiderou por completo o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (RE nº. 466.343/SP).

E a tendência no Tribunal Superior do Trabalho, atualmente, é exatamente no sentido de impossibilitar a cumulação dos adicionais, o que reverbera na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Como o avanço das análises dos julgados, pudemos ver que a partir de setembro de 2019, o tema passou a ser enfrentado com bem mais frequência, justamente em razão do julgamento do Incidente de Recurso de Revista e de Embargos Repetitivos nos autos nº. 00239-55.2011.5.02.0319 pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O Tema nº. 17 de Incidentes de Recursos Repetitivos do Tribunal Superior do Trabalho (Cumulação de Adicionais de Periculosidade e de Insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos) teve como data de afetação o dia 05 de outubro de 2017, sendo julgado em 26 de setembro de 2019 e o Acórdão publicado em 15 de maio de 2020.

A pouca incidência de casos julgados e que enfrentaram o tema de cumulação dos adicionais nos períodos anteriores se deu justamente em razão do sobrestamento dos feitos a fim de aguardar o posicionamento do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho.

Como dito alhures, a fim de uniformizar o entendimento, em julgamento realizado em 26 de setembro de 2019, no Incidente de Julgamento de Recurso de Revista e de

¹⁸² Os honorários foram excluídos em razão de a reclamação trabalhista ter sido ajuizada antes da Reforma Trabalhista, aplicando-se a o art. 6º da Instrução Normativa nº. 41/2018 do TST.

Embargos Repetitivos nos autos nº. 00239-55.2011.5.02.0319, o Tribunal Superior do Trabalho assentou, novamente, que a cumulação não é devida¹⁸³. Ao menos dessa vez, buscou-se uma argumentação que não fosse tão explicitamente contrária ao posicionamento do Pretório Excelso.

Nesse sentido, o Relator, Ministro Alberto Bresciani, apesar de em alguns trechos parecer relativizar a força normativa dos tratados internacionais¹⁸⁴, para depois reconhecer seus *status* supralegal¹⁸⁵, fato é que a *ratio decidendi* centrou-se no argumento de que não haveria contradição entre as Convenções nº. 148 e 155, da OIT, e a restrição pelo artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. São suas palavras:

É o que proponho para o caso, uma vez que, por tudo quanto dito, os textos comparados não são incompatíveis (a regra da impossibilidade de cumulação adequa-se à transição para o paradigma preventivo), mesmo considerado o caráter supralegal dos tratados que versem sobre direitos humanos. É inaplicável, ainda, o

¹⁸³ Eis a ementa: “INCIDENTE DE RECURSOS REPETITIVOS. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, AINDA QUE AMPARADOS EM FATOS GERADORES DISTINTOS E AUTÔNOMOS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Incidente de recursos repetitivos, instaurado perante a SBDI-1, para decidir-se, sob as perspectivas dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, quando amparados em fatos geradores distintos e autônomos, diante de eventual ausência de recepção da regra do art. 193, § 2º, da CLT, pela Constituição Federal. 2. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da Constituição Federal são regras de eficácia limitada, de natureza programática. Necessitam da “*interpositio legislatoris*”, embora traduzam normas jurídicas tão preceptivas quanto as outras. O princípio orientador dos direitos fundamentais sociais, neles fixado, é a proteção da saúde do trabalhador. Pela topografia dos incisos - o XXII trata da redução dos riscos inerentes ao trabalho e o XXIII, do adicional pelo exercício de atividades de risco -, observa-se que a prevenção deve ser priorizada em relação à compensação, por meio de retribuição pecuniária (a monetização do risco), dos efeitos nocivos do ambiente de trabalho à saúde do trabalhador. 3. Gramaticalmente, a conjunção “ou”, bem como a utilização da palavra “adicional”, no inciso XXIII do art. 7º, da Carta Magna, no singular, admite supor-se alternatividade entre os adicionais. 4. O legislador, no art. 193, § 2º, da CLT, ao facultar ao empregado a opção pelo recebimento de um dos adicionais devidos, por certo, vedou o pagamento cumulado dos títulos, sem qualquer ressalva. 5. As Convenções 148 e 155 da OIT não tratam de cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade. 6. Conforme ensina Malcom Shaw, “quando uma lei e um tratado têm o mesmo objeto, os tribunais buscarão interpretá-los de forma que deem efeito a ambos sem contrariar a letra de nenhum dos dois”. É o que se recomenda para o caso, uma vez que os textos comparados (Constituição Federal, Convenções da OIT e CLT) não são incompatíveis (a regra da impossibilidade de cumulação adequa-se à transição para o paradigma preventivo), mesmo considerado o caráter supralegal dos tratados que versem sobre direitos humanos. É inaplicável, ainda, o princípio da norma mais favorável, na contramão do plano maior, por ausência de contraposição ou paradoxo. 7. Há Lei e jurisprudência consolidada sobre a matéria. Nada, na conjuntura social, foi alterado, para a ampliação da remuneração dos trabalhadores no caso sob exame. O art. 193, § 2º, da CLT, não se choca com o regramento constitucional ou convencional. 8. Pelo exposto, fixa-se a tese jurídica: o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Tese fixada.” (BRASIL, TST, 2020)

¹⁸⁴ Quando, por exemplo, parece restringir a função dos tratados internacionais a enunciados de planos de ação política. *In verbis*: “Para a corrente jurisprudencial minoritária sobre o tema, no entanto, ‘as Convenções nº 148 e 155 determinam sejam levados em consideração os riscos para a saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes, o que é representado, no Brasil, no caso em tela, pela compensação propiciada pela percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade’. A afirmação, com a devida vênua, substitui a premissa pela consequência. Os tratados enunciam planos de ação política.”

¹⁸⁵ Na esteira do decidido no RE nº. 466.343/SP.

princípio da norma mais favorável, na contramão do plano maior, exatamente por ausência de contraposição ou paradoxo. (BRASIL, TST, 2019)

Por fim, no período entre 12 de novembro de 2019 a 11 de novembro de 2020, portanto, após o julgamento do Incidente de Julgamento de Recurso de Revista e de Embargos Repetitivos nos autos nº. 00239-55.2011.5.02.0319, pelo Tribunal Superior do Trabalho, os julgados em que se mencionou o termo “convencionalidade” foi sensivelmente maior que nos períodos anteriores¹⁸⁶: 699 (seiscentos e noventa e nove).

E a incidência de menções ao tema da cumulação dos adicionais aumentou exponencialmente no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: 47 (quarenta e sete) decisões julgaram, efetivamente o assunto. Por outro lado, diminuiu o número de casos em que se mencionou o tema apenas para justificar o uso do controle de convencionalidade quando o assunto era acesso à justiça (136 – cento e trinta e seis), embora os números tenham continuado altos.

Registra-se que, em todos os julgados, sem exceção, prevaleceu a tese fixada pelo TST¹⁸⁷, mesmo que, por diversas vezes, houvessem ressalvas quanto ao posicionamento pessoal dos magistrados, mas que acabaram cedendo aos comandos do artigo 926, do Código de Processo Civil¹⁸⁸, e ao artigo 896-B, da Consolidação das Leis do Trabalho^{189 190}

¹⁸⁶ Como já mencionado anteriormente, entre 11 de novembro de 2017 e 11 de novembro de 2018 foram 399 (trezentos e noventa e nove menções ao termo “convencionalidade”. No ano período seguinte (entre 12 de novembro de 2020 e 11 de novembro de 2019) foram 590 (quinhentos e noventa e nove) menções.

¹⁸⁷ Por todos, no julgamento no Recurso Ordinário nos autos nº. 0011603-23.2015.5.03.0168, a menta foi assim redigida: “ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, efetuou, em 26/09/2019, o julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo, de nº IRR-239-55.2011.5.02.0319, tendo sido publicado o acórdão em 06/03/2020, em que se firmou a tese de que: “O art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos.”. Destarte, não se afigura possível o pagamento cumulado dos adicionais de periculosidade e de insalubridade.” (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2020).

¹⁸⁸ *In verbis*: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (BRASIL, 2015).

¹⁸⁹ *In verbis*: “Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.” (BRASIL, 1943).

¹⁹⁰ Por exemplo, no julgamento do Recurso Ordinário nos autos nº. 0011587-33.2017.5.03.0028, a ementa foi assim redigida: “ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TESE FIXADA EM IRR -IRR - 239-55.2011.5.02.0319. EFEITO VINCULANTE. 1. A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade está calcada na norma prevista no artigo 7º, inciso XXIII, da CF, sendo direito de todos os trabalhadores o adicional de remuneração para o exercício de atividades penosas, insalubres e perigosas, sem qualquer ressalva quanto à cumulação. Estando o trabalhador submetido a diversos riscos, um agente insalubre e outro perigoso, terá o direito a receber adicionais distintos, notadamente porque estão jungidos a situações fáticas e jurídicas completamente dispares. 2. A norma do artigo 193, §2º, da CLT revela-se incompatível com o artigo 7º, XXIII, da CF, à luz dos princípios que regem o Direito do Trabalho, com os olhos atentos aos postulados da dignidade humana e da vedação do retrocesso social. Ainda,

cabe pontuar que as normas internacionais - Convenções 148 e 155, da OIT - especiais e cronologicamente mais recentes do que o dispositivo celetista (artigo 193, §2º, da CLT) admitem a cumulação dos adicionais e estabelecem critérios e limites dos riscos profissionais em face da exposição simultânea a vários fatores nocivos. 3. Assim, a norma celetista é incompatível com a ordem jurídica constitucional - considerando-a sob a ótica do princípio da unidade -, além de inconveniente, destacando-se o caráter supralegal das convenções internacionais de direitos humanos (tese exposta pelo Exmo. Min. Gilmar Mendes, no julgamento do RE 466343/SP; STF; publicado em 05/06/2009). 4. No entanto, no julgamento do IRR 239-55.2011.5.02.0319, o Col. TST fixou a tese jurídica vinculante para o Tema Repetitivo nº 17: 'O art. 193, §2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos.' 5. Recurso ordinário conhecido e desprovido no aspecto.'" (BRASIL, TRT 3ª REGIÃO, 2020).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa e do trabalho realizado, é possível tirarmos algumas conclusões, que podem ser assim resumidas:

A teoria do duplo controle vertical material aponta que o controle das normas de direito interno se desdobra em duas etapas de compatibilização, tendo como parâmetros nossa Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, como primeiro limite, e os tratados internacionais comuns, como segundo limite, premissas estas defendidas por Valerio de Oliveira Mazzuolli, no campo doutrinário, e pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP acabou prevalecendo a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados de direitos humanos possuem *status* supralegal, porém abaixo da Constituição. Por outro lado, caso algum deles passe pelo rito de aprovação próprio das Emendas Constitucionais (aprovação pelas duas casas do Congresso Nacional com maioria de três quintos, em duas votações em cada casa) e posteriormente seja ratificado pelo Presidente da República terá valor de Emenda Constitucional e, portanto, fará parte do bloco de constitucionalidade. Os tratados internacionais comuns continuam a ser equiparados às leis ordinárias.

A partir daí, difundiu-se a teoria do controle de convencionalidade que é justamente a compatibilização das normas de direito interno com os tratados internacionais. O termo “controle de convencionalidade” foi primeiramente utilizado no julgamento do Conselho Constitucional francês, na Decisão nº. 74–54, proferida em 1975, que mesmo não tendo realizado na ocasião o dito controle, pela primeira vez se admitiu a possibilidade de dupla compatibilização das normas domésticas com a Constituição e com os tratados internacionais em vigor em dado ordenamento jurídico interno.

O uso do controle de convencionalidade passou a ser realizado tanto no âmbito internacional, por tribunais e cortes internacionais no exercício de suas competências, como no âmbito interno, realizado por órgãos internos dos Estados.

Na esteira do decidido no julgamento do Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ficou assentado que os países possuem o dever de realizar o controle de convencionalidade no âmbito interno, especialmente pelo Poder Judiciário na interpretação e aplicação das leis.

Contudo, apesar da adoção do controle de convencionalidade por parte do nosso Poder Judiciário em alguns julgados, ainda não há uma unanimidade, tampouco uniformidade, quanto a sua adoção, tendo em vista que até mesmo o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula da Justiça brasileira, por vezes, decide de forma contrária ou mesmo com indiferença em relação às normas de direito internacional, como ocorreu, por exemplo, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153/DF.

Destarte, a fim de contribuir com o tema, o presente trabalho analisou a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a fim de escrutinar seu comportamento no que tange ao controle jurisdicional de convencionalidade. Pudemos constatar que dois assuntos se destacaram em meio às discussões acerca da dupla compatibilidade vertical e o controle de convencionalidade na jurisprudência do tribunal, o primeiro pela recorrente incidência e o segundo por sua importância na difusão do controle de convencionalidade na seara trabalhista.

O primeiro, de inegável recorrência quantitativa, foi a contraposição entre o direito ao amplo acesso à justiça frente às inovações inseridas pela Lei nº. 13.467/2017 (notadamente os seguintes dispositivos: artigo 790, §3º; artigo 790-B, caput e §4º; artigo 791-A, especialmente os §§3º e 4º; e artigo 844, §2º e 3º, todos da Consolidação das Leis do Trabalho). Com uma nítida preocupação em face dos efeitos nefastos promovidas pela famigerada Reforma Trabalhista, o que se viu foi uma forte tendência entre os magistrados trabalhistas em declarar a inconvencionalidade de tais dispositivos, mas constatamos que não houve uma aplicação ampla, coerente e racional quanto ao tema, especialmente em virtude do silêncio eloquente nos demais tópicos enfrentados nas decisões e na ausência de referências, por exemplo, a outras normas de direito internacional ou outros casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, a partir da publicação Instrução Normativa nº. 41 do Tribunal Superior do Trabalho, a tendência foi pela aplicação dos dispositivos da Lei nº. 13.467/2017, prevalecendo sobre as ressalvas antes levantadas quanto à infringência de normas internacionais. Nesse sentido, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 5.766/DF, cujo julgamento encontra-se atualmente suspenso, considerou constitucionais os artigos 790-B, 791-A e artigo 844, §2, da Consolidação das Leis do Trabalho, gerando impactos quanto no tema, uma vez que o próprio Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo nesse sentido (por exemplo, no julgamento do Recurso de Revista

interposto nos autos nº. 1000400-32.2018.5.02.0051, cujo relator foi o Ministro Ives Granda Martins Filho).

O segundo tema teve uma importância qualitativa, uma vez que, a partir das discussões em torno da (im)possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, a teoria do controle de convencionalidade teve ampla repercussão na seara trabalhista, com destaque para o julgamento do Recurso de Revista nos autos nº. 001072-72.2011.5.02.0384, em 24 de setembro de 2014, proferido pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Na ocasião, a partir da teoria da dupla compatibilidade vertical material, decidiu-se que o artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho contrariava o que dispõe o artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição, bem como a Convenções Internacionais nº. 148 e nº. 155, ambas da Organização Internacional do Trabalho.

Referido Recurso de Revista foi citado diversas vezes e, em sua maioria, não se estava em discussão o assunto em torno da possibilidade ou não de cumulação dos adicionais, mas os magistrados o citavam em caráter *obiter dictum*, para justificar a aplicação do controle de convencionalidade no julgamento de outras questões, sobretudo, para invalidarem os artigos 790-B, 791-A e 844, §2º, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivos que se inserem na discussão acerca do acesso à justiça.

No período compreendido entre 11 de novembro de 2017 até setembro de 2019, houveram poucos julgados sobre o tema, sobretudo em razão do sobrestamento dos feitos que abrangiam o Tema nº. 17 de Incidentes de Recursos Repetitivos do Tribunal Superior do Trabalho. Diante disso, a partir do julgamento do Incidente de Julgamento de Recurso de Revista e de Embargos Repetitivos nos autos nº. 00239-55.2011.5.02.0319 prevaleceu o voto do Relator, Ministro Alberto Bresciani, que apesar de em alguns trechos parecer relativizar a força normativa dos tratados internacionais, para depois reconhecer seus *status* supralegal, centrou-se seus argumentos de que não haveria contradição entre as Convenções nº. 148 e 155, da OIT, e a restrição pelo artigo 193, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Este último julgamento teve direta repercussão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, tendo em vista que, em todos os julgados, sem exceção, prevaleceu a tese fixada pelo Tribunal Superior do Trabalho, mesmo que, por diversas vezes, houvesse ressalvas quanto ao posicionamento pessoal dos magistrados, mas que acabaram cedendo aos comandos do artigo 926, do Código de Processo Civil, e ao artigo 896-B, da Consolidação das Leis do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.
- Absolutismo*. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 1, pp. 24-25.
- ALVES, Edmundo José dos Santos. *Pires, Francisco Lucas*. In BALTAZAR, Isabel; CUNHA, Alice. *Dicionário das Grandes Figuras Europeias*. Lisboa: Assembleia da República, 2019, pp. 321-325.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO (AMATRA IV). *Nota de desagravo*. 17 nov. de 2020. Disponível em: <<https://www.amatra4.org.br/noticias/notamatra4/nota-de-desagravo-2/>>. Acesso em: 19 nov. de 2020.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). *Reforma Trabalhista: Enunciados Aprovados 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018)*. Coord. Guilherme Guimarães Feliciano; Marco Antônio de Freitas; Marco Aurélio Marsiglia Treviso. Brasília: 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 108.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Sérgio Bath (Trad.). 10 ed. Brasília: UnB, 1997.
- BOLFARINI, Isabela Christina da Mota. *Força vinculante das sentenças da corte interamericana de direitos humanos*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro. *As palavras viajantes: inter, trans, multi. Quantos constitucionalismos há? Um agregado de posições classificatórias na teoria constitucional*. In: BORGES, Alexandre Walmott; MARINHO, Sérgio Augusto Lima (Coords.). *Escritos sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Uberlândia: LAECC, 2020, pp. 557-570.
- BRASIL. *Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.
- BRASIL. *Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.
- BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE*. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. DJ: 29/12/1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 22 mai. de 2020.

BRASIL. *Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1978*. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. *Decreto n.º 678, de 06 de outubro de 1992*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. *Decreto n.º 4.463, de 08 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm#:~:text=DECRETA%3A,1969%2C%20de%20acordo%20com%20art.>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 05/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 22 mai. de 2020.

BRASIL. *Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 01/06/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 mai. de 2020.

BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nos autos n.º 1072-72.2011.5.02.0384*. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. DJ: 03/10/2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso em: 22 mai. de 2020.

BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução n.º 221, de 21 de junho de 2018*. Edita a Instrução Normativa n.º 41, que dispõe sobre as normas da CLT, com as alterações da Lei n.º 13.467/2017 e sua aplicação ao processo do trabalho. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/138949/2018_res0221_in0041.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista com Agravo nos autos n.º 1081-60.2012.5.03.0064*. Relator: Ministro João Orestes Dalazen. DJ: 17/06/2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso em: 22 mai. de 2020.

BRASIL. *Encaminhamento Ministerial n.º 00036/MTB, de 22 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MTE/2016/36.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.640.084*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJ: 01/02/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424970279/recurso-especial-resp-1640084-sp-2016-0032106-0/inteiro-teor-424970313>>. Acesso em: 22 mai. de 2020.

BRASIL. *Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 20 abr. de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Registro de Candidatura n.º 060090350, voto Ministro Luiz Edson Fachin*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-registro-lula-tse.pdf>>. Acesso em: 15 out. de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos n.º 0010922-66.2017.5.03.0141*. Relatora: Min. Adriana Goulart de Sena Orsini. DJ: 16/03/2018. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00109226620175030141>>. Acesso em: 02 out. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766/DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 22 mai. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos n.º 0010340-64.2018.5.03.0001*. Relatora: Desembargadora Paula Oliveira Cantelli. DJ: 19/10/2018. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00103406420185030001>>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos n.º 0011397-21.2017.5.03.0012*. Relatora: Min. Rosemary de Oliveira Pires. DJ: 28/11/2018. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00113972120175030012>>. Acesso em: 02 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nos autos n.º 0010367-22.2018.5.03.0074*. Relator: Desembargador Marco Antonio Paulinelli de Carvalho. DJ: 21/09/2019. Disponível em: <<https://pje->

consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00103672220185030074>. Acesso em: 02 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos n.º 0010757-66.2018.5.03.0114*. Relator: Min. José Murilo de Moraes. DJ: 28/05/2019.

Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00107576620185030114>>. Acesso em: 02 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos n.º*

0010423-23.2018.5.03.0020. Relator: Desembargador Marco Antonio Paulinelli de Carvalho. DJ: 26/07/2019. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00104232320185030020>>. Acesso em: 02 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nos autos n.º 0010269-89.2017.5.03.0165*. Relatora: Min. Juliana Vignoli Cordeiro. DJ: 16/08/2019. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00102698920175030165>>. Acesso em: 02 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nos autos n.º 0010314-93.2018.5.03.0089*. Relatora: Min. Adriana Goulart de Sena Orsini. DJ: 21/09/2019. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00103149320185030089>>. Acesso em: 02 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nos autos n.º 0012280-67.2015.5.03.0131*. Relator: Min. José Eduardo de Resende Chaves Júnior. DJ: 18/10/2019. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00122806720155030131>>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos n.º 0010852-19.2018.5.03.0075*. Relator: Juiz Convocado Vicente de Paula Maciel Júnior. DJ: 30/10/2019. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00108521920185030075>>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. *Decreto n.º 10.088, de 05 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm>. Acesso em: 20 out. de 2020.

BRASIL. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2019*. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/26518944/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+2019.pdf/a982232c-2e60-72d7-7895-323dbcb21e05?t=1593177460746>>. Acesso em: 20 out. de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Incidente de Julgamento de Recurso de Revista e de Embargos Repetitivos nos autos n.º 00239-55.2011.5.02.0319*. Relator: Ministro Alberto Bresciani. DJ: 06/03/2020. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=239&digitoTst=55&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0319&submit=Consultar>>. Acesso em: 22 de mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos nº. 0011603-23.2015.5.03.0168*. Relator: Desembargador Marcelo Lamego Pertence. DJ: 16/06/2020. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00116032320155030168>>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos nº. 0011587-33.2017.5.03.0028*. Relatora: Desembargadora Paula Oliveira Cantelli. DJ: 25/06/2020. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/001158733201750300283>>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nos autos nº. 1000400-32.2018.5.02.0051*. Relator: Ives Granda Martins Filho. DJ: 20/08/2020. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919597565/recurso-de-revista-rr-10004003220185020051>>. Acesso em: 22 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário nos autos nº. 0010330-27.2020.5.03.0073*. Relator: Juiz Convocado Jessé Claudio Franco de Alencar. DJ: 08/09/2020. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00103302720205030073>>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário nos autos nº. 0021277-54.2019.5.04.0007*. Relator: Min. Marcelo José Ferlin D'Ambroso. DJ: 09/11/2020. Disponível em: <<https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0021277-54.2019.5.04.0007>>. Acesso em: 15 nov. de 2020.

BRITO, Tarcísio Corrêa de. *Direitos sociais fundamentais na perspectiva internacional: contribuições para uma aplicação (criativa) da teoria do controle jurisdicional de convencionalidade e de legalidade das leis trabalhistas*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, nov. 2017, p. 203-269.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

CARNEIRO, Wolney de Macedo. *O controle de convencionalidade e Reforma Trabalhista: adequação da Lei nº. 13.467, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internaiconal do Trabalho*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 377-404.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Democracia constitucional: um paradoxo? Um diálogo com Luhmann, Habermas e Derrida*. Disponível em: <https://www.academia.edu/25440881/Democracia_constitucional_um_paradoxo_Um_di%C3%A1logo_ainda_que_breve_com_Luhmann_Habermas_e_Derrida>. Acesso em: 15 mar. de 2019.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Acesso com risco a direitos fundamentais e bagatelização do trabalho. Disponível em: <<http://pepe-ponto-rede.blogspot.com/2017/12/acesso-com-risco-direitos-fundamentais.html>>. Acesso em: 06 fev. de 2019.

Como funciona a JT. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, 18 mai. de 2017/modificado em 23 set. de 2019. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/institucional/conheca-o-trt-mg/como-funciona-a-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 06 fev. de 2020.

Contrato social. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 4, p. 396.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf>. Acesso em: 15 out. de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. N° 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 20 abr. de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 15 out. de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C. N° 174. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_174_esp.pdf>. Acesso em: 20 abr. de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C. N° 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 20 abr. de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

Cromwell, Oliver. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 5, pp. 08-09.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Portugal: Armênio Amado, 1979.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- DUPRAT, Deborah. *A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de direitos humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 167-191.
- Em vídeo divulgado no Twitter, Temer exalta reforma trabalhista*. VEJA São Paulo. São Paulo, 11 nov. de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/em-video-divulgado-no-twitter-temer-exalta-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 04 jan. de 2020.
- FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; FORTES, Luiz Henrique Krassuski Fortes. *O caráter materialmente constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos*. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (Org.). *Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 281-301.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Ciência, independência e ambivalência*. In: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Reforma Trabalhista: Enunciados Aprovados 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018)*. Coord. Guilherme Guimarães Feliciano; Marco Antônio de Freitas; Marco Aurélio Marsiglia Treviso. Brasília: 2018.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*. In: Fix-Zamudio, Héctor; Valadés, Diego (coords.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 169-172.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramallete. 33ª ed., Petrópolis: Vozes, 2007
- FRANÇA. *Constitution du 4 octobre 1958*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2019-07-01/>>. Acesso em: 05 de mai. de 2019.
- FRANÇA, *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - 1789*. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 05 mai. de 2019.
- FRANCO, Fernanda Cristina; PETERKE, Sven. *Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos? Análise cética dos posicionamentos doutrinários sobre essa figura controversa*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 67-82.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de direito processual do trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm; 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Prefácio. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 11-18.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

História da OIT. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em:

<<https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm#:~:text=Parte%20do%20Tratado%20de%20Versalhes,objetivo%20promover%20a%20justi%C3%A7a%20social.&text=Na%20primeira%20Confer%C3%Aancia%20Internacional%20do,a%20OIT%20adotou%20seis%20conven%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em: 05 mai. de 2019.

Hobbes, Thomas. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 7, pp. 431-432.

HOBBSAWM, Eric J. *A Era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 22. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. 14. ed. São Paulo: Ltr, 2017.

Iluminismo. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 8, pp. 25-27.

Iugoslávia. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 8, pp. 252-257.

Julgamento de ação ajuizada pela PGR contra reforma trabalhista é suspenso por pedido de vista. Notícias STF. 10 mai. de 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076&caixaBusca=N>>. Acesso em 07 dez. de 2020.

Justiça do Trabalho pede desculpas por bloquear valores da conta de funcionária. Migalhas. 18 nov. de 2020. Disponível: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/336534/justica-do-trabalho-pede-desculpas-por-bloquear-valores-da-conta-de-funcionaria>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Lei. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaibi Filho, Priscila Pereira Vasques Gomes (atualizadores). Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp.484-485.

Locke, John. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 9, pp. 93-94.

LOPES, Roseli; TONI, Graciliano. “*Passo importantíssimo para o Brasil*”, afirma Skaf no seminário *Modernização Trabalhista*. Agência Indusnet Fiesp. São Paulo, 30 ago. de 2017. Disponível em: <<https://www.fiesp.com.br/noticias/passos-importantissimos-para-o-brasil-afirma-skaf-no-seminario-modernizacao-trabalhista/>>. Acesso em: 05 jan. de 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. 25 jul. de 2017. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista-ou-como-garantir-o-acesso-a-justica-diante-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 03 jan. de 2019.

- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Marco Aurélio. *Controle de constitucionalidade do processo legislativo ante os princípios democráticos e da separação dos poderes*. In: NOVELINO, Marcelo e FELLET, André (Coord.). *Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre executivo, legislativo e judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 339-361.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. *Judicialização da Justiça de Transição: Impactos a partir e sobre o Constitucionalismo Contemporâneo*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de direitos humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 107-137.
- MIRANDA, Jorge. *A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih_miranda.html>. Acesso em: 15 mai. de 2019.
- Montesquieu, Barão de*. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 10, pp. 145-146.
- NASH, Claudio. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 7: control de convecnionalidad*, 2019.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm; 2017.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Recolución n.º 448, de octubre de 1979*. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em 14 jun. 2019.
- Organização das Nações Unidas*. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 10, pp. 470-474.
- Perú es responsable por violar el derecho al acceso a la Justicia y el derecho al trabajo de funcionarios cessados*. Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.
- PIRES, Lucas. *O problema da Constituição*. In: Boletim da Faculdade de Direito, suplemento ao volume XVII. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1970, pp. 329-419.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: IDP/ Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

Primeiro ano da reforma: efeitos. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 05 nov. de 2018. Disponível em: <[https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos#:~:text=A%20Reforma%20Trabalhista%20completar%C3%A1%20um,Leis%20do%20Trabalho%20\(CLT\)>](https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos#:~:text=A%20Reforma%20Trabalhista%20completar%C3%A1%20um,Leis%20do%20Trabalho%20(CLT)>). Acesso em: 03 fev. de 2019.

REMOTTI CARBONELL. José Carlos Remotti. *Sistema jurídico, democracia y constitucionalismo multinivel*. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto; JÚNIOR, Moacir Henrique (Coords.) *Interculturalidade, interconstitucionalidade e interdisciplinariedade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. 2ª ed. Uberlândia: LAECC, 2019, pp. 207-259.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. *A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 pp. 159-174. <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3714>

RODAS, Sérgio. *TRT-4 pede desculpas a trabalhadora por bloqueio de valores de custas judiciais*. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-17/trt-desculpas-trabalhadora-bloqueio-valores>>. Acesso em: 18 nov. de 2020.

Rousseau, Jean-Jacques. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 12, pp. 486-487.

Ruanda. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 12, pp. 488-490.

SABADELL. Ana Lúcia. *Reflexões sobre a metodologia na História do Direito*. In: Cadernos de direito/Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep), v. 2, n. 4, jna/jun. *Imprensa*: Piracicaba, Universidade Metodista de Piracicaba Unimep, 2003, pp. 25-39. <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v2n4p25-39>

SANTOS, Tainá Angeiras Gomes dos. *Da força legal das instruções normativas do Tribunal Superior do Trabalho: uma análise acerca da (in)constitucionalidade da IN 39/2016 – entre erros e acertos*. 01 ago. de 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-151/da-forca-legal-das-instrucoes-normativas-do-tribunal-superior-do-trabalho-uma-analise-acerca-da-in-constitucionalidade-da-in-39-2016-entre-erros-e-acertos/>>. Acesso em: 03 nov. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de direitos humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 309.-336.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

Sieyès, Emmanuel Joseph. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. II (Micropédia e índice), p. 388.

SILVA FILHO, Lídio Modesto da. *Os juízes brasileiros e controle de convencionalidade ambiental*. In: Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, set. de 2014. Porto Alegre, 2014, pp. 221-263.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros. 2014.

SILVEIRA, Alessandra. *Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial*. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto; JÚNIOR, Moacir Henrique (Coords.) *Interculturalidade, interconstitucionalidade e interdisciplinariedade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. 2ª ed. Uberlândia: LAECC, 2019, pp. 25-77.

SOLSONA, Gonçal Mayos. *Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de “fenômenos inter”*. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto; JÚNIOR, Moacir Henrique (Coords.) *Interculturalidade, interconstitucionalidade e interdisciplinariedade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. 2ª ed. Uberlândia: LAECC, 2019, pp. 161-179.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Barreto; CATTONI Marcelo; NETO, Menelick de Carvalho. *Revisão é golpe! Porque ser contra a proposta de revisão constitucional*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8093/revisao-e-golpe>>. Acesso em: 05 fev. de 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

“Toda autoridade é colocada por Deus”, diz Patricia Abravanel. VEJA São Paulo. São Paulo, 11 ago. de 2019. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/toda-autoridade-e-colocada-por-deus-diz-patricia-abravanel/>>. Acesso em: 03 jan. de 2020.

Tribunal Penal Internacional. Itamaraty. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>>. Acessado em 25 mar. de 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 20 set. de 2020.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, pp. 35-45.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Trinta, guerra dos. In: ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: *Encyclopaedia Britannica* do Brasil, 1997. v. 14, pp. 181-182.

ANEXOS

Tendo em vista o grande número de decisões analisadas, bem como a enorme quantidade de páginas nos arquivos que contém o inteiro teor dos julgados, optamos em disponibilizá-los por meio do *link* a seguir: <<https://drive.google.com/drive/folders/1Ze3MyhcOtOxsos2Vj68CYWrxEr9OqkiA?usp=sharing>>.