

Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno



Manual de Formação para Juízes,
Juristas e Docentes em Direito

109B09/177
port cp.4

Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno

**Manual de Formação para Juízes,
Juristas e Docentes em Direito**

Editado por Xavier Beaudonnet

Copyright © Centro Internacional de Formação da Organização Internacional do Trabalho 2010

As publicações do Centro Internacional de Formação da OIT são protegidas por copyright de acordo com o Protocolo 2 da Convenção Universal sobre o Direito de Autor. As solicitações de autorização para reproduzir, traduzir ou adaptar, no todo ou em parte, o seu conteúdo devem ser dirigidas ao Centro Internacional de Formação da OIT. O Centro considera essas solicitações bem-vindas. No entanto, trechos breves podem ser reproduzidos sem autorização, desde que a fonte seja indicada.

Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: Manual de Formação para Juizes, Juristas e Docentes em Direito

ISBN 978-85-60749-11-9

Primeira Edição 2011

Droit international du travail et droit interne: Manuel de formation pour juges, juristes et professeurs de droit ISBN 978-92-9049-488-1

Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho ISBN 978-92-9049-491-1

International labour law and domestic law: training manual for judges, lawyers and legal educators ISBN 978-92-9049-489-8

Ficha Catalográfica – Língua Portuguesa

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

D5 Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito / editado por Xavier Beaudonnet. – Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

200 p. ; 24 cm + 1 CD-ROM

Inclui bibliografias.

Tradução de: Derecho internacional del trabajo y derecho interno: manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho.

Tradutor: Sieni Campos Traduções.

Publicado também em Francês, Espanhol e Inglês.

ISBN 978-85-60749-11-9

1. Direito internacional do trabalho. 2. Direito interno e direito internacional. 3. Juizes. 4. Advogados. 5. Formação profissional. I. Beaudonnet, Xavier. II. Centro Internacional de Formação da OIT. III. Organização Internacional do Trabalho.

CDD: 342.3816

As designações utilizadas nas publicações do Centro Internacional de Formação da OIT, que estão em conformidade com a prática das Nações Unidas, e a apresentação do material que contém não implicam a expressão de opinião alguma, de nenhum tipo, da parte do Centro em relação, *inter alia*, à situação jurídica de qualquer país, área ou território ou suas autoridades, ou à delimitação de suas fronteiras. A responsabilidade pelas opiniões expressas em artigos, estudos e outras contribuições assinadas recai totalmente sobre seus autores, e sua publicação não constitui endosso pelo Centro das opiniões ali expressas.

As publicações do Centro, bem como um catálogo ou lista de novas publicações, podem ser obtidas no seguinte endereço:

Publications, International Training Centre of the ILO Viale Maestri del Lavoro, 10 - 10127 Turin, Italy
Telephone: +39 - 011 - 6936693

Fax: +39 - 011 - 6936352

E-mail: Publications@itcilo.org

Apresentação

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao longo de seus mais de 80 anos de história, produziu vasto arcabouço de normas internacionais, entre convenções e recomendações, cuja substância tem contribuído para o avanço e a melhoria nas relações de trabalho por todo o mundo. Ao lado disso, também foi sendo forjado um importante repertório de jurisprudência em normas internacionais do trabalho, mercê da atuante atividade de seus órgãos.

Esses instrumentos fizeram da OIT um sujeito global de grande importância no cenário do trabalho, constituindo-se promotora da justiça social em todo o mundo, objetivo que é comum aos da Magistratura do Trabalho no Brasil.

Preocupada com a difusão das normas internacionais entre os juízes do Trabalho, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) assinou, em agosto de 2010, protocolo de cooperação com a OIT para o desenvolvimento de iniciativas que sejam capazes de construir uma agenda de trabalho decente para homens e mulheres, por meio do fortalecimento do diálogo social e do respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho.

Mais do que isso. Nossa preocupação é a de ver um maior grau de efetividade das normas internacionais do trabalho, nomeadamente diante do elevado déficit de concretização de todo o tecido de proteção laboral, seja ele de cariz internacional, seja ele de elaboração interna. Esse talvez seja o maior desafio dos tempos em curso, tornar substancialmente real os desenhos normativos internacionais e nacionais, tarefa que demanda esforços coletivos e a vontade de realizar mudanças jurídicas, culturais e sociais. Sem essa vontade e esse esforço, não lograrão as normas laborais atingir seus destinatários.

Como resultado desses compromissos e dessas expectativas, a Anamatra, em parceria com a Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho (ALJT), empreendeu esforços na tradução da presente obra do Centro Internacional de Formação da OIT. Tal iniciativa explica-se pela convicção de nossa entidade de que o aprofundamento na metodologia de aplicação das normas internacionais do trabalho é pressuposto indispensável para a esmerada densificação de seus preceitos dentre os atores do Direito e da Justiça.

A Anamatra e a ALJT acreditam que a jurisprudência internacional precisa ser mais bem compreendida e aplicada, em especial pelos integrantes do Poder Judiciário brasileiro, ensejando a formação de uma nova jurisprudência nacional, mais harmônica com as normas da OIT, notadamente aquelas já ratificadas pelo Brasil, e seu objetivo precípuo de promover condições decentes de trabalho para todos.

Nesse contexto, a presente obra é uma importante contribuição para uma renovação da metodologia das fontes do Direito do Trabalho, em ordem a assegurar lugar de destaque, e em alguns momentos posição de precedência, às normas trabalhistas internacionais, máxime quando assistimos a uma progressiva aproximação dos povos, mercê da integração dos mercados (inclusive o de trabalho) e das revoluções informacionais.

Desejamos que este Manual, na sua versão para o Português, possa ser utilizada por diversos profissionais do Direito no Brasil e em países de Língua Portuguesa, contribuindo, ao fim ao cabo, para o incremento de nossos saberes, mas, principalmente, para a melhoria da prestação jurisdicional e o progresso da efetividade das normas de proteção ao trabalho, anseio maior da sociedade global.

Hugo Cavalcanti Melo Filho
Presidente da ALJT (gestão 2008/2010)

Luciano Athayde Chaves
Presidente da Anamatra (gestão 2009/2011)

Equipe Técnica

Versão Língua Portuguesa

Tradução:

Sieni Campos

Coordenação:

Luciano Athayde Chaves – Presidente da Anamatra (gestão 2009/2011)

Colaboração:

Adriana Zetula - Assessoria de Comunicação Anamatra

Mariana Monteiro – Assessoria de Imprensa Anamatra

Viviane Dias – Assessoria de Imprensa Anamatra

Revisão de conteúdo:

Fabrizio Nicolau dos Santos Nogueira – Diretoria Anamatra

Hugo Cavalcanti Melo Filho – Presidente da ALJT (gestão 2008/2010)

Revisão ortográfica:

Lunde Braghini

Diagramação:

Júlio César A. Leitão

Tiragem:

4.000 exemplares

NOTA

A edição para a Língua Portuguesa desta publicação foi feita, no Brasil, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), com o apoio da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho (ALJT), como resposta ao protocolo de cooperação internacional assinado pela Anamatra com a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

SHS – Quadra 6 - Bloco E – Conjunto A – Salas 602/608

Ed. Business Center Park/Brasil 21 – Asa Sul

Cep: 70316-000 – Brasília – DF – Brasil

Telefax: (61) 3322-0720/0996

Site: www.anamatra.org.br

E-mail: anamatra@anamatra.org.br

Prefácio

Cerca de noventa anos após a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as normas internacionais do trabalho continuam a ser o principal instrumento da OIT. Juntamente com a abordagem tripartite, as normas representam a principal vantagem comparativa do compromisso da OIT com justiça social e trabalho decente para todos.

Mas a atividade de definição de normas da OIT não é estática. Ao contrário, desenvolve-se no transcurso do tempo para manter sua pertinência, particularmente no contexto atual, tão diferente do clima que prevalecia quando a OIT estava em sua infância.

O Centro Internacional de Formação da OIT cumpre um papel-chave na promoção e no reforço do impacto do direito internacional do trabalho, e ajuda a torná-lo um instrumento vivo. Suas atividades de formação são essenciais para desenvolver, no plano interno, aptidões que permitam que as normas da OIT sejam implementadas e aplicadas com mais rigor. Para tanto é preciso capacitar não só os tradicionais interessados tripartites, mas também juízes e advogados.

O presente Manual é o resultado da cooperação concreta entre o Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT e o Centro Internacional de Formação. Ambos estão firmemente convencidos de que os tribunais do trabalho, os advogados que ali militam, os docentes responsáveis pela formação de futuros advogados e os assessores jurídicos de entidades patronais e organizações de trabalhadores são cruciais tanto para aplicar de maneira efetiva e aprofundada o direito internacional do trabalho quanto para atingir o objetivo de trabalho decente.

Hoje esses profissionais estão em contato sistemático e constante com sistemas diferentes daqueles em que trabalham. Além disto, os recursos tecnológicos e a capacidade técnica possibilitam o estabelecimento de laços institucionais duradouros e a promoção de trocas de conhecimento entre profissionais do mundo jurídico. Além das fontes internas tradicionais em que se baseiam, esses especialistas podem, de agora em diante, inspirar-se nos instrumentos que a comunidade internacional põe a sua disposição e utilizá-los.

Assim sendo, e segundo o país, as Convenções e Recomendações da OIT e o trabalho dos organismos de supervisão da OIT - tais como a Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações ou o Comitê de Liberdade Sindical - podem constituir fonte direta de direito, bem como importante fonte de orientação e inspiração com vistas à aplicação do direito trabalhista interno.

As normas da OIT também podem ser consideradas como parte do fenômeno da globalização do direito, mas no claro entendimento de que, ao invés de substituir os sistemas jurídicos internos, o propósito do direito internacional do trabalho é, ao contrário, reforçá-lo.

Esperamos que este Manual seja adotado e usado por um número substancial de instituições nacionais de formação, juízes e advogados; assim poderá contribuir para a expansão de novas gerações de advogados que militam no campo do direito trabalhista, que estão mais bem equipados para exercer sua profissão a serviço da justiça social.

François Eyraud
Diretor Executivo da OIT
Diretor do Centro Internacional
de Formação da OIT

Cleopatra Doumbia-Henry
Diretora do Departamento
de Normas Internacionais
do Trabalho

Sumário

Apresentação.....	iii
Prefácio	v
Agradecimentos.....	xv
Introdução.....	xvi
Perspectiva geral	xvii

Parte preliminar

Antecedentes do estudo do uso judicial do direito internacional do trabalho	1
Introdução.....	1

Capítulo 1

Direito internacional dos Direitos Humanos e os Juízes..... 3

I. Juízes nacionais e direito internacional dos direitos humanos, direito internacional dos direitos humanos e juízes nacionais - os fatores para uma relação mais estreita.....	3
II. Alguns esclarecimentos sobre as relações entre direito internacional e interno do trabalho e sobre a importância da ação legislativa na implementação do direito internacional do trabalho no direito interno.....	5

Capítulo 2

A Organização Internacional do Trabalho..... 7

I. Origem	7
II. Estrutura	8
Recursos.....	10

Parte 1

Quando e como os tribunais nacionais podem usar o direito internacional do trabalho.....	13
Introdução.....	13

Capítulo 1

Diferentes tipos de uso judicial do direito internacional do trabalho segundo o papel que os tribunais nacionais atribuem ao direito internacional..... 17

I. O uso do direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente 17

- I.A. Diferentes situações envolvendo a resolução direta de um litígio com base no direito internacional do trabalho..... 17
 - I.A.1. Para preencher uma lacuna do direito interno..... 17
 - I.A.2. Para contornar um dispositivo da legislação interna menos favorável ao trabalhador..... 18
 - I.A.3. Para invalidar um dispositivo do direito interno..... 19
- I.B. Contudo, resolver um processo diretamente com base no direito internacional do trabalho só é legalmente possível quando se cumprem diversas condições..... 19
 - I.B.1. A noção de dispositivo diretamente aplicável ou autoexecutável..... 20
 - I.B.2. Em certas circunstâncias, os dispositivos não autoexecutáveis podem permitir que um processo seja resolvido diretamente..... 24

II. O uso do direito internacional do trabalho como guia para interpretação..... 25

- II.A. Diferentes situações de uso do direito internacional do trabalho como guia para interpretação..... 25
 - II.A.1. Resolução de ambiguidades do direito interno..... 26
 - II.A.2. Interpretação de dispositivos redigidos em termos gerais..... 26
 - II.A.3. Avaliação da constitucionalidade de um dispositivo de lei interna..... 27
- II.B. A natureza potencialmente muito extensa do uso do direito internacional do trabalho como guia para interpretação..... 27
 - II.B.1. O direito internacional do trabalho pode ser usado como guia para interpretação tanto no sistema monista como no dualista..... 27
 - II.B.2. O uso do direito internacional do trabalho como fonte de interpretação não se restringe apenas a dispositivos autoexecutáveis..... 29
 - II.B.3. O uso do direito internacional do trabalho como guia para interpretação não se restringe apenas a instrumentos juridicamente vinculantes..... 30

III. Estabelecimento de um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho..... 31

- III.A. Caso haja uma lacuna na legislação interna. 31
- III.B. Quando o estabelecimento de princípios jurisprudenciais e uma fonte “habitual” do direito trabalhista interno..... 32
- III.C. Na aplicação de dispositivos legislativos específicos que dão certo grau de flexibilidade aos tribunais nacionais..... 34

IV. Referência ao direito internacional do trabalho para reforçar uma decisão baseada no direito interno.....	34
--	-----------

Capítulo 2

Possíveis obstáculos ao uso judicial do direito internacional do trabalho.....	37
---	-----------

I. As partes não se referiram às normas internacionais do trabalho em suas conclusões.....	37
---	-----------

II. Um tratado ratificado não foi publicado no Diário Oficial.....	38
---	-----------

III. Os dispositivos de um tratado parecem gerais demais para que os tribunais nacionais os considerem diretamente aplicáveis.....	39
---	-----------

IV. O teor de um tratado ratificado é manifestamente desconforme com um dispositivo claro e específico contido no direito interno.....	39
---	-----------

Recursos.....	41
----------------------	-----------

2ª parte

Fontes de direito internacional do trabalho disponíveis para juízes e advogados.....	43
---	-----------

Capítulo 1

Normas internacionais do trabalho adotadas pela OIT.....	43
---	-----------

I. Introdução.....	43
---------------------------	-----------

II. Prólogo: princípios e direitos fundamentais enunciados na Constituição da OIT.....	43
---	-----------

III. A natureza e as principais características das Convenções e Recomendações da OIT.....	44
---	-----------

III.A. A natureza jurídica das Convenções e Recomendações da OIT.....	44
--	-----------

III.A.1. Convenções internacionais do trabalho, tratados internacionais de um tipo particular.....	44
---	-----------

III.A.2. Recomendações internacionais do trabalho, instrumentos não vinculantes....	46
--	-----------

III.A.3. Outros tipo de instrumentos adotados pela OIT.....	47
--	-----------

III.B. Natureza tripartite e universal de instrumentos da OIT.....	49
---	-----------

III.B.1. Natureza tripartite e universal de Convenções e Recomendações da OIT.....	49
---	-----------

III.B.2. Consequências do tripartismo e da universalidade das Convenções e Recomendações da OIT.....	50
---	-----------

III.C. O conteúdo das convenções da OIT: algumas indicações gerais.....	54
--	-----------

IV. Aplicabilidade judicial de Convenções e Recomendações da OIT: vários pontos para reflexão.....	55
IV.A. Os diferentes tipos de dispositivos das Convenções internacionais do trabalho e sua “capacidade” variável de solucionar litígios diretamente.....	56
IV.B. A capacidade dos dispositivos de convenções de solucionar diretamente um litígio também depende do tema do litígio.....	60
IV.C. A utilização de Convenções e Recomendações internacionais do trabalho como auxílio à interpretação ou como fonte de inspiração.....	61
IV.C.1. A possibilidade de utilizar dispositivos que estabelecem definições para fins de interpretação ou inspiração.....	62
IV.C.2. A possibilidade de usar dispositivos que estabelecem princípios gerais ou objetivos programáticos para fins de interpretação ou inspiração.....	63
IV.C.3. A possibilidade de usar dispositivos das recomendações da OIT que sugerem métodos de aplicação para fins de interpretação ou inspiração.....	64
Recursos.....	65
Capítulo 2	
O trabalho dos organismos de controle da OIT.....	67
I. Introdução.....	67
II. Mecanismos e organismos de supervisão da OIT.....	68
II.A. Supervisão regular da aplicação de normas internacionais do trabalho.....	68
II.A.1. Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações.....	69
II.A.1.a. Composição e mandato da Comissão de Peritos.....	69
II.A.1.b. As decisões e publicações da Comissão de Peritos que são mais úteis a juízes e advogados nacionais.....	70
II.A.1.b.i. Observações da Comissão de Peritos sobre a aplicação de Convenções ratificadas por Estados Membros.....	70
II.A.1.b.ii Estudos Gerais da Comissão de Peritos subsequentes aos relatórios apresentados por Países Membros sobre convenções e recomendações não ratificadas.....	74
II.A.2. Comissão de Aplicação de Normas da Conferência.....	77
II.B. Mecanismos especiais de supervisão.....	77
II.B.1. Queixas perante o Comitê de Liberdade Sindical.....	77
II.B.1.a. Origem, composição e mandato do Comitê de Liberdade Sindical.....	78
II.B.1.b. Procedimento.....	81
II.B.1.c. Trabalho do Comitê de Liberdade Sindical e sua pertinência para juízes e advogados nacionais.....	82
II.B.1.c.i. Relatórios e recomendações do Comitê de Liberdade Sindical e sua discussão pelo Conselho de Administração.....	82
II.B.1.c.ii. A pertinência do trabalho do Comitê de Liberdade Sindical para juízes e advogados nacionais.....	83

II.B.2. Representações em virtude do Artigo 24 da Constituição da OIT.....	84
II.B.3. Queixas em virtude do Artigo 26 da Constituição da OIT.....	85
III. O valor jurídico do trabalho dos organismos internacionais de supervisão e sua possível utilização por tribunais nacionais.....	88
III.A. Considerações sobre o valor jurídico do trabalho de organismos internacionais de supervisão.....	88
III.B. Exemplos do uso judicial do trabalho de organismos internacionais de supervisão.....	91
Recursos.....	95
Capítulo 3	
Fontes de direito internacional do trabalho que emanam da Organização das Nações Unidas.....	99
I. Introdução.....	99
II. Carta Internacional de Direitos Humanos.....	101
II.A. Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	102
II.B. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.....	104
II.C. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	106
III. Outros instrumentos de direitos humanos da ONU pertinentes aos litígios trabalhistas.....	110
III.A. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.....	111
III.B. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de sua Família.....	113
Recursos.....	115
3ª parte	
O conteúdo de normas internacionais do trabalho sobre temas específicos e seu interesse para juízes e advogados.....	117
Capítulo 1	
Liberdade Sindical e de Negociação Coletiva.....	117
I. Introdução.....	117
II. Instrumentos fundamentais da OIT sobre liberdade sindical e negociação coletiva.....	121
II.A. Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87).....	121

II.A.1. Âmbito da Convenção.....	121
II.A.2. Direito sindical, autonomia das organizações e não-ingerência das autoridades.....	122
II.A.2.a. Direito de constituir organizações sem prévia autorização.....	122
II.A.2.b. Direito de trabalhadores e empregadores de constituírem organizações de sua escolha e de a elas se filiar.....	123
II.A.3. Livre funcionamento de organizações.....	124
II.A.3.a. Direito de redigir estatuto e regimento interno.....	125
II.A.3.b. Direito de eleger representantes com plena liberdade.....	126
II.A.3.c. Direito dos sindicatos de organizar sua administração.....	127
II.A.3.d. Direito das organizações de estabelecer suas atividades com plena liberdade e de formular seus programas.....	127
II.A.3.d.i. Direito de greve.....	127
II.A.4. Dissolução e suspensão de organizações.....	128
II.A.5. Direito das organizações de trabalhadores e entidades patronais de constituir federações e confederações e de a elas se filiarem.....	129
II.B. Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (N. 98).....	129
II.B.1. Âmbito da Convenção.....	129
II.B.2. Proteção contra discriminação antissindical.....	129
II.B.3. Proteção contra ingerência.....	131
II.B.4. Promoção da negociação coletiva.....	131
II.B.4.a. Definição e objeto da negociação coletiva.....	132
II.B.4.b. Sujeitos das negociações coletiva.....	133
II.B.4.c. Reconhecimento de organizações sindicais e seus direitos preferenciais.....	134
II.B.4.d. Princípio de negociação livre e voluntária.....	134
II.B.4.e. Liberdade de decidir o nível de negociação.....	135
II.B.4.f. Princípio de boa fé.....	135
II.B.4.g. Procedimentos voluntários: organismos que visam a facilitar as negociações.....	135
III. Dispositivos relativos à liberdade sindical em outros instrumentos da OIT.....	136
III.A. Proteção e facilidades a serem proporcionadas a representantes dos trabalhadores.....	136
III.B. Direito sindical das organizações de trabalhadores rurais.....	137
III.C. Direitos sindicais na administração pública.....	137
III.D. Outras categorias de trabalhadores.....	138
Recursos.....	139

Capítulo 2

Igualdade de oportunidades e tratamento no emprego

e na profissão..... 143

I. Introdução..... 143

II. Instrumentos fundamentais da OIT relativos à igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão..... 145

II.A. A Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).....145

II.A.1. Quais são as obrigações dos Estados que ratificam essa Convenção?..... 146

II.A.2. Âmbito da Convenção..... 148

II.A.3. O que é discriminação?..... 150

II.A.4. Os critérios de discriminação..... 152

II.A.5. Em que casos não ocorre discriminação no sentido estabelecido pela Convenção?..... 157

II.A.6. Ônus da prova..... 161

II.A.7. Remédios adequados para a efetiva eliminação de discriminação..... 163

II.B. Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (No. 100)..... 164

II.B.1. Quais são as obrigações dos Estados que ratificam essa Convenção?..... 165

II.B.2. Âmbito da Convenção..... 166

II.B.3. Conteúdo do princípio de igualdade de remuneração para trabalho de igual valor..... 166

II.B.4. Avaliação objetiva de empregos..... 170

II.B.5. Diferenciais salariais aceitáveis..... 171

III. Dispositivos sobre igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão em outros instrumentos da OIT..... 171

III.A. Convenção sobre o Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156) e Recomendação (No. 165)..... 171

III.B. Convenção sobre a Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183)..... 172

III.C. Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, 1983 (No. 159)..... 172

III.D. Código de Prática da OIT sobre a gestão da deficiência no local de trabalho.. 173

III.E. Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho..... 173

IV. Dispositivos pertinentes de alguns instrumentos de direitos humanos da Organização das Nações Unidas..... 175

IV.A. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais..... 175

IV.B. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos..... 175

IV.C. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.	176
IV.D. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.....	176
Recursos.....	177

Capítulo 3

Terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador..... 181

I. Introdução..... 181

II. Instrumentos da OIT relativos à terminação..... 183

II.A. Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho, 1982 (No. 158)..... 183

II.A.1. Âmbito da Convenção..... 184

II.A.2. Proteção contra terminação injustificada de emprego..... 185

II.A.3. Procedimento prévio à terminação..... 189

II.A.4. Direito de recorrer contra a terminação e indenização por terminação injustificada..... 190

II.A.5. Prazo de aviso prévio e indenização por terminação..... 192

II.A.6. Terminações coletivas..... 193

II.B. Recomendação sobre a terminação da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 166)..... 194

II.C. Dispositivos relativos à terminação de emprego em outros instrumentos da OIT..... 194

II.C.1. Proibição de terminação discriminatória de emprego..... 195

II.C.2. Ônus da prova em recursos contra terminação discriminatória de emprego.... 195

II.C.3. Sanções por terminação discriminatório de emprego..... 196

II.C.4. Contribuição de instrumentos da OIT relativos a outros aspectos da proteção contra terminação de emprego..... 197

III. Dispositivos pertinentes de alguns instrumentos sobre direitos humanos da Organização das Nações Unidas..... 197

Recursos..... 199

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação... 201

Atividades..... 206

Índice de decisões citadas no Manual..... 228

Agradecimentos

Este Manual veio à luz graças ao compromisso e aos conhecimentos especializados de Xavier Beaudonnet,¹ que redigiu algumas partes e coordenou e revisou pacientemente o conjunto do trabalho.

Registramos um agradecimento especial a Robin Layton e Pierre Lyon-Caen, membros do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, e Geraldo Von Potobsky, ex-funcionário do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT em Genebra, que contribuíram para o desenvolvimento do Manual.

A realização deste Manual também não teria sido possível sem o apoio e a participação de diversas pessoas para com as quais temos profunda dívida de gratidão:

- Alessandro Chiarabini
Programa de Normas e Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho, ITC-OIT Turim
- Enrica Demichelis
Consultora, ITC-OIT Turim
- Natan Elkin
Departamento de Normas Internacionais do Trabalho, OIT, Genebra
- Horacio Guido
Departamento de Normas Internacionais do Trabalho, OIT, Genebra
- Jane Hodges
Escritório para Igualdade de Gênero, OIT, Genebra
- Maura Miraglio
Programa de Normas e Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho, ITC-OIT Turim
- Martin Oelz
Departamento de Normas Internacionais do Trabalho, OIT, Genebra
- Maria Marta Travieso
Departamento de Normas Internacionais do Trabalho, OIT, Genebra
- Beatriz Vacotto
Escritório de Atividades para Trabalhadores, OIT, Genebra
- Valeria Morra, Matteo Montesano, Michele McClure e Paola Bissaca, do Centro Internacional de Formação de Turim, pela parte gráfica
- Por fim, toda a equipe do Programa de Normas e Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho do Centro Internacional de Formação de Turim, que assumiu as inúmeras tarefas invisíveis que possibilitaram a produção deste Manual.

¹ Atualmente Xavier Beaudonnet ocupa o cargo de especialista em normas internacionais do trabalho no escritório subregional da OIT para os Países Andinos, situado em Lima

Introdução

O direito internacional do trabalho era tradicionalmente visto como área exclusiva do legislativo e do executivo, que eram responsáveis pelo desenvolvimento de seus dispositivos em toda legislação e regulações nacionais. Contudo, um número crescente de exemplos da jurisprudência dos mais diversos países mostra claramente que os instrumentos internacionais relacionados ao emprego também podem ser muito úteis aos tribunais na resolução de litígios. A aplicação do direito internacional do trabalho por tribunais nacionais é, pois, crucial para sua efetiva implementação e aplicação. As normas internacionais do trabalho (NIT) aprovadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o resultado do trabalho dos organismos internacionais de supervisão, que esclarecem seu significado e âmbito, podem, portanto, ser ferramentas particularmente pertinentes para interpretar ou completar o direito nacional do trabalho no intuito de solucionar determinados litígios.

Na grande maioria dos países, contudo, a formação dos juízes e advogados trabalhistas ainda confere muito pouca importância ao exame do conteúdo do direito internacional do trabalho, ou a seus possíveis usos no direito nacional. Em particular, o estudo dos comentários e das decisões dos organismos que supervisionam a aplicação das NIT costuma ser completamente descuidado.

Com o objetivo de preencher esta lacuna, o Centro Internacional de Formação da OIT (ITCILO, sua sigla em inglês), situado em Turim, lançou em 1999 um programa de formação em direito internacional do trabalho para juízes, advogados e educadores jurídicos com vistas a permitir que os advogados implementem as fontes internacionais do direito do trabalho no direito nacional. Desde então, foram organizadas muitas iniciativas de formação tanto no plano mundial como no nacional. Estas contribuíram não apenas para o maior reconhecimento do direito internacional do trabalho pelos tribunais², mas também possibilitaram a reunião de substancial documentação jurídica e um corpus de considerações e experiências práticas a respeito do uso judiciário do direito internacional do trabalho.

O presente Manual procura situar essa formação de maneira sistemática, fomentando assim a mais ampla consideração do direito internacional do trabalho na aplicação e no ensino do direito do trabalho nacional.

Alessandro Chiarabini

Gerente

Programa de Normas Internacionais do Trabalho e Direitos Humanos

² Ver o estudo de impacto independente elaborado em 2005 (CIF/OIT: Avaliação de impacto dos cursos sobre as normas internacionais do trabalho para juízes, advogados e professores de Direito (1999-2003), Turim, agosto 2005).

Perspectiva geral

I. Objetivos e leitores aos quais se destina

Este Manual tem dois objetivos:

- proporcionar uma ferramenta de referência para juízes do trabalho e advogados que desejam aproveitar as oportunidades de utilizar o direito internacional do trabalho no direito nacional;
- proporcionar uma ferramenta de formação que, por um lado, permita que professores e formadores concentrem suas atividades de formação no uso do direito internacional do trabalho no direito nacional e, por outro lado, assegure a melhor cobertura do conteúdo do direito internacional do trabalho em seus cursos de direito do trabalho.

O Manual destina-se, portanto, a juízes e advogados que militam no campo do direito do trabalho, a advogados que atuam em nome de organizações de empregadores e trabalhadores, e, também, a professores e formadores da área do direito do trabalho.

II. Estrutura e conteúdo

O Manual consiste de uma parte preliminar e três partes principais que seguem cronologicamente a estrutura dos seminários da ITCILO para juízes, advogados e educadores da área do direito. O Manual conclui com uma oficina de síntese que visa a completar o programa de formação sobre o uso judiciário do direito internacional do trabalho.

Parte preliminar

Antecedentes do estudo do uso judiciário do direito internacional do trabalho

Esta parte tem dois objetivos: destacar os aspectos que o participante deve dominar antes de poder começar a estudar o uso do direito internacional do trabalho por tribunais nacionais, e definir o propósito do trabalho. Primeiro, examinamos os fatores que levam à aproximação recíproca entre o Direito Internacional dos direitos humanos e os tribunais. A seguir, o propósito do Manual é esboçado para enfatizar que o estudo do uso judiciário do direito internacional do trabalho não visa nem a deixar de lado o direito nacional do trabalho nem a questionar a importância da ação legislativa como meio para implementar e incorporar o direito internacional do trabalho no direito nacional. Esta parte termina com um panorama da OIT, que é a principal instituição responsável pela criação de instrumentos jurídicos internacionais no campo do direito do trabalho.

Parte 1

Quando e como os tribunais nacionais podem usar o direito internacional do trabalho

Com base no estudo de muitos exemplos da jurisprudência, analisa-se em que medida o uso do direito internacional do trabalho pelos tribunais é legalmente possível nos sistemas tanto monista como dualista. Portanto, primeiro é traçada uma distinção entre os diferentes tipos de uso judiciário do direito internacional do trabalho segundo o papel desse direito na solução de litígios. Examinam-se, em cada caso, as condições legais que permitem que seja usado desta maneira. A seguir estudam-se os fatores legais geralmente considerados como impeditivos do uso do direito internacional do trabalho pelos tribunais nacionais. Para cada fator, o Manual avalia a escala dos obstáculos que impedem o uso judiciário do direito internacional do trabalho e a maneira como esses obstáculos podem ser superados.

Parte 2

Fontes de direito internacional do trabalho disponíveis para juízes e advogados

A parte 2 expõe as características das várias fontes de direito internacional do trabalho, ressaltando a utilidade que podem ter para a ação judiciária. Cada fonte é ilustrada por exemplos de decisões de tribunais nacionais.

O Manual enfoca, em grande medida, fontes do direito da OIT, mas também descreve fontes das Nações Unidas pertinentes a questões trabalhistas. Por fim, enfatiza-se consideravelmente a apresentação do trabalho dos organismos internacionais de supervisão, que são fontes valiosas para juízes e advogados nacionais, pois seus comentários e decisões esclarecem o sentido e o âmbito dos dispositivos dos instrumentos internacionais.

Parte 3

O conteúdo de normais internacionais do trabalho sobre temas específicos e seu interesse para juízes e advogados

Muitíssimas normas internacionais do trabalho (NIT) foram aprovadas desde a fundação da OIT em 1919, o que significa que a maioria das questões trabalhistas está coberta pelo direito internacional. Portanto, o exame do conteúdo das NIT em seu conjunto está além do âmbito deste Manual. Para ilustrar a utilidade do direito internacional do trabalho na solução de litígios no âmbito nacional, foram selecionados para a primeira edição desta obra três temas de particular interesse para os juízes do trabalho. São eles: liberdade de associação e negociação coletiva, igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na ocupação, e demissão do emprego. Em cada tema, confere-se grande importância às decisões e comentários dos organismos de supervisão da OIT que permitem a especificação do sentido e do âmbito da NIT pertinente. Cada capítulo também é ilustrado por exemplos da jurisprudência relativos ao uso dos instrumentos internacionais examinados.

III. Ferramentas e sugestões para a docência que acompanham cada parte ou capítulo

Várias ferramentas e sugestões para a docência são propostas para cada parte ou capítulo no intuito de facilitar o uso do Manual em atividades de formação:

- definição de objetivos didáticos;
- métodos de formação sugeridos e tempo necessário;
- estudos de caso e role plays para completar as apresentações;
- recursos (referências bibliográficas, links na internet e documentos que tratam dos temas abordados na parte ou capítulo em questão).

IV. Compêndio de decisões de tribunais que acompanha o Manual

A maioria das referências da jurisprudência citadas no Manual está reunida em um Compêndio de decisões de tribunais nacionais baseadas no direito internacional. Este Compêndio, que inclui tanto um resumo de cada decisão como sua versão integral, é fornecido em um CD editado junto com o Manual.

Parte preliminar

Antecedentes do estudo do uso judiciário do direito internacional do trabalho

Introdução

Como foi explicado bem no início deste trabalho, o propósito do presente Manual é proporcionar a juízes e advogados ferramentas de análise e reflexão sobre a aplicação do direito internacional do trabalho no direito nacional, enfatizando, em particular, as oportunidades de usar o direito internacional para solucionar litígios trabalhistas no âmbito judiciário.

Como foi apontado, a abordagem adotada difere da tradicional, na qual o direito internacional é concebido como restrito a regular as relações entre Estados ou, no máximo, a voltar-se exclusivamente para governos e parlamentos responsáveis pela transposição de seu conteúdo para o direito interno.

Dado que a ênfase na implementação do direito internacional do trabalho por tribunais é, até certo ponto, algo novo, diversas questões importantes necessitam ser apresentadas e examinadas antes que o uso judiciário do direito internacional possa ser estudado de maneira aprofundada.

Primeiramente, é preciso entender os fatores que hoje ajudam a reduzir a lacuna entre, por um lado, as autoridades judiciárias internas e, por outro lado, o direito internacional dos direitos humanos. Em segundo lugar, a importância que este Manual dá ao uso judiciário do direito internacional do trabalho também requer certos esclarecimentos destinados a evitar confusões quanto ao lugar atribuído ao direito do trabalho interno e à importância da ação legislativa como forma de implementar o direito internacional do trabalho no âmbito nacional. Por fim, antes de poder examinar esses instrumentos e sua aplicação no direito interno, é preciso apresentar um panorama geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), principal instituição responsável pela aprovação de instrumentos jurídicos internacionais relacionados ao emprego.

Capítulo 1

Direito internacional dos Direitos Humanos e os juízes

I. Juízes nacionais e direito internacional dos direitos humanos, direito internacional dos direitos humanos e juízes nacionais - os fatores para uma relação mais estreita

O presente Manual deve ser visto contra o pano de fundo da tendência crescente, nos tribunais de muitos países, a fazer uso do direito internacional dos direitos humanos em geral e do direito internacional do trabalho em particular¹. Portanto, será útil abordar brevemente os fatores que permitem a compreensão deste fato², pois tais fatores explicam, em grande medida, a existência desta obra.

- O conteúdo do direito internacional evoluiu substancialmente com a criação da OIT em 1919 e das Nações Unidas em 1945³. Este direito cada vez mais rege as relações entre indivíduos, o que antes era monopólio exclusivo do direito interno. O direito internacional está, portanto, tornando-se mais útil na solução de litígios no plano interno dos países.
- Paralelamente, os sistemas jurídicos nacionais são cada vez mais receptivos ao direito internacional dos direitos humanos. Assim muitas constituições recentes atribuem status constitucional aos tratados internacionais ratificados nessa área⁴. Em outros casos, as constituições estabelecem que o direito interno deve ser aplicado e interpretado de acordo com esses mesmos tratados. Esta posição no sistema jurídico nacional facilita o uso judiciário desses instrumentos, e significa que juízes e advogados devem conhecê-los.
- Também é crescente a consciência, transmitida, inter alia, pelo trabalho dos organismos internacionais de supervisão⁵, de que os tratados internacionais de direitos humanos

¹ Durante nossa pesquisa não exaustiva, esse uso foi identificado nos seguintes países: Argentina, Austrália, Azerbaijão, Bélgica, Benin, Botsuana, Brasil, Bulgária, Burkina Fasso, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Croácia, República Dominicana, Etiópia, Estônia, França, Fiji, Alemanha, Grã-Bretanha, Guatemala, Honduras, Índia, Israel, Itália, Costa do Marfim, Japão, Quênia, Lesoto, Lituânia, Madagascar, Malauí, Mali, Marrocos, México, Níger, Nigéria, Noruega, Nova Zelândia, Holanda, Paraguai, Peru, Filipinas, Romênia, Federação Russa, Ruanda, Senegal, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Região Administrativa Especial de Hong-Kong, Suíça, Taiwan, Trinidad e Tobago, Tunísia, Ucrânia, Estados Unidos, Uruguai, Venezuela, Zâmbia, Zimbábue.

² Ver X. Beaudonnet: 'L'utilisation de sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes', *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRESEC, Bordeaux, 2005. Para uma versão desse artigo em espanhol, ver X. Beaudonnet: 'La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales', *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, Julho de 2006.

³ Ver A. Cassese: *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 376 et seq.

⁴ Ver V. S. Vereshchetin: 'New Constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law', *European Journal of International Law*, vol. 7, No. 1, 1996. Para alguns países latinoamericanos, ver O. Ermida Uriarte: 'La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica', In: *Eficacia jurídica de la Declaración sociolaboral del Mercosur*, OIT, Buenos Aires, 2002 (disponível apenas em espanhol).

⁵ Ver a esse respeito a observação geral 3 (1990) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre "A índole das obrigações dos Estados partes" (Documento das Nações Unidas E/1991/23), assim como a observação geral 9 (1998) sobre "A aplicação interna do Pacto" (Documento das Nações Unidas E/C.12/1998/24).

dizem respeito ao Estado como um todo, o que inclui o judiciário. A ação dos tribunais é, portanto, capaz de responsabilizar o Estado no plano internacional, enquanto, ao mesmo tempo, o judiciário pode contribuir para que o direito internacional seja mais respeitado. Essa evolução também é promovida pelo fortalecimento do papel e da independência dos tribunais no contexto do desenvolvimento do Estado de direito que está ocorrendo em muitos países. Os próprios integrantes do judiciário contribuíram de forma substancial para esta nova compreensão dos laços entre o direito internacional e o judiciário por meio de importantes colóquios judiciários internacionais⁶.

- O papel dos tribunais nacionais na aplicação efetiva do direito internacional torna-se ainda mais importante pelo fato de os tratados internacionais ratificados no âmbito dos direitos humanos, embora legalmente vinculantes, geralmente não incluírem sanções aplicáveis no plano internacional. Portanto, é essencial que os tribunais nacionais sejam capazes de usar seu poder para impor sanções no âmbito nacional no intuito de assegurar que essas normas sejam efetivamente respeitadas.
- Contudo, o uso judiciário mais frequente do direito internacional dos direitos humanos não é decorrente apenas do melhor entendimento do dever que cabe aos tribunais de contribuir para o respeito das obrigações internacionais do Estado. Um número crescente de juizes e advogados atuando no âmbito nacional também está tomando consciência de que o direito internacional pode ser um recurso útil para facilitar a solução dos litígios que lhes são submetidos. Portanto, muitos entendem que o estudo dos comentários e decisões dos organismos internacionais de supervisão pode ser, além de fonte de inspiração, uma grande ajuda na interpretação do direito interno.
- Neste sentido, o fenômeno da globalização econômica provavelmente conduzirá os tribunais a levar mais em conta o direito internacional do trabalho. Em termos jurídicos, o fato de as relações econômicas e, por conseguinte, determinadas relações de emprego, estarem se tornando internacionalizadas não influencia a capacidade dos tribunais nacionais de se referirem aos instrumentos internacionais examinados no presente Manual para solucionar litígios trabalhistas. As várias normas da OIT e das Nações Unidas podem, na verdade, ser aplicadas às relações trabalhistas como um todo, sejam estas de dimensão internacional ou não⁷. Na prática, contudo, o desenvolvimento do comércio internacional destaca a semelhança entre os problemas e questões que o emprego suscita no mundo e ajuda a aumentar o interesse dos juizes nacionais em relação às soluções jurídicas que a comunidade internacional apresenta para este tema. Além disto, o aumento da concorrência devido à globalização comercial às vezes é percebido como algo que exige que a proteção proporcionada aos trabalhadores pela legislação interna seja flexibilizada ou mesmo desmantelada. Neste contexto, alguns tribunais podem considerar útil basear-se na legislação internacional do trabalho para reforçar a legitimidade da regulamentação das relações de emprego e para frisar que o fenômeno da globalização também se expressa pelo reconhecimento internacional dos direitos humanos no trabalho.
- Por fim, as várias ideias aqui esboçadas hoje circulam ainda mais livremente pelo fato de os avanços na tecnologia, nos transportes e no aprendizado de idiomas permitirem que juizes e advogados tenham muito mais fácil acesso a fontes internacionais do direito, e também que desenvolvam intercâmbio intelectual e jurídico com seus colegas do mundo inteiro.

⁶ Ver os Princípios de Bangalore de 1988 e 1998, ou a Declaração de Arusha de 2003.

⁷ Trata-se então de não confundir o Direito Internacional do Trabalho analisado neste manual com o Direito Internacional Privado do Trabalho, que consiste em determinar as leis e regras aplicáveis às relações do trabalho que apresentam um elemento de internacionalidade.

II. Alguns esclarecimento sobre as relações entre direito internacional e interno do trabalho e sobre a importância da ação legislativa na implementação do direito internacional do trabalho no direito interno.

- A importância atribuída ao uso judiciário do direito internacional do trabalho não visa, absolutamente, a sugerir que juizes e advogados devam deixar de lado o seu direito interno em favor apenas do direito internacionais do trabalho. Antes de mais nada, isto não seria viável, pois o direito interno do trabalho é, por natureza, mais específico e detalhado do que os instrumentos internacionais. Além disso, e acima de tudo, este não é o objetivo do direito internacional do trabalho⁸; seu objetivo é, ao contrário, ajudar a reforçar as leis internas ao estabelecer princípios e diretrizes gerais que ajudam a desenvolvê-las. Portanto, este Manual procura lançar luz sobre a complementaridade entre fontes nacionais e internacionais do direito do trabalho.
- O Manual não procura defender nem um tipo de incorporação do direito internacional ao direito nacional nem um modelo para o uso judiciário do direito internacional no plano interno. Do ponto de vista do direito internacional em geral e da OIT em particular, cada Estado escolhe soberanamente as formas como implementa no direito e na prática as obrigações internacionais que assume.
- Assim também, o destaque dado ao uso judiciário do direito internacional do trabalho não procura questionar a grande importância que a OIT sempre atribuiu à incorporação à legislação de dispositivos das convenções internacionais sobre o trabalho ratificadas pelos Estados Membros⁹. Esta incorporação é a principal garantia jurídica de que as convenções serão devidamente implementadas, por um lado, permitindo que dispositivos internos contraditórios sejam revogados e, por outro lado, dando destaque ao conteúdo das convenções e tornando-o mais acessível aos cidadãos. Além disso, para os Estados-parte, o desenvolvimento legislativo e regulatório do conteúdo das convenções da OIT é uma necessidade e uma obrigação em relação a muitos dispositivos das convenções que estabelecem princípios gerais ou exigem políticas e programas de ação para serem implementados. Portanto, este Manual parte do princípio de que, para a efetiva implementação das normas internacionais do trabalho, existe uma necessária complementaridade entre, por um lado, a ação legislativa e regulatória e, por outro lado, a ação dos tribunais.
- Por fim, antes de estudar o direito internacional do trabalho e seu possível uso pelos tribunais, talvez seja ocioso recordar a juizes e advogados que toda aplicação de um dispositivo legal pressupõe sua análise aprofundada. Tal rigor é ainda mais importante em relação a fontes de direito que podem ser classificadas como “novas”, pois raramente são estudadas de forma detalhada nos cursos universitários tradicionais.

⁸ Ver N. Valticos e G. Von Potobsky, *International Labour Law*, 2ª ed. (revisada), *Klwer Law and Taxation Publishers, Deventer – Boston*, 1995, pp.20 et seq (disponível unicamente em inglês).

⁹ A respeito, ver OIT: *Informe de La Comisión em Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III(IV), Conferencia Internacional Del Trabajo, 47ª. Reunión, Ginebra, 1963. Para um comentário sobre essa posição da comissão de especialistas, ver G. Von Potobsky, “Eficacia jurídica de los convenios de La OIT em plano nacional”, In: *Les normes internationales Du travail, um patrimoine pour l’avenir. Mélanges em l’honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2008, pp.287-305.

Capítulo 2

A Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho é a agência especializada da Organização das Nações Unidas que visa a promover a justiça social e os direitos humanos no trabalho. É a única instituição multilateral do mundo com estrutura tripartite representando governo, empregadores e trabalhadores.

A principal função da OIT é redigir normas internacionais do trabalho sob forma de convenções e recomendações que estabelecem as condições mínimas de proteção no trabalho e assegurar-se de sua implementação¹⁰. A organização trabalha com seus 183 Estados Membros para garantir que as normas internacionais do trabalho sejam amplamente respeitadas, tanto na lei como na prática. A atividade de definição das normas da OIT é reforçada por importantes programas de cooperação técnica cujo objetivo geral é implementar a Agenda do Trabalho Decente. Em sua ampla gama de iniciativas, a OIT também proporciona assistência técnica aos Estados Membros, difunde melhores práticas, realiza programas de formação e campanhas de comunicação, e publica muitos trabalhos e documentos.

Os diversos campos de ação da OIT hoje são coordenados em torno de quatro objetivos estratégicos:

- Promover os princípios fundamentais e direitos no trabalho através de um sistema de supervisão e de aplicação de normas;
- Promover melhores oportunidades de emprego/renda para mulheres e homens em condições de livre escolha, de não discriminação e de dignidade;
- Aumentar a abrangência e a eficácia da proteção social;
- Fortalecer o tripartismo e o diálogo social.

Contudo, as normas internacionais do trabalho de que trata este Manual não podem ser plenamente compreendidas sem que primeiro se delinee a origem e a estrutura da OIT¹¹.

I. Origem

A OIT foi fundada em 1919 no contexto do Tratado de Versalhes, que pôs ponto final à Primeira Guerra Mundial¹². A criação da organização foi parte integrante da linha de pensamento segundo a qual a paz universal e duradoura só poderia ser conseguida com base na justiça social.

A fundação da OIT foi a resposta da comunidade internacional a uma série de considerações de segurança, humanitárias, políticas e econômicas. Segundo o preâmbulo de sua Constituição, as Altas Partes Contratantes eram “movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura...”.

Como, nas economias industrializadas da época, os trabalhadores eram altamente explorados, as partes do Tratado de Versalhes apreciaram a importância da justiça social na

¹⁰ Para uma apresentação dos direitos trabalhistas internacionais, ver adiante, *Parte 2, Capítulo 1*.

¹¹ Para mais detalhes sobre a OIT, ver site da Organização (www.ilo.org).

¹² A Constituição da OIT corresponde à parte XIII do Tratado de Versalhes.

construção da paz. Além disso, à luz da crescente interdependência entre as economias nacionais, as principais nações comerciais entenderam que era do seu interesse cooperar para assegurar-se de que os trabalhadores não tivessem que suportar condições de trabalho desumanas e pudessem evitar certas formas negativas de concorrência internacional. Todas essas ideias são apresentadas no preâmbulo da Constituição da OIT, que começa assim:

“Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social;

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições;

Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.”

II. Estrutura

A OIT, com sede em Genebra (Suíça), tem três organismos principais: uma Assembléia Geral – a Conferência Internacional do Trabalho; um organismo executivo – o Conselho de Administração; e uma secretaria permanente – a Secretaria Internacional do Trabalho. Os dois primeiros são compostos de representantes de governos, empregadores e trabalhadores.

A Conferência Internacional do Trabalho

A Conferência Internacional do Trabalho reúne-se todos os anos em Genebra, em junho. Cada Estado Membro é representado por dois delegados do governo, um delegado dos empregadores e um delegado dos trabalhadores, com a assistência de assessores técnicos quando necessário. Os delegados dos empregadores e dos trabalhadores são designados de comum acordo com as organizações nacionais mais representativas de empregadores e trabalhadores. Todos os delegados têm os mesmos direitos e total liberdade de votar, independentemente do voto dado pelos outros membros de sua delegação nacional.

A Conferência tem diversas tarefas essenciais: adota normas internacionais do trabalho e cumpre um importante papel na supervisão de sua implementação¹³; é um fórum no qual questões sociais e trabalhistas de importância global podem ser livremente discutidas; adota resoluções que constituem princípios orientadores para a política e as atividades gerais da organização; adota o programa da OIT e vota o seu orçamento; elege os membros do Conselho de Administração; decide aceitar ou recusar novos Estados Membros (salvo em caso de aceitação automática por solicitação formal de Estados Membros da Organização das Nações Unidas).

O Conselho de Administração

O Conselho de Administração da OIT reúne-se três vezes por ano em Genebra - em março, junho e novembro. É composto de 56 membros plenos: 28 representantes dos governos, 14 representantes dos empregadores e 14 representantes dos trabalhadores. Dez dos postos governamentais são ocupados permanentemente pelos países de maior importân-

¹³ Ver adiante, *Parte 2, Capítulos 1 e 2.*

cia industrial¹⁴. Os representantes dos demais países são eleitos a cada três anos pelos delegados governamentais na Conferência (excluindo-se os mencionados países de maior importância industrial), de acordo com a distribuição geográfica. Os empregadores e os trabalhadores elegem seus próprios representantes em colégios eleitorais separados de acordo com sua capacidade de representar os empregadores e trabalhadores da Organização em seu conjunto.

O Conselho de Administração toma decisões relativas à política da OIT, decide a agenda da Conferência, define o programa e o orçamento, depois submetidos à aprovação da Conferência, elege o Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho e dirige as atividades da Organização. Também cumpre um importante papel na supervisão da implementação das normas internacionais do trabalho¹⁵.

A Secretaria Internacional do Trabalho

A Secretaria Internacional do Trabalho, em Genebra, é o secretariado permanente da Organização Internacional do Trabalho. É o ponto focal das atividades gerais da OIT, que são preparadas sob o escrutínio do Conselho de Administração e sob a liderança de um Diretor Geral eleito pelo Conselho de Administração por um período de cinco anos renováveis. A Secretaria prepara os documentos e relatórios que constituem os materiais essenciais básicos para as conferências e reuniões da OIT e gerencia os programas de cooperação técnica no mundo inteiro, dando apoio, em particular, às atividades de criação de normas da Organização. Também conta com um centro de pesquisa e documentação que edita uma série de publicações e periódicos especializados em questões sociais e relacionadas ao emprego.

A estrutura da Secretaria também inclui alguns escritórios de campo no mundo todo, por meio dos quais a OIT mantém contatos diretos com governos, trabalhadores e empregadores.

14 Atualmente são: Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos, Federação Russa, França, Índia, Itália, Japão e Reino Unido.

15 Ver adiante, *Parte 2, Capítulo 1*.

Recursos

Referências bibliográficas

- Beaudonnet, X.: 'La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales', *Revista Derecho del Trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, julho de 2006.
- : 'L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes', *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRA-SEC, Bordeaux, 2005.
- Cassese, A.: *International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2005)
- Ermida Uriarte, O.: 'La Declaración sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica', In: *Eficacia jurídica de la Declaración sociolaboral del Mercosur* (ILO, Buenos Aires, 2002) [disponível apenas em espanhol]
- ILO: *Report of the Committee of Experts on the Implementation of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 47a. Sessão, Genebra, 1963.
- L'Heureux-Dubé, C.: 'Les défis de la magistrature à l'ère de la globalisation: le rôle du juge en tant que citoyen du monde', artigo escrito em 2002
- Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: 'The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, 2004)
- Valticos, N.; Von Potobsky, G.: *International Labour Law*, segunda edição (revista) (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1995)
- Vereshchetin, V. S.: 'New Constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law', *European Journal of International Law*, vol. 7, No. 1, 1996
- Von Potobsky, G.: 'Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, 2004) [disponível apenas em espanhol]

Documentos

■ OIT

Constituição da OIT, 1919

■ Nações Unidas

Comentário Geral No. 3 (1990) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre "A natureza das obrigações dos Estados Partes"

Comentário Geral No. 9 (1998) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre "Aplicação Interna do Pacto"

■ Outros

Bangalore Principles on the Domestic Application of International Human Rights Norms, 1988

Arusha Declaration of Commitments on the Role of the Domestic Judge on the Application of International Human Rights Law at the Domestic Level, 2003

Links da Internet

■ OIT

ILO web site: www.ilo.org

Lista alfabética dos Estados-membro da OIT:

<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>

Reuniões e documentos da Conferência Internacional do Trabalho:

http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/lang—en/index.htm

Reuniões e documentos do Conselho de Administração:

http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/gb/index.htm

Lista de departamentos e escritórios da OIT:

http://www.ilo.org/global/Departments__Offices/lang—en/index.htm

Parte 1

Quando e como os tribunais nacionais podem usar o direito internacional do trabalho¹

Introdução

Antes de abordar as várias fontes de direito internacional do trabalho e seu conteúdo, é preciso primeiro considerar quando e como os tribunais nacionais podem usar o direito internacional para solucionar um litígio². Examinaremos primeiro esta questão para que se possa tirar o maior proveito possível das partes subsequentes do Manual.

Claro que esta parte não visa a proporcionar uma resposta geral a essa pergunta, pois cada sistema jurídico nacional pode adotar sua própria abordagem das relações entre direito internacional e interno, e pode dar ao judiciário vários graus de poder.

Nesta parte vamos usar exemplos tirados de diferentes países e não suporemos que sejam transferíveis para outros sistemas jurídicos; aqui ressaltaremos, basicamente, a variedade de situações e técnicas que permitem que tribunais de muitos países refiram-se ao direito internacional do trabalho, para depois examinar e avaliar algumas dificuldades reais ou supostas que podem impedir ou limitar o uso judicial dessa fonte de direito.

Antes de fazê-lo, é preciso primeiro recordar que as oportunidades de fazer uso judicial do direito internacional dependem, em parte, do sistema nacional para a incorporação do direito internacional ao direito interno; neste sentido, costuma-se distinguir entre países “monistas” e “dualistas”.

¹ Ver X. Beaudonnet: ‘L’utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes’, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMP-TRASEC, Bordeaux, 2005; X. Beaudonnet: ‘La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales’, *Revista Derecho del trabajo*, La Ley, Buenos Aires, julho de 2006; C. Thomas, M. Oelz e X. Beaudonnet: ‘The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications’, In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Genebra, 2004; R. Layton: ‘When and how can domestic judges and lawyers use international law in dualist systems’, artigo escrito em 2005 para a ITC-OIT em Turim (disponível apenas em inglês); G. W. Von Potobsky: ‘Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional’, In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, op. cit. (disponível apenas em espanhol); M. Kirby: ‘The road from Bangalore: The first ten years of the Bangalore principles on the domestic application of international human rights norms’, discurso proferido em 1998.

² É preciso observar que esta parte diz respeito principalmente ao uso de fontes “codificadas” do direito internacional do trabalho por tribunais nacionais. Além disto, faremos apenas uma breve referência à questão do uso judicial do direito consuetudinário internacional do trabalho, porque a jurisprudência e as publicações sobre o tema são escassas. Sobre o direito consuetudinário internacional do trabalho, ver V. Marleau: ‘Réflexion sur l’idée d’un droit international coutumier du travail’, In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, op. cit. (disponível apenas em francês)

Em termos gerais, os países nos quais o direito interno e o direito internacional são considerados como pertencentes à mesma esfera jurídica e onde, portanto, os tratados ratificados³ constituem parte integrante do direito interno, são classificados como monistas⁴.

Os países em que o direito interno e o direito internacional são considerados como duas esferas distintas e separadas são, por contraste, classificados como dualistas, pois a ratificação de tratados internacionais não é suficiente para assegurar sua incorporação ao direito interno. A aplicabilidade dos dispositivos dos tratados ratificados no plano interno depende, pois, de sua transposição no sistema jurídico do país por meio de um diploma legal subsequente à ratificação⁵. Segundo esta abordagem, os tribunais dos países dualistas não podem, em tese, solucionar um litígio diretamente com base em dispositivos de tratados internacionais ratificados quando estes não fazem parte do direito interno⁶.

Como veremos, este último aspecto (o uso de tratados ratificados para solucionar litígios diretamente) é a única diferença geral entre países monistas e dualistas em termos da oportunidade que os tribunais nacionais têm de usar o direito internacional.

É importante frisar que os sistemas monista e dualista também podem encontrar um terreno comum quanto à posição do direito internacional no direito interno. Observaremos, por exemplo, que as constituições de diversos países⁷ - quer monistas, quer dualistas - afirmam que os tratados internacionais ratificados serão usados como guias para interpretar o direito interno.

Também é preciso assinalar que determinados fatos ou práticas ajudam a mitigar a distinção entre os dois sistemas. Primeiro, alguns países podem ser classificados como mistos⁸, pois aproveitam especificamente aspectos de ambos os sistemas de incorporação. Isto inclui a África do Sul, país tradicionalmente dualista cuja Constituição recente afirma que um dispositivo auto-executável de um tratado que tiver sido aprovado pelo Parlamento faz parte do sistema jurídico nacional, salvo quando for incompatível com a Constituição ou com um Ato Legislativo⁹.

Além disso, a política legislativa de alguns países que são formalmente dualistas leva, na prática, a resultados semelhantes ou idênticos aos do monismo. Isto inclui Belize, país dualista de tradição anglo-saxônica, que usou um diploma legal para incorporar plenamente ao direito interno o conteúdo de todas as Convenções da OIT ratificadas pelo país¹⁰.

³ Em muitos países, a ratificação de um tratado deve ser acompanhada de sua publicação no Diário Oficial para que o instrumento internacional passe a fazer parte do sistema jurídico nacional.

⁴ Sem pretender apresentar uma lista exaustiva, os países europeus, de tradição romano-germânica, a Rússia e os países da Europa Oriental, os países francófonos africanos e os países da América Latina enquadram-se no sistema monista. Além desses, o Japão, Namíbia e as Filipinas também são classificados como monistas.

⁵ Na maioria dos países que seguem a tradição jurídica inglesa (com exceção da Namíbia) e nos países escandinavos, o sistema é dualista. A China também parece adotar uma abordagem dualista. Por fim, como ressaltaremos, alguns países, como a África do Sul, exibem características particulares a ambos os sistemas.

⁶ Não é o caso do direito consuetudinário internacional, que pode ser aplicado diretamente nos países dualistas, desde que não esteja em franco conflito com algum dispositivo da legislação nacional.

⁷ Cf. em particular as Constituições de África do Sul, Argentina, Azerbaijão, Colômbia, Espanha, Etiópia, Fiji, Peru ou Romênia. Ver também, no mesmo sentido, os Códigos Trabalhistas de Albânia, Marrocos e Lesoto.

⁸ Os casos da Áustria e dos Estados Unidos, recolhendo elementos dos sistemas dualista e monista, também serão citados neste módulo.

⁹ Ver artigo 231, parágrafo 4, da Constituição da África do Sul.

¹⁰ No mesmo sentido, ver a plena incorporação da Convenção Européia de Direitos Humanos à legislação nacional do Reino Unido.

A Indonésia é outro caso. Nesse país onde nem a Constituição nem a legislação indicam expressamente a situação de tratados ratificados em relação ao direito interno¹¹, o Parlamento costuma confirmar a ratificação das convenções da OIT pelo Presidente da República por meio de um diploma legal que reproduz na íntegra o conteúdo do instrumento ratificado. Assim, mesmo se, em termos formais, as convenções internacionais ratificadas não são consideradas como parte direta do direito interno da Indonésia, do ponto de vista substantivo isto não impede sua aplicação direta, pois todo o conteúdo das convenções foi incorporado *ipsis litteris* ao direito interno.

Estes dois exemplos mostram que a maneira como os tratados ratificados são incorporados ao direito interno pode fazer com que os tribunais dos países dualistas tenham mais ou menos facilidade de referir-se ao direito internacional, particularmente para interpretar o direito interno de acordo com a convenção ratificada. Neste sentido, observaremos que os tratados ratificados podem ser incorporados de diversas maneiras¹² em países dualistas, como mostramos abaixo.

Países dualistas:

Diferentes maneiras de incorporar tratados ratificados ao direito interno

- Incorporação plena por meio de um diploma legal que reproduz na íntegra o texto do tratado para transpô-lo ao direito interno.
- Adoção de um diploma legal que afirma, no seu preâmbulo ou no início de uma seção, que seu propósito é incorporar os dispositivos de um tratado ratificado ao direito interno.
- Incorporação implícita do todo ou de parte de um tratado por meio de um diploma legal estreitamente baseado no conteúdo do instrumento internacional.
- Incorporação por meio de dispositivos legislativos que dão aos tribunais o poder de implementar o conteúdo de um tratado.

11 Portanto, o sistema jurídico indonésio não indica expressamente se o país se enquadra no sistema monista ou no dualista, omissão que dá margem a indagar-se a que sistema a Indonésia pertence.

12 Essas diferentes formas de incorporação podem coexistir no mesmo país.

Os países monistas também apresentam diferenças entre si que dizem respeito essencialmente ao lugar atribuído aos tratados ratificados na hierarquia das normas, como mostramos abaixo.

Países monistas:

Diferentes status atribuídos aos tratados ratificados na hierarquia das normas

- Alguns países monistas dão aos tratados ratificados valor igual ao das leis ordinárias¹³.
- Alguns países dão aos tratados ratificados valor de lei ordinária, mas conferem status constitucional aos tratados fundamentais de direitos humanos¹⁴.
- Muitos países monistas dão valor supralegal, porém infraconstitucional, aos tratados ratificados: estes prevalecem sobre leis ordinárias contraditórias, mas devem respeitar a Constituição nacional¹⁵.
- Alguns países dão aos tratados ratificados valor supralegal, mas dão status constitucional, específica ou implicitamente, a todos ou a alguns dos tratados fundamentais de direitos humanos ratificados¹⁶.
- Por fim, sob certas condições, alguns países atribuem valor supraconstitucional aos tratados internacionais ratificados¹⁷.

Esse lugar na hierarquia das normas costuma ser decorrente de dispositivos específicos da Constituição nacional, mas às vezes também, quando as leis escritas são omissas ou imprecisas, da jurisprudência da Suprema Corte ou do Superior Tribunal Constitucional¹⁸.

¹³ Ver Ucrânia e Filipinas.

¹⁴ Ver Panamá, Colômbia ou Brasil.

¹⁵ Isso inclui a França e muitos países africanos francófonos, mesmo se às vezes é discutível o sentido a ser dado aos dispositivos constitucionais que reconhecem a supremacia de tratados ratificados sobre a legislação nacional.

¹⁶ Ver Argentina, por exemplo.

¹⁷ Ver Holanda, por exemplo.

¹⁸ Ver os casos da Argentina, antes da reforma constitucional de 1994, e de México, Itália, Bélgica e Luxemburgo, por exemplo.

Capítulo 1

Diferentes tipos de uso judicial do direito internacional do trabalho segundo o papel que os tribunais nacionais atribuem ao direito internacional¹⁹

Um exame de algumas decisões de tribunais internos que usaram o direito internacional mostra que o papel das fontes internacionais na resolução de litígios pode variar consideravelmente de caso a caso. Neste sentido, pode-se considerar que os tribunais nacionais usam o direito internacional das quatro maneiras seguintes:

- I. para solucionar diretamente um litígio;
- II. para interpretar dispositivos do direito interno;
- III. como fonte de inspiração para o reconhecimento de um princípio jurisprudencial;
- IV. para fortalecer uma decisão baseada no direito interno.

Os quatro tipos de uso são apresentados abaixo sem pretensão à precisão absoluta, pois as fronteiras entre certas decisões de tribunais podem ser difíceis de traçar. Em vista dos objetivos pedagógicos deste Manual, contudo, acreditamos que esta classificação ajudará a ressaltar mais facilmente os diferentes papéis que o direito internacional do trabalho pode cumprir nos processos internos.

I. O uso do direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente

Neste caso, os tribunais nacionais aplicam um dispositivo internacional cujo conteúdo permite que o litígio seja diretamente solucionado sem necessidade *a priori* do uso de outras fontes de direito. Portanto, os tribunais usam o dispositivo internacional exatamente como usariam um artigo de um diploma legal interno, sendo o direito internacional a principal base para a solução de litígios.

I.A. Diferentes situações envolvendo a resolução direta de um litígio com base no direito internacional do trabalho

Os dispositivos do direito internacional do trabalho podem ser usados para solucionar diretamente um litígio em três tipos de situação: 1) para preencher uma lacuna do direito interno; 2) para contornar um dispositivo interno menos favorável; e 3) para invalidar um dispositivo interno contrário aos dispositivos de um tratado ratificado.

I.A.1. Para preencher uma lacuna do direito interno

O uso de dispositivos do direito internacional do trabalho para solucionar diretamente um litígio foi observado primeiramente em situações em que, na falta de dispositivos específi-

¹⁹ Ver X. Beaudonnet: 'L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes', *op. cit.* (disponível apenas em francês).

cos da legislação interna que permitissem a resolução do processo, os tribunais referiram-se diretamente ao conteúdo de instrumentos internacionais ratificados para remediar essa deficiência .

País: Itália

AMSA v. Miglio, Tribunal de Primeira Instância de Milão, 28 de março de 1990

Diante da falta, na legislação interna, de dispositivos específicos que possibilitassem definir se as horas-extras trabalhadas com regularidade deveriam ser consideradas ao calcular-se o montante do salário a ser pago por férias remuneradas, o Tribunal de Primeira Instância referiu-se à Convenção da OIT sobre Férias Remuneradas (No. 132)²⁰, ratificada pela Itália. O artigo 7(1) dessa Convenção afirma que a remuneração recebida durante o período de férias não deve ser inferior à remuneração normal ou média recebida pelo trabalhador. Com este fundamento, o tribunal decidiu que as horas-extras deveriam ser incluídas no cálculo, desde que trabalhadas com regularidade.

I.A.2. Para contornar um dispositivo da legislação interna menos favorável ao trabalhador

Em uma segunda série de situações, o conteúdo de dispositivos internacionais é usado para obter uma solução que seja mais favorável ao trabalhador do que seria a decisão baseada na aplicação da lei interna. Essa possibilidade, acorde com o princípio da favorabilidade, não significa que o tribunal invalide os dispositivos internos. Basta deixar de aplicá-lo, optando por implementar a fonte de direito que proporciona maior proteção. Isto é importante, pois permite que os tribunais que não têm competência para questões constitucionais façam uso do direito internacional nessas circunstâncias.

País: França

Castanié v. Dame veuve Hurtado, Cour de cassation, Divisão de Recursos, Req. 27 de fevereiro de 1934

No caso de um litígio a respeito do direito de um trabalhador estrangeiro envolvido em um acidente industrial a receber indenização igual à de um trabalhador francês, a *Cour de cassation* não hesitou em deixar de lado a lei de 1898 sobre dispositivos relacionados com ferimento no trabalho e aplicar diretamente o Artigo 1(1) da Convenção da OIT sobre Igualdade de Tratamento (Indenização de Acidentes e Trabalho) (No. 19)²¹. Esse artigo estipula que todo Estado que ratificar a Convenção compromete-se a assegurar aos nacionais de países que o ratificaram e que venham a sofrer lesões corporais devido a acidente de trabalho o mesmo tratamento que a seus próprios cidadãos.

País: Brasil

Para efeito similar, em relação a férias remuneradas, a Justiça do Trabalho do Brasil dá prioridade à aplicação direta dos Artigos 5 e 11 da Convenção No. 132²² da OIT em relação à legislação interna, no intuito de assegurar a remuneração das férias dos trabalhadores cujo contrato expira em menos de um ano²³.

²⁰ Convenção sobre Férias Remuneradas (revista), 1970 (No. 132).

²¹ Convenção sobre Igualdade de Tratamento (Acidentes de trabalho), 1925 (No. 19).

²² Convenção sobre Férias Remuneradas (revista), 1970 (No. 132).

²³ Ver, por exemplo, *Lacir Vicente Nunes v. Sandoval Alves da Rocha et al.*, Tribunal Regional do Trabalho, 7 de maio de 2003, TRT-RO-3951/03.

I.A.3. Para invalidar um dispositivo do direito interno

Nos países monistas que atribuem valor mais alto aos tratados internacionais do que à legislação interna, os tribunais competentes podem fundamentar diretamente a invalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou regulamento na violação de uma convenção internacional ratificada. Neste caso, o descumprimento da lei internacional pode ou ser combinado com outros fundamentos para a alegação de inconstitucionalidade, ou ser a única fonte para invalidar o dispositivo interno.

País: Costa Rica

Antonio Blanco Rodríguez e outros v. o Presidente da República, o Ministro do Governo e da Política, o Instituto de Desenvolvimento Agrário e a Comissão Nacional para Assuntos Indígenas, Superior Tribunal de Justiça, Divisão Constitucional, 11 de agosto de 1999, Res. No. 06229-aa, Exp. No. 96-007361-007-CO-C

O Superior Tribunal de Justiça da Costa Rica invalidou um decreto que reduzia a extensão de uma reserva indígena tendo como único fundamento a violação do Artigo 11 da Convenção No. 107 da OIT²⁴.

País: Colômbia

Tribunal Constitucional da Colômbia, 5 de fevereiro de 2000, Processo C-385/2000

O Tribunal Constitucional da Colômbia declarou que um artigo de uma lei que limitava o acesso de trabalhadores estrangeiros a cargos de direção em sindicatos era inconstitucional, decidindo basicamente que o referido dispositivo violava o Artigo 3 da Convenção No. 87²⁵ da OIT que, entre outras coisas, reconhece que os sindicatos têm o direito de eleger seus representantes com total liberdade.

I.B. Contudo, resolver um processo diretamente com base no direito internacional do trabalho só é legalmente possível quando se cumprem diversas condições

Primeiro, para que o direito internacional do trabalho possa ser usado diretamente na resolução de um processo, a fonte internacional deve ser reconhecida como legalmente vinculante pelo direito interno. Esse é o caso, nos países monistas, dos dispositivos de tratados ratificados e, sob certas condições, dos dispositivos do direito consuetudinário internacional em países que aderem a ambos os sistemas²⁶.

Segundo, a resolução direta só é possível se o dispositivo internacional aplicado for suficientemente claro e específico para permitir que o tribunal resolva o processo apenas com este fundamento. Isto é particularmente importante em relação ao direito internacional do trabalho, porque as convenções e tratados pertinentes muitas vezes têm conteúdo geral ou programático.

A maioria dos debates a este respeito costuma concentrar-se em determinar se os dispositivos do tratado internacional são diretamente aplicáveis ou autoexecutáveis²⁷. O significado desses termos deve ser especificado aqui antes de considerarmos se as oportunidades de resolver processos diretamente com base no direito internacional do trabalho são limitadas apenas a dispositivos autoexecutáveis.

²⁴ Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, 1957 (No. 107).

²⁵ Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87).

²⁶ Para os países dualistas, os tribunais nacionais parecem ser capazes de resolver um caso diretamente com base no direito consuetudinário internacional, desde que este não se oponha de maneira frontal à lei escrita do país.

²⁷ Neste Manual, os dois termos são considerados sinônimos e usados de forma intercambiável.

I.B.1. A noção de dispositivo diretamente aplicável ou autoexecutável

Determinar se um dispositivo de tratado internacional é autoexecutável é uma questão complexa e polêmica. Sua avaliação pode variar consideravelmente de país para país²⁸ e de tribunal para tribunal, e também pode levar a modificações substanciais na jurisprudência com o passar do tempo²⁹. Este Manual não visa a analisar a questão de forma exaustiva, mas apenas sugerir diversos pontos de referência, particularmente no que diz respeito à terminologia, já que essa noção pode ser vista sob diferentes perspectivas e, portanto, suscitar definições muito diferentes.

Para a Comissão de Peritos da OIT sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, os dispositivos autoexecutáveis “dos tratados internacionais são aqueles que podem ser aplicados diretamente sem que o Estado ratificante tenha adotado legislação para dar vigência aos dispositivos em questão”. Como se pode ver nos termos usados, essa noção, segundo a OIT, não diz respeito basicamente à aplicabilidade judicial dos tratados, mas, em primeiro lugar e sobretudo, à questão de definir se seus dispositivos exigem medidas legislativas ou regulatórias por parte do Estado para permitir que seu conteúdo seja especificado ou seus objetivos, atingidos³⁰.

Depois de apresentar a visão internacional dessa noção, vê-se que, no plano interno, a expressão dispositivo “autoexecutável” ou “diretamente aplicável” pode ser usada em dois contextos diferentes, porém conexos³¹.

Primeiro, em países como os Estados Unidos ou a África do Sul³², que aplicam simultaneamente aspectos dos sistemas monista e dualista, a noção é usada para determinar se um tratado ratificado é diretamente incorporado ao direito interno ou se primeiro é preciso uma lei que o implemente para desenvolver seus dispositivos. Neste sentido, portanto, a classificação como autoexecutável primeiro faz com que seja possível determinar a maneira como um tratado será incorporado ao direito interno, e depois, como consequência, definir se os tribunais podem aplicar seus dispositivos diretamente.

Neste primeiro contexto, costuma-se dizer que três critérios deveriam ser levados em conta para determinar se um tratado é autoexecutável³³:

²⁸ Ver a análise de Virginia Leary, que frisa as diferenças nas abordagens de tribunais dos Estados Unidos, da Holanda, da Suíça e da Itália (V. Leary: *International Labour Conventions and National Law: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, Haia-Boston-Londres, 1982 (disponível apenas em inglês)).

²⁹ Ver adiante, por exemplo, desdobramentos na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça da Argentina desde 1992: embora até então sempre tivesse relutado muito em reconhecer a aplicabilidade direta dos dispositivos de tratados, inverteu completamente sua jurisprudência na decisão Ekmekdjian.

³⁰ Ver OIT: *Equality in Employment and Occupation, Special Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B), p. 212, nota final 3. Nesse caso, o Comitê de Peritos opinou que a Convenção 111 da OIT não continha dispositivos autoexecutáveis. Portanto, a Comissão de Peritos não procurou dar seu parecer a respeito da aplicabilidade judiciária da Convenção, mas antes indicar que, para que essa fosse plenamente implementada, era necessário a aprovação de legislação nacional que desenvolvesse seus dispositivos.

³¹ Ver, no mesmo sentido, C. Thomas, M. Oelz e X. Beaudonnet: ‘The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications’, *op. cit.*; I. Brownlie: *Principles of Public International Law*, 4ª edição, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 52.

³² Ver a introdução a essa parte acima. Outro exemplo é a Áustria. Embora o país seja monista, um Decreto Parlamentar ratificando um tratado internacional pode especificar se o instrumento deve ou não ser executado por meio de diplomas legais (Artigo 50(2) da Constituição austríaca). Nesse caso, infere-se que os tribunais poderiam não aplicar diretamente os dispositivos do tratado em questão.

³³ A esse respeito, ver V. Leary: *International Labour Conventions and National Law*, *op. cit.*

- 1) a intenção das partes de adotar dispositivos que não exijam legislação prévia a sua implementação;
- 2) a exatidão e detalhes dos termos usados pelo tratado;
- 3) o poder dos tribunais em relação aos sujeitos a que o tratado diz respeito em conformidade com a independência dos poderes.

Em países puramente monistas, o termo “autoexecutável” também é usado em um segundo sentido, mais diretamente relacionado com o tema deste Manual. Um dispositivo internacional considerado como suficientemente claro e específico para reconhecer direitos que sejam diretamente aplicáveis perante os tribunais é classificado como autoexecutável mesmo se não houver legislação interna que desenvolva seu conteúdo.

Neste segundo sentido, portanto, enfatiza-se diretamente a aplicabilidade do conteúdo dos tratados perante os tribunais; o reconhecimento de direitos subjetivos emerge então como critério-chave para determinar se os dispositivos de um instrumento internacional são autoexecutáveis.

País: Alemanha

Tribunal Administrativo Federal, 8 de maio de 1991, 1 C 20.89

Em sua decisão, o Tribunal Administrativo Federal estabeleceu que a redação, o objetivo e o conteúdo do Artigo 8(1) da Convenção No. 97³⁴ da OIT eram suficientemente claros para reconhecer diretamente direitos individuais aos trabalhadores migrantes, que podiam recorrer aos tribunais para exigir sua aplicação³⁵.

Na prática, contudo, os métodos usados para avaliar se um dispositivo de tratado reconhece ou não direitos que sejam diretamente aplicáveis perante os tribunais pode variar de forma substancial de um tribunal a outro, levando, assim, a resultados muito diferentes.

Este Manual não pretende fazer um juízo uniforme de quais critérios deveriam ser levados em conta aqui. Entretanto, podem-se fazer diversas observações gerais que talvez sejam particularmente úteis para avaliar se os dispositivos dos tratados relativos ao direito internacional do trabalho e aos direitos humanos fundamentais são diretamente aplicáveis.

- *O critério da intenção das partes do tratado não parece aplicar-se aos dispositivos de tratados multilaterais adotados em um contexto institucional como a Organização das Nações Unidas ou a OIT*

³⁴ Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes (revista), 1949 (No. 97). Artigo 8(1) da Convenção No. 97: “Um trabalhador migrante que foi admitido a título permanente e os membros da sua família que foram autorizados a acompanhá-lo ou a se lhe juntar não poderão ser reenviados para os seus territórios de origem ou para o território donde emigraram, salvo se o desejarem ou se os acordos internacionais que obrigam o Membro interessado o previrem, quando, por motivo de doença ou de acidente, o trabalhador migrante se encontre na impossibilidade de exercer a sua profissão, na condição de a doença ou acidente ter ocorrido após a sua chegada.”

³⁵ Julgamento recente da Câmara Social e do Trabalho da Cour de Cassation da França, datado de 26 de março de 2006, também deve ser observado. Nesse julgamento, o Tribunal afirma que, por reconhecer que os empregados remunerados têm direito a aviso prévio com prazo razoável, o Artigo 11 da Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 158), é autoexecutável. Para outros exemplos e considerações a respeito do desenvolvimento das apreciações jurídicas do caráter autoexecutável dos dispositivos das Convenções da OIT, ver G. W. Von Potobsky: ‘Los covenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?’, In: *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1997 (disponível apenas em espanhol).

Em virtude da variedade de sistemas para a incorporação do direito internacional ao direito interno dos países membros dessas organizações, a intenção das assembléias que adotaram os instrumentos das Nações Unidas e da OIT não é, por definição, determinar se seus dispositivos são autoexecutáveis nos diversos países que os ratificam³⁶.

Neste sentido, pode ser interessante notar os comentários abaixo, feitos pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, organismo responsável pelo monitoramento da devida aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁷.

Trecho do Comentário Geral No. 9 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre a "Aplicação Interna do Pacto"

O Pacto não nega a possibilidade de que os direitos que contém possam ser considerados autoexecutáveis em sistemas em que essa opção for prevista. Na verdade, quando o Pacto estava sendo redigido, as tentativas de incluir em seu texto um dispositivo específico permitindo que este fosse considerado

"não autoexecutável" foram vigorosamente rejeitadas. Na maioria dos Estados, caberá aos tribunais, não ao executivo nem ao legislativo, determinar se um dispositivo de tratado é ou não autoexecutável. (...) É especialmente importante evitar qualquer suposição a priori de que as normas devam ser consideradas como não autoexecutáveis. Na verdade, muitas delas são formuladas em termos pelo menos tão claros e específicos quanto os de outros tratados de direitos humanos, cujos dispositivos são habitualmente considerados pelos tribunais como autoexecutáveis.

Fonte: Documento da ONU E/C.12/1998/24, parágrafo 11

- Não é possível determinar a priori o caráter autoexecutivo do conjunto de um trabalho internacional

O mesmo instrumento pode conter disposições que apresentam conteúdo e caráter muito diferentes entre si. Portanto, cada disposição deve ser analisada específica e individualmente com a finalidade de determinar se é autoexecutável ou não.

Além disso, como acabamos de apontar, do ponto de vista do direito internacional do trabalho, também não é possível uma análise abrangente por instrumento, já que as convenções da OIT e os pactos das Nações Unidas não contêm disposições gerais que expressem a intenção das partes quanto à aplicabilidade direta ou não do seu conteúdo.

Nesse sentido, pode ser útil comparar a natureza das duas disposições abaixo, ambas incluídas na Convenção nº 156 da OIT sobre os Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156).

³⁶ Para uma análise de tratados multilaterais como um todo, ver V. Leary: *International Labour Conventions and National Law*, op. cit., p. 58.

³⁷ Para uma análise que chega a conclusão similar em relação às Convenções da OIT, ver G. W. Von Potobsky, 'Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional', op. cit.

Com vistas a criar a igualdade efetiva entre trabalhadoras e trabalhadores, cada Membro deverá incluir entre os objetivos de sua política nacional o de permitir que as pessoas com responsabilidades familiares que desempenhem ou desejem desempenhar uma função exerçam seu direito a fazê-lo sem ser objeto de discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre suas responsabilidades familiares e profissionais.

C. 156, Artigo 3(1)

Os encargos de família não constituirão, como tais, razão válida para o término de uma relação de emprego.

C.156, Artigo 8

- Um dispositivo internacional que requer desenvolvimento de legislação pelo Estado pode, contudo, criar direitos diretamente aplicáveis a indivíduos

Essa observação frisa a confusão que pode ser gerada pela noção de dispositivo autoexecutável, conforme esse seja visto do ponto de vista da obrigação do Estado de desenvolver e especificar o conteúdo de um tratado no direito interno, ou sob a ótica da aplicabilidade de seus dispositivos perante os tribunais. De fato, há dispositivos de tratados internacionais que dão direitos subjetivos a indivíduos, direitos que esses podem fazer valer diretamente perante os tribunais, mas supõe-se que, ao mesmo tempo, o Estado desenvolva e regule seu conteúdo.

País: Argentina

Ekmekdjian, Miguel Angel v. Sofovich, Gerardo e outros, Superior Tribunal de Justiça, 7 de julho de 1992

Em sua sentença, o Superior Tribunal de Justiça da Argentina decidiu que o Artigo 14(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dá a todos o direito de fazer uma correção ou responder “respeitando as condições estabelecidas pela lei”, é autoexecutável. O Tribunal declarou que o artigo da Convenção dava um direito subjetivo diretamente a indivíduos, e que estes podiam fazer valer a aplicação desse direito mesmo se nenhuma lei interna regulasse suas condições de aplicação. Nesse sentido, o Tribunal afirmou que “um dispositivo é autoexecutável quando diz respeito a uma situação real na qual pode operar imediatamente sem que o Congresso tenha de implementar mecanismos de aplicação. No caso do Artigo 14(1), sua redação é clara e incondicional pois, na situação que descreve, o texto garante o direito de fazer uma correção ou de responder, embora aponte que a lei estabelecerá os detalhes quanto a sua regulação (...). A interpretação do texto segundo a qual toda pessoa “tem o direito de...” confirma a existência da natureza autoexecutável invocada pelo querelante. Não se pode dizer o mesmo sobre os artigos da Convenção que estipulam que “a lei reconhecerá” (Artigo 17) ou que “será [...] punível por lei” (Artigo 13(5)).

Em conclusão, a noção de dispositivo autoexecutável deve ser usada com cautela, pois seu significado e definição podem variar de acordo com o contexto em que a noção é aplicada. É particularmente importante distinguir se a noção é usada para determinar se o Estado é obrigado a desenvolver o conteúdo de um tratado no direito interno, ou se é uma questão de avaliar se um de seus dispositivos cria direitos subjetivos que se podem fazer valer diretamente perante os tribunais.

Em todos os casos, sempre se considera que os dispositivos classificados como autoexecutáveis permitem que os tribunais resolvam os processos fundamentando-se apenas nos mesmos. Contudo, os dispositivos internacionais que não são autoexecutáveis também podem, em determinadas circunstâncias, constituir fundamento legal suficiente para solucionar diretamente um litígio.

I.B.2. Em certas circunstâncias, os dispositivos não autoexecutáveis podem permitir que um processo seja resolvido diretamente

A análise da jurisprudência de diversos países³⁸ mostra que os dispositivos de tratados internacionais cuja finalidade não é dar direitos subjetivos a particulares podem, contudo, permitir a resolução direta de certos processos.

A determinação de se um dispositivo de tratado em si é suficiente para solucionar um litígio não depende só do conteúdo do dispositivo em questão, mas também do assunto do próprio processo. Um artigo de uma Convenção internacional pode, por um lado, não ser suficientemente específico em si para solucionar um litígio que implique a determinação detalhada dos direitos de particulares, mas, por outro lado, pode ser suficientemente claro para definir que um dispositivo do direito interno ou uma decisão administrativa que contradiga o instrumento internacional são inválidos ou inconstitucionais.

Neste sentido, até dispositivos “programáticos” que requerem a implementação pelos Estados de uma política geral – e que, portanto, exigem medidas legislativas e regulatórias – podem ser fundamento legal suficiente para solucionar um litígio relativo a um aspecto do direito interno que seja diretamente contrário às diretrizes políticas gerais exigidas pelo instrumento internacional³⁹.

País: Costa Rica

José Manuel Paniagua Vargas e outros funcionários da Comissão Nacional para Questões Indígenas v. Ministério da Cultura, Juventude e Esportes e a Comissão Nacional para Questões Indígenas (CONAI), Superior Tribunal de Justiça da Costa Rica, Divisão Constitucional, 16 de janeiro de 1998, Res: No. 0241-98, Processo: No. 5325-V-97.

Com base no Artigo 4 da Convenção No. 169 da OIT⁴⁰, em virtude da qual os Estados se comprometem a adotar medidas especiais para salvaguardar povos indígenas e tribais, o Superior Tribunal de Justiça da Costa Rica invalidou a decisão de reduzir o orçamento da Comissão Nacional para Questões Indígenas em 85%.

“Desde a ratificação desse instrumento internacional pela Costa Rica, o Estado costarricense passou a tomar medidas especiais relativas às questões de que trata o citado Artigo 4. Tal compromisso deve ser encarado como atividade permanente para salvaguardar esses grupos étnicos minoritários e, *inter alia*, suas instituições, propriedades, trabalho e meio ambiente contra a influência da nossa população e sua cultura.

Essas medidas especiais devem significar que ao Estado é vedado abandonar ou deixar em situação difícil uma instituição pública cuja finalidade é tornar-se fórum para discussões e iniciativas relativas às questões indígenas do país.”

³⁸ Ver, por exemplo, *José Manuel Paniagua Vargas and other officials of the National Commission for Indigenous Affairs v. The Ministry for Culture, Youth and Sports and the National Commission for Indigenous Affairs (CONAI)*, Superior Tribunal de Justiça da Costa Rica, Divisão Constitucional, 16 de janeiro de 1998, Res: No. 0241-98, Exp: No. 5325-V-97 analisada abaixo; *Dugain and others v. Compagnie Air Madagascar*, Supremo Tribunal de Madagascar, 5 de setembro de 2003, Julgamento No. 231, ou *El-Al Airlines v. Edna Hazin*, Tribunal Nacional do Trabalho de Israel, 1973.

³⁹ Além do exemplo apresentado abaixo, há muitos casos em que a Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão) da OIT, 1958 (No.111) , foi aplicada diretamente, embora seja muitas vezes descrita como uma Convenção “programática”. Sobre esse assunto, ver, de novo, G. W. Von Potobsky: ‘Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional’, op. cit.

⁴⁰ Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989 (No. 169).

Essa linha de argumentação também é válida em relação a dispositivos internacionais que definem princípios gerais destinados a proporcionar diretrizes para a atuação da autoridade pública. Mesmo tendo, por sua natureza, de ser desenvolvidos pelo direito interno, esses dispositivos podem ser suficientemente claros para invalidar um ato ou decisão que contrarie seus propósitos.

País: França

Ms. Cinar, Conseil d'Etat, 22 de setembro de 1997

“O Artigo 3(1) da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 26 de janeiro de 1990, publicado por decreto em 8 de outubro de 1990 dispõe que: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.” Dessas estipulações, que podem constituir fundamento útil de apoio de procedimentos *ultra vires*, deriva que, ao exercer seu poder de apreciação, a autoridade administrativa deve considerar, antes de mais nada, o interesse maior da criança em todas as ações a essa relativas (...)

Os autos do processo mostraram que nem o pai da criança, que esta não conhecia e que nunca havia dado apoio a sua educação, nem qualquer outro familiar próximo, poderiam receber a criança na Turquia; nessas circunstâncias, a decisão da autoridade superior de devolver a jovem Tolga à Turquia e separá-la, mesmo se temporariamente, de sua mãe, viola o interesse maior da criança e deve ser considerada contrária ao Artigo 3(1) da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.”

Nota: Mais detalhes sobre os diferentes tipos de dispositivo que podem ser encontrados em convenções da OIT e sobre sua maior ou menor capacidade de solucionar um processo diretamente podem ser encontrados na *Parte 2, Capítulo 1* deste Manual, dedicado às normas da OIT.

II. O uso do direito internacional do trabalho como guia para interpretação⁴¹

Nesta segunda categoria, os tribunais nacionais referem-se ao direito internacional do trabalho não para solucionar diretamente um litígio que lhes é submetido, mas para especificar o significado e o âmbito dos dispositivos internos aplicáveis. Em termos formais, a decisão do tribunal é, portanto, emitida com base no direito interno. O direito internacional influencia apenas indiretamente o significado do julgamento ao esclarecer o significado a ser dado aos dispositivos do direito interno.

II.A. Diferentes situações de uso do direito internacional do trabalho como guia para interpretação

De forma muito sucinta, o uso de fontes internacionais como guia para interpretação pode possibilitar: 1) resolver uma ambiguidade do direito interno; 2) esclarecer o âmbito de um texto redigido em termos gerais; ou 3) avaliar a constitucionalidade de um dispositivo do direito interno.

⁴¹ Ver V. Thomas, M. Oelz e X. Beaudonnet: ‘The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications’, *op. cit.*

II.A.1. Resolução de ambiguidades do direito interno

País: Chile

Víctor Améstida Stuardo e outros v. Santa Isabel S.A., Superior Tribunal de Justiça do Chile, 19 de outubro de 2000, Processo No. 10.695

O Tribunal tinha de determinar se a proteção especial assegurada a representantes dos trabalhadores era aplicável aos trabalhadores que se haviam candidatado a representantes sindicais logo antes de seu sindicato ser homologado.

Observando a contradição entre dois artigos da legislação trabalhista relativos ao momento a partir do qual se assegurava o status de representante sindical, o Superior Tribunal de Justiça do Chile referiu-se à Convenção da OIT ratificada pelo país para determinar qual das duas soluções devia prevalecer. O Tribunal referiu-se, em particular, ao Artigo 3 da Convenção No. 87 da OIT⁴², que dá aos sindicatos o direito de eleger seus representantes com plena liberdade, e às Convenções No. 98⁴³ e No. 135⁴⁴, que exigem dos Estados que assegurem proteção efetiva e adequada contra a discriminação de trabalhadores envolvidos em atividades sindicais.

Assim fundamentado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a legislação interna devia ser interpretada de forma a que os candidatos a representantes fossem efetivamente protegidos contra discriminação mesmo sendo suas candidaturas anteriores à homologação do sindicato.

No que diz respeito ao uso do direito internacional como guia para a interpretação, o Superior Tribunal de Justiça sustentou o seguinte: “As convenções internacionais do trabalho Nos. 87, 98 e 135, a toda evidência, em face de eventuais dúvidas que puder oferecer nosso direito interno, se devem considerar os preceitos da normativa internacional, especialmente tendo conta o disposto no Artigo 5 da Constituição Política da República (...) O Artigo 3 da Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical (No. 87) refere-se à autonomia destas organizações, um de cujos aspectos é a liberdade de eleger seus representantes. Parece óbvio que se, devido à formação de um sindicato e a eleição de seus dirigentes, representantes sindicais fossem demitidos por uma suposta necessidade, não demonstrada, da empresa, a nossa legislação não seria coerente com a legislação internacional.”

II.A.2. Interpretação de dispositivos redigidos em termos gerais

País: Índia

Vishaka e outros v. o estado do Rajastão e outros, Superior Tribunal de Justiça da Índia, 13 de agosto de 1997

Na falta de legislação específica que defina e proíba o assédio sexual no trabalho, o Superior Tribunal de Justiça da Índia referiu-se à Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e aos comentários de seu Organismo de Supervisão. Com este fundamento, o Tribunal determinou que a proibição geral de discriminação baseada no sexo, consagrada na Constituição, também deveria ser interpretada como proibição de assédio sexual tal como definido internacionalmente.

A respeito do uso do direito internacional como guia para interpretação, o Tribunal afirmou o seguinte: “Uma regra hoje aceita da interpretação jurídica é que se deve chamar a atenção para as convenções e normas internacionais ao interpretar a legislação interna quando não houver incompatibilidade entre ambas e quando existir uma lacuna no direito interno. (...) Não há motivo para que essas convenções e normas não possam ser usadas para interpretar os direitos fundamentais especificamente garantidos pela Constituição da Índia, que incorpora o conceito básico de igualdade de gênero em todas as esferas da atividade humana.”

⁴² Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87).

⁴³ Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98).

⁴⁴ Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135).

II.A.3. Avaliação da constitucionalidade de um dispositivo de lei interna

País: Canadá

Dunmore v. Ontário (Procurador Geral), Superior Tribunal de Justiça do Canadá, 20 de dezembro de 2001, No. 2001 CSC 94

O Superior Tribunal de Justiça do Canadá, interpretando a Carta Canadense de Direitos e Liberdades à luz do Artigo 2 da Convenção No. 87 da OIT⁴⁵, invalidou uma lei provincial que excluía os trabalhadores na agricultura da garantia dada a outros trabalhadores no âmbito da liberdade de associação.

II.B. A natureza potencialmente muito extensa do uso do direito internacional do trabalho como guia para interpretação

A solução de litígios diretamente com base no direito internacional poderia parecer restringir-se aos países monistas e aos dispositivos suficientemente claros e específicos de convenções e tratados ratificados⁴⁶, mas o seu uso como guia não está submetido, a priori, a nenhuma dessas limitações.

II.B.1. O direito internacional do trabalho pode ser usado como guia para interpretação tanto no sistema monista como no dualista

Já que, quando o direito internacional do trabalho é usado para fins interpretativos, a decisão do tribunal não se baseia diretamente no direito internacional, esse uso é legalmente possível tanto nos países monistas como nos dualistas.

Nos países monistas, o fundamento jurídico que faculta aos tribunais o uso de tratados e convenções ratificadas como guia resulta diretamente do fato de que os instrumentos ratificados fazem parte do direito interno. Os tribunais são então responsáveis por interpretar a legislação interna corretamente, levando em conta as diferentes fontes de direito que fazem parte do sistema jurídico nacional, de acordo com o princípio de interpretação sistemática.

Nos países dualistas, mesmo se os tratados ratificados não fazem parte do direito interno, seu uso como guia tem inegável fundamento jurídico nas seguintes situações:

- Quando a Constituição do país contém um dispositivo geral que confere aos tratados sobre direitos humanos fundamentais ratificados uma função interpretativa;
- quando há indícios de que o legislador pretendeu respeitar o teor de um instrumento internacional. É o caso, por exemplo, quando uma lei indica que seu objetivo é incorporar um tratado ratificado, no todo ou em parte, ou quando os termos usados em uma lei mostram que esta incorpora implicitamente ao direito interno o teor de um tratado ratificado.

Quanto aos tratados ratificados mas não incorporados ao direito interno, muitas decisões de tribunais mostram que, sob certas condições, esses tratados podem ser uma fonte válida para a interpretação do direito interno pelos tribunais de países dualistas. Essa posição é claramente expressa nos Princípios de Bangalore, redigidos em 1988 pelos juízes de dez Superiores Tribunais de Justiça de países de direito consuetudinário após uma conferência sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos no direito interno.

⁴⁵ Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87).

⁴⁶ Apontemos uma vez mais que o direito consuetudinário internacional também poderia ser usado para solucionar diretamente um litígio tanto nos países monistas como nos dualistas (sob certas condições).

Trecho dos Princípios de Bangalore⁴⁷

7. Na natureza mesma do processo judicial e das funções dos Tribunais nacionais está levar em consideração obrigações internacionais do Estado – quer tenham sido incorporadas no Direito nacional ou não – a fim de se retirarem as ambiguidades ou incertezas da Constituição, da legislação ou common law.

A referência a um tratado que tenha sido ratificado mas ainda não incorporado pode ser particularmente útil quando um dispositivo do direito interno puder ser interpretado de duas maneiras, sendo uma delas mais coerente com o teor do tratado ratificado do que a outra. Nesse caso, alguns tribunais optam pela interpretação mais coerente com o tratado, decidindo que há, então, presunção de que o Parlamento não tencionava descumprir os compromissos internacionais do Estado.

País: Austrália

Ministério da Imigração e Assuntos Étnicos v. Teob, Superior Tribunal de Justiça da Austrália, 7 de abril de 1995, (1994) 128 A.L.R. 353

“Está estabelecido que os dispositivos de um tratado internacional do qual a Austrália é parte não fazem parte do direito australiano, a não ser que esses dispositivos tenham sido validamente incorporados ao nosso direito local por meio de diploma legal. (...) Mas o fato de a Convenção não ter sido incorporada ao direito australiano não significa que sua ratificação não seja importante para o direito australiano. Quando uma lei ou legislação secundária for ambígua, os tribunais devem favorecer a interpretação que esteja em harmonia com as obrigações da Austrália em virtude de um tratado ou convenção internacional de que a Austrália seja parte, ao menos nos casos em que a legislação tiver sido promulgada depois da ratificação do instrumento internacional pertinente ou da entrada do país neste último, ou contemplando o referido instrumento internacional. Isto porque o Parlamento, *prima facie*, pretende dar vigência às obrigações assumidas pela Austrália no contexto do direito internacional. (...) Caso a formulação da legislação permita uma interpretação coerente com os termos do instrumento internacional e as obrigações que este impõe à Austrália, esta interpretação deve prevalecer.”

Essas diretrizes oriundas da jurisprudência são coerentes com a posição do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais quanto ao papel dos tribunais internos na implementação do Pacto de mesmo nome.

Trecho do Comentário Geral No. 9 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre a “Aplicação Interna do Pacto”

É amplamente aceito que o direito interno deve ser, o mais possível, interpretado de maneira conforme com as obrigações jurídicas internacionais do Estado. Assim, quando um decisor interno estiver diante da escolha entre uma interpretação do direito interno que coloque o Estado em situação de violação do Pacto e outra que lhe permita cumprir o Pacto, o direito internacional requer a escolha da segunda.

Fonte: Documento da ONU E/C.12/1998, p. 15

⁴⁷ Os Princípios de Bangalore foram redigidos como resumo dos debates realizados no colóquio jurídico sobre a aplicação nacional dos direitos humanos internacionais, Bangalore (Índia), 24-26 de fevereiro de 1988.

Por fim, em relação a processos envolvendo a administração pública, diversos tribunais de países dualistas decidiram que a existência de um tratado ratificado, porém não incorporado, poderia criar uma “expectativa legítima” de que o teor do instrumento ratificado fosse levado em conta nas tomadas de decisão da administração pública⁴⁸.

País: Austrália

Ministério da Imigração e Assuntos Étnicos v. Teoh, Superior Tribunal de Justiça da Austrália, 7 de abril de 1995, (1994) 128 A.L.R. 353

“A ratificação, pelo executivo, da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças é uma declaração positiva feita à comunidade nacional e internacional de que a Commonwealth reconhece e aceita os princípios da Convenção. O Artigo 3(1) da Convenção dispõe que “Em todas as ações que digam respeito a crianças, (...) o interesse maior da criança deve ser um aspecto primordial a ser considerado”. Mesmo apontando que a Convenção não fora incorporada ao direito australiano, sua ratificação dava a pais e filhos, cujos interesses podiam ser afetados por ações da Commonwealth em relação aos filhos, a expectativa legítima de que essas ações fossem conduzidas de modo compatível com os princípios pertinentes da Convenção. Isto significava que, nesse contexto, os pais e os filhos que podiam ser afetados por uma decisão pertinente tinham a expectativa legítima de que o decisor da Commonwealth agisse de tal maneira que o “interesse maior” das crianças fosse tratado como aspecto primordial.”

II.B.2. O uso do direito internacional do trabalho como fonte de interpretação não se restringe apenas a dispositivos autoexecutáveis

Em segundo lugar, a própria lógica do uso do direito internacional como guia para interpretação possibilita o uso de dispositivos internacionais cujo teor não seja suficientemente claro e específico para solucionar um processo diretamente, sem o apoio de outra fonte de direito. Neste sentido, os dispositivos de instrumentos internacionais que estabelecem princípios ou objetivos gerais ou outros conceitos definidores são usados por tribunais nacionais para esclarecer o sentido de sua legislação interna ou para confirmar sua interpretação dessa⁴⁹.

Trecho do Comentário Geral No. 9 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre a “Aplicação Interna do Pacto”

O Comitê já esclareceu que considera que muitos dos dispositivos do Pacto podem ter implementação imediata (...). É importante, neste sentido, distinguir entre justiciabilidade (referente às questões que são resolvidas de maneira apropriada pelos tribunais) e normas autoexecutáveis (que podem ser aplicadas pelos tribunais sem outra elaboração). A abordagem geral de cada sistema jurídico precisa ser levada em conta, mas não há direito definido pelo Pacto que não possa, na grande maioria dos sistemas, ser considerado como possuindo ao menos algumas dimensões justiciáveis significativas.

Fonte: Documento da ONU E/C.12/1998/24, parágrafo 10

⁴⁸ Até agora, esta noção parece ter sido usada essencialmente para casos relacionados com os direitos das crianças e sua violação decorrente da expulsão de pessoas em situação irregular. Ver S. Fatima: *Using international law in domestic courts*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2005, pp. 371 et seq. (disponível apenas em inglês).

⁴⁹ Para exemplos de dispositivos gerais de convenções da OIT que podem ser usados como guia para interpretação, ver *Parte 2, Capítulo 1* do Manual.

País: África do Sul

Jacques Charles Hoffman v. South African Airways, Tribunal Constitucional da África do Sul, 28 de setembro de 2000, No. CCT 17/00

O Artigo 2 da Convenção No. 111 da OIT⁵⁰ exige dos Estados Partes que executem uma política nacional destinada a eliminar toda discriminação relativa a emprego e profissão. Este dispositivo “programático” foi usado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul para reforçar sua interpretação da Constituição Nacional, segundo a qual a discriminação que uma pessoa soropositiva (HIV-positiva) sofresse no recrutamento implicaria a eliminação da discriminação e, portanto, a contratação dessa pessoa.

Assim, o exemplo acima e as explanações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais mostram claramente que a aplicabilidade judicial do direito internacional do trabalho vai além do mero uso pelos tribunais de dispositivos internacionais considerados como diretamente aplicáveis ou autoexecutáveis.

II.B.3. O uso do direito internacional do trabalho como guia para interpretação não se restringe apenas a instrumentos juridicamente vinculantes

Por fim, na medida em que o uso do direito internacional como guia para interpretação não implica apenas que um processo seja solucionado tendo-o como fundamento direto, os tribunais de muitos países, monistas ou dualistas, não hesitam em referir-se tanto a fontes de direito que não são vinculantes no direito interno – sejam estas convenções ou recomendações internacionais do trabalho não ratificadas – quanto a fontes cuja natureza vinculante possa suscitar debate, como os comentários e decisões dos organismos internacionais de supervisão.

Este comentário é particularmente útil à luz da importância, tanto quantitativa quanto qualitativa, de fontes do direito internacional do trabalho que não são juridicamente vinculantes no direito interno.

País: Espanha

Tribunal Constitucional, Segunda Divisão, 13 de novembro de 1981, No. 38/1981

“Em virtude do Artigo 10(2) da Constituição, os textos internacionais ratificados pela Espanha são instrumentos válidos para a determinação do sentido e do âmbito dos direitos estabelecidos pela Constituição. (...) As recomendações da OIT são textos que oferecem orientações que, mesmo não sendo vinculantes, podem ser usadas como critérios para interpretar ou esclarecer as convenções.”

⁵⁰ Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

País: Alemanha

Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, 18 de novembro de 2003, 1 BvR 302/96

Neste caso relativo à validade do sistema de seguro-maternidade em que o empregador tem de pagar diretamente uma parte do benefício à empregada, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha determinou que este método de financiar é inconstitucional, pois, na prática, poderia incentivar a discriminação contra a mulher. Em sua decisão, o Tribunal não só reforçou esta maneira de pensar ao referir-se aos objetivos da Convenção No. 111 da OIT⁵¹, como também se referiu ao Artigo 6(8) da Convenção No. 183 da OIT⁵², que a Alemanha não ratificou.

III. Estabelecimento de um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho⁵³

Os juízes podem decidir desenvolver sua jurisprudência com base no direito internacional tanto nos sistemas jurídicos em que aos tribunais é facultado desenvolver a lei quanto em situações nas quais uma determinada lei permite que os tribunais exerçam certa flexibilidade ao aplicar seus dispositivos. Da mesma maneira como é usado como guia para interpretação, o direito internacional do trabalho assim contribui indiretamente para solucionar um litígio, pois, em termos formais, a decisão do tribunal é fundamentada no princípio jurisprudencial assim identificado, e não no dispositivo internacional no qual seu reconhecimento pode ter-se baseado.

No mesmo sentido, como foi indicado acima em relação ao uso do direito internacional como guia para interpretação, até dispositivos internacionais que não são autoexecutáveis ou que não são juridicamente vinculantes no país em questão podem, quando for o caso, ser usados pelos tribunais como fonte de inspiração.

III.A. Caso haja uma lacuna na legislação interna

Nos países tanto monistas como dualistas, os tribunais, com maior ou menor liberdade conforme o sistema jurídico, podem ter de preencher as lacunas do direito escrito interno por meio do reconhecimento de princípios jurisprudenciais. Daí muitas vezes resulta a criação de “princípios gerais de direito” nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, o que pode ser uma garantia significativa contra a negação de justiça.

⁵¹ Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

⁵² Convenção sobre a Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183). Artigo 6(8) da Convenção No. 183: “No intuito de proteger a situação das mulheres no mercado de trabalho, os benefícios relativos à licença que figuram nos artigos 4 e 5 deverão ser financiados por meio de um seguro social obrigatório ou de verbas públicas, ou conforme determinem a legislação e a prática nacionais. O empregador não deverá ser individualmente obrigado a arcar com o custo ação direta dos benefícios pecuniários devidos a suas empregadas sem a concordância expressa desse empregador, exceto quando: a) assim esteja previsto na legislação ou prática nacionais de um Estado-membro antes da data da aprovação da presente Convenção pela Conferência Internacional do Trabalho, ou b) se for acordado posteriormente no plano nacional pelo governo e as organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores.”

⁵³ Ver X. Beaudonnet: ‘L’utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes’, *op. cit.*

Ao exercer esse “poder criativo”, alguns tribunais internos tomam dispositivos e diretrizes do direito internacional do trabalho como base para a identificação da existência de um princípio jurisprudencial que propicie a solução do processo.

País: Zimbábue

Frederick Mwenye v. Textile Investment Company, Tribunal de Relações Industriais, 8 de maio de 2001, No. LRT/MT/11/01

Ao observar a lacuna na legislação interna na área do assédio sexual, o Tribunal de Primeira Instância baseou-se diretamente na Recomendação Geral 19 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher⁵⁴ para classificar o comportamento do querelante como assédio sexual e assim confirmar a validade de sua demissão.

III.B. Quando o estabelecimento de princípios jurisprudenciais é uma fonte “habitual” do direito trabalhista interno

Nos países de direito consuetudinário, o “poder criativo” dos tribunais pode ir além do simples preenchimento ad hoc de lacunas da legislação trabalhista, assumindo um papel mais sistemático no desenvolvimento do direito do trabalho. Isto é particularmente verdade em países cuja legislação trabalhista confere aos tribunais um papel significativo na determinação das regras que lhes permitem solucionar litígios relativos a emprego, seja por ter-lhes sido dado poder decisório em relação a regras de equidade, seja porque a lei os torna responsáveis por assegurar o respeito a “práticas trabalhistas justas”, cujo teor devem determinar⁵⁵.

Nesses casos, alguns tribunais recorrem a dispositivos e diretrizes do direito internacional do trabalho como um dos fundamentos jurídicos dos princípios que reconhecem ou como prova da existência desses princípios.

País: Botsuana

Joel Sebonego v. News Paper Editorial and Management Services (PTY) Ltd, Botsuana Tribunal de Relações Industriais, 23 de abril de 1999, No. IC 64(98);

“O Tribunal Industrial não é apenas um foro comum, também um tribunal de equidade; portanto, aplica regras de justiça natural – ou regras de equidade, como estas às vezes são chamadas – ao solucionar litígios trabalhistas. Essas regras de equidade são derivadas tanto do direito comum quanto das Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Os requisitos básicos para que uma demissão seja substantivamente justa, que incluem demissão por incapacidade decorrente de saúde precária, são sucintamente expostos no Artigo 4 da Convenção No. 158 da OIT, de 1982, que dispõe o seguinte (...).”

⁵⁴ Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral 19, Violência contra a mulher (Doc. N.U. A/47/38).

⁵⁵ Podemos aqui referir-nos à jurisprudência consolidada de África do Sul, Botsuana, Trinidad e Tobago, e a determinados julgamentos em Fiji e no Maláui.

País: Trinidad e Tobago

Sindicato de Bancários e Trabalhadores Gerais v. Home Mortgage Bank, Tribunal de Relações Industriais de Trinidad e Tobago, 3 de março de 1998, No. 140, 1997

“Os princípios das boas relações industriais ditam que o emprego de trabalhador algum deve ser terminado se não houver uma razão válida para tanto, ligada a sua capacidade de realizar o trabalho para o qual foi contratado ou baseada nos requisitos operacionais do negócio do empregador. Esses princípios são consagrados por escrito na Convenção No. 158 da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção No. 158 da OIT deu forma escrita aos princípios há muito aceitos das boas relações industriais e não vem ao caso o fato de esta Convenção não ter sido ratificada por Trinidad e Tobago. A Convenção não é aplicável como parte do direito interno de Trinidad e Tobago, mas como prova dos princípios de boas práticas nas relações industriais que foram aceitos no plano internacional.”

Por fim, cada vez mais se aceita que, mesmo no caso de tratados ratificados mas ainda não incorporados, o direito internacional pode servir de guia para o desenvolvimento do direito comum, particularmente no que diz respeito aos direitos humanos fundamentais. Embora ainda não seja conhecido exemplo jurídico algum no âmbito dos litígios ligados a emprego, determinados autores e advogados⁵⁶ acreditam que este possa ser um terreno fértil no futuro.

País: Austrália

Ministério da Imigração e Assuntos Étnicos v. Teob, Superior Tribunal de Justiça da Austrália, 7 de abril de 1995, (1994) 128 A.L.R. 353

“Os dispositivos de uma convenção internacional da qual a Austrália é parte, especialmente quando declara direitos fundamentais universais, podem ser usados pelos tribunais como guia legítimo para desenvolver lei comum. Mas os tribunais devem fazê-lo com a devida circunspeção quando o próprio parlamento não tiver havido por bem incorporar os dispositivos de uma convenção ao nosso direito interno. O desenvolvimento judicial da lei comum não deve ser visto como meio subreptício de importar uma Convenção incorporada ao direito australiano.”

País: Reino Unido

Reynold v. Times Newspaper Ltd (2001), 2 AC 127 (HL), 223B-D

“O direito internacional dos direitos humanos deve, quando for pertinente, desempenhar um papel importante no desenvolvimento do direito comum.”

País: Reino Unido

R. v. G (2003) UKHL 50 (2004), 1 AC 1034

“Em uma sociedade civil moderna, é inaceitável negligenciar a situação das crianças dentro do sistema da justiça criminal. É contrário ao Artigo 40(1) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança não levar em conta, em relação a crime punível com prisão perpétua, (...) a idade da criança para determinar se o critério mental foi de fato atendido. (...) A Câmara dos Lords não pode ignorar a regra criada pela Convenção. Este fator, por si só, justificaria a reavaliação da jurisprudência de *R. C. Caldwell*.”

⁵⁶ Ver R. Layton: ‘When and how can domestic judges and lawyers use international law in dualist systems’, *op. cit.*

III.C. Na aplicação de dispositivos legais específicos que dão certo grau de flexibilidade aos tribunais nacionais

Tanto nos países monistas como nos dualistas, os diplomas legais podem conferir aos tribunais certo grau de flexibilidade na aplicação de algum de seus dispositivos. Muitas vezes é assim, por exemplo, em relação aos remédios aplicados em casos de demissões injustificadas. Em alguns países, pode ser facultado aos tribunais decidir se os trabalhadores devem ou não ser reintegrados. Com frequência ainda maior, os tribunais de muitos países têm o poder de modular o montante da indenização a ser paga a um trabalhador ilegalmente demitido. Ao implementar essas faculdades que a legislação lhes garante, os tribunais podem utilizar como fonte de inspiração os dispositivos e diretrizes do direito internacional.

País: Burkina Fasso

Karama, Katénin e Bakouan, Bayomboué v. Société industrielle du Faso, Bobo-Dioulasso Tribunal de Apelação, 5 de julho de 2006

Trabalhadores haviam sido demitidos por terem participado de uma greve geral. Como declarara a greve legal, o Tribunal considerou as demissões ilegais. O Tribunal de Apelação fundamentou sua decisão na Convenção No. 98 da OIT⁵⁷ e nas decisões do Comitê de Liberdade Sindical, resolvendo assim reforçar os remédios aplicáveis a demissões subsequentes à participação em uma greve legal no intuito de levar plenamente em conta a natureza fundamental do direito violado: “A demissão motivada por greve legal constitui abuso e discriminação no emprego; por este motivo, em virtude da aplicação do Artigo 33(2) do antigo Código Trabalhista, cujos dispositivos são apoiados pelas considerações do Comitê de Liberdade Sindical da OIT apresentadas em sua Súmula (...) nos parágrafos 590, 591 e 593 [NDR: OIT: *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Quarta edição (revista), Genebra, 1996], os querelantes devem ser reintegrados à empresa se assim o desejarem; caso isto não seja feito, e tendo em mente, neste processo, a violação dos direitos fundamentais sancionados pelo Artigo 22 da Constituição, e o seu tempo de serviço, cada querelante receberá a soma de 15 milhões de XOF por danos como indenização por suas perdas.”

IV. Referência ao direito internacional do trabalho para reforçar uma decisão baseada no direito interno

Nesta quarta e última categoria, a referência ao direito internacional não modifica o sentido da decisão judicial, pois o processo poderia ser solucionado com base apenas no direito interno. Contudo, as referências subsidiárias ao direito internacional podem seja propiciar uma linha de raciocínio baseada principalmente em aspectos do direito interno a serem reforçados, seja permitir que se enfatize a natureza fundamental de um princípio ou direito. Como a referência ao direito internacional não rege diretamente o sentido da decisão, esse uso do direito interno tem sido constatado tanto em países dualistas como em monistas.

⁵⁷ Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98).

País: Burkina Fasso

Zongo e outros v. Gerente da Bataille du Rail Mobil garage, Tribunal do Trabalho de Uagadugu, 17 de junho de 2003, No. 090

No intuito de reforçar o princípio de que o salário mínimo estabelecido pelo Código Trabalhista do país não pode ser reduzido, o Tribunal do Trabalho de Uagadugu citou as Convenções Nos. 26 e 131 da OIT⁵⁸, que Burkina Faso ratificara. O Tribunal também decidiu que, em virtude dessas convenções, quando o salário mínimo não for respeitado, a vítima da violação tem direito de procurar recuperar o montante devido, e o empregador tem de pagar a soma resultante dessa infração.

País: Paraguai

Ação de inconstitucionalidade impetrada pela Central Unitaria de Trabajadores (CUT) e pela Central Nacional de Trabajadores (CNT) v. Decreto No. 16769 adotado pelo Executivo, Superior Tribunal de Justiça do Paraguai, 23 de setembro de 2000, No. 35

Em uma ação de inconstitucionalidade contra um decreto adotado pelo executivo definindo as regras para a eleição de dirigentes sindicais, os requerentes afirmavam que o decreto infringia o princípio de liberdade sindical tal como reconhecido pela Constituição nacional. Para determinar se os dispositivos aprovados pelo Executivo para reger a eleição de dirigentes sindicais eram ou não inconstitucionais, o Superior Tribunal de Justiça analisou a Constituição do país e referiu-se à Convenção No.87 da OIT⁵⁹:

“A intenção do decreto presidencial não é implementar o dispositivo constitucional, mas eliminar direitos consagrados na própria Constituição e em convenções internacionais a que o Paraguai aderiu (Artigo 97 e artigos correlatos da Constituição Nacional e da Convenção No. 87 da OIT, Artigos 3, 4 e 7). Além de violar a Constituição nacional, o decreto Presidencial em questão também contradiz os dispositivos da Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical da OIT (No. 87).”

⁵⁸ Convenção sobre os Métodos para Fixação de Salários Mínimos, 1928 (No. 26); Convenção sobre a Fixação dos Salários Mínimos, 1970 (No. 131).

⁵⁹ Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87).

Capítulo 2

Possíveis obstáculos ao uso judicial do direito internacional do trabalho

O objetivo deste capítulo é estudar certas situações que podem obstruir ou restringir o uso judicial do direito internacional do trabalho. Sua intenção é examinar e avaliar em que medida os aspectos destacados em cada caso de fato impedem ou reduzem a possibilidade de os tribunais se referirem ao direito internacional, e como algumas das dificuldades citadas podem ser superadas.

I. As partes não se referiram às normas internacionais do trabalho em suas conclusões

Dado que as normas internacionais do trabalho costumam ser fontes de direito pouco conhecidas pelos litigantes, muitas vezes coloca-se a questão de se os tribunais podem aplicar os dispositivos do direito internacional do trabalho *ex officio* mesmo quando as partes não os tiverem evocado. Isto pode ser particularmente relevante nos países que dão às partes grande liberdade na condução dos processos civis. A resposta a essa pergunta dependerá, naturalmente, das normas do processo civil particulares de cada país, embora os pontos abaixo devam ser observados.

Em países onde prevalece o sistema jurídico romano-germânico, diversos aspectos ajudam a assegurar o claro reconhecimento da capacidade dos tribunais de aplicarem o direito internacional do trabalho *ex officio*.

Nesses países, os juízes têm de solucionar litígios de acordo com os princípios legais aplicáveis, e de atribuir aos fatos as definições jurídicas apropriadas⁶⁰. Quando o uso das fontes internacionais aplicáveis puder influenciar o sentido da decisão, os tribunais serão responsáveis por fazer uso dessas. Também é preciso observar que as normas internacionais do trabalho contêm muitos dispositivos que o direito interno classifica como obrigatórios no sentido de que empregadores e trabalhadores não podem decidir deixá-los de lado. Este aspecto também contribui para sua aplicação *ex officio* pelos tribunais. Entretanto, no intuito de respeito ao princípio do contraditório, será essencial que o juiz permita que as partes tomem nota dos pontos da lei que ele pretende aplicar ao processo e os comentem⁶¹.

Em países onde prevalecem as tradições jurídicas anglo-saxônicas, que conferem às partes

⁶⁰ Ver, por exemplo, o Artigo 12 do novo Código de Processo Civil da França: "O juiz resolve o litígio de acordo com as regras de direito aplicáveis. Cabe-lhe dar ou restituir as exatas qualificações aos fatos e atos litigiosos, sejam quais forem as denominações a esses dadas pelas partes. Contudo, o juiz não pode mudar a denominação nem o fundamento jurídico quando as partes, em virtude de acordo expresso e no exercício dos direitos que podem exercer livremente, tiverem-no obrigado pelas qualificações e argumentos jurídicos aos quais pretendem restringir o debate."

⁶¹ A título de exemplo, ver o Artigo 16 do novo Código de Processo Civil da França: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer com que seja observado, e observar ele mesmo, o princípio do contraditório. Só poderá levar em conta em sua decisão os meios, as explicações e os documentos em que as partes se baseiam ou que apresentam se estas tiverem a oportunidade de discutí-los de forma contraditória. Não pode basear sua decisão em argumentos jurídicos que tiver reunido voluntariamente sem ter primeiro convidado as partes a apresentarem suas observações."

total controle sobre os pontos da lei aplicáveis ao litígio, o juiz pode optar por informar-lhes a respeito da lei aplicável, dando-lhes assim a oportunidade de referir-se às fontes internacionais pertinentes em suas conclusões⁶².

II. Um tratado ratificado não foi publicado no Diário Oficial

Essa situação é de particular interesse em países monistas cuja Constituição afirma que os tratados serão incorporados ao ordenamento jurídico interno quando tiverem sido devidamente “ratificados e publicados”. Com base em um dispositivo deste tipo⁶³, o Superior Tribunal do Senegal rejeitou em 1975 a aplicação da Convenção No. 87 da OIT, à época ratificada, porém não publicada, em um caso relativo à dissolução de uma organização sindical por autoridade administrativa, contrária ao Artigo 4 dessa Convenção⁶⁴.

Diversos elementos devem ser levados em consideração para determinar em que medida a ausência de publicação pode impedir o uso judicial do instrumento em questão.

Antes de examinar o tema em si, deve-se primeiro recordar que, do ponto de vista do direito internacional, um tratado ratificado, porém não publicado, é plenamente aplicável, e que, portanto, é juridicamente vinculante para o Estado, que deve respeitar as obrigações decorrentes de sua ratificação.

Do ponto de vista do direito interno, é necessário determinar se a publicação é ou não uma condição para que o instrumento internacional entre em vigor ou apenas para que seja oponível. Nesse sentido, seguindo o exemplo das leis aprovadas pelo parlamento, uma análise teleológica⁶⁵ mostra que a finalidade da publicação dos tratados ratificados é dar o novo texto a conhecer aos litigantes e às autoridades responsáveis pela aplicação da lei. Assim, a publicação pode ser classificada como uma condição para tornar o tratado ratificado oponível ao litigante. Neste sentido, não parece possível solucionar diretamente um litígio entre particulares⁶⁶ tendo como base principal um tratado não publicado, pois aos litigantes não foi dada a oportunidade de cumprir o texto em questão.

Contudo, é possível questionar seriamente o argumento segundo o qual a aplicação de um tratado ratificado, porém não publicado, pode ser seriamente questionada no caso de litígios que opõem o governo ou um órgão público a um particular. Se a publicação for vista como uma medida de difusão que, ao levá-la ao conhecimento do público, permite que uma lei se torne oponível, pareceria difícil para um governo alegar sua ausência. Primeiro, o governo não pode negar que tem conhecimento da existência e do teor do tratado que ajudou a ratificar e pelo qual deve responder no plano internacional. Em segundo lugar, pode parecer paradoxal que, no contexto de um litígio, um governo possa tirar partido de sua própria inércia por não ter publicado um tratado ratificado no Diário Oficial.

⁶² Contudo, é legítimo perguntar por que o juiz não tem a oportunidade – ou até o dever – de referir-se aos instrumentos internacionais pertinentes para interpretar e aplicar corretamente os dispositivos do direito interno em que as partes baseiam suas pretensões. Para um exemplo de decisão de tribunal, em um país dualista, baseada na Convenção da OIT sobre a Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 158), por reconhecer um princípio geral quando as partes parecem não ter reunido base jurídica, ver *Modise and others v. Steve's Spar*, Tribunal Superior de Recursos da África do Sul, 15 de março de 2000, No. JA 29/99.

⁶³ Artigo 98 da Constituição do Senegal.

⁶⁴ Processo No. 39/73, Superior Tribunal do Senegal, 29 de janeiro de 1975.

⁶⁵ A análise teleológica procura identificar a intenção de um texto jurídico.

⁶⁶ É legítimo, contudo, perguntar se a ausência de publicação seria um obstáculo ao uso do direito internacional como guia para a interpretação no intuito de especificar o significado e o âmbito de um dispositivo da legislação interna.

III. Os dispositivos de um tratado parecem gerais demais para que os tribunais nacionais os considerem diretamente aplicáveis

Não há dúvida de que muitos dispositivos de tratados internacionais do trabalho dificultam a resolução direta dos litígios pelos tribunais com base apenas em seus textos. Isto é particularmente verdadeiro no caso dos dispositivos de convenções “programáticas” ou “promocionais” da OIT que exigem que o governo e o parlamento dos países que as ratificam implementem uma política geral destinada a atingir os objetivos da convenção. Esta é, portanto, uma limitação objetiva ao uso judicial do direito internacional do trabalho. Na verdade, esta limitação só é pertinente nos países monistas, pois, por definição, nos sistemas dualistas não é possível solucionar um litígio baseando-se diretamente em tratados ratificados.

Contudo, a escala deste obstáculo ao uso judicial do direito internacional do trabalho deve ser cuidadosamente delineada.

Como se ressaltou nesta parte do Manual, primeiro é preciso analisar de forma meticulosa se o dispositivo internacional em questão é auto-executável ou não, levando em conta os seguintes pontos:

- não há presunção geral de que os dispositivos de convenções e tratados internacionais relacionados com os direitos humanos e o direito do trabalho não sejam diretamente autoexecutáveis;
- sua natureza autoexecutável deve ser examinada dispositivo por dispositivo, e abordando a totalidade de um instrumento internacional.

Em segundo lugar, já foi dito, em relação a determinados tipos de casos⁶⁷, que os dispositivos que não são autoexecutáveis às vezes podem ser suficientemente claros para permitir uma solução direta ao problema jurídico submetido ao tribunal.

Por fim, é preciso ter em mente que os dispositivos internacionais não autoexecutáveis podem, mesmo assim, contribuir indireta, porém decisivamente, à resolução de um litígio, por exemplo, propiciando a interpretação do dispositivo interno aplicável.

IV. O teor de um tratado ratificado é manifestamente desconforme com um dispositivo claro e específico contido no direito interno

Já que, nos países dualistas, os juízes não podem aplicar diretamente o conteúdo de tratados ratificados, os tribunais ordinários não poderão usar o direito internacional para solucionar o processo em caso de incompatibilidade evidente entre o direito internacional e a legislação interna que não possa ser conciliada por meio de interpretação.

No entanto, isto não significa que os tribunais sejam totalmente incapazes de ajudar a alinhar o direito interno com as obrigações internacionais do Estado. Nesse sentido, duas possibilidades podem ser exploradas.

Caso a incompatibilidade manifesta diga respeito a direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição do país, a violação de um tratado ratificado pode ser um importante indicador da inconstitucionalidade da legislação em questão. Quando for previsto pelo ordenamento jurídico, os tribunais ordinários poderão diferir sua decisão e submeter a correspondente questão de inconstitucionalidade ao tribunal competente⁶⁸.

⁶⁷ Trata-se essencialmente de casos que dizem respeito à validade de dispositivos da legislação interna.

⁶⁸ O tribunal constitucional competente pode, então, referir-se com proveito ao direito internacional no intuito de interpretar seus próprios dispositivos constitucionais. Ver, por exemplo, *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, Superior Tribunal do Canadá, 20 de dezembro de 2001, No. 2001 SCC 94.

Em segundo lugar, os tribunais sempre terão a oportunidade, em suas decisões, de chamar a atenção do legislador para a necessidade de alinhar a legislação interna com as obrigações internacionais do país. Nesse sentido, são interessantes as conclusões de duas reuniões de juizes seniores (*senior judges*) a respeito do papel dos tribunais nacionais na aplicação das normas do direito internacional dos direitos humanos⁶⁹.

Trecho dos Princípios de Bangalore⁷⁰

8. Contudo, quando, nos países de direito consuetudinário, o direito nacional for claro e incompatível com as obrigações internacionais do Estado em questão, o tribunal nacional é obrigado a dar efeito ao direito interno. **Nesses casos, o tribunal deve levar essa incoerência ao conhecimento das autoridades competentes, pois a supremacia do direito interno não mitiga, de modo algum, a violação de uma obrigação legal internacional assumida por um país.** [Negrito nosso]

Trechos da Declaração de Compromissos de Arusha⁷¹

Convencidos de que (...)

2. Autoridades judiciais de sistemas jurídicos tanto monistas como dualistas têm a oportunidade de fazer recomendações relativas a reformas jurídicas e políticas ao Poder Legislativo. (...)

Fazem, pela presente, a declaração de compromissos e conclamam outras autoridades judiciais a fazerem o mesmo: (...)

3. Sempre que for pertinente, fazer, em suas decisões, recomendações relativas à maneira como a legislação e/ou a política nacionais podem ser modificadas para virem a ser conformes com as obrigações assumidas pelo Estado ao ratificar a Convenção.

Nos países monistas, a solução a essa situação dependerá do teor do dispositivo internacional que a legislação do país contraria. Caso o dispositivo do tratado ratificado, por si só, seja suficientemente claro e específico para solucionar o caso, os tribunais ordinários poderão deixar de lado o dispositivo interno contrário sem precisar invalidá-lo, aplicando então diretamente o conteúdo do instrumento internacional. Se, ao contrário, o dispositivo do tratado infringido for geral demais para servir de fundamento único à decisão do caso, e se o tribunal ordinário não tiver competência para julgar a validade ou a constitucionalidade dos dispositivos legislativos, o referido tribunal deve submeter o caso ao tribunal que a tiver⁷².

⁶⁹ É claro que estas conclusões não são de teor normativo. Ver também M. Kirby: 'The road from Bangalore: The first ten years of the Bangalore principles on the domestic application of international human rights norms', *op. cit.*

⁷⁰ Ver nota de rodapé 47.

⁷¹ A Declaração de Compromissos de Arusha sobre o Papel dos Juizes Nacionais na Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Plano Nacional foi aprovada no Colóquio Jurídico sobre a aplicação do direito internacional dos direitos humanos realizado em Arusha (Tanzânia), de 9 a 11 de setembro de 2003.

⁷² Desde que a legislação o permita, é claro.

Recursos

Referências bibliográficas

- Beaudonnet, X.: 'La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales', *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, julho de 2006
- : 'L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes', *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2005
- Brownlie, I.: *Principles of Public International Law*, 4ª edição (Oxford University Press, Oxford, 1994)
- Ermida Uriarte, O.: 'Constitucionalización del derecho laboral', *Asesoría laboral*, No. 26, fevereiro de 1993 [disponível apenas em espanhol]
- Fatima, S.: *Using international law in domestic courts* (Hart Publishing, Oxford e Portland, 2005)
- ITC-ILO: *Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions* (Turim, dezembro de 2007)
- Kirby, M.: 'The road from Bangalore: The first ten years of the Bangalore principles on the domestic application of international human rights norms', discurso feito em 1998
- L'Heureux-Dubé, C.: 'Les défis de la magistrature à l'ère de la globalisation: le rôle du juge en tant que citoyen du monde', artigo escrito em 2002 [disponível apenas em francês]
- Layton, R.: 'When and how can domestic judges and lawyers use international law in dualist systems', artigo escrito em 2005 para o ITC-ILO, Turim
- Leary, V.: *International Labour Conventions and National Law: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems* (Martinus Nijhoff Publishers, Haia-Boston-Londres, 1982)
- Marleau, V.: 'Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Genebra, 2004) [disponível apenas em francês]
- Molina, C.E.: *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano* (Temis, Bogotá, 2005) [disponível apenas em espanhol]
- OIT: *The Role of International Labour Standards in the Work of Southern African Labour Courts*, Documento preparatório (Southern Africa Multidisciplinary Advisory Team of the ILO, Harare, 1999)
- : *Equality in Employment and Occupation. Special Study of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B)
- Thomas, C.; Oelz, M.; Beaudonnet, X.: 'The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Genebra, 2004)

Von Potobsky, G.: 'Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Genebra, 2004) [disponível apenas em espanhol]

Von Potobsky, G.: 'Los Convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?', In: *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Fundación de cultura universitaria, Montevideu, 1997 [disponível apenas em espanhol]

Documentos

■ Nações Unidas

Comentário Geral No. 9 (1998) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre "Aplicação do Pacto no plano interno"

■ Outros

Princípios de Bangalore sobre a Aplicação Interna de Normas Internacionais de Direitos Humanos, 1988

Declaration of Commitments on the Role of the Domestic Judge in the Application of International Human Rights Law at the Domestic Level (Declaração de Arusha, Compromissos relativos ao papel dos juízes nacionais na aplicação do Direito Internacional de Direitos Humanos no plano nacional), 2003

Parte 2

Fontes de direito internacional do trabalho disponíveis para juízes e advogados

Capítulo 1

Normas internacionais do trabalho adotadas pela OIT

I. Introdução

O propósito deste capítulo é, em primeiro lugar, descrever as características dos diferentes tipos de instrumentos jurídicos adotados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, em segundo lugar, sugerir diversos pontos para reflexão sobre a natureza dos dispositivos das normas internacionais do trabalho (NIT), no intuito de determinar em que medida são apropriadas para uso judiciário.

A maior parte do capítulo é dedicada às Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho: ambas criam obrigações para os Estados Membros da OIT e são chamadas de NIT em sentido estrito. Contudo, outros instrumentos gerais ou mais específicos da OIT (sua Constituição e declarações, no primeiro caso, e resoluções e Códigos de Prática, no segundo) também podem servir de fonte de inspiração para juízes e advogados nacionais, e, portanto, serão brevemente delineados neste capítulo. O trabalho dos organismos de supervisão da OIT, particularmente importante para especificar o sentido e o âmbito dos dispositivos das convenções e recomendações internacionais do trabalho, será tratado no próximo capítulo.

II. Prólogo: princípios e direitos fundamentais enunciados na Constituição da OIT

A Constituição da OIT é o texto fundador ao qual todas as normas adotadas pela Organização devem sua existência.

A finalidade essencial dos dispositivos da Constituição é definir os poderes, a composição e o funcionamento dos principais organismos que constituem a OIT. Mas a Constituição também é uma substancial fonte de direito. O Preâmbulo e a Declaração da Filadélfia, incorporados ao texto da Constituição em 1946, definem uma série de princípios e direitos fundamentais do trabalho. Deve-se dar particular destaque ao reconhecimento da liberdade sindical¹. Ao princípio de não discriminação² e à afirmação de que o trabalho não é uma mercadoria³.

Com base no fato de que todos os Estados Membros da OIT concordaram em implementar os dispositivos de sua Constituição⁴, os organismos da OIT tiraram, em diversas oportunidades, consequências jurídicas do reconhecimento desses princípios pela Constituição.

¹ Ver a Constituição da OIT, Anexo, I (b).

² Ver a Constituição da OIT, Anexo, II (a).

³ Ver a Constituição da OIT, Anexo, I (a).

⁴ Ver Artigo 1(3) da Constituição da OIT, que faz referência à “aceitação formal das obrigações estabelecidas pela Constituição da Organização Internacional do Trabalho”.

Baseando-se nisso, o mecanismo especial de supervisão da liberdade sindical aplica-se a todos os Países Membros da OIT, inclusive aos que não ratificaram as convenções pertinentes. Também é preciso observar a adoção pela Conferência Internacional do Trabalho, em 1964, da declaração que condenava a política do apartheid na República da África do Sul, embora a África do Sul não tivesse, à época, ratificado a Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111). Por fim, foi também com base nos princípios reconhecidos pela Constituição da OIT que a Conferência adotou, em 1998, a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, em virtude do qual todos os Estados Membros da OIT, quer tivessem ou não ratificado a Convenção pertinente, comprometeram-se a “respeitar, promover e realizar” os direitos e princípios de liberdade sindical e negociação coletiva, a eliminação do trabalho forçado, a abolição do trabalho infantil e a eliminação da discriminação relativa ao emprego e à profissão⁵.

III. A natureza e as principais características das convenções e recomendações da OIT

III. A. A natureza jurídica das convenções e recomendações da OIT

III. A.1. Convenções internacionais do trabalho, tratados internacionais de um tipo particular

As Convenções da OIT são tratados internacionais que, uma vez adotados pela Conferência, são abertos à ratificação pelos Estados Membros⁶. Portanto, os Estados que ratificam uma Convenção da OIT são obrigados a cumpri-las e, segundo o Artigo 19(5)(d) da Constituição da OIT, devem tomar “as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção”. Para a melhor compreensão do teor desse dispositivo, talvez seja útil examiná-lo à luz dos Artigos pertinentes da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados⁷.

Trechos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

Artigo 26. *Pacta sunt servanda*

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

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 468.

⁵ Ver a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, Artigo 2.

⁶ Ver Artigos 19 e 20 da Constituição da OIT.

⁷ O Artigo 5 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados confirma que essa Convenção aplica-se claramente às convenções da OIT “sem prejuízo de nenhuma norma pertinente da organização”.

⁸ Artigo 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados:

“1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.”

Redigidas⁹ e adotadas de forma tripartite¹⁰ na Conferência¹¹, as Convenções da OIT são, contudo, tratados internacionais de tipo particular. Além de sua natureza tripartite, que será examinada na próxima seção, o regime jurídico aplicável às convenções internacionais do trabalho apresenta diversas características que as distinguem dos tratados internacionais clássicos e que, até certo ponto, remetem à natureza legislativa que se planejou atribuir-lhes quando da fundação da OIT. Nesse sentido, é preciso ressaltar os seguintes aspectos que frisam a natureza institucional das convenções da OIT:

- Não é necessária a assinatura de representantes de Estados Membros da OIT para que a Conferência adote uma Convenção Internacional do Trabalho.
- Ao ratificar uma Convenção da OIT, o Estado compromete-se, antes de mais nada, com a Organização Internacional do Trabalho e, depois, como consequência, com os outros Estados Membros da organização.

Sob uma perspectiva doméstica, isto significa que a aplicabilidade das convenções internacionais do trabalho ratificadas por um determinado país não pode ser submetida à condição de reciprocidade¹², que muitas vezes é disposta pelas constituições nacionais, mas que só tem sentido quando um Estado compromete-se a respeitar obrigações em relação a outro Estado, e não a uma organização internacional.

- Segundo a Constituição da OIT, as convenções internacionais do trabalho criam obrigações legais específicas para os Estados Membros, independentemente de sua ratificação. Esse é o caso, antes de mais nada, da obrigação de submissão¹³, pela qual cada Estado deve, no prazo de doze, ou no máximo dezoito meses, submeter as convenções e recomendações adotadas pela Conferência à autoridade competente para legislar sobre as áreas que o instrumento pertinente abrange. Em relação às convenções, a obrigação de submissão destina-se a propiciar um debate nacional sobre sua ratificação. Em segundo lugar, os Estados Membros que não tiverem ratificado a Convenção também são obrigados a redigir relatórios sobre sua lei e prática relacionadas ao conteúdo da Convenção, bem como sobre as perspectivas de ratificação quando o Conselho de Administração assim decidir¹⁴.

Esses vários elementos espelham o desejo dos fundadores da OIT de dar às convenções internacionais do trabalho uma eficácia particular. As peculiaridades de seu arcabouço jurídico também indicam claramente que os propósitos e teor das convenções da OIT diferem daqueles de tratados internacionais tradicionais.

Já não se trata mais de reger relações entre Estados, mas de criar um arcabouço para as relações trabalhistas e a política social dos Estados Membros por meio da criação ou da promoção da emergência de direitos e obrigações aplicáveis às pessoas a quem as Convenções da OIT se aplicam. Esse último aspecto tem implicações para a possível aplicação das normas da OIT pelos tribunais nacionais.

⁹ Sobre o processo de redação das Normas Internacionais do Trabalho, ver Organização Internacional do Trabalho: *Handbook of procedures relating to international labour Conventions and Recommendations*, Genebra, 2006, parágrafos 1-4.

¹⁰ Sobre o aspecto tripartite das convenções internacionais do trabalho, ver adiante, Seção B.2.

¹¹ Ver Artigos 19(2) e 21(1) da Constituição da OIT.

¹² Nesse sentido, observaremos que algumas convenções da OIT sobre seguridade social condicionam sua aplicação à ratificação recíproca. Ver, por exemplo, Convenções Nos. 19 e 118 sobre a igualdade de tratamento para nacionais e não-nacionais.

¹³ Ver Artigo 19(5) da Constituição da OIT em relação a convenções, e o Artigo 19(6) da Constituição da OIT a respeito de recomendações.

¹⁴ Artigo 19 (5e) da Constituição da OIT. Na prática, esses relatórios sobre convenções não ratificadas são usados pela Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações para redigir um estudo geral anual sobre o tema escolhido pelo Conselho de Administração. Ver adiante, Parte 2, Capítulo 2, do Manual.

Por fim, antes de concluir a seção sobre convenções, é necessário apontar que a Conferência pode adotar protocolos destinados a revisar ou modificar parcialmente as convenções existentes. Em termos jurídicos, os protocolos são de mesma natureza e valor que as convenções. Portanto, só obrigam os Estados que os ratificarem¹⁵.

III. A.2. Recomendações internacionais do trabalho, instrumentos não vinculantes¹⁶

As recomendações internacionais do trabalho, por sua vez, redigidas e adotadas pela Conferência segundo regras idênticas às aplicadas no caso das convenções, não são instrumentos jurídicos vinculantes¹⁷ e, portanto, não são abertas a ratificação. Seu propósito não é exigir que os Estados Membros cumpram seu conteúdo, mas sugerir diretrizes para a regulação das relações de trabalho e a implementação de sua política social.

Conforme o caso, as recomendações são usadas pela Conferência seja para acompanhar a adoção de uma convenção e completar seus dispositivos, seja para abordar de forma independente uma questão que não tenha sido tratada por uma convenção internacional do trabalho¹⁸.

No caso da adoção conjunta de uma convenção e uma recomendação, a recomendação pode, por exemplo, propor medidas para a implementação dos princípios definidos na convenção¹⁹. Em certas situações, a recomendação também pode sugerir que a proteção proporcionada aos trabalhadores pela convenção correspondente seja ampliada ou reforçada²⁰.

¹⁵ Até o presente, foram aprovados os seguintes protocolos: Protocolo de 1995 sobre a Fiscalização do Trabalho (No. 81); Protocolo de 1990 da Convenção sobre o Trabalho Noturno das Mulheres (Revisita) (No. 89); Protocolo de 1982 da Convenção sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas (No. 110); Protocolo de 1996 da Convenção Relativa às Normas Mínimas a Observar nos Navios Mercantes (No. 147); Protocolo de 2002 da Convenção sobre a Saúde e Segurança dos Trabalhadores, 1981 (No. 155).

¹⁶ É importante evitar qualquer confusão entre as recomendações internacionais do trabalho aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho, que são normas universais não vinculantes, e as recomendações que determinados organismos de supervisão da OIT podem emitir para um país em particular em caso de não cumprimento de suas obrigações relativas às NITs. As características e o valor jurídico dos comentários e recomendações do organismo de supervisão da OIT serão examinados no próximo Capítulo deste Manual.

¹⁷ O conteúdo das recomendações não é vinculante para os Estados Membros, mas os dois tipos de obrigações relativas a convenções não ratificadas também se aplicam às recomendações: as obrigações de submeter às autoridades legislativas e de apresentar relatórios de seguimento à OIT também abrangem as recomendações.

¹⁸ Ver, por exemplo, Recomendação sobre as Comunicações dentro da Empresa, 1967 (No. 129), ou a Recomendação sobre a Lista de Doenças Ocupacionais, 2002 (No. 194).

¹⁹ Por exemplo, em matéria de proteção dos representantes dos trabalhadores, a Recomendação No. 143 completa a Convenção No. 135. A Convenção estabelece que os representantes dos trabalhadores devem ter proteção efetiva contra toda discriminação motivada por suas funções e dispor de facilidades para que possam cumpri-las, ao passo que a Recomendação propõe uma lista de medidas que possibilitam a implementação desses dois princípios. Destaquemos as seguintes sugestões relativas à proteção efetiva contra a discriminação: consulta ou acordo prévio de um organismo independente antes da demissão, reintegração após demissão sem justa causa, atribuição ao empregador do ônus da prova no caso de uma ação judicial contra a demissão, etc.

²⁰ Em matéria de despedida se pode ver um exemplo. A Recomendação sobre a Terminação da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 166) propõe que se acrescente à lista de motivos de demissão proibidos pela Convenção No. 158 a idade e o cumprimento de obrigações cívicas, tais como o serviço militar. No mesmo sentido, a Recomendação propõe o fortalecimento das garantias proporcionadas pela Convenção No. 158 quanto ao procedimento anterior à demissão, ao assegurar ao trabalhador a possibilidade de receber a assistência de um representante.

Como veremos na segunda parte deste Capítulo, a natureza não vinculante das recomendações internacionais do trabalho não exclui a possibilidade de seu uso judicial. Em certos casos, podem, de fato, constituir referências úteis para a interpretação de dispositivos do direito interno, ou fontes de inspiração para suprir eventuais lacunas da legislação nacional.

III. A.3. Outros tipos de instrumentos adotados pela OIT

Declarações

Embora os dispositivos da Constituição da OIT não façam referência a este tipo de instrumento, tanto a Conferência quanto o Conselho de Administração adotaram declarações²¹. Como essas não são sujeitas a ratificação, seu peso depende, em grande medida, do organismo que as emite e dos objetivos com que são adotadas. Neste sentido, as declarações da Conferência destacam-se particularmente²². Usadas em poucas ocasiões e sempre com a finalidade de expressar ou reiterar os princípios fundamentais da Organização, as declarações da Conferência são, portanto, de natureza muito solene. Assim, mesmo não sendo tecnicamente vinculantes, pois não são abertas a ratificação, podem ser percebidas como expressão de direito consuetudinário internacional ou de *jus cogens*, ou seja, de normas peremptórias de direito internacional.

A Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho

Em referência à Constituição da OIT, a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho identifica quatro categorias de princípios e direitos reconhecidos como fundamentais, definidos em oito Convenções fundamentais da OIT²³. Com base em sua aceitação do conteúdo da Constituição, por serem Membros da Organização, todos os Estados Membros comprometem-se a respeitar, promover e realizar os princípios e direitos fundamentais no trabalho, quer tenham ou não ratificado a Convenção pertinente.

A Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho é acompanhada por um mecanismo de seguimento voltado para sua promoção, destinado a apoiar os Estados Membros para que estes assegurem o pleno respeito aos princípios e direitos fundamentais.

A Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho pode ter certo impacto sobre o arcabouço jurídico de países que ainda não ratificaram todas as oito convenções fundamentais. Neste sentido, é interessante ler o seguinte trecho do preâmbulo do Código Trabalhista do Marrocos, de 2004, país que ainda não ratificou a Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87):

²¹ Deve-se apontar que o Conselho de Administração só aprovou uma declaração em uma ocasião: a Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social, de 1977.

²² A Conferência aprovou as seguintes declarações: Declaração da Filadélfia, 1944; Declaração sobre a Ação contra o Apartheid na África do Sul, 1964; Declaração sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para trabalhadoras, 1975; Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, 1998.

²³ As quatro categorias de princípios e direitos e as convenções a eles relacionadas são:

- liberdade de associação e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (Convenções Nos. 87 e 98);
- eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (Convenções Nos. 29 e 105);
- abolição efetiva do trabalho infantil (Convenções Nos. 138 e 182);
- eliminação da discriminação relativa ao emprego e à profissão (Convenções Nos. 100 e 111);

Trecho do preâmbulo do Código Trabalhista do Reino do Marrocos

Os direitos protegidos, o exercício dos quais, tanto dentro como fora da empresa, é garantido por esta Lei, abrangem, por um lado, os direitos contidos nas convenções internacionais do trabalho ratificadas e, por outro lado, os direitos definidos pelas principais convenções da Organização Internacional do Trabalho, que incluem em particular:

- liberdade sindical e efetiva adoção do direito de sindicalização e de negociação coletiva;
- a proibição de todas as formas de trabalho forçado;
- a efetiva eliminação do trabalho infantil;
- a proibição da discriminação relativa a emprego e profissão;
- a igualdade de remuneração.

Resoluções

Estes instrumentos não vinculantes também adotados pela Conferência permitem que esta expresse seus pontos de vista a respeito dos mais variados assuntos. Quando dizem respeito aos temas tratados por determinadas convenções, as resoluções podem ajudar a interpretar seu conteúdo. Em relação à liberdade sindical ou à igualdade no emprego e na profissão, diversas resoluções são utilizadas pelos organismos de supervisão da OIT como apoio à avaliação do cumprimento das obrigações dos Estados Membros nessa área²⁴. Por fim, adotaram-se recentemente resoluções de forma conjunta com convenções, para orientar os Estados na aplicação destas últimas²⁵.

Códigos de Prática da OIT

Trata-se de instrumentos técnicos redigidos durante reuniões de peritos representando trabalhadores, empregadores e governos. As conclusões dessas reuniões são a seguir endossadas pelo Conselho de Administração. A maioria dos códigos diz respeito a aspectos muito específicos de higiene e segurança no trabalho, mas também há um Código de Prática importante sobre HIV/AIDS²⁶.

Embora não sejam juridicamente vinculantes e possam parecer menos formais do que os instrumentos adotados pela Conferência, esses Códigos de Prática têm forte legitimidade porque são redigidos e adotados por consenso tripartite. Portanto, os Códigos de Prática da OIT servem como fonte de inspiração útil para os tribunais nacionais.

²⁴ A resolução de 1952 a respeito da independência do movimento sindical; a resolução de 1970 sobre direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis; a resolução de 1985 relativa à igualdade de oportunidades e de tratamento no trabalho para homens e mulheres.

²⁵ Ver também as resoluções aprovadas em 2006 conjuntamente com a Convenção Consolidada do Trabalho Marítimo e a Convenção sobre o Marco Promocional para a Segurança e Saúde no Trabalho (No. 187).

²⁶ Organização Internacional do Trabalho: *OIT Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work*, Genebra, 2001. Os seguintes Códigos também devem ser destacados, entre outros: Organização Internacional do Trabalho: *OIT Code of Practice on Managing Disability in the Workplace*, Genebra, 2002; Organização Internacional do Trabalho: *OIT Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data*, Genebra, 1997.

País: África do Sul

PFG Building Glass (pty) Ltd v. Sindicato dos Trabalhadores nas indústrias Química, de Engenharia, Papel, Celulose e Associados (CEPPAWU) e outros, Tribunal do Trabalho, 28 de março de 03, No J90-2003

Neste processo, o Tribunal do Trabalho recorreu ao Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho para apoiar sua posição relativa à validade da testagem anônima e voluntária de trabalhadores de uma empresa.

III. B. Natureza tripartite e universal de instrumentos da OIT

Além de sua clara natureza jurídica, as convenções e recomendações internacionais do trabalho e os outros instrumentos adotados pela OIT têm mais duas características fundamentais em comum: tripartismo e universalidade. Essas duas características explicam certos elementos específicos do regime jurídico de convenções e recomendações, e também são de interesse por seu possível uso por tribunais nacionais.

III. B.1. Natureza tripartite e universal de Convenções e Recomendações da OIT

Tripartismo

Como consequência da estrutura da OIT, que reúne governos e organizações de empregadores e trabalhadores, os instrumentos adotados pela Organização não são resultado apenas de ação intergovernamental. Trata-se, ao contrário, do resultado de diálogo tripartite contínuo. Isto é particularmente verdade no caso das convenções e recomendações internacionais do trabalho. Representantes de empregadores, trabalhadores e governos participam plenamente de todas as etapas, da redação das normas ao monitoramento de sua aplicação. Sem entrar nos detalhes do procedimento²⁷, apontamos os seguintes elementos, que ressaltam até que ponto as NIT são resultado de diálogo social:

- dentro do Conselho de Administração, representantes de empregadores e trabalhadores participam da seleção de temas em relação aos quais a Conferência levará a cabo “ações de estabelecimento de norma”;
- as organizações de empregadores e trabalhadores participam em dois níveis da formulação e redação do conteúdo das normas: primeiro, no plano nacional, respondendo questionários enviados pela Secretaria Internacional do Trabalho a respeito de qual deveria ser a estrutura e o conteúdo da norma; a seguir, na Conferência, em comitês técnicos responsáveis pela produção do projeto de convenção ou recomendação;
- os delegados de empregadores e trabalhadores à Conferência votam a adoção da norma, para a qual é necessária maioria de dois terços dos votos dos delegados presentes²⁸;
- as organizações de empregadores e trabalhadores participam do monitoramento da aplicação das normas por meio de organismos tripartites: o Comitê da Conferência sobre a Aplicação de Normas, o Comitê de Liberdade Sindical e comitês tripartites designados para examinar representações feitas por organizações de empregadores ou trabalhadores no contexto do Artigo 24 da Constituição da OIT.

Deve-se observar, em particular, a importância da adoção das NIT com maioria de dois terços dos delegados presentes na Conferência. Isto demonstra que a grande maioria das

²⁷ Ver Organização Internacional do Trabalho: *Handbook of Procedures relating to International Labour Conventions and Recommendations*, op. cit.

²⁸ Ver Artigo 19(2) da Constituição da OIT.

atuais NIT se baseia em consenso tripartite. Na prática, a rejeição de uma norma por um dos três componentes²⁹ da Conferência na verdade reduz muito a possibilidade de obter-se a maioria qualificada necessária para a adoção de uma convenção ou recomendação.

Universalidade

Todos os instrumentos da OIT são universalmente aplicáveis. De acordo com a filosofia e os objetivos da OIT definidos em sua Constituição, os vários organismos da Organização sempre excluíram a possibilidade de aceitar a existência de normas de aplicação regional dentro da Organização. Como define o Artigo 19(3) da Constituição da OIT, universalidade pressupõe que, ao elaborar a NIT, a variedade de situações dos diferentes Estados Membros seja plenamente levada em conta.

III. B.2. Consequências do tripartismo e da universalidade das Convenções e Recomendações da OIT

NIT. Estabelecem níveis mínimos de proteção

Nascido de um compromisso entre representantes de empregadores, trabalhadores e governos de 183 países, o conteúdo das NIT, por definição, só garante aos trabalhadores um nível mínimo de proteção³⁰ que pode então ser elevado por meio de legislação interna. De forma coerente com o princípio da favorabilidade, quando a regra de um país é mais favorável aos trabalhadores do que o dispositivo de uma convenção internacional ratificada, deve prevalecer o dispositivo mais favorável. Este princípio está expresso no Artigo 19(8) da Constituição da OIT.

Trecho da Constituição da OIT

Artigo 19(8)

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

A inadmissibilidade de reservas contrabalançada pela flexibilidade prevista por certas Convenções³¹

Ao contrário das regras gerais para a ratificação de tratados internacionais, a ratificação das Convenções da OIT não pode ser acompanhada de reservas. Portanto, um Estado não pode escolher de forma discricionária as obrigações de uma convenção que concordaria em cumprir e as que excluiria do seu compromisso. A inadmissibilidade de reservas não é expressamente disposta pela Constituição da OIT, mas provém da prática constante da Organização desde sua fundação. Isto se baseia direta e principalmente na natureza tripartite

²⁹ Nesse sentido, deve-se apontar que, durante as votações realizadas na Conferência, os delegados de trabalhadores e empregadores reuniram-se em grupos por categoria, e cada grupo adotou uma posição unificada.

³⁰ Para ser preciso, esse deveria ser o nível mínimo de proteção recomendável. N. Valticos and G. Von Potobsky: *International Labour Law*, 2ª edição revisada, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer - Boston, 1995, p. 95.

³¹ Memorando da Organização Internacional do Trabalho sobre reservas relacionadas com as convenções multilaterais (31 de dezembro de 1951), *Official Bulletin*, vol. XXXIV, No. 3, pp. 275-315; G. Raimondi: 'Réserves et Conventions internationales du travail', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2004 (disponível apenas em francês).

das convenções internacionais do trabalho. Dado que o conteúdo desses instrumentos é discutido, redigido e adotado por empregadores, trabalhadores e governo, não seria coerente com sua natureza permitir que uma das três partes (no caso, o Estado ratificante) reduzisse unilateralmente o conteúdo da convenção aplicável em um país em particular, modificando assim o equilíbrio da totalidade do instrumento negociado e adotado de forma tripartite.

A inadmissibilidade de reservas não significa, contudo, que as Convenções da OIT não disponham de mecanismos que deem aos Estados algum espaço para determinar a extensão das obrigações decorrentes de suas ratificações. Na verdade, algumas Convenções da OIT contêm cláusulas de “flexibilidade” que dão aos Estados algumas opções, como a de só ratificar uma parte do instrumento, excluindo determinados setores da economia, categorias de trabalhadores ou ramos de atividade do âmbito da convenção, ou escolher um dos diferentes níveis de proteção. As cláusulas de flexibilidade constituem a contraparte necessária à universalidade das normas para permitir que estas sejam aplicadas por países cujas situações econômicas, sociais e culturais são muito distintas.³² No entanto, existe uma diferença essencial entre essas cláusulas de flexibilidade e o mecanismo de reservas: no contexto da OIT, o Estado só tem o poder de ajustar o conteúdo de suas obrigações quando esta possibilidade é expressamente prevista pelo texto da própria convenção, e em conformidade com todos os limites ali estabelecidos³³.

Vejamos, abaixo, alguns exemplos de cláusulas de flexibilidade.

Cláusula que permite a ratificação de apenas uma parte de uma convenção
Trecho da Convenção sobre a Proteção dos Créditos dos Trabalhadores em caso de Insolvência do Empregador. 1992 (No. 173)

1. O Membro que ratificar esta Convenção aceitará ou as obrigações da Parte II, que prevê a proteção dos créditos dos trabalhadores por meio de um privilégio, ou as obrigações da Parte III, que prevê a proteção dos créditos dos trabalhadores por uma instituição que os garanta, ou as obrigações de ambas as Partes. Esta opção será indicada em uma declaração que acompanhará sua ratificação.
2. O Membro que tiver aceitado inicialmente só a Parte II ou só a Parte III desta Convenção pode, mais tarde, por meio de uma declaração, comunicar ao Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho a ampliação de sua aceitação à outra Parte.

C.173, Artigo 3

³² Quanto ao impacto da flexibilidade de determinados dispositivos das Convenções da OIT no que diz respeito à supervisão da aplicação das normas, ver Nicolas Valticos e Geraldo Von Potobsky, segundo quem “a maioria dos membros do Comitê da Conferência sobre a Aplicação das Convenções e Recomendações considerou que a diversidade de condições nacionais era um fator a ser levado em conta no momento da redação das normas da OIT, por meio da introdução de certa flexibilidade, como exige a Constituição da Organização. Contudo, uma vez ratificada a Convenção, não haveria espaço para flexibilidade além do que tiver sido expressamente permitido pela Convenção. O cumprimento das Convenções deve ser avaliado com base em critérios uniformes para todos os países, porque qualquer outra abordagem daria a todos os Estados liberdade para interpretar suas obrigações como quisesse.” (N. Valticos e G. Von Potobsky: *International Labour Law, op. cit.*, p. 705).

³³ N. Valticos e G. Von Potobsky: *International Labour Law, op. cit.*, p. 96-105; C. W. Jenks: ‘Flexibility in International Labour Conventions’, abril de 1960; N. Valticos: ‘Diversité des situations nationales et unité du droit international du travail’, In: *In Memoriam Zvi Bar-Niv, Collection of Essays on Labour Law*, Ramot Publishing Co., Tel Aviv, 1987 (disponível apenas em francês); G. P. Politakis: ‘Deconstructing flexibility in international labour conventions’, In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos, op. cit.*

Cláusulas que permitem a aceitação de um nível inferior de proteção no caso de países cuja economia não tenha atingido um nível suficiente de desenvolvimento
Trecho da Convenção sobre a Idade Mínima, 1973 (No. 138)

A idade mínima especificada conforme o parágrafo 1 deste Artigo não será inferior à idade de término da escolaridade obrigatória e, em qualquer caso, não será inferior aos 15 anos.

C.138, Artigo 2(3)

Apesar dos dispositivos do parágrafo 3 deste Artigo, o Membro cuja economia e unidades educacionais sejam insuficientemente desenvolvidas pode, após consulta às Organizações de empregadores e trabalhadores interessados, quando tais organizações existirem, especificar inicialmente uma idade mínima de 14 anos.

C. 138, Artigo 2(4)

Como afirmamos acima, outra forma de flexibilidade é a possibilidade, proporcionada por algumas convenções, de excluir determinados setores da economia, categorias de trabalhadores ou ramos de atividade do âmbito do instrumento.

Cláusula que permite a exclusão de determinadas categorias de trabalhadores do âmbito de uma convenção
Trecho da Convenção sobre Terminação do Emprego por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 158)

Na medida em que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e trabalhadores interessados, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Convenção ou da aplicação de algumas de suas disposições outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentam-se problemas especiais que assumem certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou a natureza da empresa que os emprega.

C. 158, Artigo 2(5)

Para juízes e advogados que possam ter de referir-se às convenções ratificadas que preveem esta opção, será, portanto, essencial verificar se o Estado fez ou não uso da possibilidade de restringir o âmbito do instrumento. Neste sentido, é preciso observar que as convenções da OIT que incluem essa opção sempre submetem seu exercício a algumas condições e limites que o Estado que as implementa deve respeitar de forma estrita. Como mostra o exemplo acima citado, todo uso deste tipo de opção deve ser sempre precedido de consultas com organizações de empregadores e trabalhadores. Além disso, destacamos que, como indicado no exemplo abaixo, as exclusões do âmbito de uma convenção devem ser comunicadas por ocasião do primeiro relatório sobre a aplicação do instrumento apresentado pelo Estado, conforme o Artigo 22 da Constituição da OIT; exclusões subsequentes são inadmissíveis.

Cláusula que exige que as exclusões do âmbito de uma Convenção sejam comunicadas no primeiro relatório sobre sua aplicação

Trecho da Convenção sobre Terminação do Emprego, 1982 (No. 158)

Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias que tiverem sido excluídas em virtude dos parágrafos 4 e 5 do presente artigo, explicando os motivos para essa exclusão, e deverá indicar nos relatórios subsequentes a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou se tenciona aplicar a Convenção a essas categorias.

C. 158, Artigo 2(6)

NIT, expressão de princípios gerais de direito do trabalho e proteção social

Como mencionado acima, a adoção de convenções e recomendações exige um consenso muito amplo na Conferência nos âmbitos profissional e geográfico. Isto tem implicações para a própria natureza das NIT e para o papel que lhes possa ser atribuído por alguns arcabouços jurídicos nacionais. A existência de amplo consenso tripartite internacional confere às convenções e recomendações internacionais do trabalho grande legitimidade e autoridade. Portanto, é razoável supor que esse amplo consenso só pode ser obtido em relação a princípios que os vários grupos profissionais e de países que compõem a Conferência percebem como sendo suficientemente essenciais. Assim, as convenções e recomendações internacionais do trabalho expressam princípios gerais de direito do trabalho e proteção social que podem ser considerados quando for necessária uma fonte de inspiração ou de interpretação no intuito de solucionar litígios trabalhistas no plano interno dos países.

Os exemplos abaixo são de Códigos Trabalhistas que atribuem às convenções (mesmo não ratificadas) e recomendações da OIT um papel na interpretação da legislação interna e na resolução de litígios.

Trecho do Código Trabalhista de Lesoto

Artigo 4. Princípios utilizados na interpretação e aplicação do Código

Os seguintes princípios serão usados para interpretar e aplicar o Código: (...)

c) em caso de ambiguidade, os dispositivos do Código, e de todas as regras e regulções aprovadas em virtude deste, serão interpretados da maneira que for mais conforme com os dispositivos de Convenções adotadas pela Conferência da Organização Internacional do Trabalho e de Recomendações adotadas pela Conferência da Organização Internacional do Trabalho.

Trecho do Código Trabalhista da Colômbia

Artigo 19. Regras adicionais de implementação

Caso não exista uma regra aplicável de forma exata ao litígio, serão aplicados dispositivos relativos a casos ou matérias similares, os princípios provenientes do presente Código, da jurisprudência, dos costumes ou usos, da doutrina, das convenções e recomendações adotadas pela Organização Internacional do Trabalho e por suas Conferências, desde que não contrariem a legislação social do país; serão aplicados também os princípios de direito comum que não contrariem os da legislação trabalhista, sempre com espírito de equidade.

Vejamos, a seguir, exemplos de decisões de tribunais que consideram as convenções e recomendações da OIT como expressão de princípios gerais.

País: Botsuana

Joel Sebonego v. News Paper Editorial and Management Services (PTY) Ltd, Tribunal Industrial de Botsuana, 23 de abril de 1999, No. IC 64(98)

“O Tribunal Industrial não é apenas um foro comum, também um tribunal de equidade; portanto, aplica regras de justiça natural – ou regras de equidade, como estas às vezes são chamadas – ao decidir a respeito de litígios trabalhistas. Essas regras de equidade são derivadas tanto do direito comum quanto das Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Os requisitos básicos para que uma demissão seja substancialmente justa, que incluem a demissão por incapacidade decorrente de saúde precária, são sucintamente expostos no Artigo 4 da Convenção No. 158 da OIT, de 1982, que dispõe o seguinte: (...)” (...)’

País: Trinidad e Tobago

Sindicato de Bancários e Trabalhadores Gerais v. Home Mortgage Bank, Tribunal Industrial de Trinidad e Tobago, 3 de março de 1998, No. 140, 1997

“Os princípios das boas relações industriais ditam que o emprego de trabalhador algum deve ser terminado se não houver uma razão válida para tanto, ligada a sua capacidade de realizar o trabalho para o qual foi contratado ou baseada nos requisitos operacionais do negócio do empregador. Esses princípios são consagrados por escrito na Convenção No. 158 da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção No. 158 da OIT deu forma escrita aos princípios há muito aceitos das boas relações trabalhistas e não vem ao caso o fato de esta Convenção não ter sido ratificada por Trinidad e Tobago. A Convenção não é aplicável como parte do direito interno de Trinidad e Tobago, mas como prova dos princípios de boas relações industriais que foram aceitos no plano internacional.”

III.C. O conteúdo das Convenções da OIT: algumas indicações gerais

De 1919 até hoje, a Conferência adotou grande número de convenções e recomendações a respeito da maioria dos aspectos das relações de emprego e da política social em geral³⁴. Antes de abordar o detalhe de como podem ser úteis para os tribunais, é preciso observar que a natureza do conteúdo das convenções da OIT pode variar substancialmente conforme o tipo de tema e o objetivo da convenção. Nesse sentido, a bibliografia muitas vezes introduz uma distinção entre normas que reconhecem princípios e direitos fundamentais, chamadas de normas programáticas ou promocionais, e as consideradas como normas técnicas³⁵.

Embora, em grande medida, formulados em linhas gerais, os dispositivos das Convenções da OIT que reconhecem os princípios e direitos fundamentais no trabalho muitas vezes são redigidos de maneira suficientemente clara para assegurar direitos aos indivíduos diretamente, assim facilitando o seu uso nos tribunais. A Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, de 1948 (No. 87), é um exemplo muito claro desse tipo de instrumento.

³⁴ Sobre a lista de temas que as Normas Internacionais do Trabalho cobrem até esta data, ver: <http://www.ilo.org/ilolex/french/subjectF.htm>. Com o tempo, devido aos desdobramentos econômicos e sociais, algumas dessas normas perderam sua pertinência em parte ou no todo. Nesse sentido, em 1995 o Conselho de Administração começou a avaliar em que medida as Convenções e Recomendações estavam atualizadas.

³⁵ J.-M. Servais: *Normes internationales du travail*, LGDJ, Paris, 2004, parágrafos 48-50 e 1110.

As convenções ditas promocionais ou programáticas estabelecem diferentes objetivos gerais que os países que as ratificam se comprometem a respeitar, essencialmente por meio da implementação de políticas de longo prazo. Os dispositivos desses instrumentos geralmente dão aos Estados considerável margem de liberdade para selecionar medidas a serem tomadas para atingir os objetivos definidos. A Convenção Concernente à Política de Emprego, 1964 (No. 122), ilustra muito claramente esse tipo.

Por fim, as convenções técnicas são instrumentos que procuram regular questões muito específicas de forma bem precisa. Portanto, não é raro que alguns dispositivos dessas convenções desçam a um nível de detalhe similar ao da legislação interna. Numerosas convenções sobre saúde e segurança no trabalho são bons exemplos dessa categoria.

Esta distinção em três categorias é apenas para fins de explicação. Tem o mérito de levantar diversos pontos de referência preliminares para entender-se a natureza dos dispositivos das convenções da OIT, além de ser um ponto de partida para o exame de seu possível uso por tribunais e advogados nacionais. Contudo, trata-se de uma classificação muito esquemática que deve ser vista com cautela. Em primeiro lugar, seria difícil enquadrar todas as convenções da OIT em alguma dessas três categorias. Em segundo lugar, a mesma convenção muitas vezes contém dispositivos de naturezas bastante diferentes; algumas, por exemplo, estabelecem objetivos muito gerais para os Estados, ao passo que outras definem direitos e princípios gerais aplicáveis aos cidadãos. Por fim, veremos que, quando se trata de avaliar a aplicabilidade jurídica de um dispositivo internacional, é preciso levar em conta critérios e elementos adicionais.

IV. Aplicabilidade judicial de Convenções e Recomendações da OIT: vários pontos para reflexão

Será que os dispositivos das convenções e recomendações da OIT realmente têm aplicabilidade judicial para além das condições que regem o uso judicial do direito internacional, particulares a cada arcabouço jurídico nacional³⁶?

As normas da OIT são concebidas principalmente para orientar o conteúdo das leis e políticas sociais de países que se encontram em circunstâncias muito diferentes uns dos outros e, portanto, não procuram nem substituir as leis internas nem uniformizá-las; assim sendo, é razoável supor que sejam dirigidas, sobretudo, ao parlamento e ao governo de cada país, e que seus dispositivos sejam gerais demais para permitir que os tribunais solucionem litígios fundamentando-se diretamente nessas normas.

Ao tentar dar resposta a esta pergunta e observação muito pertinentes, é preciso acrescentar três indicações.

- 1) Nem todos os dispositivos das NIT são idênticos. Por sua própria natureza, alguns deles podem propiciar, mais facilmente do que outros, a resolução de litígios baseando-se apenas nessas normas.
- 2) A determinação de se um dispositivo internacional é suficientemente claro e específico para solucionar um litígio jurídico depende, naturalmente, do conteúdo do dispositivo em questão, mas também dos fatos do próprio caso. Portanto, o mesmo dispositivo pode ser geral demais para permitir a solução do litígio A, mas suficientemente claro para proporcionar uma solução para o litígio B.
- 3) Os dispositivos internacionais que, por si sós, são insuficientemente específicos para solucionar um litígio podem, contudo, ser usados pelos tribunais como fonte de inspiração para o direito interno ou como fonte de inspiração no reconhecimento de princípios jurisprudenciais.

³⁶ Ver *Parte 1*.

Agora trataremos desses três pontos, acerca da capacidade da NIT serem aplicadas judicialmente sem perder de vista a liberdade de cada sistema jurídico nacional de determinar em que medida os tribunais nacionais podem ou não referir-se ao direito internacional.

IV.A. Os diferentes tipos de dispositivos das convenções internacionais do trabalho e sua "capacidade" variável de solucionar litígios diretamente

Dado que a resolução direta de um litígio jurídico com base no direito internacional pressupõe a aplicação de fontes de direito legalmente vinculantes, esta análise se concentrará apenas nos dispositivos de convenções internacionais do trabalho.

Ao chamar a atenção para a distinção esquemática entre dispositivos programáticos e técnicos, por um lado, e os que reconhecem direitos e princípios fundamentais, por outro lado, já introduzimos a ideia de que o conteúdo das NIT não é uniforme. Agora a análise deve ser desenvolvida distinguindo-se os vários tipos de dispositivos das convenções da OIT segundo sua maior ou menor capacidade de solucionar diretamente questões submetidas aos tribunais nacionais. Nesse sentido, é preciso considerar, com base no trabalho de Geraldo Von Potobsky³⁷, o tipo de obrigações que os dispositivos das convenções impõem aos Estados, seu grau de especificidade e sua capacidade de criar ou não criar direitos subjetivos com os quais os sujeitos de direito possam pedir diretamente aos tribunais que os façam valer. Com base nesses critérios, podem-se distinguir quatro categorias de dispositivos, começando pelos que asseguram, de forma incondicional e clara, determinados direitos subjetivos aos respectivos sujeitos de direito, e chegando até aos que impõem aos Estados a obrigação geral de implementar uma política visando a atingir um determinado objetivo.

Essas quatro categorias são as seguintes:

- 1) dispositivos que asseguram direitos subjetivos de forma incondicional e com conteúdo claramente determinado;
- 2) dispositivos que asseguram direitos subjetivos cujo conteúdo implica um grau significativo de indeterminação;
- 3) dispositivos sob forma de diretivas que exigem dos Estados que tomem medidas legislativas destinadas a incorporar à legislação nacional os direitos e princípios reconhecidos pela convenção;
- 4) dispositivos programáticos por meio dos quais os Estados empreendem a implementação de uma política geral.

A classificação proposta não pretende ser nem exaustiva nem absolutamente específica, mas visa a alimentar a reflexão sobre a capacidade dos dispositivos das convenções da OIT de oferecer um fundamento jurídico adequado à resolução direta de determinados litígios submetidos aos tribunais nacionais.

³⁷ Ver em particular, G. Von Potobsky: 'Los convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?', In: *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbajelata*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1997 (disponível apenas em espanhol), e G. Von Potobsky: 'Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, op. cit. (disponível apenas em espanhol).

Primeira categoria: dispositivos que asseguram direitos subjetivos incondicionais e com conteúdo claramente determinado³⁸

Vários tipos de dispositivos podem ser enquadrados nesta primeira categoria:

- dispositivos que asseguram liberdade ou poder à pessoa a quem se aplicam

Trecho da Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87)

Trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão o direito de constituir, sem prévia autorização, organizações de sua própria escolha e, sob a única condição de observar seus estatutos, a elas se filiarem.

C.87, Artigo 2

As organizações de trabalhadores e empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regimentos, eleger livremente seus representantes, organizar sua administração e atividades e formular seus programas de ação.

C. 87, Artigo 3(1)

- dispositivos que impõem proibições estritas

Trecho da Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87)

As organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas a dissolução ou suspensão por autoridade administrativa.

C.87, Artigo 4

Trecho da Convenção sobre Terminação do Emprego, 1982 (No. 158)

Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

C.158, Artigo 5

³⁸ Além dos exemplos mencionados adiante, e sem tentar ser exaustivo, Geraldo Von Potobsky ressaltou os dispositivos que conferem, de forma incondicional, direitos subjetivos claros e específicos às pessoas a quem estes se aplicam nas Convenções Nos. 1, 95, 108, 120, 132, 136, 138, 170, 171 e 183.

- dispositivos que asseguram benefícios específicos às pessoas a quem se aplicam

Trecho da Convenção sobre a Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183)

Mediante apresentação de atestado médico ou outro que seja apropriado, segundo determinem a legislação e os usos nacionais, que indique a data prevista para o parto, a mulher a quem esta Convenção se aplica terá direito a um período de licença-maternidade não inferior a 14 semanas .

C. 183, Artigo 4(1)

Trecho da Convenção sobre Férias Remuneradas (revista), 1970 (No. 132)

A duração das férias não deverá em caso algum ser inferior a 3 (três) semanas de trabalho, por 1 (um) ano de serviço.

C. 132, Artigo 3(3)

Segunda categoria: dispositivos que asseguram direitos subjetivos cujo conteúdo implica um grau significativo de indeterminação

Trecho da Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98)

Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego.

C. 98, Artigo 1(1)

Terceira categoria: dispositivos sob forma de diretivas que exigem dos Estados que tomem medidas legislativas destinadas a incorporar à legislação nacional os direitos e princípios reconhecidos pela convenção³⁹

Trecho da Convenção sobre Proteção contra os Riscos de Intoxicação Provocados pelo Benzeno, 1971 (No. 136)

A utilização do benzeno e de produtos contendo benzeno deverá ser proibida em certos trabalhos a serem determinados pela legislação nacional.

C. 136, Artigo 4(1)

Quarta categoria: dispositivos programáticos por meio dos quais os Estados empreendem a implementação de uma política geral.

Trecho da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)

Qualquer membro para o qual esta Convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

C.111, Artigo 2

³⁹ Geraldo Von Potobsky cita os seguintes textos em relação a esta categoria, sem a pretensão de ser exaustivo: dispositivos sobre higiene e segurança estabelecidos nas Convenções Nos. 115, 119 e 139; dispositivos sobre serviços médicos definidos na Convenção No. 183; dispositivos sobre a proteção dos trabalhadores contra a insolvência do empregador, estabelecidos na Convenção No. 181.

Nota: como já apontamos na *Parte 1* do Manual, cada artigo e parágrafo das convenções da OIT deve ser examinado de forma individual. Na verdade, a mesma convenção pode conter dispositivos de tipo muito diferente.

Compare os dois dispositivos seguintes, ambos incluídos na Convenção Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156).

Trecho da Convenção sobre o Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156)

Cada Estado deve tornar a igualdade efetiva de oportunidades e tratamento de trabalhadores e trabalhadoras objetivo de suas políticas nacionais, com vistas a possibilitar às pessoas com responsabilidades familiares, que estão trabalhando ou queiram trabalhar, exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas a discriminação e, na medida do possível, sem conflitos entre seu trabalho e suas responsabilidades familiares.

C. 156, Artigo 3(1)

As responsabilidades familiares não devem constituir, como tais, motivo válido para o término de uma relação de trabalho.

C.156, Artigo 8

Estas quatro categorias mostram que quanto mais os dispositivos de convenções reconhecem claramente direitos subjetivos, mais parece possível usar esses dispositivos para solucionar um litígio diretamente. Ao contrário, quanto mais descemos na lista e quanto mais os dispositivos exigem desenvolvimento legislativo para completá-los ou implementá-los, mais difícil é resolver um processo fundamentando-se apenas nesses dispositivos.

Para referir-nos a um termo analisado na *Parte 1*, a primeira categoria diz respeito a dispositivos cuja natureza autoexecutável ou diretamente aplicável é indiscutível. Assim, nos países monistas, seria difícil questionar a opção que o tribunal tem de basear suas decisões diretamente nesses dispositivos para solucionar um litígio.

Abaixo temos um exemplo da resolução direta de um litígio com base em um dispositivo da primeira categoria.

País: França

Castanié v. Dame veuve Hurtado, Cour de Cassation, Divisão de Recursos, Req. 27 de fevereiro de 1934

A *Cour de Cassation* francesa aplicou diretamente o Artigo 1 da Convenção da OIT sobre Igualdade de Tratamento (Acidentes de Trabalho) (No. 19)⁴⁰ para dar a um trabalhador de nacionalidade espanhola os benefícios da legislação francesa sobre acidentes de trabalho e declarar que o artigo da lei que dispõe uma solução contrária deveria ser revogado.

Mas e as três outras categorias? Podem permitir que os tribunais solucionem certos litígios apenas com base nelas? Mesmo se diminuem, à medida que se desce na lista, as possibilidades de solucionar litígios diretamente, não desaparecem por completo, pois a capacidade

⁴⁰ Convenção sobre Igualdade de Tratamento (Acidentes de Trabalho), 1925 (No. 19). O Artigo 1(1) da Convenção diz o seguinte: "Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente Convenção comprometem-se a conceder aos nacionais de qualquer outro Membro que tenha ratificado a dita Convenção que forem vítimas de acidentes de trabalho ocorridos em seu território ou em território sob sua dependência, o mesmo tratamento assegurado aos seus próprios acidentados em matéria de indenização por acidentes de trabalho."

de um dispositivo internacional solucionar diretamente um litígio também depende dos fatos do processo em questão.

IV.B. A capacidade dos dispositivos de convenções de solucionar diretamente um litígio também depende do tema do litígio

Pode parecer que este título afirma o óbvio, mas esta questão é raramente debatida em estudos sobre a aplicabilidade judicial das NITs. Um artigo de uma convenção internacional, por si só, pode parecer insuficientemente específico para solucionar um litígio que implique a determinação detalhada dos direitos de um trabalhador; contudo, o mesmo artigo pode ser suficientemente claro para afirmar que um dispositivo do direito interno ou uma decisão administrativa que o contradigam são inválidos ou inconstitucionais. Portanto, há certos tipos de litígio em que os dispositivos internacionais que exigem desenvolvimento legislativo para serem plenamente operacionais – e que, portanto, pertencem a outras categorias, não à primeira – podem, mesmo assim, ser suficientemente claros para propiciar uma solução. Pode ser o caso dos dois tipos seguintes de situação em particular: no caso da ausência de um dispositivo interno que especifique o conteúdo de um direito assegurado por instrumento internacional, e no caso de contradição entre o direito ou os usos internos e o direito internacional.

Se não houver um dispositivo interno que regule o exercício de um direito assegurado por um instrumento internacional, diversas categorias de dispositivos podem, em certos casos, permitir que os tribunais proporcionem uma resposta ao litígio que devem solucionar. Esse pode ser o caso de medidas da segunda ou terceira categoria assegurando direitos subjetivos cujo conteúdo pode, no entanto, ser especificado pelo direito interno. E se o Estado não adotar essa regulamentação, deverá o direito subjetivo assegurado pelo instrumento internacional permanecer sem efeito no direito interno? Segundo a competência do tribunal em questão e segundo as regras específicas de cada sistema jurídico, talvez seja possível utilizar diretamente o dispositivo internacional para assegurar o benefício do direito subjetivo à pessoa a quem se aplica⁴¹.

País: Costa Rica

Tribunal Superior de Justiça, Câmara Constitucional, 8 de outubro de 1993, Decisão No. 93-5000

Na ausência de um dispositivo expresso do Código Trabalhista⁴², o Superior Tribunal de Justiça da Costa Rica baseou-se no Artigo 1 das Convenções Nos. 98⁴³ e 135⁴⁴, que exigem que os Estados assegurem proteção efetiva e adequada contra a discriminação antissindical, para reconhecer uma proteção reforçada que beneficie os representantes dos trabalhadores, inclusive, *inter alia*, o direito de reintegração no caso de demissão sem justa causa.

⁴¹ Quanto aos dispositivos pertinentes à quarta categoria acima, na ausência de dispositivo nacional que implemente as medidas dispostas por uma convenção da OIT, Geraldo Von Potobsky contempla a possibilidade de responsabilizar “verticalmente” o Estado por omissão na não aplicação da convenção internacional. Essa linha de pensamento se baseia na jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça. No processo *Andrea Francovich v. República Italiana*, o Tribunal decidiu responsabilizar o Estado italiano pela não aplicação das medidas previstas pela Diretiva do Conselho da Europa 80/987/EEC de 20 de outubro de 1980 relacionada com a proteção dos empregados em caso de insolvência do empregador.

⁴² O Artigo 70 do Código Trabalhista da Costa Rica dizia apenas que o empregador não podia obrigar os trabalhadores a desfilarem-se de sua organização sindical.

⁴³ Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98).

⁴⁴ Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135).

Caso haja contradição entre o direito interno e o internacional, dependendo dos poderes do tribunal em questão e da posição do direito internacional na hierarquia de normas no plano interno, os dispositivos internacionais, seja qual for sua categoria, poderiam ser usados para invalidar o dispositivo ou uso interno que contradiga as obrigações internacionais do Estado.

Nessas circunstâncias, é provável que até um dispositivo programático seja suficientemente claro para solucionar o litígio apresentado ao tribunal⁴⁵.

País: Costa Rica

José Manuel Paniagua Vargas e outros funcionários da Comissão Nacional para Questões Indígenas v. Ministério da Cultura, Juventude e Esportes e a Comissão Nacional para Questões Indígenas (CONAI), Superior Tribunal de Justiça da Costa Rica, Divisão Constitucional, 16 de janeiro de 1998, Res: No. 0241-98, Processo: No. 5325-V-97.

Com base no Artigo 4 da Convenção No. 169 da OIT⁴⁶, em virtude da qual os Estados se comprometem a adotar medidas especiais para salvaguardar povos indígenas e tribais, o Superior Tribunal da Costa Rica invalidou a decisão de reduzir o orçamento da Comissão Nacional para Questões Indígenas em 85%.

“Desde a ratificação desse instrumento internacional pela Costa Rica, o Estado costarricense passou a tomar medidas especiais relativas às questões de que trata o citado Artigo 4. Este compromisso deve ser encarado como atividade permanente, destinada a salvaguardar esses grupos étnicos minoritários e, *inter alia*, suas instituições, propriedades, trabalho e meio ambiente contra a influência da nossa população e sua cultura.

Essas medidas especiais devem indicar que o Estado é proibido de abandonar ou deixar em situação difícil uma instituição pública cuja finalidade é tornar-se fórum de discussões e iniciativas relativas às questões indígenas do país.”

IV.C. A utilização de convenções e recomendações internacionais do trabalho como auxílio à interpretação ou como fonte de inspiração

Como vimos na *Parte 1* do Manual, os tribunais nacionais também podem utilizar indiretamente o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio, por exemplo para fins de interpretação, com vistas a especificar o sentido e o âmbito de um dispositivo do Código Trabalhista, ou como fonte de inspiração para o reconhecimento de princípios jurisprudenciais.

Na *Parte 1*, explicamos que esse tipo de utilização não só é possível em todos os sistemas jurídicos, tanto monistas como dualistas, mas também que as situações que podem dar margem a esse uso provavelmente sejam mais numerosas do que as que permitem a resolução direta de um litígio com base no direito internacional. Já que contribui indiretamente para a resolução de um litígio, o dispositivo internacional só precisa esclarecer ou reforçar o raciocínio do tribunal que proferirá sua decisão baseada principalmente em outra fonte de direito. Portanto, já não é mais necessário que o dispositivo seja “diretamente operacional”,

⁴⁵ Além disto, pode-se considerar que esse raciocínio está refletido no conteúdo da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111). Por um lado, o Artigo 2 estabelece a obrigação programática de implementar uma política geral para combater a discriminação. Por outro lado, segundo o Artigo 3(c), essa obrigação programática exige a revogação imediata de qualquer dispositivo ou prática estatutária incompatível com os objetivos dessa política, dispositivo este que pode ser considerado como base suficientemente clara para declarar inválido qualquer dispositivo interno que seja incompatível com os princípios estabelecidos pela Convenção.

⁴⁶ Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989 (No. 169).

isto é, que o seu conteúdo seja suficientemente específico para permitir a resolução do litígio tendo-o como único fundamento. Todas as quatro categorias de dispositivos ressaltadas na seção anterior podem, portanto, potencialmente ser usadas para fins de interpretação ou como fonte de inspiração. Além disso, também não é mais necessário que o dispositivo internacional utilizado com fins interpretativos ou como fonte de inspiração faça parte de um instrumento legalmente vinculante, já que, uma vez mais, não será o fundamento jurídico direto da decisão. Assim sendo, artigos de convenções ratificadas ou não ou de recomendações ou mesmo de códigos de prática *a priori* podem ser usados.

Como ilustração, veremos abaixo diversos exemplos não exaustivos de diferentes tipos de dispositivos de convenções ou recomendações que podem auxiliar indiretamente os tribunais nacionais a solucionar litígios.

IV.C.1. A possibilidade de utilizar dispositivos que estabelecem definições para fins de interpretação ou inspiração

Muitos dispositivos de convenções e recomendações da OIT que estabelecem definições de noções jurídicas podem, quando utilizados pela legislação interna, ser utilizados para especificar o sentido e o âmbito dessas noções.

Vejamos alguns exemplos desses dispositivos.

Trecho da Convenção sobre Igualdade de Remuneração, 1951 (No. 100)

Para os fins da presente Convenção:

a) o termo “remuneração” inclui o salário ou o tratamento ordinário, de base ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou “in natura” pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último;

C.100, Artigo 1(a)

Trecho da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)

a) Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende:

Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

C.111, artigo 1(1)(a)

As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

C. 111, Artigo 1(2)

Nota: todas as definições tiradas de convenções e recomendações da OIT podem ser encontradas no site da Organização⁴⁷.

⁴⁷ Ver: <http://www.ilo.org/ilolex/english/defE.htm>.

A seguir, temos um exemplo do uso jurisprudencial de artigos que estabelecem definições.

País: Austrália

Commonwealth of Australia v. Comissão de Direitos Humanos e Igualdade de Oportunidades, Tribunal Federal Australiano, 15 de dezembro de 2000, [2000] FCA 1854

Nesta decisão, o Tribunal Federal Australiano baseou-se na definição da noção de discriminação estabelecida no Artigo 1(a) da Convenção No. 111⁴⁸ e na interpretação deste dispositivo por organismos de supervisão da OIT para especificar que os casos de discriminação indireta eram proibidos pela legislação australiana.

IV.C.2. A possibilidade de usar dispositivos que estabelecem princípios gerais ou objetivos programáticos para fins de interpretação ou inspiração

Os dispositivos das convenções e recomendações da OIT que estabelecem princípios gerais ou objetivos programáticos para os Estados, que podem não ser considerados como diretamente operacionais em si, podem, contudo, ser guias úteis para os tribunais na resolução de ambiguidades do direito interno ou como apoio à avaliação da constitucionalidade de um dispositivo interno.

Abaixo vemos um exemplo do uso interpretativo dos dispositivos que estabelecem princípios gerais ou objetivos programáticos.

País: Alemanha

Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, 18 de novembro de 2003, 1 BvR 302/96

Neste caso, relativo à validade do sistema de seguro-maternidade em que o empregador tem de pagar diretamente uma parte do benefício à empregada, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha determinou que este método de financiamento era inconstitucional, pois, na prática, poderia incentivar a discriminação contra a mulher. Em sua decisão, o Tribunal não só reforçou esta maneira de pensar ao referir-se aos objetivos da Convenção No. 111, segundo a qual o Estado se compromete a implementar uma política destinada a assegurar a igualdade no emprego e na profissão não só na lei, mas também na prática.

IV.C.3. A possibilidade de usar dispositivos das recomendações da OIT que sugerem métodos de aplicação para fins de interpretação ou inspiração

Por fim, essas ilustrações não pretendem ser exaustivas, mas, quando as recomendações da OIT sugerem maneiras de assegurar a efetiva observância de princípios e direitos estabelecidos nas convenções correspondentes, esses dispositivos podem, uma vez mais, servir de guias para que os tribunais nacionais determinem quais são os arranjos jurídicos aplicáveis aos direitos e princípios do direito interno.

⁴⁸ Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

País: Espanha

Tribunal Constitucional, Segunda Divisão, 23 de novembro de 1981, No. 38/1981

Em um processo relacionado com a demissão de candidatos a representantes dos trabalhadores, o Tribunal Constitucional teve de determinar se a proteção constitucional da liberdade sindical exigia a atribuição do ônus da prova em casos em que se alegava discriminação antissindical. Para responder afirmativamente a esta pergunta, a Corte baseou-se, sobretudo, no parágrafo 6(2)(e) da Recomendação No. 143 da OIT⁴⁹.

O Tribunal decidiu que, mesmo não sendo juridicamente vinculantes, as recomendações da OIT eram fonte de inspiração para as convenções internacionais do trabalho e que, portanto, podiam ser usadas indiretamente para interpretar os dispositivos da Constituição espanhola relativos aos mesmos direitos e princípios.

⁴⁹ Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 143).

Recursos

Referências bibliográficas

- Beaudonnet, X.: 'La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales', in *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, July 2006 [disponível apenas em espanhol]
- : 'L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes', *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, Bordeaux, 2005 [disponível apenas em francês]
- Cairola, E.; Chiarabini, A.: *International Labour Standards, a Trade Union training guide* (ITC-ILO, Turim, 1998)
- International Labour Office: *Handbook of procedures relating to International Labour Conventions and Recommendations* (Genebra, rev. 2006)
- : *The Role of International Labour Standards in the Work of Southern African Labour Courts*, Trabalho preparatório (Southern Africa Multidisciplinary Advisory Team of the ILO, Harare, 1999)
- : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 78a Sessão, Genebra, 1991, relatório III(1A)
- : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 77 Sessão, Genebra, 1990, relatório III(1A)
- : *Memorandum of the International Labour Office on reservations in connection with multilateral Conventions*, (31 de dezembro de 1951), *Official Bulletin*, vol. XXXIV, No. 3
- ITC-ILO: *Use of International Law by Domestic Courts, Compendium of Court Decisions* (Turim, dezembro de 2007)
- : *Guide to international labour standards* (Turim, 2008)
- Jackson, J.H.: 'Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis', *American Journal of International Law*, abril de 1992
- Jenks, C. W.: *Flexibility in International Labour Conventions* (abril de 1960)
- Leary, V.: *International Labour Conventions and National Law* (Martinus Nijhoff Publishers, Haia-Boston-Londres, 1982)
- Molina, C.E.: *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano* (Temis, Bogotá, 2005) [disponível apenas em espanhol]
- Politakis, G. P.: 'Deconstructing flexibility in international labour conventions', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (Secretaria Internacional do Trabalho, Genebra, 2004)
- Raimondi, G.: 'Réserves et Conventions internationales du travail', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (Secretaria Internacional do Trabalho, Genebra, 2004) [disponível apenas em francês]
- Servais, J.M.: *Les normes internationales du travail* (LGDJ, Paris, 2004)
- Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: 'The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (Secretaria Internacional do Trabalho, Genebra, 2004)

- Valticos, N.: *Les sources du droit international du travail* (Daloz, Paris, 1982) [disponível apenas em francês]
- Valticos, N.: 'Diversité des situations nationales et unité du droit international du travail', In: *In Memoriam Zvi Bar-Niv, Collection of Essays on Labour Law* (Ramot Publishing Co., Tel Aviv, 1987) [disponível apenas em francês]
- Valticos, N.; Rossillion, C.: *Différentes normes établies par l'OIT* (Daloz, Paris, 1988) [disponível apenas em francês]
- Valticos, N.; Von Potobsky, G.: *International Labour Law*, Segunda edição revisada (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1995)
- Von Potobsky, G.; Bartolomei de la Cruz, H.G.: *Las normas internacionales del trabajo, naturaleza jurídica, características e interpretación* (Astrea, Buenos Aires, 1990) [disponível apenas em espanhol]
- Von Potobsky, G.: 'Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (Secretaria Internacional do Trabalho, Genebra, 2004) [disponível apenas em espanhol]
- : 'Los Convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?', In: *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbajelata*, Fundación de cultura universitaria, Montevideu, 1997 [disponível apenas em espanhol]

Documentos

■ Organização Internacional do Trabalho

Constituição da OIT, 1919

Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT, 1998

Código de Prática da Secretaria Internacional do Trabalho sobre a Proteção de Dados Pessoais de Trabalhadores, 1997

Código de Prática da Secretaria Internacional do Trabalho sobre o HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho, 2001

Código de Prática da Secretaria Internacional do Trabalho sobre o Tratamento das Deficiências no Local de Trabalho, 2002

■ Outros

Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados, 1969

Links da Internet

■ OIT

Site da OIT: www.ilo.org

Convenções e protocolos da OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

Recomendações da OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

Relatórios Gerais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/english/ceacrrpsq.htm>

Estudos Gerais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>

ILOLEX, base e dados que contém o texto integral das convenções e recomendações da OIT, listas de ratificações, comentários da Comissão de Peritos e do Comitê de Liberdade Sindical, exame de casos pelo Comitê da Conferência, queixas, casos, estudos gerais e muitos outros documentos relacionados: <http://www.ilo.org/ilolex/english/index.htm>

Capítulo 2

O trabalho dos organismos de controle da OIT

I. Introdução

Uma das características-chave das normas da OIT são os mecanismos de supervisão que lhes dão apoio. A OIT não apenas desenvolve e adota convenções e recomendações internacionais, mas também se assegura, por meio de vários organismos de supervisão, cujo trabalho se baseia mais no diálogo e na pressão pacífica do que em sanções, de que sejam implementadas. Do ponto de vista jurídico, não existe tribunal internacional dentro da OIT que tome decisões vinculantes a respeito da aplicação de normas da OIT pelos Estados Membros⁵⁰. Contudo, o trabalho dos organismos de supervisão é uma ferramenta jurídica extremamente importante quando se trata de utilizar as normas internacionais do trabalho (NIT) em tribunais e de assegurar-se de que a legislação interna seja conforme ao direito internacional do trabalho.

Em vista de seus objetivos judiciais, este Capítulo se concentrará mais no resultado do trabalho dos organismos de supervisão do que no procedimento que regem seu modo de operação. Na mesma linha, o Manual enfatizará o trabalho dos organismos de supervisão da OIT que têm mais probabilidade de ser usados como referência frequente para solucionar litígios trabalhistas no plano interno dos países. Este capítulo tratará, sobretudo, do trabalho da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações e do Comitê de Liberdade Sindical. Os outros organismos de supervisão da OIT serão descritos de forma menos detalhada. A natureza jurídica das funções da Comissão de Peritos, a natureza “quase judicial” do Comitê de Liberdade Sindical e a continuidade no tempo dessas duas organizações permitiram que criassem um corpo de princípios que é ao mesmo tempo abrangente e consistente, o que o torna extremamente útil para juízes e advogados nacionais.

A utilidade do trabalho dos organismos de supervisão da OIT para a melhor compreensão do sentido e do âmbito dos dispositivos de Convenções e Recomendações internacionais do trabalho

Os organismos de supervisão da OIT são capazes de especificar o sentido e o âmbito dos dispositivos das normas internacionais do trabalho por meio do monitoramento de seu cumprimento pelos Estados Membros. Suas constatações e decisões são, portanto, uma fonte central de inspiração e interpretação para juízes e advogados entenderem os instrumentos da OIT e aplicarem seu próprio direito interno.

A utilidade do trabalho dos organismos de supervisão da OIT na avaliação da compatibilidade entre direito interno e internacional do trabalho

Por meio dos comentários e recomendações que os organismos de supervisão dirigem aos vários Estados Membros, os juízes e advogados nacionais podem identificar os elementos de seu próprio direito interno que não são totalmente coerentes com os instrumentos internacionais aplicáveis aos seus países e, também, refletir sobre a maneira como podem assegurar que o seu direito interno seja interpretado da maneira mais coerente possível com os compromissos internacionais do seu país.

⁵⁰ O Artigo 37(2) da Constituição da OIT faculta a criação de um tribunal que possa ser consultado a respeito da interpretação de convenções internacionais do trabalho e da Constituição da OIT. Esse tribunal não foi criado até hoje.

II. Mecanismos e organismos de supervisão da OIT

A OIT tem dois tipos principais de mecanismos para supervisionar a aplicação das normas internacionais do trabalho pelos Estados Membros. O primeiro é conhecido como “regular”, porque se baseia em análises dos relatórios que os Estados devem entregar à OIT com uma determinada periodicidade, e diz respeito, sobretudo, às convenções que ratificaram⁵¹. O segundo, conhecido como “especial”, baseia-se na apresentação de representações ou queixas à OIT contra um Estado Membro.

II.A. Supervisão periódica da aplicação de normas internacionais do trabalho

Obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre Convenções ratificadas

A supervisão periódica da aplicação de normas internacionais do trabalho baseia-se principalmente na apresentação regular pelos Estados Membros de relatórios sobre as convenções que ratificaram. Em virtude do Artigo 22 da Constituição da OIT⁵², requer-se que os Estados informem à OIT a maneira como levam a efeito, tanto na lei quanto na prática, as obrigações das convenções de que são partes. Desde 1993, por decisão do Conselho de Administração da OIT, esses relatórios devem ser apresentados a cada dois anos, no caso de 12 convenções fundamentais e prioritárias⁵³, e a cada cinco anos no caso das demais. Na prática, são os governos que, como representantes do Estado junto às organizações internacionais, produzem esses relatórios para a OIT. Apontemos aqui que os Estados devem incluir em seus relatórios as decisões judiciais pertinentes por meio das quais os tribunais asseguram o cumprimento das convenções ratificadas.

Além disso, com base no Artigo 23(2) da Constituição da OIT⁵⁴, entidades patronais e organizações de trabalhadores têm o direito de opinar sobre os relatórios do governo, e também podem enviar diretamente à OIT suas observações a respeito da aplicação de convenções ratificadas.

Obrigação de apresentar relatórios sobre certas Convenções e Recomendações não ratificadas

Além da obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre cada convenção ratificada, o Artigo 19(5) da Constituição da OIT⁵⁵ permite que o Conselho de Administração peça

⁵¹ Contudo, será visto que, em virtude do Artigo 19(5)(e) da Constituição da OIT, o Conselho de Administração também pode pedir aos Estados relatórios sobre convenções e recomendações não ratificadas. Esse dispositivo é a base jurídica dos Estudos Gerais produzidos pela Comissão de Peritos, cada ano sobre um tema diferente.

⁵² Artigo 22 da Constituição da OIT: “Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho.”

⁵³ Convenções principais que devem ser objeto de relatório a cada dois anos: Convenções No. 87 e No. 98 (Liberdade de Associação e Negociação Coletiva); Convenções No. 29 e No. 105 (Trabalho forçado); Convenções No. 138 e No. 182 (Trabalho Infantil); Convenções No. 100 e No. 111 (Igualdade de Oportunidade e Tratamento). Convenções consideradas prioritárias e que também exigem relatório a cada dois anos: Convenção No. 122 (Política de Emprego); Convenção No. 144 (Consulta Tripartite); Convenções No. 81 e No. 129 (Fiscalização do Trabalho).

⁵⁴ Artigo 23(2) da Constituição da OIT: “Os Estados-Membros remeterão às organizações representativas, reconhecidas como tais, para os fins mencionados no art. 3º, cópia das informações e dos relatórios transmitidos ao Diretor-Geral, de acordo com os arts. 19 e 22.”

⁵⁵ Artigo 19(5)(e) da Constituição da OIT: “quando a autoridade competente não der seu assentimento a uma convenção, nenhuma obrigação terá o Estado-Membro a não ser a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho - nas épocas que o Conselho de Administração julgar conve-

aos Estados Membros que apresentem relatórios relativos às convenções que ainda não ratificaram e às recomendações internacionais do trabalho. Na prática, o Conselho de Administração seleciona uma convenção ou grupo de convenções e recomendações sobre um tema específico a cada ano. Os Estados Membros que não tiverem aderido às convenções em questão devem explicar como implementarão, tanto na lei como na prática, o conteúdo dessas normas e os obstáculos que impedem sua ratificação⁵⁶.

Ambos os tipos de relatório descritos acima (convenções ratificadas/não ratificadas e recomendações) são submetidos a duas supervisões sucessivas, uma de natureza jurídica, feita pela Comissão de Peritos e, outra, com base no diálogo tripartite, realizada pela Comissão de Aplicação de Normas da Conferência. Como já apontamos, o Manual enfocará principalmente a supervisão efetuada pela Comissão de Peritos.

II.A.1. Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações

Como já foi dito, a Comissão de Peritos é um organismo potencialmente muito útil para juízes e advogados nacionais. Desde sua criação, mais de 80 anos atrás, a Comissão de Peritos tem desenvolvido uma “jurisprudência” muito abrangente a respeito do conteúdo de convenções e recomendações da OIT. Após uma breve apresentação da estrutura desse organismo e seus métodos de trabalho, este capítulo se concentrará nas principais decisões do Comitê e nos documentos disponíveis para juízes e advogados.

II.A.1.a. Composição e mandato da Comissão de Peritos

Criado em 1926 pelo Conselho de Administração em virtude de resolução da Conferência Internacional do Trabalho, a Comissão de Peritos é composta de vinte juristas independentes de altíssimo nível, tais como juízes ou ex-juízes da Corte Internacional de Justiça, juízes de Tribunal Superior ou professores eminentes. Esses peritos são escolhidos por sua capacidade técnica e total independência e imparcialidade. São designados pelo Conselho de Administração sob recomendação do Diretor Geral. O seu mandato é renovável a cada três anos⁵⁷. Além disso, para garantir que a Comissão de Peritos seja tão abrangente quanto as normas cuja implementação tem de monitorar, não se poupam esforços para assegurar-se de que represente os vários sistemas jurídicos, sociais e culturais existentes no mundo.

A Comissão de Peritos reúne-se anualmente, por cerca de três semanas, para analisar os relatórios de governos e observações de parceiros sociais em relação às convenções ratificadas por seus países (Artigos 22 e 23 da Constituição da OIT), e os relativos à convenção ou grupo de instrumentos escolhidos como temas de relatório dos países que ainda não os ratificaram (Artigo 19(5) da Constituição da OIT)⁵⁸. A Comissão de Peritos conta com a assistência dos funcionários da Organização Internacional do Trabalho, que produzem um

nientes - sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a convenção. Deverá, também, precisar nessas informações até que ponto aplicou, ou pretende aplicar, dispositivos da convenção, por intermédio de leis, por meios administrativos, por força de contratos coletivos, ou, ainda, por qualquer outro processo, expondo, outrossim, as dificuldades que impedem ou retardam a ratificação da convenção.”

⁵⁶ Como mostraremos de forma detalhada mais adiante, esses relatórios são submetidos a exame anual pela Comissão de Peritos no contexto de um Estudo Geral.

⁵⁷ Na prática, esses mandatos costumam ser renovados diversas vezes, conferindo experiência e estabilidade à Comissão de Peritos. Mas, pouco tempo atrás, os peritos decidiram voluntariamente limitar sua participação na Comissão de Peritos a um máximo de 15 anos para evitar que esse perca vitalidade.

⁵⁸ Conforme o seu mandato, a Comissão de Peritos também deve examinar as informações relacionadas com a apresentação das convenções e recomendações às autoridades competentes da nação para sua aprovação em virtude do Artigo 19 da Constituição da OIT.

estudo inicial dos relatórios recebidos e também proporcionam aos peritos fontes adicionais de informação⁵⁹.

Deve-se ressaltar que os métodos de trabalho da Comissão de Peritos baseiam-se nos princípios gerais do processo judicial, tal como o princípio do contraditório. Quando recebe um comentário de uma entidade patronal ou organização de trabalhadores a respeito da aplicação de uma convenção ratificada, a Comissão de Peritos não emite o seu parecer antes de dar ao governo a opção de apresentar sua própria opinião a respeito do assunto. Além disso, os peritos não participam de deliberações relacionadas com seu país de origem.

II.A.1.b. As decisões e publicações da Comissão de Peritos que são mais úteis a juizes e advogados nacionais

II.A.1.b.i. Observações da Comissão de Peritos sobre a aplicação de Convenções ratificadas por Estados Membros

Quando termina o exame dos relatórios de governos e observações apresentadas pelos parceiros sociais a respeito de convenções ratificadas, a Comissão de Peritos envia dois tipos de comentários aos governos: observações ou solicitações diretas.

Observações da Comissão de Peritos

As observações são publicadas no Relatório Anual da Comissão de Peritos⁶⁰. Na maioria dos casos, a Comissão utiliza essas observações para informar o Estado Membro da existência de dificuldades graves ou persistentes na aplicação de uma convenção ratificada. As observações também podem indicar o progresso feito por um país para assegurar que as obrigações decorrentes de uma convenção sejam observadas.

⁵⁹ Tais como comentários de outros organismos de supervisão da OIT e da ONU, ou mesmo informação reunida pelos escritórios descentralizados da OIT.

⁶⁰ O relatório anual da Comissão de Peritos consiste das seguintes três partes: A Parte I, que é o Relatório Geral, apresenta um panorama do trabalho da Comissão de Peritos e chama a atenção do Conselho de Administração, da Conferência Internacional do Trabalho e dos Estados Membros para questões de interesse geral ou preocupações especiais; a Parte II contém as observações sobre a aplicação das NIT pelos Estados Membros e sobre a apresentação das NIT às autoridades competentes para sua aprovação (relatório III (1A)); a Parte III, publicada como volume separado, é um Estudo Geral da legislação e da política nacionais relacionadas com as convenções e recomendações objeto do estudo, de acordo com o Artigo 19 da Constituição da OIT (relatório III (1B)). O Relatório Anual da Comissão de Peritos é publicado em março de cada ano. Pode ser obtido no site da OIT.

Observação da Comissão de Peritos indicando a falta de conformidade entre a legislação interna e o conteúdo de uma convenção ratificada**Trecho da observação de 2005 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da convenção No. 100 pelas Filipinas**

Artigo 1(b) da Convenção. Trabalho de igual valor. Por alguns anos, a Comissão notou que a seção 5(a) das Normas de 1990 que regulamentavam a Lei da República No. 6725 de 12 de maio de 1989, que definia trabalho de valor igual como sendo “atividades, empregos, tarefas, deveres ou serviços [...] que são idênticos ou substancialmente idênticos”, parecia restringir a aplicação do princípio de remuneração igual para trabalhadores e trabalhadoras cujos trabalhos sejam essencialmente os mesmos – conceito mais estreito do que exigido pela Convenção. A Comissão recordou, neste sentido, que uma emenda proposta à Seção 135(a) do Código Trabalhista previa a igualdade de remuneração para homens e mulheres “por trabalho de igual valor quer a natureza do trabalho ou das tarefas seja igual ou diferente”. Apontando que o Governo apenas declara em sua resposta que tomou nota da observação da Comissão, este frisa que, embora não haja obrigação geral de promulgar legislação, os dispositivos legislativos existentes que não sejam plenamente conformes ao dispositivo da Convenção devem ser emendados para ajustar-se ao sentido desta. Portanto, a Comissão espera que o governo envide seus melhores esforços para adotar a emenda proposta ao Código Trabalhista ou emendar sua regulamentação, de tal maneira que se torne conforme ao Artigo 1(b) da Convenção.

Fonte: OIT: *Relatório da Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 93ª Sessão, Genebra, 2005, Relatório III(1A)

Observação da Comissão de Peritos indicando a falta de conformidade entre certas práticas e o conteúdo de uma convenção ratificada**Trecho da observação de 2005 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da Convenção No. 100 pelas Filipinas**

Para os fins desta Convenção, a expressão “trabalho forçado ou compulsório” significa todo trabalho ou serviço que é exigido de qualquer pessoa sob a ameaça de qualquer sanção e para cujo desempenho essa pessoa não tenha se oferecido voluntariamente. A Comissão nota que, no caso dos empregados do setor público, a recusa de trabalhar além do horário normal acarreta a perda do emprego. No setor privado, nos casos de empresas que determinam o pagamento estabelecendo metas de desempenho, a obrigação de trabalhar além do horário normal baseia-se na necessidade de conseguir ganhar o salário mínimo. Em todos esses casos, o denominador comum é a imposição de trabalho ou serviço, e o trabalhador só tem a possibilidade de “livrar-se” dessa imposição abandonando o emprego ou aceitando a demissão como sanção pela recusa em executar esse trabalho. Em sua observação do ano passado sobre esta questão, a Comissão notou que, em tese, os trabalhadores têm a escolha de não trabalhar além da jornada normal, mas a escolha não é real na prática em vista de sua necessidade de ganhar pelo menos o salário mínimo ou manter o emprego, ou por ambas as razões. A Comissão considera que, em tais casos, o trabalho ou serviço é imposto sob a ameaça de sanção. A Comissão espera que o governo forneça informações sobre as medidas tomadas para assegurar o cumprimento dos dispositivos da Convenção a este respeito.

Fonte: OIT: Relatório da Comissão de Peritos, 2005, *op. cit.*

Observações da Comissão de Peritos e jurisprudência do Estado Membro

A jurisprudência interna é um fator importante que ajuda a Comissão de Peritos a determinar se o ordenamento jurídico de um país é ou não conforme aos dispositivos de convenções internacionais ratificadas. As observações da Comissão de Peritos podem, dependendo das circunstâncias, enfatizar o papel ativo da jurisprudência na implementação de uma convenção ou, ao contrário, indicar que certas decisões de tribunais não parecem coerentes com as obrigações decorrentes de convenções ratificadas.

Observações da Comissão de Peritos enfatizando o papel ativo dos tribunais nacionais em relação a convenções ratificadas

Trecho da observação de 2005 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da Convenção No. 87 pelo México

Em relação ao ponto iii), que diz respeito à proibição da reeleição nos sindicatos, o Comitê observa que a indicação do governo de que a TFCA aplica a decisão No. CXVII/2000 do Superior Tribunal de Justiça, que fundamenta a Seção 75 da Lei Federal sobre os Empregados do Estado, que proíbe a reeleição de líderes sindicais, está em contravenção com a liberdade sindical estabelecida pelo artigo 123 da Constituição, e que haviam sido observados casos de reeleição em vinte sindicatos. Neste sentido, a Comissão solicita ao governo modificar a Seção 75 segundo o que indica a jurisprudência, para que esta fique conforme a Convenção e aos usos correntes.

Trecho da observação de 2005 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da Convenção No. 100 por Madagascar

Artigos 1 e 2 da Convenção. Dispositivo discriminatório em acordo coletivo. A Comissão recorda as observações feitas pelo Sindicato do Pessoal de Bordo da Aviação Comercial (PNC) da companhia Air Madagascar em relação à desigualdade de remuneração decorrente da diferença na idade da aposentadoria de homens e mulheres, que, segundo o acordo coletivo aplicável, é de 50 anos para os homens e de 45 para as mulheres. A Comissão apontou que o Conselho de Arbitragem do Tribunal de Primeira Instância de Antananarivo emitiu sua decisão a este respeito em 18 de novembro de 1997, declarando que o dispositivo pertinente do acordo coletivo é inaplicável porque constitui discriminação baseada em sexo. A Comissão concordou com esta conclusão e incentivou o governo a envidar esforços no sentido de resolver a situação em conformidade com os princípios de igualdade. Neste sentido, a Comissão nota a indicação do governo de que sua observação fora apresentada à Air Madagascar. A Comissão também nota que, nesse meio tempo, o Superior Tribunal da República de Madagascar determinou, em sua decisão de 5 de setembro de 2003 relativa ao caso *Dugain e outros v. Air Madagascar*, que os tribunais podem anular dispositivos de acordos coletivos quando estes forem contrários à ordem pública ou a convenções internacionais que protegem os direitos da mulher, inclusive a Convenção No. 111. O processo foi devolvido ao tribunal inferior. A Comissão dá bom acolhimento a esta decisão e solicita ao Governo que inclua em seu próximo relatório informações a respeito do resultado desse processo, inclusive as decisões judiciais pertinentes, e de seu impacto sobre a situação do emprego e da remuneração dos empregados e empregadas em questão.

Fonte: OIT: Relatório da Comissão de Peritos, 2005, *op. cit.*

Observação da Comissão de Peritos apontando as dificuldades na aplicação de uma convenção ratificada decorrentes de certas decisões de tribunais

Trecho da observação de 2004 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da Convenção No. 98 pela Costa Rica

Restrições ao direito interno de negociação coletiva no setor público, inclusive para empregados que não trabalham na administração do Estado, como resultado de várias decisões de tribunais

Em sua observação anterior, a Comissão notou que, segundo o relatório da missão de assistência técnica de setembro de 2001, há motivos concretos, inclusive a opinião sustentada pelo Presidente da Câmara Constitucional, para crer-se que as decisões da Câmara Nos. 2000-04453 de 24 de maio de 2000 e 2000-7730 de 30 de agosto de 2000, bem como o voto de esclarecimento da Câmara (No. 2000-09690) de 1º de novembro de 2000, excluem totalmente a negociação coletiva para todos os empregados do setor público concursados, inclusive os que trabalham em empresas públicas ou comerciais ou em autarquias. A Comissão notou, no contexto desta jurisprudência, o recente Decreto No. 29576-MTSS de 31 de maio de 2000 (regulamentação para a negociação de acordos coletivos no setor público), que só exclui deste direito os servidores públicos de mais alta hierarquia no setor público. Notou também que, de acordo com as recomendações da assistência técnica proporcionada pela OIT, essa regulamentação inclui certos aperfeiçoamentos substanciais em relação à de 1993 (por exemplo, a abolição da comissão de homologação, âmbito subjetivo suficientemente amplo de instruções sobre a negociação apenas de entes públicos e seus representantes) que haviam sido objeto de comentários da missão de assistência técnica de setembro de 2001 com vistas a desenvolver legislação futura; esses comentários enfatizaram certos problemas e questões.

Fonte: OIT: *Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 92ª Sessão, Genebra, 2004, Relatório III(1A)

Solicitações diretas da Comissão de Peritos

Em vez de serem publicadas no relatório anual da Comissão de Peritos, as solicitações diretas são enviadas diretamente ao governo em questão⁶¹. Por meio das solicitações diretas, o Comitê tem primeiro a possibilidade de pedir informações adicionais aos governos para determinar se as obrigações das convenções estão realmente sendo cumpridas. A Comissão também pode usar solicitações diretas para chamar a atenção do Estado Membro sobre dificuldades na aplicação de uma convenção que pode ser submetida a futura observação.

⁶¹ As solicitações diretas podem ser consultadas no site da OIT depois de enviadas aos governos.

Solicitação direta indicando dificuldade na aplicação de uma convenção ratificada

Trecho da solicitação direta de 2005 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da Convenção No. 98 pelo Burundi

Artigos 1, 2 e 3 da Convenção. A Comissão notou que as sanções estabelecidas no Código Trabalhista por violação do *Artigo 1* (proteção de trabalhadores contra atos de discriminação antissindical) e do *Artigo 2* (proteção de organizações de trabalhadores e entidades patronais contra atos de interferência umas nas outras) da Convenção não eram suficientemente dissuasivos para assegurar a aplicação desses dispositivos. O Comitê notou que, segundo o Governo, os dispositivos em questão deviam ser emendados com a cooperação dos parceiros sociais. Em seus comentários, a COSYBU relatou ausência de mecanismo eficaz para assegurar a proteção contra atos de discriminação antissindical. Em seus comentários mais recentes, refere-se a alguns atos de discriminação antissindical. A Comissão espera que o Governo consiga introduzir as emendas necessárias em sua legislação no futuro próximo e solicita-lhe que mantenha o Comitê informado de qualquer progresso neste sentido.

Tanto as observações quanto as solicitações diretas ilustram o método de diálogo que tipifica os mecanismos de supervisão da OIT. O propósito da Comissão de Peritos não é censurar Estados que violam convenções ratificadas, mas recordar-lhes a natureza de suas obrigações e sugerir as medidas mais adequadas a serem tomadas com vistas a sua plena implementação.

Em conclusão, as observações e solicitações diretas da Comissão de Peritos são extremamente úteis para juizes e advogados nacionais porque:

- tornam possível a determinação dos pontos da legislação nacional considerados desconformes com as obrigações internacionais do país;
- para poder verificar se uma convenção está ou não sendo respeitada, a Comissão tem de pronunciar-se a respeito do conteúdo de seus dispositivos e, ao fazê-lo, esclarecer seu sentido e âmbito. Os comentários da Comissão de Peritos são, portanto, uma fonte básica de referência para os tribunais nacionais que desejam aplicar seu direito interno em conformidade com as convenções internacionais ratificadas por seu país.

II.A.1.b.ii. Estudos Gerais da Comissão de Peritos subsequentes aos relatórios apresentados por Países Membros sobre convenções e recomendações não ratificadas

Como já apontamos, o Artigo 19(5)(e) da Constituição da OIT permite que a Organização peça aos Estados Membros que lhe enviem relatórios sobre a implementação de convenções que não ratificaram e sobre recomendações internacionais do trabalho.

Com base nisto, o Conselho de Administração seleciona uma ou mais convenções ou recomendações sobre um tema específico a cada ano. Se o instrumento escolhido for uma Convenção, apenas os Estados que não a tiverem ratificado precisam apresentar relatório sobre sua legislação e prática nessa área, sobre as medidas tomadas para levar a convenção a efeito e sobre os obstáculos que impedem sua ratificação⁶².

A Comissão de Peritos produz um Estudo Geral a cada ano a respeito do tópico selecionado pelo Conselho de Administração a partir desses relatórios e dos que são enviados periodi-

⁶² Os parceiros sociais também podem enviar à OIT suas próprias observações, assim como relatórios a respeito de convenções ratificadas.

camente pelos Estados Membros que ratificaram o instrumento(s) em questão em virtude do Artigo 22 da Constituição⁶³.

O Estudo Geral permite que a Comissão de Peritos empreenda um exame aprofundado do conteúdo das normas analisadas e tome conhecimento da maneira como são implementadas no mundo todo, ressaltando eventuais dificuldades encontradas em sua aplicação e os vários métodos que podem ser usados para resolver essas dificuldades. Esses estudos constituem uma ferramenta essencial para entender e interpretar o conteúdo de convenções e recomendações internacionais do trabalho⁶⁴, e as informações indicadas abaixo podem ser encontradas em todos os estudos gerais.

A Comissão de Peritos examina os vários artigos dos instrumentos analisados em cada estudo e especifica o sentido e o âmbito das obrigações e conceitos que contêm. É muito útil ler esses “esclarecimentos” no caso de convenções ratificadas no intuito de assegurar-se de que a jurisprudência aplica o direito interno em conformidade com as obrigações internacionais do Estado. Mesmo quando o estudo geral diz respeito a convenções não ratificadas por um país, a análise que a Comissão de Peritos faz dos conceitos pertinentes pode servir de base para que juízes e advogados nacionais interpretem seu próprio direito interno.

Especificação do sentido e do âmbito de um artigo de convenção por meio de Estudo Geral da Comissão de Peritos

Definição de discriminação

Toda discriminação – na lei ou na prática, direta ou indireta – se insere no âmbito dos instrumentos de 1958. As normas gerais que introduzem distinções com base em motivos proibidos constituem discriminação na lei. A atitude específica de uma autoridade pública ou de um particular que trata de forma desigual pessoas ou integrantes de um grupo com base em motivos proibidos constitui discriminação na prática.

Discriminação indireta refere-se a situações, regulamentações ou práticas aparentemente neutras mas que, na verdade, acarretam tratamento desigual de pessoas com determinadas características. Ocorre quando a mesma condição, tratamento ou critério é aplicado a todos, mas resulta em impacto desproporcionalmente duro sobre algumas pessoas devido a características tais como raça, cor, sexo ou religião, e sem relação estrita com os requisitos inerentes ao emprego.

Fonte: OIT: *Igualdade no emprego e na profissão. Estudo Especial da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 83a Sessão, Genebra,

1996, Relatório III(4B), parágrafos 25 e 26

Como parte do seu Estudo Geral, a Comissão de Peritos também examina as várias medidas tomadas por Estados Membros no que diz respeito ao conteúdo das normas analisadas. Isto permite que a Comissão se pronuncie sobre se determinadas legislações e práticas nacionais estão em conformidade com as convenções estudadas e sugira as formas mais apropriadas de implementá-las.

⁶³ As versões eletrônicas dos estudos gerais produzidos desde 1985 estão disponíveis no site da OIT e no apêndice deste Manual.

⁶⁴ Mesmo segundo o Artigo 37 da Constituição da OIT, só a Corte Internacional de Justiça pode dar uma interpretação definitiva das convenções internacionais do trabalho, como veremos adiante.

Análise da conformidade de certas legislações e práticas internas com o conteúdo da convenção analisada pelo Estudo Geral

Sanções

(...) é inadequada nos termos do Artigo 1 da Convenção toda legislação que permite que, na prática, o empregador termine o emprego de um trabalhador desde que pague a indenização prevista em lei para qualquer caso dispensa sem justa causa quando o real motivo for filiação ou atividade sindical do trabalhador. A legislação também deve prever meios eficazes para implementar meios de indenização, sendo que a reintegração do trabalhador despedido, inclusive com remuneração retroativa, é o remédio mais apropriado nesses casos de discriminação antissindical.

Fonte: OIT: *Liberdade Sindical e Negociação Coletiva, Estudo geral da Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 92a Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B), parágrafo 224.

Análise da jurisprudência de certos Estados Membros contida em um Estudo Geral

Interpretação do princípio [de pagamento igual por trabalho de igual valor] pelos tribunais
Em alguns países, o avanço na implementação do pagamento igual foi conseguido mais por meio de interpretação judicial do que por ação legislativa. Com base em dispositivos constitucionais ou jurídicos formulados de maneira ampla ou, em outros casos, relativamente restrita, os tribunais de uma série de jurisdições foram responsáveis pelo desenvolvimento de conceitos de “salário igual” e definições de “remuneração” correspondentes aos da Convenção. Já foram mencionadas as situações tanto na República Federal da Alemanha e na Itália (...), onde a aplicação do princípio de pagamento igual para trabalho de igual valor foi claramente explicitada pelos tribunais constitucionais por meio de um corpo de jurisprudência baseado em dispositivos constitucionais gerais, desenvolvidos bem antes da promulgação de legislação que garantisse o direito a salário igual em termos mais detalhados.

Fonte: OIT: *Remuneração Igual, Estudo Geral da Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 72a Sessão, Genebra, 1986, Relatório III(4B), parágrafo 119.

Finalmente, por meio de Estudos Gerais, a Comissão de Peritos também pode pronunciar-se a respeito de determinadas práticas ou situações novas que não foram contempladas quando a convenção analisada estava sendo redigida, mas que poderiam destinar-se a estar dentro de seu âmbito. Portanto, os estudos gerais são uma ferramenta muito útil para sugerir entendimento e aplicação dinâmica de convenções internacionais do trabalho.

Análise de novas práticas ou situações que podem ser incluídas no âmbito da Convenção

Estado de saúde [Nota do Editor: motivo de discriminação não expressamente contemplado pela Convenção No. 111]

O estado de saúde de um trabalhador só deve ser levado em conta pelos empregadores em relação a requisitos específicos de um trabalho em particular, e não ser automaticamente considerado como algo que afeta o direito de acesso ao emprego, ou as condições de trabalho dentro da relação de trabalho (...). O fato de levar-se em conta o estado de saúde física ou mental, passado ou presente, de uma pessoa pode ser uma barreira importante à aplicação do princípio de igual acesso ao emprego. Usar o estado de saúde como razão para negar ou continuar o emprego contradiz o espírito da Convenção, salvo quando houver uma relação muito estreita entre o atual estado de saúde do trabalhador e os requisitos ocupacionais normais de um determinado trabalho. (...)

Fonte: OIT: Estudo especial da Comissão de Peritos, 1996, *op. cit.*, parágrafo 255

II.A.2. Comissão de Aplicação de Normas da Conferência

Esse organismo tripartite da Conferência Internacional do Trabalho, que consiste de diversas centenas de delegados, implementa a segunda etapa do sistema de supervisão periódica da aplicação das normas internacionais do trabalho. Após o exame técnico imparcial da Comissão de Peritos, o trabalho da Comissão de Aplicação de Normas da Conferência dá aos representantes de trabalhadores, empregadores e governos a oportunidade de efetuar um exame conjunto da maneira como os Estados cumprem sua obrigação decorrente de convenções e recomendações da OIT.

A Comissão da Conferência examina e discute os vários elementos do relatório da Comissão de Peritos, particularmente suas observações relativas ao cumprimento da Convenção pelos Estados Membros. A Comissão da Conferência usa essas observações para definir uma lista dos casos mais graves de descumprimento de convenções ratificadas⁶⁵. Inicialmente, os governos em questão podem apresentar respostas escritas à Comissão da Conferência. Com base nessas respostas, a Comissão da Conferência pode decidir pedir informações adicionais aos representantes de certos governos. Esses representantes devem apresentar explicações à Comissão da Conferência como um todo e responder às numerosas perguntas e comentários feitos por delegados de trabalhadores, empregadores e governos. Por fim, a Comissão da Conferência aprova conclusões nas quais expressa seu ponto de vista a respeito da observância pelo Estado Membro da convenção ratificada e das medidas que este deve tomar. A Comissão da Conferência pode, em particular, convidar o Estado Membro a pedir assistência técnica da Organização Internacional do Trabalho para ajudá-lo a implementar a Convenção.

A atuação da Comissão de Aplicação de Normas ilustra o espírito e os métodos subjacentes aos mecanismos de supervisão da OIT, que estão voltados tanto para o diálogo quanto para a pressão pacífica que obriga os Estados Membros a se explicarem perante um fórum global como a Conferência Internacional do Trabalho.

É claro que, devido à natureza mais “política” do seu trabalho, a Comissão de Aplicação de Normas não é tão útil a juízes e advogados quanto a Comissão de Peritos. No entanto, é importante que o Judiciário, como um dos organismos do Estado responsáveis pelo cumprimento das obrigações internacionais, seja informado se o seu país for incluído na lista da Comissão. Se for o caso, pode ser bem útil a juízes e advogados estar a par da posição de seu governo relativa às medidas que pretende tomar para dar pleno efeito à convenção que estiver sendo monitorado pela Comissão de Aplicação de Normas.

II.B. Mecanismos especiais de supervisão

Baseados na apresentação à OIT de queixas relativas à violação de normas internacionais do trabalho, estes são procedimentos mais acentuadamente “quase judiciais”. A OIT acolhe três tipos diferentes de queixas. Dois tipos são examinados por comitês *ad hoc*, ao passo que o mecanismo especial para queixas relativas à liberdade sindical é apresentado a um organismo especial criado dentro do Conselho de Administração. Trata-se do Comitê de Liberdade Sindical, cuja longa existência permitiu que produzisse um vasto corpo de jurisprudência, motivo pelo qual este Comitê será abordado mais detidamente.

II.B.1. Queixas perante o Comitê de Liberdade Sindical

Como indicado na introdução ao presente Capítulo, o Comitê de Liberdade Sindical, juntamente com a Comissão de Peritos, é um dos dois organismos de supervisão da OIT de maior

⁶⁵ Essa lista é elaborada por delegados dos empregadores e dos trabalhadores à Comissão da Conferência, pois seria difícil para os delegados de governo não serem juízes e partes. Assim são selecionados cerca de vinte casos por ano.

interesse potencial para juizes e advogados nacionais. Antes de abordar especificamente a utilidade do trabalho do Comitê, esboçaremos suas principais características e normas de procedimento.

II.B.1.a. Origem, composição e mandato do Comitê de Liberdade Sindical

Criação

A criação do Comitê de Liberdade Sindical pelo Conselho de Administração em 1951 foi subsequente a um acordo entre a OIT e a Organização das Nações Unidas no sentido de estabelecer um procedimento especial de monitoramento para verificar se os Estados Membros estavam observando o princípio de liberdade sindical. A existência desse procedimento ilustra a importância atribuída pela OIT a esse princípio, que está expressamente consagrado em sua Constituição e é tanto um dos requisitos básicos da busca da justiça social quanto uma base fundamental da estrutura tripartite da Organização.

O Comitê foi originalmente criado para avaliar a aceitabilidade de queixas a serem enviadas à Comissão de Investigação e Conciliação em matéria de Liberdade de Associação⁶⁶, mas suas funções foram rapidamente ampliadas para incluir a análise do conteúdo dos processos, e a Comissão de Investigação e Conciliação só era envolvida excepcionalmente.

Composição

Ao contrário da Comissão de Peritos, o Comitê de Liberdade Sindical é um organismo tripartite. O Comitê é um organismo do Conselho de Administração composto de nove membros regulares e nove substitutos escolhidos em proporções iguais dentre os grupos de trabalhadores, empregadores e governos do Conselho de Administração. Desde 1978, o Comitê é presidido por uma personalidade independente selecionada por sua imparcialidade e competência em direito internacional e direito trabalhista.

A natureza tripartite do Comitê⁶⁷ garante um exame equilibrado das queixas e assegura que a posição tomada seja amplamente aceita⁶⁸. A legitimidade derivada da natureza tripartite das decisões do Comitê é fortalecida pelo fato de o Comitê ter sempre sido capaz de tomar decisões por unanimidade.

O Comitê se reúne três vezes por ano (em março, maio-junho e novembro), o que significa que as queixas geralmente podem ser tratadas com rapidez.

⁶⁶ A Comissão de Investigação e Conciliação em Matéria de Liberdade Sindical foi criada pelo Conselho de Administração em junho de 1949 e nomeada no ano seguinte. Trata-se de um organismo ad hoc que consiste de nove membros independentes eleitos a partir de sugestão do Diretor Geral por suas competências e imparcialidade. Cabe-lhe investigar queixas apresentadas pelo Conselho de Administração depois de obter o consentimento do Estado interessado quando esse não tiver ratificado as convenções pertinentes. A Comissão de Investigação e Conciliação foi reunida em um número limitado de casos (Japão em 1964, Grécia em 1965-1966, Lesoto em 1973-1975, Chile em 1974-1975, Estados Unidos/Porto Rico em 1978-1981 e África do Sul em 1992). Isso pode ser explicado em parte pela necessidade de obter o consentimento do Estado interessado quando esse não tiver ratificado as Convenções sobre Liberdade de Associação, devido ao altíssimo custo do processo.

⁶⁷ O Comitê foi descrito como um organismo técnico cujos membros participam a título pessoal, sem receber instruções de parte alguma, embora não ignorem os interesse e posições gerais do setor que representam no Conselho de Administração como membro de governo, empregador ou trabalhador. B. Gernigon, A. Odero e H. Guido: "OIT principles concerning the right to strike", *International Labour Review*, vol.137, N°4, 1998.

⁶⁸ Ver N. Valticos: 'Droit, politique, diplomatie et administration: les éléments du contrôle international (à propos de l'expérience de l'OIT)', In: *Mélanges André Grisel*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1983, p. 847 (disponível apenas em francês).

Mandato e competência

O Comitê também é competente em relação a Estados que não tenham ratificado as convenções relativas a liberdade sindical, na medida em que o respectivo procedimento de queixas baseia-se na Constituição da OIT, texto que reconhece a liberdade sindical e cujo conteúdo foi aceito por todos os Estados Membros da Organização.

O propósito do Comitê é assegurar e promover o direito de associação de trabalhadores e empregadores. O Comitê não faz acusações contra governos nem os condena⁶⁹, mas se limita a examinar a situação de cada país no que diz respeito à liberdade sindical e a verificar se o Estado Membro tomou as medidas necessárias para assegurar essa liberdade na esteira de medidas antissindicais de Autoridades Públicas ou de particulares. O Comitê decidiu que “os fatos imputáveis a indivíduos implicam responsabilidade do Estado devido a sua obrigação de implementar a devida vigilância e a seu dever de evitar violações dos direitos humanos⁷⁰.”

O Comitê determinou claramente que sua competência limita-se a examinar queixas relacionadas com violações de liberdade sindical. Portanto, sempre foi muito cuidadoso em não lidar com casos que não são de sua competência, afirmando, por exemplo, que as queixas relacionadas com condições de trabalho, legislação de seguridade social, exercício de profissões e propriedade da terra não são de sua competência⁷¹.

Além disso, o Comitê considera que as queixas que, segundo observações do governo, são de natureza política devem, no entanto, ser examinadas se suscitarem questões diretamente relacionadas com o exercício de direitos sindicais⁷². A competência do Comitê também abrange o exame de projetos de lei, na medida em que tanto o governo como o querelante devem tomar conhecimento do ponto de vista do Comitê antes da promulgação da lei em questão⁷³.

O Comitê de Liberdade Sindical e o Judiciário

As queixas relacionadas com a liberdade sindical são formalmente apresentadas contra o governo de um país como representante internacional do Estado. Portanto, o governo é o interlocutor do Comitê que tem responsabilidade direta de apresentar-lhe relatório sobre essas queixas. É por isto que o Comitê dirige a maioria de suas recomendações ao governo.

Contudo, o Comitê considera que todos os poderes do Estado, inclusive o Judiciário, devem observar os princípios de liberdade sindical⁷⁴.

⁶⁹ Ver OIT: Procedure for the Examination of Complaints Alleging Infringements of Trade Union Rights, Genebra, junho de 1985, parágrafo 23.

⁷⁰ Ver, por exemplo, OIT: Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 4ª edição (revista), Genebra, 1996, parágrafos 19 e 754.

⁷¹ Ver Special procedures for the examination in the International Labour Organization of complaints alleging violations of freedom of association, parágrafos 20-23 (disponível como Apêndice em “ILO: Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5ª edição (revista), Genebra, 2006).

⁷² Ibid., parágrafo 25.

⁷³ Ibid., parágrafo 27.

⁷⁴ Ver, por exemplo, Venezuela, Caso 1952, 313nd Report of the Committee on Freedom of Association (Official Bulletin, Vol. LXXXII, 1999, Série B, No. 1). O relatório também pode ser encontrado na LibSynd, base de dados dos casos examinados pelo Comitê de Liberdade Sindical: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=EN&hdroff=11>.

O Comitê não é um tribunal internacional perante o qual procedimentos possam ser iniciados contra decisões judiciais nacionais, mas é da alçada do Comitê analisar as ações do judiciário sempre que isso for necessário para avaliar se os princípios de liberdade sindical estão ou não sendo observados em um determinado país. Pode-se então solicitar ao Comitê que se pronuncie a respeito das consequências de determinadas decisões judiciais nacionais.

País: Estados Unidos

Processo No. 2227

Querelante: American Federation of Labor e Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) e a Confederação de Trabalhadores Mexicanos (CTM)

“(O Comitê) deseja afirmar com clareza que não lhe cabe julgar a validade da maioria do Tribunal de Hoffman, que se baseia em questões jurídicas internas complexas e precedentes, mas sim examinar se o resultado dessa decisão é de natureza a negar o direito fundamental dos trabalhadores à liberdade sindical. (...) À luz de todas as considerações acima, o Comitê conclui que as medidas de remediação que o NLRB pode tomar em casos de demissões ilegais de trabalhadores sem documentos são inadequadas para assegurar a efetiva proteção contra atos de discriminação antissindical⁷⁵.”

Como veremos, o encaminhamento ao Comitê não pressupõe o esgotamento de procedimentos nacionais. Portanto, quando o assunto da queixa ao Comitê também der margem a um processo judicial no plano interno, o Comitê pode decidir declarar os princípios que aplicaria no caso, na esperança de que os tribunais responsáveis pelo litígio os levem em conta.

País: República da Coreia

Processo No. 1865

Querelante: Confederação Coreana de Sindicatos (KCTU), Federação Coreana de Trabalhadores da Indústria Automobilística (KAWF), Confederação Internacional de Sindicatos Livres (CIOSL) e Federação Coreana de Metalúrgicos (KMF)

“O Comitê solicita ao governo que o informe sobre o resultado do recurso impetrado contra a decisão judicial que considerou que os acordos coletivos assinados em 2004 não se aplicavam aos trabalhadores contratados por terceirizados; confia em que o tribunal de recursos levará devidamente em conta os princípios de liberdade sindical mencionados nas conclusões do Comitê⁷⁶.”

País: Burundi

Processo No. 2276

Querelante: Confederação Sindical do Burundi (COSYBU)

“O Comitê confia em que o Dr. Hajayandi será reintegrado às suas funções sem perda de remuneração. Caso o tribunal decida que a reintegração não é possível em vista das circunstâncias específicas, em particular devido ao longo período transcorrido desde a demissão do Dr. Hajayandi, o Comitê espera que o tribunal determine um remédio apropriado, levando em conta tanto o dano sofrido por esse representante sindical quanto a necessidade de evitar que essas situações se reproduzam, por meio da imposição da compensação adequada. O Comitê solicita ao Governo que o mantenha informado dos acontecimentos neste sentido e que lhe envie uma cópia da decisão⁷⁷.”

⁷⁵ Ver ILO: Report of the Committee on Freedom of Association, Case 2227, 332nd report, Official Bulletin, Vol. LXXXVI, 2003, Série B, No. 3, parágrafos 603, 610. Para acessar o relatório na Internet, ver nota 74.

⁷⁶ Ver ILO: Report of the Committee on Freedom of Association, Case 1865, 340th report, Official Bulletin, Vol. LXXXVIX, 2006, Série B, No. 1, p. 781. Para acessar o relatório na Internet, ver nota 74.

⁷⁷ Ver ILO: Report of the Committee on Freedom of Association, Case 1865, 340th report, Official Bulletin, Vol. LXXXVIX, 2006, Série B, No. 1, p. 781. Para acessar o relatório na Internet, ver nota 74. Ver ILO: Report of the Committee on Freedom of Association, Case 2276, 335th report, Official Bulletin, Vol. LXXXVII, 2004, Série B, No. 3, p. 411. Para acessar o relatório na Internet, ver nota 74.

II.B.1.b. Procedimento

O Comitê de Liberdade Sindical não é um tribunal internacional, sendo o diálogo e a persuasão as forças motrizes de seu mandato. Contudo, muitas pessoas o consideram como um organismo quase judicial, particularmente porque as suas regras de procedimento visam a garantir a imparcialidade. Isto implica observância do princípio do contraditório, confidencialidade de documentos, reuniões fechadas e não participação, enquanto o caso está sendo considerado, de membros nacionais dos países envolvidos, ou que ocupem cargo oficial na organização que apresenta a queixa.

Além das regras estabelecidas pelo Conselho de Administração quando da criação do Comitê de Liberdade Sindical, este define suas próprias normas de procedimento, que tem adaptado com muito cuidado, quando necessário, para conservar-se eficaz.

O procedimento é basicamente escrito, embora depoimentos orais das partes possam ser aceitos em certas circunstâncias. Também podem ocorrer contato direto e visitas ao local para encontrar-se com as partes interessadas.

Aceitabilidade de queixas

Aceitabilidade relativa ao querelante

As queixas podem ser feitas por entidades patronais ou organizações de trabalhadores, ou por governos. As queixas apresentadas por indivíduos não são aceitáveis.

No caso de uma organização, ela deve ser:

- uma organização nacional diretamente interessada na matéria;
- uma organização internacional com status consultivo junto à OIT78; ou
- outras organizações internacionais quando as alegações estiverem relacionadas com questões que afetam diretamente suas organizações filiadas79.

Deve-se apontar, nesse sentido, que “o Comitê tem plena liberdade para decidir se uma organização pode ou não ser considerada como entidade patronal ou organização de trabalhadores no sentido da Constituição da OIT, e estima não estar limitado por qualquer definição nacional do termo”⁸⁰.

Aceitabilidade relativa à forma da queixa

As queixas devem ser apresentadas por escrito, assinadas por um representante de um organismo que tem o direito de apresentá-las, e devem ser plenamente apoiadas em provas das alegações relativas à violação de direitos sindicais.

⁷⁸ No momento, a Organização Internacional de Empregadores, a Confederação Sindical Internacional, a Organização da Unidade Sindical Africana e a Federação Sindical Mundial.

⁷⁹ Ver *Special procedures for the examination in the International Labour Organization of complaints alleging violations of freedom of association*, op. cit., parágrafo 31.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 32 et seq.. O fato de uma organização ter sido dissolvida ou ido para a ilegalidade ou de as pessoas que a representam terem se refugiado no exterior não torna inadmissíveis as queixas apresentadas por essa organização. Isto se torna ainda mais importante porque, em certos contextos políticos, os sindicatos não têm liberdade de ação alguma. O Comitê não rejeitará queixa alguma simplesmente porque um sindicato não depositou seus estatutos, uma vez que “os princípios de liberdade de associação dispõem precisamente que os trabalhadores devem poder criar, sem prévia autorização, as organizações que escolherem”. Assim também, “o fato de que uma organização não tenha sido oficialmente reconhecida não justifica a rejeição de alegações quando ficar claro, a partir das queixas, que essa organização tem pelo menos uma existência de facto”.

Inexistência do requisito de que os procedimentos nacionais tenham sido esgotados

Os procedimentos nacionais não têm de ser esgotados para que as queixas sejam aceitáveis. Contudo, o Comitê levará em conta qualquer audiência em curso em tribunais nacionais. Assim, quando um caso também estiver sendo examinado por um tribunal nacional independente e o Comitê considerar que a decisão a ser ali tomada pode fornecer informações adicionais, suspenderá seu exame por um prazo razoável para aguardar a decisão, desde que o atraso não prejudique a parte cujos direitos supostamente tiverem sido violados.

Alegações relativas à observância da liberdade sindical em certas empresas

Na última revisão que o Comitê fez em suas regras de procedimento, decidiu que, para garantir o direito de defesa, a empresa pode enviar as informações que considerar pertinentes por intermédio de seu governo⁸¹.

II.B.1.c. Trabalho do Comitê de Liberdade Sindical e sua relevância para juizes e advogados nacionais

II.B.1.c.i. Relatórios e recomendações do Comitê de Liberdade Sindical e sua discussão pelo Conselho de Administração

Depois de examinar as queixas, o Comitê pode escolher um destes três tipos de relatórios⁸²:

- um relatório final, no qual o Comitê pode considerar as duas opções seguintes. Em primeiro lugar, pode pensar que a queixa não precisa ser mais examinada porque os fatos alegados não constituem violação do exercício de direitos sindicais, ou porque as alegações feitas são de natureza puramente política ou vagas demais. Como segunda opção, pode solicitar ao governo que tome medidas apropriadas para remediar as anomalias observadas ou chamar sua atenção para a importância de certos princípios;
- um relatório provisório, no qual o Comitê pode solicitar informações adicionais ao governo ou aos querelantes, ou pode pedir ao governo que tome medidas apropriadas para remediar uma situação específica e que mantenha o Comitê informado. Os relatórios provisórios podem conter tanto conclusões provisórias como finais enquanto houver informação ou ação do governo pendente;
- um relatório de seguimento (follow-ups), no qual o Comitê pede para ser mantido informado do desenvolvimento do caso e das medidas tomadas pelo Estado Membro com vistas a respeitar os princípios de liberdade sindical. As informações solicitadas podem ser perguntas relativas a fatos, tais como o desenvolvimento de certos procedimentos ou a situação de determinadas pessoas, ou pontos da lei, tais como a adoção de novas leis ou sua revogação.

Os relatórios do Comitê são a seguir submetidos ao Conselho de Administração, que até hoje sempre os endossou sem introduzir qualquer modificação.

Se o Estado Membro interessado tiver ratificado as convenções sobre liberdade sindical e se o problema em questão disser respeito a problemas legislativos, o Comitê de Liberdade Sindical notificará a Comissão de Peritos para que esse examine as medidas tomadas em relação às recomendações, sem que isso implique necessariamente que o Comitê abandona o monitoramento do caso.

⁸¹ *Ibid.*, parágrafo 53.

⁸² Em certos casos, o Comitê de Liberdade de Associação também pode recomendar que o caso seja devolvido à Comissão de Investigação e Conciliação em matéria de Liberdade Sindical. Nesses casos, se a recomendação for aprovada pelo Conselho de Administração, e se o governo interessado não tiver ratificado as convenções relativas a liberdade sindical, a anuência do governo também será necessária.

II.B.1.c.ii. A pertinência do trabalho do Comitê de Liberdade Sindical para juízes e advogados nacionais

- A aplicação das convenções sobre liberdade sindical a casos específicos

Para determinar se os princípios de liberdade sindical foram respeitados nos casos específicos que lhe são apresentados, o Comitê precisa especificar o sentido e o âmbito dos dispositivos das convenções da OIT sobre liberdade sindical.

O exemplo abaixo é um caso em que o Comitê decidiu sobre a aplicabilidade dos princípios de liberdade sindical a trabalhadores estrangeiros “em situação irregular”.

País: Espanha

Processo No. 2121

Querelante: União Geral de Trabalhadores (UGT)

O tema desta queixa foi a adoção de uma lei que colocava o exercício dos direitos sindicais de trabalhadores estrangeiros na dependência da obtenção de autorização de entrada ou residência no país. Com base no Artigo 2 da Convenção No. 87, o Comitê decidiu que a Convenção não permite que os trabalhadores estrangeiros em situação irregular sejam excluídos do gozo da liberdade sindical.

“À luz da informação acima, o Comitê observa que a questão, neste caso, consiste em determinar se é apropriado, como solicita o querelante, interpretar de forma ampla o conceito de “trabalhadores” usado nas Convenções da OIT sobre liberdade sindical. Neste contexto, o Comitê recorda que o Artigo 2 da Convenção No. 87 reconhece o direito dos trabalhadores, sem qualquer distinção, de constituírem organizações de sua própria escolha, assim como de se filiarem a essas organizações sem autorização prévia. A única exceção permitida à Convenção No. 87 é a que estabelece o Artigo 9, relativo às forças armadas e à polícia. Assim, no entender do Comitê, a Convenção No. 87 abrange todos os trabalhadores, apenas com esta exceção. Por conseguinte, no que diz respeito à legislação em questão, o Comitê solicita que o governo leve em conta os termos do Artigo 2 da Convenção No. 87. Ressalta também que os sindicatos devem ter o direito de representar os trabalhadores cobertos pela Convenção e prestar-lhes assistência no intuito de promover e defender seus interesses. (...) No que diz respeito à legislação em questão, o Comitê solicita que o governo leve em conta os termos do Artigo 2 da Convenção No. 87, segundo a qual os trabalhadores, sem qualquer distinção, têm o direito de filiar-se à organização de sua própria escolha⁸³.”

- O estabelecimento de princípios gerais de liberdade sindical

Desde sua criação em 1951, o Comitê muitas vezes teve de decidir sobre uma série de casos similares ou correlatos. Por conseguinte, o Comitê pôde definir princípios gerais que lhe permitem manter a unicidade de seus critérios para tomada de decisões. Portanto, um “corpo de jurisprudência” substancial foi desenvolvido gradualmente e pode ser visto como um verdadeiro direito consuetudinário internacional sobre o assunto.

Nota: Esses princípios são periodicamente reunidos em uma recompilação que constitui uma ferramenta particularmente útil para juízes e advogados nacionais que desejem assegurar-se de que seu direito interno é conforme ao direito internacional⁸⁴.

⁸³ Ver OIT : Report of the Committee on Freedom of Association, Case 2121, 327th report, Official Bulletin, Vol. LXXXV, 2002, Série B, No. 1, parágrafo 561. Para acessar o relatório na Internet, ver nota 74.

⁸⁴ ILO: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee, 2006, op. cit.

A determinação de situações em que as greves podem ser restringidas ou mesmo proibidas

O direito de greve pode ser restringido ou proibido: 1) no serviço público, apenas para servidores públicos que exercem autoridade em nome do Estado; ou 2) em serviços essenciais no sentido estrito do termo (ou seja, serviços cuja interrupção colocaria em risco a vida, a segurança pessoal ou a saúde da população, toda ou em parte).

Fonte: OIT: *Recompilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical*, 2006, *op. cit.* p. 576

Proteção contra demissões antissindiais

Com base no Artigo 1 da Convenção No. 98, que estipula que os trabalhadores gozarão de proteção adequada contra todos os atos de discriminação antissindical em relação a seu emprego, o Comitê de Liberdade Sindical definiu os seguintes princípios relativos à demissão:

- Ninguém deve ser submetido a discriminação antissindical devido a atividade sindical legítima, e o remédio da reintegração deve estar disponível para os que forem vítimas de discriminação antissindical;
- Se, devido ao tempo considerável transcorrido após as dispensas que violam os princípios de liberdade sindical, não for viável reintegrar os trabalhadores em questão, o Comitê solicita ao governo que tome providências para assegurar-se de que os trabalhadores recebam plena indenização sem demora;
- A indenização deve ser adequada, levando em conta tanto o dano sofrido quanto a necessidade de evitar a repetição dessas situações.

Fonte: OIT: *Recompilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical*, 2006, *op. cit.*, parágrafos 837, 841 e 844.

II.B.2. Representações em virtude do Artigo 24 da Constituição da OIT

Em virtude dos Artigos 24 e 25 da Constituição da OIT⁸⁵, as associações profissionais de empregadores ou trabalhadores, tanto de tipo local como nacional ou internacional, podem encaminhar uma matéria à OIT quando uma Convenção ratificada por um Estado Membro não for observada. Se as condições de aceitabilidade da representação forem cumpridas⁸⁶, o Conselho de Administração designa um Comitê tripartite *ad hoc* composto de um representante de cada um dos três grupos.

Baseando-se essencialmente nas provas escritas fornecidas pela associação que fez a representação e pelo governo⁸⁷, o Comitê decide se houve ou não a violação alegada e quais são as possíveis medidas que o Estado poderia tomar para assegurar a obser-

⁸⁵ Ver também a Regulamentação relativa ao procedimento para o exame de representações relativas aos Artigos 24 e 25 da Constituição da OIT, revista pelo Conselho de Administração em sua reunião de novembro de 2004 (Doc. GB.291/9 [rev.]).

⁸⁶ Para que possa ser aceita, a representação deve: ser comunicada à OIT por escrito por uma associação de empregadores ou trabalhadores de uma categoria; fazer referência específica ao Artigo 24 da Constituição da OIT; ser relativa a um Membro da OIT; ser relativa a uma convenção ratificada pelo Estado em questão; indicar em que o Estado deixou de assegurar o efetivo cumprimento da convenção.

⁸⁷ De acordo com o Regulamento mencionado acima, tanto a organização que deu entrada na reclamação quanto o governo interessado podem ser ouvidos pelo Comitê.

vância da convenção ratificada. As conclusões e recomendações do Comitê tripartite são submetidas à aprovação do Conselho de Administração, que pode decidir publicar a representação.

Como já foi dito, os vários mecanismos de supervisão da OIT trabalham em estreita relação entre si, o que ajuda a acentuar a eficácia geral. Na verdade, caso a representação diga respeito à não observação de convenções relativas a direitos sindicais, o Conselho de Administração pode encaminhar o caso ao Comitê de Liberdade Sindical. Além disso, ao examinar a representação, os comitês tripartites *ad hoc*, baseiam-se, sobretudo, no trabalho da Comissão de Peritos em relação à convenção pertinente. As recomendações do Comitê tripartite geralmente também atribuem à Comissão de Peritos a responsabilidade de monitorar as medidas tomadas pelo governo para implementar suas decisões. Por fim, caso o Estado em questão não implemente as recomendações adotadas pelo Comitê tripartite e aprovadas pelo Conselho de Administração, este último pode designar uma comissão de inquérito em virtude do Artigo 26 *et seq.* da Constituição da OIT⁸⁸.

A exemplo do que ocorre em relação ao trabalho de outros organismos de supervisão, a referência aos relatórios adotados de forma subsequente a uma representação é duplamente útil para os juízes e advogados nacionais. Os peritos jurídicos do país interessado podem familiarizar-se com a posição do Conselho de Administração relativa à compatibilidade entre seu direito e prática internos e a convenção da OIT em questão. Os juízes e advogados de outros países podem encontrar detalhes e análises importantes sobre as obrigações incluídas na convenção e sua implementação no relatório *ad hoc* do comitê tripartite.

II.B.3. Queixas em virtude do Artigo 26 da Constituição da OIT⁸⁹

Procedimento

Os Artigos 26 a 29 e 31 a 33 da Constituição da OIT preveem outro tipo de procedimento contra Estados que não observarem plenamente a convenção ratificada. Se o assunto da queixa em virtude do "Artigo 26" for o mesmo que o da representação, tanto suas condições ou aceitabilidade quanto suas normas processuais serão diferentes, assim como suas consequências. Na verdade, esse procedimento, raramente utilizado na história da OIT, costuma ser considerado como o mecanismo mais grave e formal para supervisionar a implementação de normas internacionais do trabalho. Também é o procedimento cuja natureza é mais acentuadamente judicial.

As queixas podem ser apresentadas à OIT por um Estado Membro que tiver ratificado a convenção em questão e por qualquer delegado à Conferência Internacional do Trabalho. Além disso, como mencionamos acima, o Conselho de Administração pode decidir iniciar por sua própria iniciativa o procedimento de supervisão previsto nos Artigos 26 *et seq.* da Constituição da OIT.

Apresentada a queixa, o Conselho de Administração é responsável por avaliar se é ou não aceitável. A situação neste caso é acentuadamente diferente do procedimento de representação, já que os critérios em que o Conselho de Administração fundamenta suas decisões não se baseiam só em aspectos jurídicos, mas também em considerações de oportunidade. Em outras palavras, o Conselho de Administração pode decidir de forma discricionária que

⁸⁸ Isto aconteceu no caso da Alemanha em 1983 em relação à Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

⁸⁹ Ver N. Valticos: 'Les commissions d'enquête de l'Organisation internationale du Travail', Revue Générale de Droit International Public, Pedone, Paris, 1987 (disponível apenas em francês).

o procedimento de queixas não é a maneira mais apropriada de solucionar o problema levantado⁹⁰.

Se decidir aceitar a queixa, o Conselho de Administração nomeará uma comissão de inquérito. Ao contrário dos comitês tripartites responsáveis pelo exame das representações, a comissão de inquérito é composta de membros independentes. As três personalidades destacadas que compõem a comissão devem demonstrar a mais profunda imparcialidade e vasta experiência em direito internacional e direito trabalhista⁹¹.

Já que a Constituição da OIT não contém dispositivos específicos nesta área, a prática dita que os próprios membros da comissão de inquérito definam as normas processuais a serem seguidas, que são imediatamente comunicadas às partes envolvidas. Na verdade, diversas comissões de inquérito já frisaram a natureza judicial do mecanismo de supervisão do Artigo 26 *et seq.* na determinação das normas processuais que proporcionam um arcabouço para suas atividades⁹².

Na prática, as várias comissões de inquérito não se restringiram aos documentos escritos apresentados pelas partes. Nos vários procedimentos, as partes sempre foram ouvidas em Genebra e, em muitos casos, missões da comissão foram ao país em questão⁹³.

Em virtude do Artigo 28 da Constituição da OIT, quando o procedimento é concluído, a comissão de inquérito deve redigir um relatório apresentando os fatos da queixa no intuito de determinar se houve ou não violação da convenção ratificada, e, quando necessário, fazer recomendações de forma que o Estado interessado possa assegurar-se de que cumpre suas obrigações internacionais. O relatório da comissão de inquérito é enviado ao Conselho de Administração, mas não precisa ser aprovado por este para ter efeito.

⁹⁰ Portanto, as reclamações no contexto do "Artigo 26" a respeito da violação das convenções de liberdade sindical da OIT, muitas vezes foram encaminhadas ao Comitê de Liberdade Sindical. É preciso destacar, além disso, que no caso da Comissão de Investigação reunida para a Bielorrússia, o próprio Comitê de Liberdade Sindical sugeriu, em suas recomendações relativas à reclamação contra o governo daquele país, que o caso fosse submetido a uma comissão de investigação conforme o Artigo 26 da Constituição da OIT: "j) Nestas circunstâncias, e considerando a reclamação relativa ao artigo 26 da Constituição da OIT apresentada por alguns delegados de Trabalhadores perante a 91ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho em junho de 2003, o Comitê recomenda que o Conselho de Administração encaminhe o exame de todas as alegações pendentes neste caso, juntamente com a queixa apresentada em junho, a uma comissão de investigação. Ver ILO: Report of the Committee on Freedom of Association, Case 2090, 332nd report, op. cit. Para acessar o relatório na Internet, ver nota 74.

⁹¹ Nesse caso, o procedimento é similar ao da seleção de membros da Comissão de Peritos, pois o Diretor Geral submete uma lista de nomes à apreciação do Conselho de Administração. As comissões de investigação com frequência incluem membros da Comissão de Peritos.

⁹² Ver, por exemplo, a Comissão de Investigação reunida para tratar da reclamação contra a Bielorrússia. '40. Para determinar seu procedimento, a Comissão recordou certos elementos que caracterizavam a natureza de seu trabalho. Como comissões de investigação anteriores haviam frisado, o procedimento disposto nos artigos 26 a 29 e 31 a 34 da Constituição era de natureza judiciária. Assim, o regulamento tinha de salvaguardar o direito das partes a um procedimento justo tal como reconhece o direito internacional." Ver OIT, Official Bulletin, vol. LXXVII, 2004, Série B. O próprio Conselho de Administração ressaltou a natureza judiciária desse procedimento em 1961.

⁹³ Desde que o país contra o qual a reclamação é apresentada permita a entrada da missão em seu território. Isto não aconteceu nos casos de Mianmar em 1998 e da Polônia em 1983.

Importância das conclusões e recomendações da comissão de inquérito

Três elementos previstos pela Constituição da OIT conferem peso significativo às decisões da comissão de inquérito, permitindo, segundo Nicolas Valticos⁹⁴, que estas sejam vistas como juridicamente vinculantes para os Estados interessados.

1. O Artigo 28 especifica que o relatório da comissão de inquérito indicará o prazo para que o Estado Membro tome as respectivas providências.

2. O Artigo 29(2) dispõe que o Estado alvo da queixa tem três meses para impugnar as recomendações da comissão de inquérito perante a Corte Internacional de Justiça. Os Artigos 31 e 32 especificam que a Corte Internacional de Justiça pode afirmar, modificar ou reverter as constatações ou recomendações da comissão de inquérito e que a decisão da Corte é final.

3. O Artigo 33 dispõe que, se o Estado alvo da queixa não implementar as recomendações da comissão de inquérito dentro do prazo especificado, o Conselho de Administração pode recomendar à Conferência Internacional do Trabalho a ação que considerar necessária para assegurar o cumprimento de tais recomendações.

A esse respeito, Nicolas Valticos aponta que a opção de submeter a matéria à Corte Internacional de Justiça para ter a decisão final prova que as recomendações da comissão de inquérito de fato são decisões que produzem efeitos jurídicos e que, portanto, não são meras sugestões. O autor frisa que a existência do Artigo 33 mostra que os Estados são juridicamente obrigados a respeitar as decisões da comissão de inquérito, já que a OIT se baseia na exigência de sua implementação por meio de medidas conducentes a assegurar seu cumprimento⁹⁵.

O Artigo 33 da Constituição da OIT foi usado pela primeira vez pela Conferência Internacional do Trabalho em 2000 em relação a Mianmar. Dois anos antes, um relatório de comissão de inquérito constatara que esse Estado violara sistematicamente a Convenção sobre Trabalho Forçado, 1930 (No. 29), e conclamou-o a tomar providências imediatas para pôr fim a essa prática. Ao observar que o Governo não o fizera, a Conferência decidiu pedir a todos os Estados Membros que revisassem suas relações bilaterais com Mianmar para se assegurar de que as recomendações da Comissão de Inquérito fossem plenamente aplicadas⁹⁶.

Além dos juízes e advogados dos países diretamente afetados por comissões de inquérito, os relatórios adotados por essas comissões podem ser úteis como referência jurídica para a interpretação do conteúdo de convenções internacionais do trabalho e para um melhor entendimento do âmbito das obrigações que implicam para os Estado Partes.

Abaixo vemos um exemplo de relatório de comissão de inquérito que especifica o âmbito das obrigações do Estado subsequentes à ratificação de uma convenção internacional do trabalho.

⁹⁴ Diretor do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT (1964-1976), juiz da Corte Européia de Direitos Humanos e juiz ad hoc da Corte Internacional de Justiça, autor de numerosos livros e artigos sobre normas internacionais do trabalho e considerado a principal autoridade no assunto.

⁹⁵ Ver N. Valticos: 'Les commissions d'enquête de l'Organisation internationale du Travail', op. cit.

⁹⁶ Ver a resolução relativa às medidas recomendadas a Mianmar pelo Conselho de Administração no contexto do Artigo 33 da Constituição da OIT, aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho em 2000 (<http://www.ilo.org/public/english/standards/reim/ilc/ilc88/resolutions.htm#11>).

Trecho do relatório da Comissão de Inquérito designada em virtude do Artigo 26 da Constituição da OIT para examinar a observância pela Romênia da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)

A obrigação apontada pelo artigo 19, parágrafo 5(d), da Constituição é a obrigação para o membro de levar a efeito o que dispõe a Convenção, na lei e na prática. Portanto, é essencial, mas não suficiente, que os dispositivos legais sejam plenamente conformes aos requisitos da Convenção. É essencial que a legislação conforme aos requisitos da Convenção seja aplicada de forma plena e estrita. Isto implica a existência de serviços eficazes de aplicação da lei e, em particular, de medidas que permitam a inspeção cabal feita por funcionários que possam atuar com total independência. Também implica que se deem a conhecer os dispositivos dessa legislação às pessoas interessadas, e que se forneça a essas pessoas um panorama claro de seus direitos e obrigações daí resultantes por todos os meios apropriados, inclusive avisos afixados no local de trabalho ou campanhas nacionais de informação. Isto implica que os procedimentos efetivos para dar queixa garantam aos trabalhadores o direito de apresentar queixas relativas a violações da lei em condições de independência e imparcialidade, sem terem de temer represálias de qualquer tipo, que essas violações suscitem sanções adequadas, que estas sejam aplicadas de forma estrita e que se possa contar com sua aplicação.

Quando essas condições são atendidas, não se pode considerar que o governo tenha deixado de cumprir suas obrigações decorrentes de uma Convenção com base na violação dos dispositivos dessa Convenção por um funcionário público ou gerente de uma empresa, pois estas pessoas seriam submetidas aos procedimentos disciplinares ou judiciais apropriados.

Caso essas condições não sejam plenamente cumpridas, o governo não pode eximir-se de responsabilidade por ações ou omissões de seus agentes, nem pelo comportamento de empregadores ou mesmo de particulares.

Fonte: OIT: *Boletim Oficial*, Suplemento 3, vol. LXXIV, 1991, série B, parágrafos 576 a 578

III. O valor jurídico do trabalho dos organismos internacionais de supervisão e sua possível utilização por tribunais nacionais

III.A. Considerações sobre o valor jurídico do trabalho de organismos internacionais de supervisão

A primeira parte deste Capítulo ilustrou a importância dos mecanismos de supervisão da OIT no esclarecimento do sentido e âmbito de normas internacionais do trabalho. Na verdade, é extremamente difícil utilizar convenções e recomendações internacionais do trabalho em contexto judicial sem primeiro estar a par do importante trabalho dos organismos de supervisão.

Considerando que os organismos internacionais de supervisão não são tribunais internacionais, é, portanto, muito importante determinar a possibilidade, para os tribunais nacionais, de referirem-se diretamente a seus comentários e decisões. Em vista da diversidade dos sistemas jurídicos nacionais, o presente Manual apenas esboçará diversas áreas para reflexão, nos âmbitos do direito internacional, da prática de organismo de supervisão e da jurisprudência comparada. Mesmo se até agora só nos referimos aos organismos de supervisão da OIT, o raciocínio apresentado abaixo também é, em grande medida, aplicável ao trabalho dos organismos de supervisão dos pactos e convenções de direitos humanos da ONU.

A utilização judicial do trabalho dos organismos internacionais de supervisão não pode ser examinada sem primeiro procurar-se determinar seu status jurídico, processo que encerra diversas etapas.

Etapa 1: os comentários e recomendações dos organismos de supervisão são juridicamente vinculantes? Dão uma interpretação definitiva das normas internacionais do trabalho?

Com exceção dos relatórios de comissões de inquérito, cuja natureza específica já foi mencionada⁹⁷, o efeito vinculante dos comentários e recomendações de organismos de supervisão em relação aos Estados interessados não pode ser inferido diretamente da Constituição da OIT nem de qualquer outro texto da OIT. Além disso, os organismos de supervisão não são formalmente responsáveis por produzir uma interpretação definitiva de tratados cuja aplicação lhes cabe examinar. Na verdade, a Constituição da OIT atribui essa função somente à Corte Internacional de Justiça⁹⁸.

Etapa 2: daí decorre que o trabalho dos organismos de supervisão não tem valor jurídico?

Pelo menos três fatores frisam o valor jurídico e institucional do trabalho dos organismos de supervisão e o diferenciam de recomendações de natureza moral ou de trabalhos teóricos.

- Fator 1: o trabalho dos organismos de supervisão proporciona um entendimento particularmente válido das convenções internacionais do trabalho.

O mandato dado a esses organismos pelos Constituintes da OIT merece ser apontado. Os organismos de supervisão devem pronunciar-se a respeito do sentido e âmbito dos instrumentos cuja aplicação supervisionam, já que são responsáveis por verificar se os Estados Membros da Organização estão cumprindo suas obrigações⁹⁹. Portanto, o cumprimento do mandato dos organismos de supervisão requer, na prática, que interpretem as normas da OIT¹⁰⁰.

Para cumprir sua missão, esses organismos têm diversas características que conferem ao seu trabalho importância e legitimidade singulares. Nesse ponto é preciso referir-nos a sua especialização e à especialização do Secretariado da OIT que lhes dá apoio; a sua natureza internacional; a imparcialidade e alto grau de conhecimento jurídico dos membros da Comissão de Peritos e das comissões de inquérito; e a natureza tripartite do Comitê de Liberdade Sindical e dos comitês *ad hoc*.

Portanto, seu mandato e natureza especial permitem que esses organismos de supervisão deem uma interpretação particularmente válida dos textos pelos quais são responsáveis.

- Fator 2: os pontos de vista dos organismos de supervisão são válidos até prova em contrário

Caso alguns Estados Membros não aceitem o parecer dos organismos de supervisão quanto ao sentido dado a convenções internacionais do trabalho, a Constituição da OIT oferece aos Estados a opção de recorrer à Corte Internacional de Justiça para obter uma interpretação definitiva.

Na medida em que os Estados não fazem uso dessa opção, parece lógico supor que os Estados Membros aceitam tacitamente a interpretação dada pelos organismos de supervisão às convenções que, portanto, é considerada internacionalmente válida¹⁰¹.

⁹⁷ Ver item anterior.

⁹⁸ Ver Artigo 37(1) da Constituição da OIT: Deve-se lembrar que até hoje não foi implementada a opção prevista no parágrafo 2 do mesmo Artigo - de criar um tribunal especial com a responsabilidade de resolver questões de interpretação.

⁹⁹ Ver a posição da Comissão de Peritos a este respeito em ILO: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Conferência Internacional do Trabalho, 77ª Sessão, Genebra, 1990, Relatório III(1A), parágrafo 7.

¹⁰⁰ Semelhança relativa pode ser vista aqui entre, por um lado, os organismos de supervisão da OIT e da ONU e, por outro, os tribunais nacionais. Na maioria dos países, o judiciário não é formalmente responsável pela interpretação autêntica das leis aprovadas pelo Parlamento, mas isso não impede os tribunais de terem de interpretar a legislação nacional no intuito de solucionar os litígios que lhe são apresentados.

¹⁰¹ A opção que o Artigo 37(1) da Constituição da OIT permite só foi usada uma vez em relação a uma Convenção da OIT, em 1932, a Convenção sobre o Trabalho Noturno das Mulheres.

A Comissão de Peritos pronunciou-se claramente a este respeito:

A Comissão examinou os pontos de vista expressos na Comissão de Aplicação de Normas da Conferência, em sua 76ª Sessão (1989), pelos membros empregadores e certos membros Governos em relação à interpretação de Convenções e ao papel da Corte Internacional de Justiça neste sentido. A Comissão já tivera a oportunidade de apontar que seus termos de referência não lhe exigem que dê interpretações definitivas de convenções, pois esta competência é investida na Corte Internacional de Justiça pelo artigo 37 da Constituição da OIT. Contudo, no intuito de cumprir sua função de determinar se os requisitos de convenções estão sendo respeitados, **a Comissão tem de examinar e expressar seu ponto de vista sobre o conteúdo e o sentido de dispositivos de Convenções e, quando for o caso, determinar seu âmbito jurídico. Portanto, a Comissão opina que, na medida em que seus pontos de vista não forem contraditos pela Corte Internacional de Justiça, devem ser considerados válidos e amplamente reconhecidos.** A situação é idêntica no que se refere às conclusões ou recomendações de comissões de inquérito que, em virtude do artigo 32 da Constituição, podem ser afirmadas, modificadas ou revertidas pela Corte Internacional de Justiça, e as partes só podem contestar devidamente a validade dessas conclusões e recomendações valendo-se dos dispositivos do artigo 29, parágrafo 2, da Constituição. **A Comissão considera a aceitação dos comentários acima indispensável para a manutenção do princípio de legalidade e, por conseguinte, para a certeza da lei necessária ao funcionamento adequado da Organização Internacional do Trabalho.** [negrito nosso]

Fonte: OIT: Relatório da Comissão de Peritos, 1990, *op. cit.*, parágrafo 7

- Fator 3: respeitar e executar tratados internacionais de boa fé

Como expressa o Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o Estado, uma vez que ratifica uma convenção internacional, passa a respeitá-lo e executá-lo de boa fé. Os Estados que concordaram em submeter-se aos organismos de supervisão ao ratificar convenções da OIT devem executar esses instrumentos de boa fé, o que requer que o Estado, incluindo-se o seu judiciário, leve em conta as observações e recomendações dos organismos de supervisão.

É interessante notar as observações finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mesmo se não se dirigem aos organismos de supervisão da OIT¹⁰².

(...) As observações finais da Comissão, em particular sugestões e recomendações, podem não ser juridicamente vinculantes, mas são indicativas da opinião do único organismo de peritos a quem foi confiada a tarefa de fazer tais pronunciamentos e que é competente para tanto. **Por conseguinte, os Estados partes que ignorarem ou não agirem em função desses pontos de vista estariam demonstrando má fé na implementação de suas obrigações decorrentes do Pacto.** [negrito nosso]

Fonte: OHCHR: *Fact Sheet No. 16 (rev. 1): Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, seção 6

¹⁰² Organismo responsável por supervisionar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ver adiante, *Parte 2, Capítulo 3*, relativo a instrumentos da Organização das Nações Unidas.

Em suma, mesmo se a natureza vinculante dos comentários e recomendações dos organismos de supervisão pode dar margem a discussão¹⁰³, esses continuam tendo inegável valor jurídico, pois estabelecem as condições necessárias para que os Estados respeitem plenamente os tratados e convenções que ratificaram. Isso os distingue claramente de meros trabalhos teóricos ou de diretrizes de natureza moral.

Por fim, em termos práticos, a primeira seção do presente Capítulo mostrou que o trabalho dos organismos de supervisão não só é uma ferramenta essencial para o entendimento e a aplicação das normas internacionais do trabalho, mas também pode ser uma base importante para a interpretação do direito interno.

Esses fundamentos jurídicos e práticos parecem, cada vez mais, levar tanto tribunais nacionais como internacionais a referirem-se ao trabalho dos organismos de supervisão da OIT e da ONU em suas decisões, principalmente para fins de interpretação. É interessante observar que as decisões nacionais que se referem a esse trabalho são de países com sistemas jurídicos tão diversos como África do Sul, Argentina, Austrália, Colômbia, Chile, Espanha, Índia, Peru ou Zimbábue.

III.B. Exemplos do uso judicial do trabalho de organismos internacionais de supervisão

Esboçamos a seguir diversos casos em que tribunais nacionais ou internacionais basearam-se especificamente no trabalho dos organismos de supervisão da OIT ou da ONU.

¹⁰³ Sempre excetuando as recomendações da comissão de inquérito. Também é preciso apontar aqui uma decisão altamente polêmica do Superior Tribunal Constitucional da Colômbia, no qual este não só reconheceu a natureza vinculante das decisões do Comitê de Liberdade Sindical, mas também lhe concedeu um lugar no “bloco de constitucionalidade” da Colômbia. Ver *Sindicato de los Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín v. Ministry of Employment and Social Security, Ministry of Foreign Affairs, Medellín City Council and Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, Superior Tribunal Constitucional da Colômbia, Quarta Câmara de Supervisão de Recursos, 10 de agosto de 1999, Processo No. 206 360. Essa decisão foi confirmada por duas decisões subsequentes do Superior Tribunal Constitucional da Colômbia. Ver também o julgamento Sintrava-Avianca, 18 de setembro de 2000, T-1211/2000 e uma decisão de 23 de julho de 2003, T-603/2003.

O uso judicial do trabalho de organismos de supervisão da OIT e da ONU por tribunais nacionais

País: Austrália

Commonwealth of Australia v. Comissão de Direitos Humanos e Igualdade de Oportunidades, Tribunal Federal Australiano, 15 de dezembro de 2000, [2000] FCA 1854

O Tribunal Federal Australiano baseou-se na definição de discriminação que figura no Artigo 1(a) da Convenção No. 111¹⁰⁴ da OIT e na interpretação deste dispositivo por organismos de supervisão da OIT para especificar que os casos de discriminação indireta eram de fato proibidos pelo direito australiano.

Sua decisão diz:

“A definição de “discriminação” na Lei deve ser interpretada de acordo com a que é dada pelo direito internacional ao termo “discriminação” na Convenção No. 111 da OIT. (...) Parece haver forte concordância, certamente nos vários pareceres da Comissão de Peritos, inclusive o de 1996¹⁰⁵, mas também no relatório da Comissão de Inquérito relativa à Romênia, (...) quanto a que a definição de “discriminação” dada pela Convenção No. 111 da OIT e, portanto, no artigo 3(1) da Lei, estende-se à discriminação indireta.”

País: África do Sul

NUMSA v. Bader Pop, Tribunal Constitucional da África do Sul, 13 de dezembro de 2002, Processo No. CCT 14/02

Nesta decisão relativa ao direito de atuação de sindicatos minoritários, o Tribunal Constitucional da África do Sul baseou sua decisão no trabalho da Comissão de Peritos e do Comitê de Liberdade Sindical. O Tribunal enfatizou a importância que conferia ao trabalho desses dois organismos:

“as decisões (desses organismos) constituem, portanto, um autorizado desenvolvimento dos princípios de liberdade sindical contidos nas Convenções da OIT. A jurisprudência desses Comitês será um importante recurso no desenvolvimento dos direitos trabalhistas que a nossa Constituição encerra. (...) Esses princípios, pinçados da jurisprudência dos dois Comitês da OIT, têm pertinência direta tanto para a interpretação dos dispositivos pertinentes da Lei quanto da Constituição.”

¹⁰⁴ Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

¹⁰⁵ O Tribunal refere-se aqui ao Estudo Especial de 1996 da Comissão de Peritos para a Igualdade no Emprego e na Profissão, e mais especificamente aos parágrafos 25 e 26 desse Estudo (ILO: Special Survey of the Committee of Experts, 1996, op. cit.).

País: Argentina

Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA s/ Lei de accidentes 9688, Corte Suprema da Argentina, 21 de setembro de 2004¹⁰⁶

Em sua decisão, a Corte Suprema da Argentina afirmou que um artigo da lei que limitava o montante da indenização que as vítimas de acidentes de trabalho podem receber era inconstitucional.

Para analisar o problema jurídico apresentado, o Tribunal referiu-se repetidas vezes ao trabalho do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, organismo responsável por supervisionar que implementação do Pacto das Nações Unidas de mesmo nome:

“O trabalho do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deve ser mencionado **porque este é o intérprete autorizado do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no plano internacional**. Deve-se ressaltar que o referido Comitê atua, em virtude das condições de aplicação do Pacto, para recordar as palavras do Artigo 75(22) da Constituição.” [negrito nosso]

País: Peru

Sindicato de trabajadores de Toquepala e outros, Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2006, Processo Nº 4635-2004-AA/TC

Em sua decisão, o Tribunal Constitucional do Peru declarou inválida a jornada de trabalho estabelecida pelo acordo coletivo de uma empresa de mineração. Para tanto, o Tribunal referiu-se a diversos instrumentos internacionais, inclusive a Convenção No. 1 da OIT¹⁰⁷, bem como às observações feitas pela Comissão de Peritos ao Peru em virtude dessa Convenção.

“A este respeito, é mister enfatizar que a Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações (CEACR) da Organização Internacional do Trabalho, em suas observações individuais relativas à Convenção No. 1 – Jornada de Trabalho (Indústria) 1919 (Ratificação 1945), Documento No. 062002PER001, de 2002, estimou que o procedimento de trabalho 14 x 7 usado no Peru não é conforme ao dispositivo do Artigo 2 da Convenção No. 1 da OIT, pois a média semanal de horas de trabalho calculada sobre três semanas é de 56 horas por semana, ultrapassando, assim, o limite prescrito pelo Artigo 2(c) (48 horas por semana).”

¹⁰⁶ Para uma análise deste julgamento, ver G. Von Potobsky: ‘La jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales – el caso del Convenio n° 87 de la OIT sobre la libertad sindical’, *Revista Derecho del Trabajo, La Ley*, Buenos Aires, agosto de 2006 (disponível apenas em espanhol).

¹⁰⁷ Convenção sobre Horas de Trabalho (Indústria), 1919 (No. 1).

Uso judicial do trabalho de organismos internacionais de supervisão da OIT por tribunais internacionais

Baena Ricardo e outros, Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, 2 de fevereiro de 2001¹⁰⁸

Em sua decisão relativa ao Panamá, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos resolveu que a demissão de 270 trabalhadores do setor público que participavam de uma greve, efetuada com base em uma lei adotada especificamente com este propósito, era contrária ao princípio de liberdade sindical reconhecido pelo Artigo 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, o Tribunal decidiu que, de acordo com o princípio de plena remuneração reconhecido pelo direito internacional, os empregados demitidos em virtude dessa lei deveriam ser reintegrados a seus empregos e receber todos os salários perdidos durante seu período de demissão. Para reforçar sua argumentação, o Tribunal baseou-se nas recomendações do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, ao qual a matéria fora apresentada, e também às observações da Comissão de Peritos da OIT.

Requerimento Nos. 55480/00 e 59330/00 relacionados com restrições de emprego impostas a alguns ex-agentes da KGB, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 27 de julho de 2004¹⁰⁹

Em sua decisão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos resolveu que as seções de uma lei letã que vedavam o acesso a certos cargos no setor privado a pessoas que tivessem trabalhado para a KGB no passado eram discriminatórias. O Tribunal considerou que, embora fossem legítimas, as medidas eram amplas demais em seu âmbito e redação, e que não eram proporcionais ao objetivo visado. Em apoio a sua argumentação, o Tribunal referiu-se a instrumentos da OIT e, em particular, às observações da Comissão de Peritos da OIT sobre a Aplicação da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão) da OIT, 1958 (No. 111) pela Letônia, país que adotou legislação similar à que era objeto do processo.

¹⁰⁸ Decisão em Espanhol disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

¹⁰⁹ Decisão disponível em: <http://www.echr.coe.int/Fr/press/2004/juillet/Arr%C3%AAAtdechambreSida-brasetDziautascLituanie27704.htm>.

Recursos

Referências bibliográficas

- Gernigon, B.; Odero, A.; Guido, H.: 'OIT principles concerning the right to strike', *International Labour Review*, vol. 137, No. 4, 1998
- Gravel, E.; Charbonneau-Jobin, C.: *The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations: its dynamic and impact* (OIT, Genebra, 2003)
- OIT: *Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the OIT*, 5ª edição (revista) (Genebra, 2006)
- : *Handbook of procedures relating to international labour conventions and recommendations* (Genebra, rev. 2006)
 - : Report of the Committee on Freedom of Association, 340º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXVIX, 2006, Série B, No. 1
 - : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 93ª Sessão, Genebra, 2005, Relatório III(1A)
 - : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 92ª Sessão, Genebra, 2004, Relatório III(1A)
 - : Report of the Committee on Freedom of Association, 335º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXVII, 2004, Série B, No. 3
 - : Report of the Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organization to examine the Observance by the Government of the Republic of Belarus of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87) and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), *Official Bulletin*, vol. LXXXVII, 2004, Série B.
 - : Report of the Committee on Freedom of Association, 332º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Série B, No. 3
 - : Report of the Committee on Freedom of Association, 327º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXV, 2002, Série B, No. 1
 - : *Resolution on the measures recommended by the Governing Body under Article 33 of the Constitution of the OIT on Myanmar*, Conferência Internacional do Trabalho, 88ª Sessão, Genebra, 2000
 - : Report of the Committee on Freedom of Association, 313º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXII, 1999, Série B, No.1
 - : *Equality in Employment and Occupation. Special Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B)
 - : *Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the OIT*, 4ª edição (revista) (Genebra, 1996)

- : *Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 81ª Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B)
- : ‘Report of the Commission of Inquiry set up under Article 26 of the Constitution of the OIT to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No.111), 1958’, *Official Bulletin*, Supplement 3, vol. LXXIV, 1991, Série B
- : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 78ª Sessão, Genebra, 1991, Relatório III(1A)
- : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 77ª Sessão, Genebra, 1990, Relatório III(1A)
- : *Equal remuneration. General survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 72ª Sessão, Relatório III(4B) (Genebra, 1986)
- : *Procedure in force for the examination of complaints of infringements of freedom of association* (Genebra, junho de 1985)
- : *Standing orders for the procedure for the examination of representations under Articles 24 and 25 of the Constitution of the OIT, revised at the November 2004 Sessão do Conselho de Administração* (Doc. GB.291/9 (rev.))

ITC-OIT: *Use of International Law by Domestic Courts, Compendium of Court Decisions* (Turim, dezembro de 2007)

- : *Guide to international labour standards* (Turim, 2006)

OHCHR: *Fact Sheet No. 16 (Rev.1): The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*

Valticos, N.: ‘Droit, politique, diplomatie et administration: les éléments du contrôle international (à propos de l’expérience de l’OIT)’, In: *Mélanges André Grisel* (Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1983) [disponível apenas em francês]

- : ‘Les commissions d’enquête de l’Organisation internationale du Travail’, *Revue Générale de Droit International Public*, Pedone, Paris, 1987 [disponível apenas em francês]

Von Potobsky, G.: ‘La jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales – el caso del Convenio No.87 de la OIT sobre la libertad sindical’, *Revista Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006 [disponível apenas em espanhol]

Documentos

- OIT

Constituição da OIT, 1919

Links da internet

- OIT

OIT - site: www.ilo.org

OIT – convenções e protocolos: <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>

OIT recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/french/recdisp1.htm>

Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações, Relatórios Gerais: <http://www.ilo.org/ilolex/french/ceacrrepsq.htm>

Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações, Estudos Gerais: <http://www.ilo.org/ilolex/french/surveyq.htm>

ILOLEX, base de dados que contém o texto integral das convenções e recomendações da OIT, listas de ratificações, comentários da Comissão de Peritos e do Comitê de Liberdade Sindical, exame de casos pelo Comitê da Conferência, representações, queixas, casos, estudos gerais e muitos outros documentos correlatos: <http://www.ilo.org/ilolex/french/>

APPLIS, base de dados que contém informações sobre ratificação, comentários da Comissão de Peritos e obrigações dos Estados relativas à apresentação de Relatórios: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=fr>

LibSynd, base de dados com processos relativos a liberdade sindical: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=FR&hdroff=1>

- Nações Unidas

OHCHR - website: <http://www.ohchr.org/>

Documentos com corpo de tratados: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

Capítulo 3

Fontes de direito internacional do trabalho que emanam da Organização das Nações Unidas

I. Introdução

Outras fontes de direito internacional do trabalho além das adotadas pela OIT: ONU e instrumentos regionais

Como foi explicado nos *Capítulos 1 e 2* desta Parte, as principais fontes de direito internacional do trabalho são as normas adotadas pela OIT. Contudo, alguns instrumentos adotados por outras organizações – a Organização das Nações Unidas e diversos organismos regionais, tais como o Conselho da Europa, a União Européia, a Organização dos Estados Americanos e a Organização da Unidade Africana – dizem respeito a questões trabalhistas.

A ONU não trata de questões de trabalho como tais e, além disto, reconhece a OIT como agência especializada responsável por atuar no intuito de atingir os objetivos estabelecidos em sua Constituição¹¹⁰; contudo, alguns instrumentos centrais de direitos humanos da ONU também cobrem questões trabalhistas direta ou indiretamente. Esses instrumentos podem ser fontes de referência úteis para tribunais nacionais e advogados que tratam de questões ligadas ao emprego.

Longe de ser exaustivo, este Capítulo fará apenas uma breve referência a uma seleção de instrumentos da ONU que cobrem questões trabalhistas. Os dispositivos pertinentes da Carta Internacional de Direitos Humanos – que consiste na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos dois pactos da ONU sobre direitos humanos – serão examinados em primeiro lugar, seguidos dos dispositivos pertinentes da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias. Uma breve introdução a cada um desses instrumentos e seu respectivo organismo de supervisão será seguida por um breve resumo dos dispositivos de particular pertinência para juízes e advogados. Também citaremos trechos dos comentários gerais e recomendações emitidas pelos organismos de supervisão no intuito de frisar seu valor para juízes e advogados nacionais¹¹¹. Por fim, daremos exemplos de decisões de tribunais internos baseadas nesses instrumentos e no trabalho dos organismos de supervisão.

Deve-se observar que, apesar de sua importância, as várias fontes de direito internacional do trabalho adotadas no plano regional não são citadas neste Manual, que se concentrará apenas nas fontes universais.

Laços entre instrumentos de direitos humanos da OIT e da Organização das Nações Unidas

Os instrumentos de direitos humanos da OIT e da ONU devem ser vistos como interdependentes e complementares, pois compartilham dos mesmos valores e visam a atingir objetivos comuns. Essa complementaridade é expressamente reconhecida nos

¹¹⁰ Ver o acordo a que chegaram em 1946 a Organização das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho em: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/agreements/nu.htm>.

¹¹¹ É produzida e atualizada periodicamente uma compilação dos comentários e recomendações gerais emitidas por organismos de supervisão da ONU.

dois pactos da ONU sobre direitos humanos¹¹² e é posta em prática de forma regular pelos organismos de supervisão de ambas instituições.

À luz do que foi dito acima e de acordo com os Artigos 5(2) dos dois pactos de direitos humanos da ONU, os vários instrumentos internacionais de direitos humanos – inclusive direitos no trabalho – devem ser usados de maneira “integrada”, o que favorece a aplicação dos dispositivos que melhor protegem os direitos humanos e dos trabalhadores.¹¹³

Instrumentos de direitos humanos da ONU e sua relevância para juizes e advogados do trabalho

Embora as normas da OIT sejam a principal fonte de direito internacional do trabalho, os instrumentos de direitos humanos da ONU podem ajudar os juizes e advogados nacionais por pelo menos dois motivos que facilitam seu uso judicial no plano interno.

Em primeiro lugar, alguns tratados de direitos humanos da ONU foram amplamente ratificados.¹¹⁴ Seu conteúdo é, portanto, legalmente vinculante em muitos países e pode ser útil, especialmente quando as convenções da OIT ainda não tiverem sido ratificadas. Em segundo lugar, nos últimos anos é crescente a tendência a incluir referências a instrumentos de direitos humanos da ONU nas constituições nacionais, o que lhes dá, explícita ou implicitamente, status constitucional no sistema jurídico interno. Como mostram os exemplos abaixo, essas referências assumiram diferentes formas.

a) Dispositivos que incluem compromisso geral de respeitar os instrumentos de direitos humanos da ONU

Trecho do Preâmbulo à Constituição da República do Mali

O povo soberano do Mali, fortalecido por suas tradições de luta heróica, comprometido a permanecer fiel aos ideais das vítimas da repressão e dos mártires mortos na luta pelo advento do estado de direito e da democracia pluralista, (...) subscreve a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 e a Carta Africana dos Direitos Humanos e do Povo de 27 de junho de 1981, (...)

b) Dispositivos que dão status constitucional a instrumentos de direitos humanos da ONU

Trecho do Preâmbulo à Constituição da República do Benin

(...) reafirmamos nossa lealdade aos princípios de democracia e direitos humanos, tais como foram definidos pela Carta das Nações Unidas de 1945 e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos adotada em 1981 pela Organização da Unidade Africana e ratificada pelo Benin em 20 de janeiro de 1986, e cujos dispositivos são parte integrante da presente Constituição e do direito do Benin e que prevalecerão sobre a legislação interna; (...)

¹¹² Para uma perspectiva geral, ver Artigos 5(2) de ambos os Pactos. Sobre a liberdade sindical, em particular, ver Artigo 22(3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Artigo 8(3) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

¹¹³ Os Artigos 5(2) de ambos os Pactos afirmam: “Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

¹¹⁴ É o caso, por exemplo, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (164 ratificações em 23 de junho de 2009), do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (160 ratificações em 23 de junho de 2009), e da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (186 ratificações em 23 de junho de 2009).

Trecho da Constituição da Nação Argentina

Artigo 75(22)

(...) Tratados e Concordatas têm hierarquia mais alta do que as leis.

A Declaração Americana de Direitos e Deveres Humanos; a Declaração Universal de Direitos Humanos; a Convenção Americana de Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo de implementação; a Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio; a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; em suas atuais condições de aplicação, têm status constitucional, não revogam seção alguma da Primeira Parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias aqui reconhecidos. (...)

c) *Dispositivos que conferem status interpretativo aos instrumentos da ONU em relação a dispositivos constitucionais que se referem a princípios, direitos e liberdades fundamentais*

Trecho da Constituição do Peru

Dispositivo quarto final e transitório

As normas relacionadas com os direitos e as liberdades reconhecidos na Constituição serão interpretadas de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com tratados e acordos internacionais relativos a esses direitos e ratificados pelo Peru.

Trecho da Constituição da Romênia

Artigo 20(1)

Dispositivos constitucionais relativos a direitos e liberdades dos cidadãos serão interpretados e aplicados em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os pactos e outros tratados dos quais a Romênia é parte.

II. Carta Internacional de Direitos Humanos

Carta Internacional de Direitos Humanos é uma expressão usada para referir-se coletivamente a três instrumentos gerais de direitos humanos redigidos pela Comissão de Direitos Humanos da ONU e adotados pela Assembléia Geral da ONU. Estes instrumentos são:

- a Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

- o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais¹¹⁵.

A Carta Internacional de Direitos Humanos define um conjunto abrangente de direitos de todas as pessoas. A Carta é redigida em termos gerais, e seus dispositivos sobre o trabalho com frequência são menos específicos e menos detalhados do que os dos instrumentos da OIT; contudo, a Carta estabelece princípios e normas universais fundamentais que se aplicam a todos os direitos humanos. Portanto, podem ser úteis ao tratar-se de questões trabalhistas.

II. A. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Adotada em 1948 contra o pano de fundo dos horrores da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a primeira tentativa feita por todos os Estados de definirem de comum acordo um catálogo abrangente dos direitos da pessoa humana em um único documento. Embora não seja legalmente vinculante *per se*, a Declaração Universal dos Direitos Humanos contém princípios considerados como legalmente vinculantes para os Estados em virtude da lei consuetudinária internacional¹¹⁶ ou dos princípios gerais de direito¹¹⁷.

Dispositivos da Declaração relacionados com questões trabalhistas

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contém uma série de dispositivos que se aplicam especificamente às questões trabalhistas. São eles:

- o direito à liberdade da escravidão e da servidão (Artigo 4);
- o direito à seguridade social (Artigo 22);
- o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego e à proteção contra o desemprego (Artigo 23(1));
- o direito a remuneração igual por trabalho igual (Artigo 23(2));
- o direito a uma remuneração justa e favorável que assegure uma existência à altura da dignidade humana aos trabalhadores e suas famílias (Artigo 23(3));
- o direito de constituir sindicatos e filiar-se a eles (Artigo 23(4));
- o direito ao repouso e ao lazer, incluindo a limitação razoável da jornada de trabalho e férias remuneradas periódicas (Artigo 24).

¹¹⁵ As origens da expressão “Carta Internacional de Direitos Humanos” datam de 1945 quando, na Conferência de São Francisco, realizada para redigir a Carta da Organização das Nações Unidas, foi apresentada uma proposta de incorporar uma “Declaração sobre os Direitos Essenciais do Homem”, mas essa não foi examinada, porque exigia um exame mais detalhado do que era possível à época.

A Comissão de Direitos Humanos foi criada no início de 1946 pelo Conselho Econômico e Social, tendo como primeira prioridade a redação de uma carta internacional de direitos humanos. Em 1947, a Comissão decidiu aplicar a expressão “Carta Internacional de Direitos Humanos” à série de documentos que estavam sendo preparados: uma declaração e uma convenção (rebatizada de “pacto”). A Declaração foi aprovada por unanimidade pela Assembléia Geral por meio da Resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948. Levou-se mais de uma década para concluir a preparação dos dois Pactos que foram aprovados por unanimidade pela Assembléia Geral, por meio da resolução 2200 A (XXI) de 16 de dezembro de 1966.

¹¹⁶ “O direito consuetudinário internacional consiste de normas legais derivadas da conduta coerente de Estados que atuam com base na convicção de que a lei exige que ajam daquela maneira” (ver R. Shabtai: *Practice and Methods of International Law*, ed. Oceana Publications, 1984, p. 55.)

¹¹⁷ Há teorias jurídicas que também consideram a Declaração Universal dos Direitos Humanos como a interpretação autêntica das cláusulas sobre direitos humanos da Carta da ONU.

Dispositivos gerais da Declaração relevantes para juízes e advogados trabalhistas

O Artigo 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o princípio da não discriminação no gozo de seu conteúdo, afirmando que “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.” (...).

Seu Artigo 8 reconhece direito a um recurso efetivo para os tribunais nacionais competentes em face de atos que violem os direitos fundamentais.

Alguns exemplos da pertinência da Declaração para juízes e advogados trabalhistas

Como mostram os exemplos abaixo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos pode informar sobre a natureza fundamental de determinados direitos no trabalho reconhecidos na legislação interna, fazendo assim com que seja possível assegurar-lhes o status apropriado no sistema jurídico nacional.

País: Azerbaijão

Sobre a conformidade do Artigo 143 (12)(1) do Código Trabalhista da República do Azerbaijão com os Artigos 25, 37 e 149(1) da Constituição da República do Azerbaijão, Tribunal Constitucional da República do Azerbaijão, 23 de fevereiro de 2000

O Código Trabalhista da República do Azerbaijão dispunha que, em caso de terminação do contrato de emprego, os trabalhadores tinham direito aos dias de férias remuneradas que ainda não haviam gozado. Contudo, este dispositivo não se aplicava quando a terminação era decorrente da liquidação da empresa ou do fato de um trabalhador ter deixado de cumprir suas responsabilidades ou obrigações. O Presidente do Tribunal Superior encaminhou o processo ao Superior Tribunal Constitucional para que se pronunciasse sobre a constitucionalidade do dispositivo.

O Superior Tribunal Constitucional considerou esta restrição contrária ao dispositivo da Constituição e a vários instrumentos de direito internacional e, para demonstrar a natureza fundamental do direito às férias remuneradas, referiu-se, *inter alia*, ao Artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração pode, além disso, ser invocada em particular quando instrumentos internacionais vinculantes – por exemplo, os dois pactos das Nações Unidas sobre direitos humanos ou as convenções da OIT – ainda não tiverem sido ratificados.

País: Nova Zelândia

Van Gorkom v. Attorney General e outros, Superior Tribunal da Nova Zelândia, 10 de fevereiro de 1977, [1977] 1 NZLR 535

Os dispositivos das regulamentações administrativas previam o reembolso dos gastos incorridos por mudança de domicílio, mas só no caso de homens casados. O Superior Tribunal da Nova Zelândia considerou que, neste caso, a diferença de tratamento entre homens e mulheres não era nem conforme a legislação nacional nem compatível com o espírito da Declaração Universal de Direitos Humanos e da Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, assim reconhecendo que estes instrumentos tinham um papel na interpretação da lei nacional. Naquela época, a Nova Zelândia ainda não havia ratificado os dois pactos de direitos humanos da ONU.

II. B. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

Adotado pela Assembléia Geral em 1966 e tendo entrado em vigor dez anos depois¹¹⁸, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) constitui, junto com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a pedra angular dos tratados internacionais de direitos humanos, cobrindo uma ampla gama de direitos e liberdades¹¹⁹.

O Comitê de Direitos Humanos (CDH) é o organismo que monitora a implementação do PIDCP por seus Estados Partes. Criado em 1976, o Comitê é composto de dezoito peritos independentes em direitos humanos. Todos os Estados Partes devem apresentar relatórios periódicos ao CDH sobre como os direitos estão sendo implementados¹²⁰. O CDH examina os relatórios e dirige suas preocupações e recomendações aos Estados Partes sob forma de observações conclusivas. Além do procedimento de apresentação de relatório, o Artigo 41 do PIDCP dispõe que o Comitê examine queixas entre Estados¹²¹. O CDH também publica suas interpretações dos dispositivos do Pacto, conhecidas como comentários gerais. Os comentários gerais do CDH podem ser úteis aos juizes e advogados como fonte de inspiração e interpretação, pois esclarecem o sentido e o âmbito dos dispositivos do PIDCP¹²².

Disposições do PIDCP relativas ao trabalho

O Artigo 8 do PIDCP prevê o direito à liberdade da escravidão, da servidão e do trabalho forçado ou compulsório.

O Artigo 22(1) reconhece, em termos gerais, no contexto mais amplo da liberdade de associação, o direito à constituição de sindicatos e filiação a esses. O Artigo 22(2) contém uma cláusula que autoriza, em uma sociedade democrática, as restrições necessárias ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. O mesmo dispositivo também autoriza restrições aos membros das forças armadas e da polícia¹²³.

¹¹⁸ Pela resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro 1966, a Assembléia Geral também aprovou o Primeiro Protocolo Opcional, que reconhece a competência do Comitê "para receber e considerar comunicações de indivíduos que afirmam ser vítimas de violações de qualquer um dos direitos expostos no Pacto". Em 23 de junho de 2009, esse Protocolo Opcional havia sido ratificado por 111 Estados. Por meio da resolução 44/128 de 15 de dezembro de 1989, a Assembléia Geral aprovou o Segundo Protocolo Opcional do Pacto visando à abolição da pena de morte. Em 23 de junho de 2009, esse Protocolo fora ratificado por 71 países.

¹¹⁹ Para mais informações sobre o PIDCP (ICCPR), ver OHCHR (Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos) Fact Sheet No. 15: *Civil and Political Rights: The Human Rights Committee (Rev.1)* (http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs15rev.1_en.pdf).

¹²⁰ Os Estados deveriam apresentar seu primeiro relatório um ano depois de ratificar o Pacto, e, a seguir, sempre que solicitados pelo Comitê de Direitos Humanos (CDH) (normalmente a cada quatro anos).

¹²¹ Além disso, o Primeiro Protocolo Opcional ao Pacto dá ao Comitê o poder de examinar queixas individuais relativas a alegações de violações do Pacto por Estados Partes do Protocolo. A plena competência do Comitê estende-se ao Segundo Protocolo Opcional do Pacto sobre a abolição da pena de morte, em relação a Estados que aceitaram o Protocolo.

¹²² Os comentários gerais emitidos pelo CDH podem ser encontrados em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

¹²³ Artigo 22(2) do PIDCP: "O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos por membros das forças armadas e da polícia."

Disposições gerais do PIDCP úteis para juízes e advogados trabalhistas

O Artigo 2 do PIDCP requer que os Estados Partes assegurem que qualquer pessoa cujos direitos ou liberdades tenham sido violados disponha de recurso efetivo, e que desenvolvam as possibilidades de recurso judicial.

Os Artigos 12(3), 18(3) e 19(3) permitem, mas ao mesmo tempo circunscrevem-na, a possibilidade de restringir, sob certas condições, o exercício dos direitos fundamentais que consagram. Esses direitos são:

- o direito à liberdade de movimento e à liberdade de escolher residência¹²⁴;
- a liberdade de manifestar sua religião ou crenças¹²⁵; e
- o direito à liberdade de expressão¹²⁶.

O Artigo 26 estabelece o princípio geral de igualdade perante a lei e de igual proteção da lei, sem qualquer discriminação. Especifica que “a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”, assim proporcionando proteção, como aponta o Comentário Geral no. 18 do CDH, contra discriminação por qualquer motivo¹²⁷. Essa definição do princípio de igualdade permite a proteção contra discriminação relacionada com outros motivos, além dos explicitamente mencionados, tais como saúde, deficiência ou idade¹²⁸.

Um exemplo da relevância do PIDCP para juízes e advogados trabalhistas

O PIDCP pode ser usado para tratar de novos motivos de discriminação não explicitamente mencionados nem no Artigo 1(1)(a) da Convenção No. 111 da OIT, nem na legislação nacional.

¹²⁴ Artigo 12(3) do PIDCP: “Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, saúde ou moral públicas, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.”

¹²⁵ Artigo 18(3) do PIDCP: A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

¹²⁶ Artigo 19(3) do PIDCP: “O exercício de direito previsto no § 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

(a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
(b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

¹²⁷ (rev. Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral No. 18: Não-discriminação (1989), parágrafos 11-12.

¹²⁸ Ver abaixo, Parte 3, Capítulo 2, sobre igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão.

País: Romênia

Superior Tribunal Constitucional da Romênia, 25 de fevereiro de 1993, Decisão No. 6

Neste caso, o Superior Tribunal Constitucional da Romênia afirmou que os dispositivos constitucionais relativos aos motivos de discriminação devem ser complementados pelos instrumentos internacionais de direitos humanos com vistas a dar uma autêntica dimensão jurídica ao princípio da igualdade. Sob este ângulo, o Tribunal referiu-se ao Artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e ao Artigo 2(2) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que contém dispositivos similares, afirmando o seguinte: “Os critérios de não discriminação são estabelecidos no Artigo 4(2) da Constituição: raça, nacionalidade, origem étnica, língua, religião, sexo, opiniões, filiação política, propriedade e origem social. Contudo, deve-se frisar, neste contexto, que o dispositivo constitucional deve ser complementado por instrumentos internacionais de direitos humanos, pois só assim o princípio de igualdade de direitos terá uma autêntica dimensão jurídica. Por conseguinte, os dispositivos do Artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que entrou em vigor em 23 de março de 1976, serão aplicáveis neste caso.”

II. C. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) também foi adotado em 1966, após quase vinte anos de debates em torno de sua redação, e entrou em vigor em 1976¹²⁹.

O organismo que supervisiona a implementação do Pacto é o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC). Criado em 1987 para cumprir as funções de supervisão atribuídas ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) na Parte IV do Pacto, é composto de dezoito peritos independentes em direitos humanos. O CDESC será capaz de examinar queixas individuais assim que o protocolo opcional ao Pacto, adotado em 17 de dezembro de 2008, entrar em vigor. Todos os Estados Partes devem apresentar relatórios ao CDESC sobre como os direitos estão sendo implementados¹³⁰. O Comitê dirige suas preocupações e recomendações aos Estados Partes sob forma de observações conclusivas. Desde 1988, o Comitê também tem publicado suas interpretações dos dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecidas como comentários gerais sobre questões temáticas ou sobre seus métodos de trabalho. Os comentários gerais do CDESC podem ser úteis aos juízes e advogados nacionais como fonte de inspiração e interpretação, pois esclarecem o sentido e o âmbito dos dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³¹.

Dispositivos do PIDESC relacionados com questões trabalhistas

O Artigo 6 do PIDESC reconhece o direito ao trabalho, que inclui o direito a escolher ou aceitar livremente o emprego. Conclama os Estados Partes a tomarem medidas conducentes a assegurar o pleno exercício desse direito, especificando que “este deverá incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas e políticas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais”.

¹²⁹ Para mais informações sobre o PIDESC, ver OHCHR Fact Sheet No. 16: *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (Rev. 1).

¹³⁰ Os Estados devem apresentar um relatório no prazo de dois anos após a ratificação do Pacto, e, a seguir, a cada cinco anos.

¹³¹ Comentários gerais do CESCR podem ser encontrados no site do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

O Artigo 7 reconhece o direito a toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem, especificamente:

- um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor que proporcione aos trabalhadores e suas famílias uma vida decente;
- condições de trabalho seguras e higiênicas;
- oportunidades iguais;
- repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

O Artigo 8 reconhece o direito à liberdade sindical, incluindo explicitamente o direito de greve, que deve ser exercido nas condições estipuladas pela legislação nacional. Os mesmos dispositivos permitem, em uma sociedade democrática, as limitações do direito de fundar sindicatos e filiar-se a sindicatos e o direito dos sindicatos de funcionarem livremente que sejam necessárias ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas¹³². O Artigo 8 também permite restrições ao exercício desses direitos por membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública.

O Artigo 8(3) contém uma cláusula de salvaguarda que se refere à Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical (No. 87). Esse dispositivo especifica que “nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito Sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção”. Essa referência à Convenção No. 87 da OIT mostra que os vários instrumentos internacionais de direitos humanos devem ser aplicados segundo uma abordagem integrada, dando precedência aos dispositivos que oferecem mais proteção. Além disso, nos países que ratificaram a convenção No. 87 da OIT e nos quais o PIDESC goza de status constitucional, o Artigo 8(3) pode ser interpretado como estendendo esse status à Convenção No. 87 da OIT¹³³. O Artigo 9 garante o direito à previdência social, inclusive ao seguro social.

O Artigo 10 dispõe que se deve “conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto” e que, “durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados”.

O Artigo 12 reconhece o direito ao nível mais elevado possível de saúde física e mental.

¹³² Artigo 8(1)(a) do PIDESC: “O direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias.”

Artigo 8(1)(c) do PIDESC: “c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas.”

¹³³ Ver a jurisprudência da Suprema Corte da Argentina.

A relevância do trabalho do organismo de supervisão do PIDESC para juizes e advogados trabalhistas

O Artigo 2 do PIDESC obriga os Estados Partes a implementar progressivamente os direitos reconhecidos por esse instrumento, referência que poderia lançar dúvidas quanto a sua aplicabilidade judiciária. Nesse sentido, os Comentários Gerais do CDESC Nos. 3 e 9¹³⁴ apresentam ideias interessantes a respeito de como os tribunais nacionais poderiam usar o conteúdo do Pacto para resolver controvérsias. Em particular, o CDESC expressa nesses comentários o ponto de vista de que muitos dispositivos do Pacto são autoexecutáveis, ou seja, podem ser imediatamente aplicados pelos tribunais sem outra elaboração¹³⁵.

Trecho do Comentário Geral No. 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre a "Natureza das obrigações dos Estados Partes"

(...) Além disto, alguns outros dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, inclusive os artigos 3¹³⁶, 7 (a)(i)¹³⁷, 8¹³⁸, 10(3), 13(2)(a), (3) e (4) e 15(3), pareceriam poder ser imediatamente aplicados pelo judiciário e outros órgãos dos sistemas judiciais de muitas nações. Pareceria difícil defender qualquer sugestão de que os dispositivos indicados são inerentemente não autoexecutáveis.

Fonte: Documento da ONU E/1991/23, p. 5

Trecho do Comentário Geral No. 9 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre a "Aplicação Nacional do Pacto"

O Pacto não nega a possibilidade de que os direitos que contém possam ser considerados autoexecutáveis em sistemas em que esta opção é prevista. De fato, quando o Pacto estava sendo redigido, as tentativas de incluir no texto um dispositivo específico permitindo que este fosse considerado

"não autoexecutável" foram vigorosamente rejeitadas. Na maioria dos Estados, caberia aos tribunais, não ao executivo ou ao legislativo, determinar se um dispositivo de Tratado é ou não autoexecutável. Para cumprir essa função de maneira efetiva, os tribunais pertinentes devem ser informados da natureza e das implicações do Pacto, e do importante papel dos remédios judiciais em sua implementação. Assim, por exemplo, quando envolvidos em procedimentos judiciais, os governos devem promover interpretações das leis nacionais que dêem cumprimento às obrigações contraídas em virtude do Pacto. Da mesma maneira, a formação jurídica deve considerar plenamente a justiciabilidade do Pacto. É especialmente importante evitar qualquer suposição a priori de que as normas devam ser consideradas como não autoexecutáveis. Na verdade, muitas delas são formuladas em termos que são pelo menos tão claros e específicos quanto os de outros tratados de direitos humanos, cujos dispositivos os tribunais habitualmente consideram como autoexecutáveis.

Fonte: Documento da ONU E/C.12/1998, p. 11

¹³⁴ Ver Comentário Geral No. 3, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: A natureza das obrigações dos Estados Partes, 1990; e Comentário Geral No. 9, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: A aplicação interna do Pacto, 1998.

¹³⁵ Esses comentários gerais já foram analisados nos diversos módulos deste Manual.

¹³⁶ Igualdade entre homens e mulheres em relação aos direitos estabelecidos no PIDESC.

¹³⁷ Remuneração que proporciona a todos os trabalhadores salários justos, remuneração igual para trabalho de igual valor e uma vida decente para si os próprios trabalhadores e suas famílias.

¹³⁸ Liberdade de associação, inclusive o direito de greve.

No Comentário Geral No. 18 sobre o direito ao trabalho¹³⁹, o CDESC qualifica o direito ao trabalho como direito fundamental que inclui não só o direito de não sofrer discriminação no emprego e na profissão, mas também o direito de não ser privado injustamente de trabalho¹⁴⁰. Portanto, é possível basear-se no Artigo 7 do PIDESC como fundamento jurídico em países cuja legislação nacional não especificar expressamente o direito de não ser privado injustamente de emprego.

Trecho do Comentário Geral No. 18 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre “O direito ao trabalho”

Conteúdo normativo do direito ao trabalho

6. (...) o direito ao trabalho (...) inclui (...) o direito de não ser privado injustamente de emprego.

11. A Convenção N. 158 da OIT, sobre a terminação da relação de trabalho (1982) estabelece a legalidade da despedida em seu Artigo 4 e impõe, em particular, a necessidade de oferecer motivos válidos para a despedida, assim como o direito a recursos jurídicos e de outro tipo em caso de despedida injustificada.

Violações da obrigação de respeitar

34. (...) Essas medidas regressivas incluem, *inter alia*, a negação de acesso ao emprego (...). Exemplo disto seria (...) a revogação de legislação que protege o empregado contra demissões ilegais. Essas medidas constituiriam uma violação da obrigação dos Estados Parte de respeitar o direito ao trabalho.

Violações da obrigação de proteger

35. (...) Incluem omissões tais como deixar de regular as atividades de indivíduos, grupos ou empresas de forma a evitar que estes violem o direito de outros ao trabalho; ou deixar de proteger os trabalhadores contra a demissão ilegal.

Fonte: Documento da ONU E/C.12/18, p. 6, 33 e 35

Alguns exemplos de relevância do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) para juízes e advogados trabalhistas

O PIDESC pode ser útil porque garante explicitamente o direito de greve e delimita os motivos para a se restringir esse direito.

País: Federação Russa

Sobre a constitucionalidade do Artigo 12 da Lei da URSS de 9 de outubro de 1989 relativa à “Resolução de Conflitos Coletivos de Trabalho”, Superior Tribunal Constitucional da Federação Russa, 17 de maio de 1995

Neste caso, o Superior Tribunal Constitucional da Federação Russa baseou-se no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para determinar em que medida eram válidas as restrições ao direito de greve estabelecidos pelo direito nacional: “(...) procedente dos dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a proibição do direito de greve é admissível em relação aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública (Artigo 8(2)); em relação a outras pessoas, as restrições são possíveis se forem necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas (Artigo 8(1)(c)). Além disso, os instrumentos internacionais de direitos humanos atribuem a regulação do direito de greve à esfera da legislação interna. Mas esta legislação não deve ir além das restrições permitidas por esses instrumentos internacionais.”

¹³⁹ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral No. 18, The right to work, 2005. (UN Document A/47/38).

¹⁴⁰ Ver abaixo, Parte 3, Capítulo 3, sobre a terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

O PIDESC também pode ser útil pelo fato de estabelecer o princípio geral de remuneração igual “para trabalho de igual valor”, não limitando sua aplicação à distinção entre homens e mulheres.

País: Filipinas

International School Alliance of Educators v. Hon Leonardo A. Quisumbing e outros, Tribunal Supremo da República das Filipinas, 1º de junho de 2000, No. 128845

Uma escola internacional nas Filipinas empregava trabalhadores tanto locais como estrangeiros, sendo que estes recebiam salários mais altos e outros benefícios. Os empregados filipinos abriram procedimentos jurídicos alegando que havia discriminação.

Depois de se basear na Constituição nacional, o Tribunal Supremo das Filipinas referiu-se a instrumentos internacionais, em particular ao Artigo 7(a) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, para apontar a natureza fundamental do princípio da igualdade de remuneração.

Neste caso, o Tribunal deliberou que as diferenças de tratamento entre empregados filipinos e estrangeiros eram discriminatórias, mas que os trabalhadores estrangeiros podiam continuar a desfrutar dos benefícios relacionados com sua nacionalidade, tais como pagamento das despesas ocasionadas pela transferência.

Abaixo vemos um exemplo do uso do PIDESC para interpretar dispositivos constitucionais relativos à jornada de trabalho e suas ligações com saúde e segurança.

País: Peru

Sindicato dos Trabalhadores de Toquepala e outros, Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2006, Processo Nº 4635-2004-AA/TC

“Por esta razão, a jornada de doze horas para os trabalhadores mineiros, os Artigos 209, 210, 211 e 212 do Decreto Supremo No. 003-94-EM e qualquer outro dispositivo que imponha aos trabalhadores mineiros uma jornada de trabalho superior à habitual de oito horas são incompatíveis com os Artigos 1, 2(22), 7, 25 e 26(1) e (2) da Constituição, e com os Artigos 7(d) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e 7(g) e (h) do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em relação a direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), porque violam a dignidade humana, o direito a uma jornada de trabalho razoável, o direito ao repouso e ao lazer, e o direito à saúde e à proteção da família, reconhecidos na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Peru, aos quais esta decisão referiu-se extensamente.”

III. Outros instrumentos de direitos humanos da ONU relevantes em matéria laboral

Outros instrumentos de direitos humanos da ONU contêm dispositivos aplicáveis às questões trabalhistas que, portanto, podem ser invocados por juízes e advogados nacionais que tratam de questões trabalhistas. Esta seção refere-se:

- à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; e
- à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.

III. A. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDCM) foi adotada pela Assembléia Geral em 1979. Muitas vezes descrita como uma carta internacional dos direitos da mulher, a CEDCM apresenta uma definição abrangente da expressão “discriminação contra a mulher” e define uma agenda para a atuação nacional com vistas a eliminar essa discriminação¹⁴¹.

Exige-se que os Estados Partes da Convenção apresentem relatórios nacionais a respeito das medidas que tomaram para cumprir suas obrigações decorrentes do tratado¹⁴². O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher monitora a implementação da CEDCM por seus Estados Partes desde 1982. O Comitê é composto de 23 peritos independentes. Em sua décima sessão, em 1991, o Comitê decidiu adotar a prática de emitir recomendações gerais a respeito de dispositivos específicos da Convenção e da relação entre dispositivos da Convenção e temas transversais. Após essa decisão, o Comitê tem emitido uma série de Recomendações Gerais detalhadas e abrangentes que orientam a respeito da aplicação da Convenção em situações particulares¹⁴³.

Disposições gerais da CEDCM úteis para juízes e advogados trabalhistas

O Artigo 1 da CEDCM define a “discriminação contra a mulher” como “distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”. Esta definição, enfatizemos, é análoga à que figura na Convenção No. 111 da OIT¹⁴⁴.

Disposições da CEDCM relacionados com questões trabalhistas

Os dispositivos da CEDCM direta ou indiretamente relacionados com o trabalho podem ser encontrados no Artigo 10, que trata da igualdade de homens e mulheres no campo da educação; no Artigo 11, que se refere à igualdade no âmbito do emprego e do direito ao trabalho; e no Artigo 14, que diz respeito às mulheres que trabalham em áreas rurais e na economia informal.

Depois de afirmar claramente que a mulher deve desfrutar do direito ao trabalho como um “direito inalienável de todo ser humano”, o Artigo 11 especifica as áreas em que a igualdade no emprego deve ser atingida. Essas áreas são:

- o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em matéria de emprego;
- o direito à livre escolha de profissão e emprego, à promoção, à segurança no emprego e a todos os benefícios e condições de serviço;
- o direito à formação profissional e ao retreinamento, inclusive a aprendizagens, formação profissional avançada e treinamentos recorrentes;
- o direito a remuneração igual, inclusive benefícios, e a tratamento igual em relação a trabalho de igual valor e na avaliação da qualidade do trabalho;

¹⁴¹ Para mais informações sobre a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ver OHCHR Fact Sheet No. 22: Discrimination against Women: the Convention and the Committee (<http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs22.htm>).

¹⁴² Os relatórios devem ser apresentados pelo menos a cada quatro anos.

¹⁴³ As recomendações gerais do Comitê podem ser encontradas em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>.

¹⁴⁴ Ver Parte 3, Capítulo 2, sobre a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão.

- o direito à seguridade social, particularmente em caso de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez e idade avançada e outro tipo de incapacitação para o trabalho; e
- o direito à proteção da saúde e à segurança no trabalho.

O mesmo dispositivo também exige que os Estados Partes tomem medidas destinadas a proibir a demissão por motivo de gestação ou licença-maternidade, bem como a discriminação em despedidas baseadas no estado civil.

O Artigo 14, que diz respeito às mulheres rurais, exige que os Estados Partes eliminem a discriminação contra a mulher nas áreas rurais assegurando-lhes, por exemplo, igual acesso a formação e educação, tanto formal como não formal, bem como acesso a crédito e empréstimos.

A relevância do trabalho do organismo de supervisão da CEDCM para juizes e advogados trabalhistas

Ao comentar o princípio da igualdade no emprego estabelecido no Artigo 11, o Comitê da CEDCM publicou uma definição de “assédio sexual”¹⁴⁵.

Trecho da Recomendação Geral No. 19 do Comitê da CEDCM sobre a violência contra a mulher

Assédio sexual inclui comportamento importuno de tipo sexual, como contato físico e sugestões inconvenientes, observações com conotações sexuais, exibição de pornografia e exigências sexuais, seja por meio de palavras ou de ações. Tal conduta pode ser humilhante e pode constituir um problema de saúde e segurança; é discriminatória quando a mulher tem motivos razoáveis para crer que sua objeção resultaria em desvantagem para ela em relação a seu emprego, inclusive quanto a recrutamento ou promoção, ou quando cria um ambiente de trabalho hostil.

Fonte: Documento da ONU A/47/38, p. 18

Um exemplo da relevância da CEDCM para juizes e advogados trabalhistas

A CEDCM e a Recomendação Geral No. 19 sobre a violência contra a mulher pode ser útil quando for preciso definir o conceito de “assédio sexual”.

País: Índia

Vishaka e outros v. o Estado do Rajastão e outros, Tribunal Supremo da Índia, 13 de agosto de 1997

Neste processo, o Tribunal Supremo da Índia julgou que o direito à igualdade consagrado na Constituição nacional inclui a proteção contra assédio sexual. Para interpretar o dispositivo constitucional, o Tribunal baseou-se na Convenção sobre a Eliminação de Toda Forma de Discriminação contra a Mulher e na Recomendação Geral No. 19 do Comitê CEDCM.

País: Zimbábue

Frederick Muenye v. Textile Investment Company, Tribunal de Relações Trabalhistas, 8 de maio de 2001, No. LRT/MT/11/01

Um alto gerente, demitido devido a alegações de assédio sexual contra ele, questionou a decisão e levou o caso à justiça. Na falta de uma definição de assédio sexual na legislação nacional, o Tribunal Trabalhista elaborou uma definição baseada principalmente na Recomendação Geral No. 19 do CEDCM.

¹⁴⁵ Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral No. 19, Violência contra a mulher (U.N. Doc. A/47/38).

III. B. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (CIPDTM) foi adotada pela Assembléia Geral em 1990¹⁴⁶. Essa Convenção estabelece diversas normas mínimas de direitos humanos que os Estados Partes devem aplicar a todos os trabalhadores migrantes e aos membros de suas famílias, independentemente de sua situação legal. Além disto, define direitos adicionais que devem ser assegurados aos trabalhadores migrantes e suas famílias que têm documentos ou estão em situação regular¹⁴⁷.

O Comitê para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (CTM) monitora a implementação da Convenção pelos Estados Partes. Esse é o mais recente organismo de tratado e reuniu-se pela primeira vez em março de 2004. O Comitê é composto de dez peritos em direitos humanos independentes. Todos os Estados Partes devem apresentar relatórios periódicos ao CTM sobre como os direitos associados à Convenção estão sendo implementados¹⁴⁸. O CTM examina cada relatório e dirige suas preocupações e recomendações aos Estados Partes sob forma de “observações”. Em determinadas circunstâncias, o Comitê poderá considerar reclamações individuais de pessoas que afirmam que seus direitos relativos à CIPDTM foram violados quando, de acordo com o artigo 77 da Convenção, dez Estados Partes tiverem aceitado este procedimento. O CTM também publica comentários gerais sobre questões temáticas.

Dispositivos gerais da CIPDTM relevantes para juízes e advogados trabalhistas

O artigo 7 da CIPDTM estabelece o princípio da não discriminação no gozo de direitos reconhecidos pela convenção. Dispõe que os Estados Partes devem respeitar e assegurar os direitos previstos na Convenção “sem distinção de qualquer espécie, seja de sexo, raça, cor, língua, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, propriedade, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição”.

Dispositivos da CIPDTM relacionados com questões trabalhistas

A CIPDTM assegura uma ampla gama de direitos a todos os trabalhadores migrantes – inclusive trabalhadores que não têm documentos ou estão em situação irregular – e membros de suas famílias.

O Artigo 11 afirma que nenhum trabalhador migrante ou membro de sua família poderá ser mantido em escravidão ou servidão.

O Artigo 25 estabelece que os trabalhadores migrantes terão tratamento não menos favorável do que o aplicado aos nacionais do Estado em que estão empregados em relação a remuneração e outras condições de trabalho.

¹⁴⁶ Em 23 de junho de 2009, 41 Estados eram parte da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias tinha 41 Estados Partes.

¹⁴⁷ Para mais informações sobre a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes, ver OHCHR Fact Sheet No. 24:

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de sua Família e seu Comitê (Rev. 1) (<http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs24rev1.pdf>).

¹⁴⁸ Os relatórios devem ser apresentados primeiramente um ano após a ratificação da Convenção e, a seguir, uma vez a cada cinco anos.

O Artigo 26 reconhece a todos os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias o direito de participar de reuniões e atividades de sindicatos, e de filiar-se livremente a estes.

O artigo 27 estipula que, em relação à seguridade social, os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias devem ter, no Estado em que estão empregados, tratamento igual ao que é concedido aos nacionais, desde que preencham os requisitos que dispõem a legislação aplicável desse Estado e os tratados bilaterais e multilaterais aplicáveis.

Como foi apontado acima, a CIPDTM atribui direitos adicionais aos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias que têm documentos ou estão em situação regular, inclusive o direito de constituir associações e sindicatos (Artigo 40). Além disso, os trabalhadores migrantes com documentos e membros de suas famílias têm direito à igualdade de tratamento em relação aos nacionais no exercício de sua atividade remunerada (Artigo 55), na escolha dessa atividade remunerada (Artigo 52) e no que diz respeito à proteção contra demissão e aos benefícios de desemprego (Artigo 54).

Recursos

Referências bibliográficas

- ITC-OIT: *Use of International Law by Domestic Courts, Compendium of Court Decisions* (Turin, December 2007)
- OHCHR: *Fact Sheet No.24 (Rev. 1): International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and its Committee*
- : *Fact Sheet No. 22: Discrimination against Women: The Convention and the Committee*
- : *Fact Sheet No. 16 (Rev.1): The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*
- : *Fact Sheet No. 15 (Rev. 1): Civil and Political Rights: The Human Rights Committee*
- Shabtai, R.: *Practice and methods of international law* (Oceana Publications, New York, 1984)

Documentos

■ Nações Unidas

- Agreement between the United Nations and the International Labour Organization, 1946
- Universal Declaration of the Rights of Man, 1948
- International Covenant on Civil and Political Rights, 1966
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966
- Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979
- Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty, 1989
- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990
- Human Rights Committee, General Comment No.18 (1989) on 'Non-discrimination' Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3 (1990) on 'The Nature of States Parties Obligations'
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 9 (1998) on the 'Domestic Application of the Covenant'
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 18 (2005) on 'The Right to Work'
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 19 (1992) on 'Violence against Women'

Links da Internet

■ United Nations

- OHCHR website: <http://www.ohchr.org/>
- OHCHR Fact Sheets: <http://www.ohchr.org/EN/PublicationsResources/Pages/FactSheets.aspx>
- Treaty body documents: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

Parte 3

O conteúdo de normas internacionais do trabalho sobre temas específicos e seu interesse para juízes e advogados

Capítulo 1

Liberdade sindical e de negociação coletiva

I. Introdução¹

O princípio de liberdade sindical

O direito internacional de direitos humanos de maneira geral e as normas da OIT em particular reconhecem a liberdade sindical como direito humano básico. A OIT acredita que a liberdade de associação de trabalhadores e empregadores é uma ferramenta fundamental para a proteção de numerosos outros direitos consagrados nas normas internacionais do trabalho. Em particular, a liberdade sindical e de negociação coletiva permite que os parceiros sociais estabeleçam regras relativas a condições de trabalho, definam salários e promovam reivindicações mais gerais. Sua importância, que tem sido frisada desde a fundação da Organização em 1919, foi confirmada de maneira permanente em vários instrumentos internacionais adotados desde então.

O Preâmbulo à Constituição da OIT já considerava o princípio de liberdade sindical como um meio para melhorar a situação dos trabalhadores e assegurar a paz. A declaração de Filadélfia de 1944 – que é parte integrante da Constituição da OIT – declara que “a liberdade de expressão e de associação é condição indispensável para o progresso ininterrupto”, e afirma tratar-se de um dos “princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização”. Em junho de 1998, a Conferência Internacional do Trabalho adotou a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, segundo a qual “todos os membros, mesmo não tendo ratificado as convenções [em questão], estão obrigados, pelo simples fato de pertencerem à Organização, a respeitar, promover e realizar, de boa fé e conforme a Constituição, os princípios concernentes aos direitos fundamentais (...)”. Esses princípios incluem a liberdade sindical e o efetivo reconhecimento do direito de negociação coletiva.

Interesse para juízes e advogados

Os tribunais cumprem um papel capital na proteção da liberdade sindical. Os tribunais têm um papel-chave a cumprir na garantia dessa liberdade durante as várias etapas da existência de sindicatos e organizações de empregadores, de sua fundação a sua dissolução. Os organismos de supervisão da OIT têm proclamado regularmente a possibilidade de recorrer ao judiciário contra qualquer decisão administrativa relativa à situação de um sindicato

¹ Este capítulo se baseia no artigo 'Libertad sindical y negociación colectiva', de B. Gernigon, A. Otero e H. Guido, publicado em *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003 (disponível apenas em espanhol).

ou entidade patronal². A função dos tribunais também é fundamental na proteção dos trabalhadores que tenham sofrido discriminação antissindical ou qualquer violação das liberdades civis decorrente do exercício da liberdade sindical. Em alguns países, uma autoridade judicial especializada também tem funções de autoridade administrativa, sendo encarregada de homologar sindicatos, designar a organização mais representativa, examinar as reivindicações em procedimentos de negociação coletiva, etc.

Para cumprir essas tarefas, é sem dúvida muito útil aos advogados o conhecimento dos vários instrumentos internacionais relacionados com a liberdade sindical e dos princípios associados formulados pelos organismos de supervisão da OIT. Em um contexto de globalização, no qual a noção de ingerência nos assuntos internos de Estados em relação a direitos humanos foi reduzida a seus termos mais simples, os juizes estão cada vez menos isolados em seus gabinetes e devem poder referir-se a normas internacionais, particularmente no intuito de preencher as lacunas da legislação e obter orientação para resolver ambiguidades em dispositivos, ou para especificar o âmbito de textos redigidos em termos gerais. A vasta experiência da OIT nessa área e o detalhado corpo de princípios formulados por seus organismos de supervisão, particularmente pelo altamente especializado Comitê de Liberdade Sindical, será, portanto, uma ferramenta valiosa para juizes e advogados e permitirá que, no contexto de seu sistema jurídico, tomem as decisões ou redijam as conclusões que melhor observem as Convenções e princípios internacionais pertinentes.

Nesse sentido, é mister acrescentar que, em muitos países, o progresso obtido na proteção dos direitos relacionados com a liberdade sindical foi possível graças à contribuição essencial das decisões emitidas pelos tribunais.

Fontes internacionais relativas à liberdade sindical

Numerosas fontes internacionais estão disponíveis no que diz respeito à liberdade sindical, que é um princípio reconhecido universalmente. Foi incorporado, por exemplo, a textos sob forma de declarações, a mais amplamente aceita das quais é a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, cujo Artigo 23(4) reconhece o direito de formar sindicatos e de neles ingressar.

² O Comitê de Liberdade Sindical declarou que "deveria existir o direito de apelar perante os tribunais contra qualquer decisão administrativa relativa a registro sindical. Tal direito de recurso constitui uma salvaguarda necessária contra decisões ilícitas ou infundadas de autoridades responsáveis pela homologação." *Ver Organização Internacional do Trabalho: Freedom of association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fifth (revised) edition*, Genebra, 2006, parágrafo 300.

No contexto dos instrumentos vinculantes das Nações Unidas, esses direitos também foram reconhecidos tanto no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos³ como no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴.

Assim também, como já foi dito, esse princípio faz parte da Constituição da OIT, o que traz consequências legais para os Estados Membros, particularmente no que diz respeito ao procedimento para a apresentação de queixas ao Comitê de Liberdade Sindical alegando violação da liberdade sindical, procedimento que não exige que o Estado em questão tenha ratificado as Convenções pertinentes⁵.

Quanto a outros instrumentos que visam a impor obrigações legais aos Estados, devem-se apontar as duas Convenções relativas à liberdade sindical que a OIT considera como instrumentos essenciais: a Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87) e a Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98), que haviam sido respectivamente ratificadas por 150 e 160 Estados em 23 de junho de 2009, o que torna a Convenção No. 98 uma das Convenções mais ratificadas da OIT. Outras Convenções, também muito importantes para juízes e advogados, regulam o exercício da liberdade sindical em relação a questões específicas ou a determinados setores em particular. Tratam-se da Convenção Direito de Associação e de União dos Trabalhadores Agrícolas, 1921 (No. 11), da Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135), da Convenção relativa às Organizações de Trabalhadores Rurais, 1975 (No. 141), da Convenção relativa à Negociação Coletiva no Serviço Público, 1978 (No. 151), e da Convenção sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, 1981 (No. 154).

Também há textos não vinculantes cuja intenção é estabelecer diretrizes para os Estados, tais como as Recomendações que acompanham algumas das mencionadas Convenções⁶,

³ O Artigo 22 declara que: "1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para proteção de seus interesses. 2. "O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos por membros das forças armadas e da polícia."

⁴ Seu Artigo 8 estipula que: "1) Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. "O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias. b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas; c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas; d) O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país. 2) O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública." 3) Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção."

⁵ Ver as explicações relativas a este procedimento na *Parte 2, Capítulo 2*.

⁶ Essas são, em particular, a Recomendação sobre Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 143), a Recomendação sobre as Organizações dos Trabalhadores Rurais, 1975 (No. 149), a Recomendação sobre as Relações de Trabalho (Serviço Público), 1978 (No. 159), a Recomendação sobre Negociação Coletiva (No. 163), a Recomendação sobre Acordos Coletivos, 1951 (No. 91), e a Recomendação sobre a Conciliação e a Arbitragem Voluntárias, 1951 (No. 92).

e duas Resoluções da Conferência Internacional do Trabalho. Essas, adotadas em 1952 e 1970 respectivamente, são a Resolução relativa à independência do movimento sindical e a Resolução sobre direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis.

Por fim, em suas numerosas observações e decisões, os organismos de supervisão da OIT construíram um considerável corpus de interpretações cujo âmbito abrange os princípios aplicáveis no âmbito da liberdade sindical e a maneira como devem ser aplicados. Este corpus resulta, em grande medida, do trabalho de dois organismos: primeiramente, da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, cujas observações pontuais e estudos gerais, embora não sejam interpretações definitivas das Convenções – prerrogativa apenas da Corte Internacional de Justiça –, são reconhecidas como válidas e geralmente aceitas⁷. Portanto, será muito útil aos advogados conhecer e consultar o Estudo Geral sobre liberdade sindical de 1994⁸. O segundo organismo é o Comitê de Liberdade Sindical, cujas recomendações relativas a mais de 2.500 casos examinados desde sua fundação em 1951 têm sido sistematicamente reunidas em Recopilações de Decisões e Princípios. Os juizes e advogados que estão ansiosos por levar em conta o direito internacional do trabalho ao resolver matérias que lhes são submetidas constatarão, indubitavelmente, que esse trabalho é uma fonte de referência importante⁹. É preciso apontar que o corpus de princípios recopilado pelo Comitê não se restringe a especificar o âmbito das Convenções sobre liberdade sindical. Devido à variedade dos casos examinados, o Comitê foi chamado a pronunciar-se sobre situações não expressamente previstas nas Convenções, e, assim, formulou interpretações que completaram e ampliaram o conteúdo desses princípios sob muitos aspectos.

O conteúdo das normas e princípios da OIT relativos à liberdade sindical

Como já foi apontado, a liberdade sindical é fundamentalmente protegida pelas Convenções Nos. 87 e 98. O objetivo essencial da primeira é proteger a autonomia e independência dos sindicatos e entidades patronais frente às autoridades, tanto em sua fundação quanto durante seu funcionamento e dissolução; a segunda, por sua vez, visa, essencialmente, a proteger essas organizações contra a interferência recíproca, promover a negociação coletiva e assegurar que os trabalhadores não sejam prejudicados por discriminação antissindical ao realizar atividades sindicais. Esses vários aspectos serão examinados de forma detalhada seguindo os artigos das Convenções em seu conjunto e levando em conta os princípios formulados pela Comissão de Peritos e pelo Comitê de Liberdade Sindical com base nesses artigos. Assim como nos demais Capítulos, daremos exemplos de decisões de tribunais nacionais que ilustram diferentes maneiras de aplicar o direito internacional do trabalho na área aqui estudada. Por fim, chamaremos a atenção para uma série de casos tratados pelo Comitê de Liberdade Sindical cujo conteúdo ilustra a aplicação prática dessas Convenções.

Direitos sindicais e liberdades civis

Tanto a Conferência Internacional do Trabalho, na acima mencionada Resolução de 1970 sobre os direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis, quanto a Comissão de Peritos já ressaltaram a interdependência entre o exercício da liberdade sindical e a observância das liberdades civis fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade de reunião, à liberdade de opinião, o direito de não ser submetido a detenção arbitrária e o direito a uma investigação justa, entre outros. A esse respeito, a Comissão de Peritos afirmou que “as garantias estabelecidas nas Convenções internacionais do trabalho, em particular as relacionadas com a liberdade sindical, só podem ser efetivas se os direitos civis e políticos

⁷ N. Valticos: ‘Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale’, *In: Recueil des cours de l’Académie de droit international*, A.W. Sijthoff, The Hague, 1975, p. 89. Ver, sobre esse ponto, Parte 2, Capítulo 2 desse Manual sobre os organismos de supervisão da OIT (disponível apenas em francês).

⁸ ILO: *Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 81a Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B).

⁹ ILO: *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee*, *op. cit.*

consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais (...) forem realmente reconhecidos e protegidos (...)”¹⁰.

Na mesma linha, o Comitê de Liberdade Sindical considerou que um sistema democrático é essencial para o livre exercício dos direitos sindicais, e que um movimento sindical verdadeiramente livre e independente só se desenvolve onde os direitos humanos fundamentais são respeitados¹¹.

II. Instrumentos fundamentais da OIT sobre liberdade sindical e negociação coletiva

II.A. Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87)

II.A.1. Âmbito da Convenção

As garantias que figuram na Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87), devem ser aplicadas a todos os trabalhadores e empregadores, sem distinção. Assim sendo, o Artigo 2 da Convenção reconhece que trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituírem organizações da sua escolha, assim como o de se filiarem a essas organizações.

As únicas exceções previstas pela Convenção dizem respeito às forças armadas e à polícia¹². Contudo, essas cláusulas têm sido interpretadas de forma estrita pelos organismos de supervisão da OIT. Este é o espírito em que o Comitê de Liberdade Sindical definiu que o pessoal civil das forças armadas, bombeiros, pessoal prisional e funcionários da alfândega devem dispor de liberdade sindical.

Os dispositivos que excluem determinadas categorias de trabalhadores – tais como servidores públicos civis e empregados de empresas públicas, pessoal gerencial, trabalhadores domésticos, trabalhadores agrícolas, trabalhadores de zonas de processamento de exportações, trabalhadores de cooperativas, autônomos ou marítimos, entre outras – do direito de associação são incompatíveis com o dispositivo da Convenção.

A este respeito, a Comissão de Peritos também indicou que o livre exercício do direito sindical deve ser garantido sem distinção ou discriminação de espécie alguma, nem na lei nem na prática, quanto a raça, nacionalidade, sexo, estado civil, idade, filiação a grupos políticos e participação em suas atividades¹³.

Destaquemos que os juizes também devem ter direito de associação.

¹⁰ Ver OIT: 1994 General Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafo 43.

¹¹ Ver OIT: *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee, op. cit.*, parágrafos 32 e 33.

¹² O Artigo 9(1) da Convenção No. 87 estabelece que “A legislação nacional determinará o âmbito de aplicação às forças armadas e à polícia das garantias previstas na presente Convenção”.

¹³ Ver OIT: 1994 General Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafo 45.

Direito de associação de empregado de nível gerencial

Não é necessariamente incompatível com os requisitos do Artigo 2 da Convenção No. 87 negar aos empregados de nível gerencial ou de supervisão o direito de pertencer aos mesmos sindicatos que outros trabalhadores, desde que se atenda a dois requisitos: primeiro, que esses trabalhadores tenham o direito de criar suas próprias associações para defender seus interesses e, segundo, que as categorias desse pessoal não sejam definidas de forma tão ampla que enfraqueça os sindicatos de outros trabalhadores da empresa ou ramo de atividade por privá-los de uma proporção substancial de seus sócios atuais ou potenciais.

Fonte: OIT: *Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical*, op. cit., p.247

País: Canadá

Dunmore v. Ontário (Procurador Geral), Superior Tribunal de Justiça do Canadá, 20 de dezembro de 2001, No. 2001 CSC 94

Este processo diz respeito ao direito de associação de trabalhadores agrícolas. A Lei que está tramitando não impede os trabalhadores agrícolas de se sindicalizarem, mas também não lhes garante a proteção reconhecida a outros trabalhadores, notadamente contra práticas antissindicalistas. Sob esta ótica, o Superior Tribunal do Canadá enfatizou a natureza fundamental do princípio de não discriminação no efetivo reconhecimento da liberdade sindical. Para apoiar seu reconhecimento da obrigação positiva para o Estado de estender o âmbito de proteção da liberdade sindical aos trabalhadores agrícolas, o Tribunal referiu-se a várias Convenções da OIT, particularmente aos Artigos 2 e 10 da Convenção No. 87, e às Convenções Nos. 11 e 141.

II.A.2. Direito sindical, autonomia das organizações e não-ingerência das autoridades

Além do âmbito de aplicação da convenção, dois outros aspectos específicos derivam do Artigo 2 da Convenção No. 87: o direito de constituir organizações sem prévia autorização, e o direito de trabalhadores e empregadores de constituir organizações de sua própria escolha e a elas se filiarem.

II.A.2.a. Direito de constituir organizações sem prévia autorização

Esse direito não significa que a legislação não possa estabelecer certas formalidades, tendentes a assegurar o caráter público e o respeito à ordem pública, para permitir a criação de organizações. A esse respeito, contudo, o Comitê de Peritos declarou que “as formalidades exigidas, tais como as que visam a assegurar seu caráter público, não devem ser complexas ou demoradas de forma a dar às autoridades, na prática, poder discricionário de recusar a constituição de organizações. Devem-se prever dispositivos que possibilitem o recurso judicial contra qualquer decisão administrativa deste tipo a um organismo independente e imparcial que reexamine a substância do caso.”¹⁴

Deve-se tomar nota, em particular, do Artigo 7 da Convenção No. 87, segundo o qual a aquisição de personalidade jurídica pelas organizações de trabalhadores e de entidades patronais, suas federações e confederações não pode estar subordinada a condições que possam restringir o direito de constituir organizações sem prévia autorização.

¹⁴ Ver OIT: 1994 General Survey of the Committee of Experts, op. cit., parágrafo 106.

País: Colômbia

Tribunal Constitucional da Colômbia, 9 de fevereiro de 2008, C-695/08

O Artigo 372 do Código Trabalhista da Colômbia estipula que o Ministério do Trabalho deve homologar o estatuto e o regimento interno das organizações de trabalhadores para que estas possam desfrutar dos direitos assegurados aos sindicatos pela legislação do país. A validade desse dispositivo foi questionada perante o Tribunal Constitucional por sua alegada violação do Artigo 2 da Convenção No. 87 da OIT e do Artigo 39 da constituição colombiana, que reconhece a liberdade sindical. Alegou-se que, devido ao abrangente controle exercido pelo Ministério sobre o conteúdo do estatuto e do regimento interno dos sindicatos, o processo de homologação era, na verdade, uma autorização prévia.

Depois de recordar que a Convenção No. 87 da OIT fazia parte do “Bloco de Constitucionalidade” (Bloque de Constitucionalidad), o Tribunal baseou-se no Artigo 2 da Convenção e no Artigo 39 da Constituição para declarar a constitucionalidade da condição que o artigo impugnado encerrava “no entendimento de que a homologação tem apenas função de dar caráter público, e não autoriza o Ministério em questão a exercer controle prévio do conteúdo do estatuto e do regimento interno do sindicato”.

II.A.2.b. Direito de trabalhadores e empregadores de constituírem organizações da sua escolha e de a elas se filiar

O direito de trabalhadores e empregadores constituírem organizações da sua escolha implica, *inter alia*, a possibilidade de tomar livremente as seguintes decisões: escolha da estrutura e da composição das organizações, constituição de uma ou mais organizações em qualquer empresa, profissão ou categoria, e criação de federações e confederações.

Em relação à liberdade que organizações de trabalhadores e entidades patronais têm de escolher sua própria estrutura e composição, podemos examinar a seguinte decisão do Comitê de Liberdade Sindical.

País: Colômbia

Processo No. 2556

Queixa feita por: Confederação Geral do Trabalho

Um grupo de trabalhadores dos setores farmacêutico e químico da Colômbia decidiu constituir um sindicato baseado em categoria industrial denominado *Unitraquifa*. Como indicado em seu estatuto, o sindicato agrupava tanto os trabalhadores diretamente empregados em empresas do setor quanto trabalhadores de agências de emprego privadas colocados a serviço das empresas químicas ou farmacêuticas. O Ministério da Proteção Social da Colômbia negou ao *Unitraquifa* a homologação como sindicato da referida categoria industrial baseando-se em que nem todos os seus filiados tinham contrato de trabalho com empresas do setor. Diante dessa recusa, a Confederação Geral de Trabalhadores da Colômbia apresentou uma queixa ao Comitê de Liberdade Sindical, que decidiu assim:

“(…) o Comitê recorda que o livre exercício do direito de constituir sindicatos e a estes filiar-se implica a livre determinação da estrutura e composição dos sindicatos. No presente caso, os trabalhadores da UNITRAQUIFA devem ter o direito de constituir uma organização por categoria industrial da maneira que escolherem, na medida em que todos eles trabalham dentro de empresas farmacêuticas, independentemente do tipo de relação que têm com essas empresas. Embora os trabalhadores das firmas “Servimos”, “Temporales” e “TyS” que se filiaram à UNITRAQUIFA não tivessem vínculo empregatício direto com as empresas farmacêuticas – Schering Plough SA e Carboquímica –, seus contratantes os haviam mandado realizar trabalho no setor e, portanto, podem desejar filiar-se a uma organização sindical que represente os interesses dos trabalhadores daquela categoria no plano nacional. O Comitê recorda, neste sentido, que o tipo de vínculo entre os trabalhadores e o empregador não tem efeito algum sobre seu direito de filiar-se a organizações de trabalhadores e participar de suas atividades. [...] Nestas circunstâncias, o Comitê solicita ao Governo que tome, sem tardar, as providências necessárias para homologar a UNITRAQUIFA, seu estatuto e sua diretoria, e para manter o Comitê informado a este respeito.”¹⁵

Embora a Convenção não vise a impor o pluralismo sindical, esse deve ser possível em todos os casos, mesmo quando a unicidade sindical tiver sido adotada no passado pelo movimento sindical. Assim sendo, sistemas de unicidade ou monopólio da representação sindical não devem ser impostos por lei.

Embora a exigência de um número mínimo de sócios seja uma condição aceitável para a constituição de um sindicato, a Comissão de Peritos indicou que os dispositivos que exigem número excessivamente elevado de sócios são incompatíveis com o Artigo 2 da Convenção No. 87¹⁶.

País: Israel

Markovich, Leon v. Histadruth, Tribunal Nacional do Trabalho, Israel (1975), 6 P.D.A.

Neste caso, o Tribunal Israelense do Trabalho baseou-se nas Convenções Nos. 87 e 98 da OIT para invalidar a recusa a homologar um sindicato novo, além dos já existentes em uma empresa.

II.A.3. Livre funcionamento de organizações

Segundo o Artigo 3 da Convenção No. 87, organizações de trabalhadores e entidade patronais têm o direito de elaborar seus estatutos e regimento interno, eleger seus representantes com plena liberdade, organizar sua administração e suas atividades e formular seus programas. As autoridades públicas devem abster-se de qualquer ingerência que possa restringir

¹⁵ Ver OIT: Report of the Committee on Freedom of Association, Caso 2356, 349º Relatório, Official Bulletin, Vol. XCI, Series B, No. 1.

¹⁶ *Ibid.*, parágrafo 107.

esse direito ou impedir seu exercício legal. Cada um desses aspectos será examinado de forma detalhada.

II.A.3.a. Direito de redigir estatuto e regimento interno

A Comissão de Peritos frisou que duas condições básicas devem ser atendidas para que este direito seja plenamente garantido: primeiro, os requisitos que a legislação nacional estabelecer quanto ao estatuto dos sindicatos serão apenas formais; segundo, os estatutos e regimento interno não serão submetidos a prévia aprovação de caráter discricionário das autoridades públicas¹⁷.

Da mesma maneira, a possibilidade de recorrer perante um tribunal das decisões administrativas relativas à criação de sindicatos não é, em si, garantia suficiente da proteção desse direito. À luz da Convenção No. 87, portanto, os tribunais devem ser competentes para reexaminar a substância do processo e os fundamentos em que a decisão administrativa tiver se baseado.

Juízes e advogados podem considerar que o seguinte caso, apresentado ao Comitê de Liberdade Sindical, é de interesse aqui.

País: Turquia

Processo No. 2366

Queixa apresentada por: Confederação de Sindicatos de Funcionários Públicos (KESK) e Educação Internacional (EI)

As organizações querelantes alegaram que o Procurador-geral de Ancara moveu um processo solicitando aos tribunais que ordenassem a dissolução do Sindicato de Funcionários Públicos na categoria Educação (Egitim Sen) porque seu estatuto estabelecia como um dos propósitos do sindicato a defesa do “direito de todos os cidadãos à educação em sua língua materna e ao desenvolvimento de sua cultura”; isto era supostamente contrário aos dispositivos constitucionais e legislativos que proibiam o ensino de qualquer outro idioma além do turco como língua materna.

A este respeito, o Comitê de Liberdade Sindical recordou que “de acordo com a Convenção No. 87, ratificada pela Turquia, os sindicatos terão o direito de incluir em seu estatuto os objetivos pacíficos que estimarem necessários à defesa dos direitos e interesses de seus sócios. No intuito de garantir plenamente o direito das organizações de trabalhadores redigirem seus estatutos e regimento interno em total liberdade, os requisitos que a legislação nacional estabelecer quanto à constituição dos sindicatos serão apenas formais, e seus estatutos e regimento interno não serão submetidos a aprovação prévia das autoridades.” O Comitê expressou “grave preocupação com o fato de que referências, no estatuto de um sindicato, ao direito à educação em uma língua materna tenham dado margem e possam dar margem à solicitação da dissolução do sindicato”.

¹⁷ *Ibid.*, parágrafo 109.

II.A.3.b. Direito de eleger representantes com plena liberdade

A autonomia das organizações só pode ser efetivamente garantida se seus sócios tiverem o direito de eleger seus representantes com plena liberdade. Portanto, as autoridades devem abster-se de qualquer ingerência que possa restringir o exercício desse direito, seja em relação à realização de eleições sindicais, às condições de elegibilidade ou de reeleição ou afastamento de representantes.

Os regulamentos e métodos relativos ao procedimento para a eleição de dirigentes sindicais serão prioritariamente definidos pelos estatutos das organizações sindicais. Como indicou o Comitê de Peritos, a interferência das autoridades nesse direito não irá além de dispositivos destinados a promover os princípios democráticos dentro dos sindicatos ou a assegurar a condução adequada do processo eleitoral, respeitando os direitos dos sócios, de forma a evitar qualquer litígio relativo a seu resultado¹⁸.

Em relação a restrições das condições de elegibilidade, notemos, a título de exemplo, que o Comitê de Liberdade Sindical declarou que a legislação deve ser flexibilizada para permitir que trabalhadores estrangeiros tenham acesso a cargos no sindicato, pelo menos após um período razoável de residência no país anfitrião¹⁹.

O papel da autoridade judicial na proteção do direito de escolher representantes com plena liberdade foi ressaltado pelo Comitê de Liberdade Sindical, que argumentou que as medidas tomadas pelas autoridades administrativas quando os resultados de eleições são impugnados correm o risco de ser arbitrárias. Assim sendo, e no intuito de assegurar procedimentos imparciais e objetivos, as questões deste tipo devem ser examinadas pelas autoridades judiciais. Da mesma maneira, para evitar o perigo de grave limitação do direito de trabalhadores elegerem seus representantes com plena liberdade, as queixas apresentadas aos tribunais do trabalho por uma autoridade administrativa impugnando os resultados de eleições sindicais não devem – até o resultado final dos procedimentos processuais – ter o efeito de suspender a validade dessas eleições²⁰.

País: Paraguai

Ação de inconstitucionalidade impetrada pela Central Unitária de Trabajadores (CUT) e pela Central Nacional de Trabajadores (CNT) v. Decreto No. 16769 adotado pelo Executivo, Superior Tribunal de Justiça do Paraguai, 23 de setembro de 2000, No. 35

Em sua decisão, o Superior Tribunal de Justiça do Paraguai declarou inconstitucional o Decreto No. 16769 de 1992 que regulamentava as eleições sindicais e estabelecia condições para a homologação de organizações e para o reconhecimento de seus dirigentes, porque o considerou contrário ao Artigo 3 da Convenção 87 de OIT.

País: Romênia

Sentina Civila, Tribunal de Primeira Instância, Brasov, 30 de março de 2001

Neste caso, o Tribunal de Primeira Instância, Brasov, baseou-se na Convenção No. 87 da OIT para declarar sem efeito um dispositivo da Lei No. 54/1991 porque considerou que a exigência de que todo dirigente sindical fosse empregado de sua respectiva empresa era contrária à Convenção.

¹⁸ Ver OIT: 1994 General Survey of the Committee of Experts, parágrafo 114.

¹⁹ Ver OIT: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee, parágrafo 420.

²⁰ *Ibid.*, parágrafos 440 e 441.

II.A.3.c. Direito dos sindicatos de organizar sua administração

O direito de organizações de trabalhadores e entidade patronais organizarem sua administração sem ingerência das autoridades públicas inclui, em particular, sua autonomia e independência financeira e a proteção de seus ativos e imóveis.

Surgem problemas de compatibilidade com a Convenção No. 87 quando a legislação nacional estabelece contribuições sindicais mínimas, especifica a proporção do arrecadamento sindical a ser pago às várias federações ou exige que determinadas operações financeiras, tais como recebimento de dinheiro do exterior, sejam aprovadas pelas autoridades públicas.

Também surgem problemas de compatibilidade quando as autoridades administrativas têm o poder exclusivo, em qualquer momento, de examinar registros de atas, livros contábeis e quaisquer outros documentos de uma organização, realizar investigação e exigir informações, inclusive quando esse poder é exercido pela única central sindical expressamente designada pela lei.

A liberdade de organizar sua administração não se restringe a operações puramente financeiras: Inclui também o pleno direito de dispor de todos os seus ativos fixos e móveis e o direito à inviolabilidade de seus locais, correspondência e comunicações.

II.A.3.d. Direito das organizações de estabelecer suas atividades com plena liberdade e de formular seus programas

Esse direito inclui, em particular, o direito de fazer reuniões sindicais, o direito dos líderes sindicais de terem acesso aos locais de trabalho, de comunicar-se com a direção da empresa, de exercer determinadas atividades políticas específicas aos sindicatos, tais como definir a posição do sindicato em relação à política econômica e social do governo e o direito de greve, e, de forma mais geral, de realizar qualquer atividade necessária à defesa dos direitos de seus sócios.

II.A.3.d.i. *Direito de greve*

Embora não esteja expressamente estabelecido nos textos das Convenções relativas à liberdade sindical, esse direito foi reconhecido pelos organismos de supervisão da OIT como meio essencial com que contam os trabalhadores e corolário inseparável da liberdade sindical²¹. Na verdade, com o transcurso do tempo, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT desenvolveu um vasto corpo de princípios relativos ao direito de greve, esboçado abaixo.²²

O exercício pacífico do direito de greve deve ser reconhecido como direito geral de todos os sindicatos, federações e confederações, tanto no setor público como no setor privado. As únicas exceções (ou limitações importantes) a esse direito são relativas aos membros das forças armadas e da polícia, servidores públicos que exercem a autoridade em nome do Estado, trabalhadores em serviço essenciais no sentido estrito do termo (aqueles cuja

²¹ Em particular, o raciocínio do Comitê se baseia nos direitos reconhecidos das organizações de trabalhadores e empregadores de organizarem suas atividades e de formular seus programas para as finalidades de promover e defender os interesses de seus filiados (Artigos 3, 8 e 10 da Convenção No. 87): o Comitê considera que o sentido comum da palavra "programas" inclui a greve, direito que considera como um dos meios essenciais com que os trabalhadores e suas organizações contam para a promoção e a proteção de seus interesses econômicos e sociais. Ver OIT: 1994 *General Survey of the Committee of Experts*, parágrafos 147-151.

²² Esses princípios são exaustivamente estabelecidos em OIT: *Digest of Decisions of the Committee on Freedom of Association*, *op. cit.*, parágrafos 520-676.

interrupção poderia significar perigo para a vida, a segurança ou a saúde de qualquer parte da população)²³, ou situações agudas de crise nacional.

Quando a lei impõe condições para que uma greve seja legal, tais condições devem ser razoáveis e não representar grande restrição da ação das organizações dos trabalhadores.

País: Colômbia

Unión de Empresas Varias de Medellín v. Ministério do Trabalho e Seguridade Social, Ministério de Relações Exteriores, Prefeitura de Medellín e Empresas Varias de Medellín ESP, Tribunal Constitucional da Colômbia, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, 10 de agosto de 1999, processo No. 206,360

Neste caso, para determinar se uma dispensa motivada pela participação em uma greve que fora declarada ilegal pelas autoridades administrativas constituía dispensa antissindical, o Tribunal Constitucional da Colômbia aplicou as Convenções Nos. 87 e 98 da OIT, e sustentou que, já que a greve fora declarada ilegal pelas autoridades administrativas e não pelas autoridades judiciais, os trabalhadores haviam sido privados da garantia de imparcialidade e proteção contra discriminação antissindical.

O Comitê de Liberdade Sindical afirma que, em áreas onde o direito de greve pode ser validamente restringido ou proibido, os trabalhadores devem ter garantias compensatórias asseguradas. O Comitê nota que as limitações das greves devem ser acompanhadas por procedimentos de conciliação e arbitragem adequados, imparciais e ágeis, dos quais os afetados participem em todas as etapas e cujas decisões sejam implementadas plena e prontamente.²⁴

Além disso, o Comitê considera que, quando a greve for acompanhada da prestação de serviços mínimos, as entidades patronais e organizações de trabalhadores interessadas estarão envolvidas na determinação de quais são esses serviços. Caso não haja acordo quanto ao conteúdo desses, a legislação deve prever que o desacordo será resolvido por organismo independente, não pelo Ministério do Trabalho ou o Ministério ou empresa pública interessada.²⁵

II.A.4. Dissolução e suspensão de organizações

Segundo o Artigo 4 da Convenção No. 87, as organizações de trabalhadores e entidade patronais não são passíveis de dissolução ou suspensão por autoridade administrativa. Esses métodos violam gravemente os princípios de liberdade sindical e constituem formas extremas de ingerência das autoridades nas atividades das organizações, contra as quais trabalhadores e empregadores devem dispor de todas as garantias necessárias.

Essas garantias incluem um procedimento judicial ordinário que deve ter efeito suspensivo sobre a suspensão ou dissolução. A esse respeito, o Comitê de Liberdade Sindical sustentou que, para a adequada aplicação do princípio de que uma organização profissional não pode ser submetida a suspensão ou dissolução em virtude de decisão administrativa, não é suficiente que a lei assegure o direito de recorrer dessas decisões administrativas: essas decisões só devem ter efeito após o transcurso do prazo legal, sem que se tenha entrado com recurso, ou após a confirmação dessas decisões por uma autoridade judicial²⁶.

²³ O Comitê considera, por exemplo, as seguintes atividades como serviços essenciais: o setor hospitalar; serviços de eletricidade; serviços de abastecimento de água; serviço telefônico; polícia e forças armadas; serviço de combate a incêndio; serviços prisionais públicos ou privados; o fornecimento de alimentos a crianças em idade escolar e a limpeza de escolas; controle de tráfego aéreo. Ver OIT: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee, op. cit., p. 585.

²⁴ Ibid, parágrafo 596.

²⁵ Ibid, parágrafos 612 e 613.

²⁶ Ibid., parágrafo 703.

II.A.5. Direito das organizações de trabalhadores e entidades patronais de constituir federações e confederações e de a elas se filiarem

O Artigo 5 da Convenção No. 87 estipula que as organizações de trabalhadores e entidades patronais terão o direito de constituir federações e confederações de sua própria escolha, que terão o direito de usufruir de todos os direitos reconhecidos às organizações de primeiro nível, particularmente quanto a sua liberdade de agir e de organizar suas atividades e programas.

A solidariedade internacional de trabalhadores e empregadores também significa que suas federações e confederações devem poder filiar-se e atuar livremente no plano internacional.

II.B. Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98)

A Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98), redigida para completar certos aspectos da Convenção No. 87, estabelece proteção contra a discriminação e a ingerência, e a obrigação, para os Estados ratificantes, de promover a negociação coletiva.

II.B.1. Âmbito da Convenção

A Convenção No. 87 aplica-se de maneira geral a todos os trabalhadores e empregadores, sem qualquer distinção, com a única possível exceção das forças armadas e da polícia, ao passo que a Convenção No. 98, além de reiterar essa possibilidade de exclusão, estabelece, em seu Artigo 6, que seus dispositivos não abrangem os funcionários públicos envolvidos na administração do Estado.

A Comissão de Peritos adotou a abordagem restritiva dessa exceção, traçando uma distinção entre, por um lado, os funcionários públicos que desempenham funções particulares da administração do Estado (em alguns países, por exemplo, funcionários públicos de Ministérios e outros organismos comparáveis, além de seu pessoal auxiliar), que podem ser excluídos do âmbito da Convenção, e, por outro lado, todas as demais pessoas empregadas pelo governo, empresas públicas ou autarquias, que devem usufruir da garantia prevista pela Convenção²⁷.

II.B.2. Proteção contra discriminação antissindical

A proteção proporcionada aos trabalhadores e dirigentes sindicais contra atos de discriminação antissindical é um aspecto essencial da liberdade sindical, já que esses atos podem resultar, na prática, na negação da garantia estabelecida na Convenção No. 87.

O Artigo 1 da Convenção No. 98 estipula que essa proteção será mais particularmente aplicada em relação a atos que tenham pô objeto: a) condicionar o emprego de um trabalhador a sua não filiação a um sindicato ou à renúncia a sua condição de membro do sindicato; b) causar a demissão ou outro prejuízo a um trabalhador por motivo de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais fora do horário de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante sua jornada de trabalho.

Portanto, os trabalhadores devem contar com proteção adequada – tanto no momento em que são contratados como durante a relação de emprego, inclusive quando esta for terminada – contra quaisquer medidas de discriminação antissindical vinculadas a sua filiação sindical ou à realização de atividades sindicais legítimas. A proteção da Convenção é particularmente importante para dirigentes e delegados sindicais, que devem ter a garantia de que não serão prejudicados devido a seu cargo no sindicato.

²⁷ Ver OIT: 1994 General Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafo 200.

A existência de disposições legislativas que proibam a discriminação antissindical será inadequada se esses dispositivos não forem acoplados a procedimentos rápidos, eficazes e baratos que garantam sua aplicação na prática, e a sanções suficientemente dissuasivas²⁸. Essa proteção pode ser garantida por vários meios ajustados à lei e aos usos nacionais, desde que esses meios sejam capazes de remediar eficazmente a discriminação antissindical. A reintegração do trabalhador despedido, com remuneração retroativa, é, obviamente, o remédio mais apropriado nesses casos²⁹.

No que diz respeito ao conteúdo do remédio, a Comissão de Peritos indicou que é inadequada, em virtude do Artigo 1 da Convenção No. 98, a legislação que, na prática, permite que o empregador termine o emprego de um trabalhador desde que pague a indenização prevista em lei em qualquer caso de dispensa sem justa causa quando o real motivo é a filiação ou atividade sindical do trabalhador.

País: Chile

Victor Améstida Stuardo e outros v. Santa Isabel S.A., Superior Tribunal de Justiça do Chile, 19 de outubro de 2000, Processo No. 10.695

O Superior Tribunal de Justiça do Chile baseou-se nas Convenções Nos. 87, 98 e 135 da OIT para proteger diversos delegados sindicais que haviam sido demitidos e que o Tribunal reconheceu como delegados sindicais por terem sido eleitos, embora o empregador ainda não tivesse sido oficialmente informado e o sindicato ainda não tivesse sido homologado. Com base nessas Convenções, o Tribunal considerou que, para que o direito sindical fosse totalmente efetivo, a estabilidade assegurada aos dirigentes sindicais deve necessariamente ser aplicada ao período imediatamente anterior à homologação do sindicato, caso contrário o reconhecimento estaria sendo negado ao próprio direito de associação.

País: Costa Rica

Superior Tribunal de Justiça, Câmara Constitucional, 8 de outubro de 1993, Processo No. 93-5000

Com argumentação essencialmente baseada no Artigo 1 das Convenções Nos. 98 e 135 da OIT³⁰, e na ausência de qualquer dispositivo específico do Código Trabalhista³¹, o Superior Tribunal da Costa Rica reconheceu a existência de proteção reforçada para os representantes dos trabalhadores, inclusive, entre outras coisas, o direito à reintegração em caso de dispensa injusta.

País: Peru

Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, Tribunal Constitucional, Processo No. 1124-2001-AA/TC³²

Ao deliberar sobre demissões antissindicais, tendo em mente os dispositivos das Convenções Nos. 87, Artigo 2, e 98, Artigo 1(2)(b) da OIT, o Tribunal Constitucional do Peru ordenou a reintegração de sindicalistas querelantes que haviam sido despedidos da empresa, decidindo que a filiação ao sindicato fora usada como critério para a demissão.

²⁸ Ver OIT: *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee*, *op. cit.*, parágrafo 820.

²⁹ Ver OIT: 1994 General Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafo 224.

³⁰ Artigo 1 da Convenção No. 135. Em relação à proteção de representantes de trabalhadores da empresa, a Convenção estipula que os "representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais em vigor".

³¹ O Artigo 70 do Código do Trabalho da Costa Rica afirmava apenas que o empregador era proibido de empreender qualquer ação, seja ela qual for, para obrigar o trabalhador a desfiliar-se dos sindicatos.

³² O texto completo da decisão, em espanhol, pode ser encontrado em:

http://www.eft.com.ar/boletin.asp?arch=boletineft/2006/febrero/boletin_eft_febrero_0018b.htm.

II.B.3. Proteção contra ingerência

Em virtude do Artigo 2 da Convenção No. 98, organizações de trabalhadores e entidade patronais devem desfrutar de adequada proteção contra qualquer ato de ingerência umas das outras ou de agentes ou filiados umas das outras em sua fundação, funcionamento ou administração. Os atos de ingerência são, basicamente, medidas destinadas a promover a criação de organizações de trabalhadores que estejam sob o controle de empregadores ou de alguma entidade patronal, ou a apoiar organizações de trabalhadores, por meios financeiros ou outros, com o objetivo de colocá-las sob o controle de empregadores ou entidades patronais.

A legislação deve determinar explicitamente remédios rápidos e sanções eficazes e suficientemente dissuasivas para proteger as organizações de trabalhadores e entidade patronais contra esse tipo de ação.

II.B.4. Promoção da negociação coletiva

Segundo o Artigo 4 da Convenção No. 98, devem-se tomar, quando necessário, medidas ajustadas às condições nacionais tendentes a incentivar e promover o pleno desenvolvimento e utilização da estrutura de negociação voluntária entre empregadores ou entidades patronais e organizações de trabalhadores, com vistas a regular termos e condições de emprego por meio de acordos coletivos. Este artigo refere-se, em particular, à obrigação de promover negociação coletiva, e a sua natureza livre e voluntária. Também são aplicáveis nessa área determinados dispositivos da Convenção relativa à Negociação Coletiva no Serviço Público, 1978 (No. 151), da Convenção sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, 1981 (No. 154) e a Recomendação sobre Acordos Coletivos, 1951 (No. 91).

Os processos abaixo, examinados por um tribunal nacional e pelo Comitê de Liberdade Sindical, podem ser de interesse em relação ao requisito de promover negociação coletiva.

País: Peru

Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) v. Decisão da Quinta Câmara Cível do Superior Tribunal de Justiça de Lima, p. 427, 11 de novembro de 2002, Tribunal Constitucional, Processo No. 0261-2003-AA/TC³³

O Tribunal Constitucional do Peru rejeitou uma petição extraordinária apresentada pela Câmara Peruana de la Construcción contra a legislação que exigia que a negociação coletiva no setor de construção civil fosse realizada em nível de sucursal. O Tribunal baseou-se, entre outras coisas, no Artigo 4 da Convenção No. 98 da OIT, segundo a qual o Estado deve não apenas garantir o direito de negociação coletiva, mas também promover seu desenvolvimento. O Tribunal considerou que esse dispositivo permite que o Estado imponha “mais proteção” quando esta for a única maneira de possibilitar a negociação coletiva. O Tribunal decidiu que as características específicas desse setor, particularmente o nível altíssimo de rotatividade de trabalhadores entre vários canteiros de obra e empresas, impossibilitava, na prática, a constituição de uma organização sindical no nível da empresa; assim sendo, a negociação coletiva por categoria é a única maneira como a federação peruana da construção civil pode viabilizar seu direito constitucional à negociação coletiva.

³³ Ver OIT : Report of the Committee on Freedom of Association, Case 2375, 343rd Report, Official Bulletin, vol. LXXXVIX, 2006, B Series, No. 3, p. 181. Esse Relatório também pode ser consultado na base de dados de casos apresentados ao Comitê sobre Liberdade Sindical (LibSynd), na Internet. Ver: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/norms/libsynd/index.cfm?Lang=SP&hdroff=1>

País: Peru

Processo No. 2375

Queixa feita por: Organização Patronal Internacional (International Organization of Employers - IOE), Confederação Nacional de Entidades Patronais Privadas (CONFIEP) e Câmara Peruana da Construção (CAPECO)³⁴

A situação esboçada acima também foi examinada pelo Comitê de Liberdade Sindical devido à queixa apresentada pela Câmara Peruana da Construção. A organização patronal argumentou que as duas decisões acima citadas da CC e o artigo 46 da Lei No. 27912³⁵ violavam o princípio de negociação livre e voluntária ao impor a negociação por categoria no setor da construção civil.

O Comitê de Liberdade Sindical considerou que o problema levantado pela queixa tinha de ser lido em conjunção com outro dispositivo da lei peruana, o Artigo 45 do Decreto Legislativo No. 25593 de 1992, aplicável a todos os setores econômicos exceto a construção, que tinha o efeito de impor de forma unilateral a negociação no nível da empresa em caso de desacordo entre as partes quanto ao nível em que ocorreria a negociação.³⁶

Em relação a ambos os dispositivos, o Comitê recordou que, em virtude do princípio de negociação livre e voluntária, reconhecido pelo Artigo 4 da Convenção No. 98, o sistema mais adequado para estabelecer o nível de negociação era o acordo entre as partes ou, na falta deste, um mecanismo imparcial para solucionar conflitos, por exemplo, a atuação de um grupo de pessoas independentes que gozassem da confiança das partes. Assim sendo, o Comitê pediu a revogação tanto do Artigo 45 do Decreto Legislativo No. 25593 de 1992 quanto do Artigo 46 da Lei No. 27912, e pediu também que os princípios acima fossem aplicados não só no setor de construção civil, onde prevalece a negociação por categoria, mas também em todos os outros setores da economia peruana onde, não havendo acordo, é imposta a negociação no nível da empresa.

II.B.4.a. Definição e objeto da negociação coletiva

Nos instrumentos da OIT, a negociação coletiva é vista como um processo que leva à conclusão de um acordo coletivo. Em virtude do parágrafo 2 da Recomendação No. 91, essa definição se aplica a “todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, de um lado, e, de outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores, ou, na falta dessas organizações, representantes dos trabalhadores interessados por eles devidamente eleitos e credenciados, de acordo com a legislação nacional”.

O texto acrescenta que os acordos coletivos deveriam ser vinculantes para seus signatários e para as pessoas em cujo nome o acordo é concluído, e que as estipulações de contratos individuais de trabalho que forem contrárias ao acordo coletivo deveriam ser consideradas nulas e sem efeito, e automaticamente substituídas pelas estipulações correspondentes do acordo coletivo. Ao mesmo tempo, as estipulações de contratos de trabalho que forem mais

³⁴ Ver OIT : Report of the Committee on Freedom of Association, Case 2375, 343rd Report, Official Bulletin, vol. LXXXVIX, 2006, B Series, No. 3, p. 181. Esse Relatório também pode ser consultado na base de dados de casos apresentados ao Comitê sobre Liberdade Sindical (LibSynd), na Internet. Ver: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/norms/libsynd/index.cfm?Lang=SP&hdroff=1>

³⁵ O Artigo 46 da Lei No. 27912: “Caso exista um nível definido de negociação em um determinado ramo de atividade, este mantém sua validade.”

³⁶ O Artigo 45 do Decreto Legislativo No. 25593 de 1992 sobre relações coletivas de trabalho: “A não ser que já exista um acordo coletivo, em qualquer nível dos mencionados no artigo anterior, as partes definirão de comum acordo o nível em que será feita sua primeira reunião. Na ausência de acordo, a negociação será feita no nível da empresa.” “Se houver acordo quanto a um nível, a negociação em um nível diferente, como alternativa ou complemento, baseia-se no pré-requisito da concordância das partes, e não pode ser imposta por ato administrativo ou arbitragem. (...)”

favoráveis aos trabalhadores do que as de um acordo coletivo devem ser observadas. Portanto, a Recomendação No. 91 afirmou, em 1951, o princípio da natureza vinculante do acordo coletivo e o de sua precedência sobre os contratos individuais de trabalho, embora os dispositivos de contratos de trabalho que sejam mais favoráveis aos trabalhadores do que as de um acordo coletivo não devam ser considerados contrários ao acordo coletivo.

A Convenção No. 154 especifica ainda mais claramente o conceito de negociação coletiva ao estabelecer, em seu Artigo 2, que essa expressão “compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego, ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores.”

II.B.4.b. Sujeitos das negociação coletiva

A negociação coletiva é um direito dos empregadores e suas organizações, por um lado, e de organizações de trabalhadores, por outro lado (sindicatos, federações e confederações); os representantes não sindicalizados dos trabalhadores interessados só têm a faculdade de celebrar acordos coletivos na situação em que não houver sindicatos. Nesses termos, o Artigo 5 da Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135), estipula que medidas adequadas deverão ser tomadas “para garantir que a presença de representantes eleitos não venha a ser utilizada para enfraquecer a situação dos sindicatos interessados ou de seus representantes”.

Para que possam atingir seu objetivo de “promover e defender os interesses dos trabalhadores” por meio de negociação coletiva, os sindicatos devem ser independentes e ter o direito de organizar suas atividades sem qualquer ingerência de autoridades públicas que limitem ou impeçam o exercício legal desse direito. Além disso, os sindicatos não devem ser controlados por empregadores ou entidades patronais.

O seguinte caso, examinado pelo Comitê de Liberdade Sindical, pode ser de interesse neste sentido.

País: França

Processo No. 2233

Queixa apresentada por: Syndicat national des huissiers de justice (SNHJ)

A organização querelante alegou que existia restrição do direito à negociação coletiva livre e voluntária pelos oficiais de justiça, em sua qualidade de empregadores, devido à filiação obrigatória à Câmara Nacional de Oficiais de Justiça e à competência exclusiva dessa última em matéria de negociação coletiva. O Comitê de Liberdade Sindical pediu ao Governo que emendasse a legislação de forma a que, como empregadores, os oficiais de justiça pudessem escolher livremente a organização que representaria seus interesses no processo de negociação coletiva, e para que as organizações em questão fossem exclusivamente entidades patronais que pudessem ser consideradas independentes das autoridades públicas pelo fato de seus sócios, sua organização e seu funcionamento terem sido escolhidos livremente pelos próprios oficiais de justiça³⁷.

³⁷ Ver OIT: Committee on Freedom of Association Report, Caso 2233, 332º Relatório, Official Bulletin, vol. LXXXVI, 2003, Série B, No. 3, parágrafo 646. Para consultar este Relatório na Internet, ver nota de rodapé 34.

O seguinte caso, apresentado a um tribunal nacional, também pode ser de interesse.

País: África do Sul

NUMSA v. Bader Pop, Tribunal Constitucional da África do Sul, 13 de dezembro de 2002, No. CCT 14/02

Devido à lacuna existente no Código Trabalhista, o Tribunal Constitucional da África do Sul adotou uma interpretação baseada nas Convenções Nos. 87, 98, 135 e 154 da OIT³⁸, que reconhecem que os sindicatos minoritários podem defender certos direitos de trabalhadores por meio de negociação coletiva e, nos casos em que esta não tiver sucesso, podem recorrer ao direito de greve.

II.B.4.c. Reconhecimento de organizações sindicais e seus direitos preferenciais

Segundo a Comissão de Peritos, caso a legislação estabeleça sistemas de reconhecimento “compulsório” segundo os quais o empregador, sob certas condições, deve reconhecer o(s) sindicato(s) existente(s) para fins de negociação coletiva, é importante, no intuito de evitar qualquer ocasião de parcialidade ou abuso, que a determinação do sindicato em questão seja baseada em critérios objetivos e predefinidos. Além disso, quando a legislação nacional prevê um procedimento compulsório para o reconhecimento de sindicatos como agentes exclusivos de negociação, é preciso associar determinadas salvaguardas, tais como: (a) a certificação será feita por um organismo independente; (b) a organização representativa será escolhida por votação majoritária dos empregados da unidade interessada; (c) o direito de uma organização que, em eleição sindical anterior, não tiver obtido número suficientemente elevado de votos de solicitar nova eleição após um período estipulado; (d) o direito de qualquer organização nova, diferente das organizações homologadas, de, transcorrido um prazo razoável, pedir nova eleição³⁹.

Da mesma maneira, o Comitê de Liberdade Sindical recomendou que, quando, em virtude de um sistema que designe um agente negociador exclusivo, não houver sindicato que represente a porcentagem exigida para ser designado, os direitos de negociação coletiva devem ser assegurados a todos os sindicatos da unidade, pelo menos em nome de seus próprios sócios⁴⁰.

II.B.4.d. Princípio de negociação livre e voluntária

A natureza voluntária da negociação coletiva é um aspecto fundamental dos princípios de liberdade sindical. Como a Conferência Internacional do Trabalho reconheceu ao formular a Convenção No. 154, o dever de promover a negociação coletiva exclui a imposição de medidas coercitivas⁴¹. A esse respeito, o Comitê de Peritos declarou que o mecanismo e os procedimentos existentes devem ser elaborados de modo a facilitar a negociação entre os dois lados do setor, propiciando-lhes liberdade para chegar a seu próprio acordo⁴². O envolvimento de autoridades legislativas ou administrativas cujo efeito seja anular ou alterar o conteúdo de acordos coletivos livremente celebrados, inclusive no que diz respeito a cláusulas salariais, é contrário ao princípio da negociação coletiva voluntária.

³⁸ Deve-se observar que a decisão do Superior Tribunal Constitucional referiu-se às Convenções Nos. 135 e 154, mas não se baseou diretamente na última, pois essas não haviam sido ratificadas pela África do Sul.

³⁹ Ver OIT: *1994 General Survey of the Committee of Experts*, *op. cit.*, parágrafo 240.

⁴⁰ Ver OIT: *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee*, *op. cit.*, p. 976.

⁴¹ OIT: *Provisional minutes*, Conferência Internacional do Trabalho, 67ª Sessão, Genebra, 1981, No. 22, parágrafo 49.

⁴² Ver OIT: *1994 General Survey of the Committee of Experts*, *op. cit.*, parágrafo 248.

O seguinte caso, examinado pelo Comitê de Liberdade Sindical, pode ser de interesse nesse sentido.

País: Romênia

Processo No. 2149

Queixa apresentada por: Confederação Romena de Empregadores (CPR)

Neste caso, o Comitê de Liberdade Sindical considerou que o Artigo 4 da Convenção No. 98 não impunha, de forma alguma, ao governo o dever de tornar a negociação coletiva compulsória, e que tampouco era contrário a este dispositivo obrigar os parceiros sociais a entrar em negociações relativas a termos e condições de emprego com vistas a promover o pleno desenvolvimento e utilização do mecanismo da negociação coletiva. O Comitê recordou, contudo, que as autoridades públicas deveriam abster-se de qualquer interferência indevida no processo de negociação⁴³.

II.B.4.e. Liberdade de decidir o nível de negociação

A esse respeito, a Recomendação sobre Negociação Coletiva, 1981 (No. 163), estabelece que “serão tomadas, se necessário, medidas ajustadas às condições nacionais para que a negociação coletiva seja possível em qualquer nível, seja ele qual for, inclusive o de estabelecimento, empresa, categoria, setor de atividade, regional ou nacional”⁴⁴. O Comitê de Liberdade Sindical argumentou na mesma linha ao frisar que a determinação do nível de negociação é, essencialmente, uma questão a ser definida pelas partes e que, por conseguinte, o nível de negociação não deve ser imposto por lei, por decisão da autoridade administrativa nem pela jurisprudência da autoridade trabalhista administrativa⁴⁵. Como apontado acima, em caso de desacordo quanto ao nível de negociação, deve-se recorrer a um mecanismo imparcial para solucionar conflitos como, por exemplo, a atuação de um grupo de pessoas independentes que gozem da confiança das partes.

II.B.4.f. Princípio de boa fé

O Comitê de Liberdade Sindical indicou que é importante que tanto empregadores quanto sindicatos negociem de boa fé e envidem esforços com vistas a chegar a um acordo. Além disso, as negociações genuínas e construtivas são um componente necessário do estabelecimento e manutenção de uma relação de confiança entre as partes⁴⁶.

II.B.4.g. Procedimentos voluntários: organismos que visam a facilitar as negociações

A conciliação e mediação impostas pela legislação no contexto do processo de negociação coletiva são admissíveis, desde que sejam fixados prazos razoáveis. A arbitragem compulsória, por sua vez, quando as partes não chegam a um acordo, geralmente é contrária ao princípio da negociação coletiva voluntária. Admite-se exclusivamente: 1) em serviços essenciais no sentido estrito do termo; 2) no que diz respeito a funcionários públicos envolvidos na administração do Estado; 3) quando, após negociações prolongadas e mal sucedidas, ficar claro que é impossível superar o impasse nas negociações sem uma iniciativa das autoridades, e 4) em caso de crise nacional aguda. Toda arbitragem voluntária aceita por ambas as partes é sempre legítima.

⁴³ Ver OIT: Committee on Freedom of Association Report, Case 2149, 328º Relatório, Official Bulletin, vol. LXXXV, 2002, Série B, No. 2, p. 581. Para consultar este Relatório na Internet, ver nota de rodapé 31.

⁴⁴ Ver parágrafo 4(1) da Recomendação No. 163.

⁴⁵ Ver OIT: *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee*, op. cit., parágrafo 988.

⁴⁶ *Ibid.*, parágrafo 935.

País: Islândia

Processo No. 2170

Queixa apresentada por: Federação Islandesa do Trabalho (ASÍ) e Associação dos Oficiais de Marinha Mercante e Embarcações de Pesca (FFSD), apoiados pela Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres (CIOSL) e pela Federação Internacional de Trabalhadores nos Transportes

Neste caso, o Comitê de Liberdade Sindical reconheceu, assim como a Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, que chegava um momento na negociação em que, após negociações prolongadas e infrutíferas, pode-se justificar o envolvimento das autoridades quando é óbvio que o impasse na negociação não será superado sem alguma iniciativa de sua parte. Dito isso, o Comitê acredita que a mera existência de um impasse em um processo de negociação coletiva não é, em si, motivo suficiente para justificar a intervenção das autoridades públicas no intuito de impor a arbitragem às partes envolvidas no litígio trabalhista. A intervenção das autoridades públicas em litígios coletivos deve ser coerente com o princípio das negociações livres e voluntárias; isso implica que os organismos designados para solucionar os litígios entre as partes da negociação coletiva devem ser independentes, e o recurso a esses organismos deve ser voluntário, salvo em caso de crise nacional aguda⁴⁷.

III. Dispositivos relativos à liberdade sindical em outros instrumentos da OIT

III.A. Proteção e facilidades a serem proporcionadas a representantes dos trabalhadores

A Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135), completa os dispositivos da Convenção No. 98 em termos de discriminação antissindical. Essa última refere-se, na verdade, à proteção de que trabalhadores ou afiliados de sindicatos devem desfrutar, mas não trata especificamente da proteção de representantes de trabalhadores nem das facilidades necessárias para que estes cumpram suas funções.

Em virtude da Convenção No. 135, conforme a legislação ou os usos nacionais, esses representantes podem ser designados ou eleitos pelos sindicatos ou por representantes livremente eleitos por trabalhadores da empresa. A esse respeito, a Convenção dispõe que, quando uma empresa contar, ao mesmo tempo, com representantes sindicais e representantes eleitos, medidas adequadas deverão ser tomadas para “garantir que a presença de representantes eleitos não venha a ser utilizada para o enfraquecimento da situação dos sindicatos interessados ou de seus representantes” e, ao mesmo tempo, para “incentivar a cooperação, relativa a todas as questões pertinentes, entre os representantes eleitos, por uma parte, e os sindicatos interessados e seus representantes, por outra parte”⁴⁸.

Em relação à proteção de representantes de trabalhadores da empresa, a Convenção estipula que os “representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais em vigor”⁴⁹. A esse respeito a Recomendação sobre Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 143), lista exemplos de vários meios para a proteção eficaz contra decisões consideradas injustificadas: definição detalhada e precisa das razões que justificam a terminação do emprego; exigência de consulta e assessoria ou concordância de um organismo independente ou paritário; procedimento especial de recurso; em relação à demissão sem justa causa de representantes dos trabalhadores, o remédio eficaz deve incluir, a não ser

⁴⁷ Ver OIT: Committee on Freedom of Association Report, Caso 2170, 330o Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Série B, No. 1, p. 888. Para consultar este Relatório na Internet, ver nota de rodapé 31.

⁴⁸ Ver Artigo 5 da Convenção No. 135.

⁴⁹ Ver Artigo 1 da Convenção No. 135.

que isso seja contrário aos princípios básicos da lei do país, a reintegração desses representantes a seu emprego, com pagamento de salários não pagos e manutenção dos direitos adquiridos; dispositivo para atribuir ao empregador o ônus da prova de que essa ação foi justificada; reconhecimento da prioridade a ser dada aos representantes dos trabalhadores no que diz respeito à manutenção do emprego em caso de corte de pessoal.

Em virtude dessa Recomendação, a proteção estabelecida por esta Convenção também deve aplicar-se aos trabalhadores que sejam candidatos ou que tenham sido eleitos para representar os trabalhadores.

A Convenção também dispõe que devem ser concedidas, na empresa, aos representantes dos trabalhadores as facilidades adequadas para possibilitar-lhes o cumprimento rápido e eficiente de suas funções. Nesse sentido, devem-se levar em conta as características do sistema de relações trabalhistas do país e as necessidades, o tamanho e a capacidade da empresa interessada. A Convenção estipula que a concessão dessas facilidades não deve prejudicar a operação eficiente da empresa em questão⁵⁰.

III.B. Direito sindical das organizações de trabalhadores rurais

Em virtude da Convenção sobre o Direito de Associação e de União dos Trabalhadores Agrícolas, 1921 (No. 11), os Estados ratificantes comprometem-se a aplicar “a todas as pessoas ocupadas na agricultura os mesmos direitos de associação e união dos trabalhadores da indústria e a revogar qualquer disposição legislativa ou outra que tenha por efeito restringir esses direitos em relação aos trabalhadores agrícolas”⁵¹. Devido ao âmbito limitado da proteção proporcionada por essa Convenção, foi preciso redigir um instrumento específico para os trabalhadores rurais.

A Convenção relativa às Organizações de Trabalhadores Rurais, 1975 (No. 141), estipula que os trabalhadores rurais devem ser associados às medidas de desenvolvimento econômico e social para que suas condições de trabalho e de vida sejam permanente e eficazmente melhoradas. A Convenção se aplica a todos os tipos de organizações de trabalhadores rurais, inclusive organizações que representam outros trabalhadores além dos rurais, assalariados rurais ou, sob certas condições, arrendatários, pequenos meeiros-posseiros, mesmo se estes forem trabalhadores autônomos.

A Convenção No. 141 estabelece o direito dos trabalhadores rurais de constituírem organizações de sua própria escolha, assim como o de se filiarem a essas organizações, notadamente com vistas a participar do desenvolvimento econômico e social e dos benefícios resultantes deste. Essas organizações serão de caráter independente e voluntário, e permanecerão livres de toda ingerência, coerção ou repressão. Os Estados facilitarão o crescimento de organizações fortes e independentes, assim como a eliminação de qualquer discriminação.

III.C. Direitos sindicais na administração pública

A Convenção relativa à Negociação Coletiva no Serviço Público, 1978 (No. 151), foi adotada porque a Convenção No. 98 não cobre determinadas categorias de funcionários públicos e porque a Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores (No. 135) aplica-se exclusivamente aos representantes de trabalhadores em empresas.

⁵⁰ A Recomendação sobre os Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 143), lista várias facilidades que podem ser proporcionadas aos representantes de trabalhadores: Tempo livre, sem perda de remuneração nem de benefícios sociais ou adicionais; acesso a todos os locais de trabalho, à gerência da empresa e a representantes da gerência com poder decisório; cobrança de contribuição sindical; afixação de notas sindicais nos locais da empresa; distribuição de documentos sindicais aos trabalhadores da empresa; facilidades materiais e informações que sejam necessárias para o exercício de suas funções.

⁵¹ Ver Artigo 1 da Convenção No. 11.

A Convenção No. 151 aplica-se a todas as pessoas empregadas pelas autoridades públicas, na medida em que dispositivos mais favoráveis de outras Convenções Internacionais do Trabalho não lhes sejam aplicáveis. Contudo, a legislação nacional deve determinar até que ponto as garantias previstas pela Convenção aplicam-se a: 1) funcionários de alto nível cujas funções costumam ser consideradas como de elaboração de políticas ou gerenciais; 2) empregados cujos deveres sejam de natureza altamente confidencial; 3) as forças armadas e a polícia.

A Convenção No. 151 contém dispositivos similares aos da Convenção No. 98, no que diz respeito à proteção contra discriminação antissindical e atos de ingerência, e aos da Convenção No. 135, em relação às facilidades concedidas aos representantes de organizações reconhecidas de funcionários públicos de forma a possibilitar-lhes o cumprimento rápido e eficiente de suas funções. A Convenção No. 151 também estabelece que os “funcionários públicos terão, como os demais trabalhadores, os direitos civis e políticos essenciais para o exercício normal da liberdade sindical, submetidos apenas às obrigações decorrente de sua situação e da natureza de suas funções”⁵².

Como já foi dito, a Convenção sobre o Incentivo à Negociação Coletiva No. 98, adotada em 1949, não abrange os funcionários públicos envolvidos na administração do Estado. A Convenção No. 151, contudo, representou um avanço importante ao requerer que os Estados promovam procedimentos de negociação ou quaisquer outros métodos que possibilitem a participação dos funcionários públicos na determinação de suas condições de emprego⁵³. A Convenção sobre o Incentivo à Negociação Coletiva,

1981 (No. 154), foi então adotada, promovendo a negociação coletiva tanto no setor privado quanto na administração pública, com exceção das forças armadas e da polícia, com a única reserva de que, na administração pública, “a legislação ou os usos nacionais poderão fixar modalidades particulares de aplicação desta Convenção”. Os Estados ratificantes dessa Convenção não podem restringir-se ao método de consulta, mas devem promover negociação coletiva com vistas a determinar, inter alia, condições de trabalho e emprego. É claro que essa negociação coletiva pode ser submetida a modalidades particulares.

III.D. Outras categorias de trabalhadores

A Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes (Revisada), 1949 (No. 97), estabelece o princípio da não discriminação contra trabalhadores migrantes no que diz respeito a “filiar-se a sindicatos e desfrutar dos benefícios da negociação coletiva”⁵⁴.

A Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989 (No. 169), afirma que os governos devem fazer todo o possível para evitar qualquer discriminação relativa ao “direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar acordos coletivos com empregadores ou com organizações patronais”⁵⁵.

A Convenção sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas, 1958 (No. 110), reafirma os princípios definidos nas Convenções No. 87 e 98.

A Convenção Relativa às Normas Mínimas a Observar nos Navios Mercantes, 1976 (No. 147), compromete os Estados ratificantes a verificarem que os dispositivos da legislação adotada em relação às embarcações com bandeira de seu território sejam “substancialmente equivalentes às Convenções ou Artigos de Convenções citadas no Apêndice” da Convenção e que inclui as Convenções Nos. 87 e 98.

⁵² Ver Artigo 9 da Convenção No. 151.

⁵³ O Artigo 7 da Convenção No. 151 estipula que “quando necessário, devem ser tomadas medidas adequadas às condições nacionais para encorajar e promover o desenvolvimento e utilização dos mais amplos processos que permitam a negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas interessadas e as organizações de trabalhadores da função pública ou de qualquer outro processo que permita aos representantes dos trabalhadores da função pública participarem na fixação das referidas condições.”

⁵⁴ Ver Artigo 6(a)(ii) da Convenção No. 97.

⁵⁵ Ver Artigo 20(2)(d) da Convenção No. 169.

Recursos

Referências bibliográficas

- Gernigon, B.; Odero, A.; Guido, H.: 'Libertad sindical y negociación colectiva', In: *Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003 [disponível apenas em espanhol]
- : *Collective bargaining. ILO standards and the principles of the supervisory bodies* (OIT, Genebra, 2000)
 - : *ILO principles concerning the right to strike* (OIT, Genebra, 2000)
- Gravel, E.; Duplessis, I.; Gernigon, B.: *The Committee on Freedom of Association, its impact over 50 years* (OIT, Genebra, 2001)
- ILO: *Freedom of Association in Practice: Lessons Learned. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Conferência Internacional do Trabalho, 97ª Sessão, Genebra, 2008, Relatório I(B)
- : *Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Quinta edição (Revisada) (Genebra, 2006)
 - : Relatório do Comitê de Liberdade Sindical, 343º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXVIX, 2006, Série B, No. 3
 - : *Organizing for Social Justice. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Conferência Internacional do Trabalho, 92ª Sessão, Genebra, 2004, Relatório I(B)
 - : Relatório do Comitê de Liberdade Sindical, 332º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Série B, No. 3
 - : Relatório do Comitê de Liberdade Sindical, 330º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Série B, No. 1
 - : Relatório do Comitê de Liberdade Sindical, 328º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LXXXV, 2002, Série B, No. 2
 - : *International Labour Standards: A Global Approach*, versão preliminar (Genebra, 2001)
 - : *ILO Law on Freedom of Association. Standards and Procedures* (Genebra, 1995)
 - : *Freedom of Association and Collective Bargaining, General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 81ª Sessão, Genebra, 1994, Report III(4B)
 - : *Provisional Minutes*, Conferência Internacional do Trabalho, 67ª Sessão, Genebra, 1981, No. 22
- ITC-ILO: *Use of International Law by Domestic Courts, Compendium of Court Decisions* (Turim, dezembro de 2007)
- : *Guide to international labour standards* (Turim, 2008)

Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: 'The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications', In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Genebra, 2004)

Valticos, N.: 'Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale', In: *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (A.W. Sijthoff, Haia, 1975) [disponível apenas em francês]

Documentos

■ OIT

Instrumentos fundamentais da OIT sobre liberdade sindical e negociação coletiva

Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87) Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98)

Outros instrumentos fundamentais da OIT sobre liberdade sindical e negociação coletiva

Convenção Direito de Associação e de União dos Trabalhadores Agrícolas, 1921 (No. 11)

Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135) e Recomendação (No. 143) Convenção relativa às Organizações de Trabalhadores Rurais, 1975 (No. 141) e Recomendação (No. 149) Convenção relativa à Negociação Coletiva no Serviço Público, 1978 (No. 151) e Recomendação (No. 159)

Convenção sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, 1981 (No. 154) e Recomendação (No. 163), Recomendação sobre Acordos Coletivos, 1951 (No. 91)

Recomendação sobre a Conciliação e a Arbitragem Voluntárias, 1951 (No. 92)

Outros instrumentos pertinentes:

Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes (Revisada), 1949 (No. 97) Convenção sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas (Revised), 1949 (No. 110)

Convenção Relativa às Normas Mínimas a Observar nos Navios Mercantes, 1976 (No. 147) Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, 1949 (No. 169)

Constituição da OIT, 1919

Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 1998

Resolução sobre a independência do movimento sindical, 1952

Resolução sobre direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis, 1970

■ Nações Unidas

Instrumentos pertinentes:

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966

Links da Internet

■ OIT

Site da OIT: www.ilo.org

Convenções e Protocolos: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

Recomendações da OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

Relatórios Gerais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e

Recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/english/ceacrepsq.htm>

Estudos Gerais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e

Recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>

A ILOLEX, base de dados que contém a íntegra dos textos das Convenções e Recomendações da OIT, listas de ratificação, comentários da Comissão de Peritos e do Comitê de Liberdade Sindical, exame de casos pelos Comitês da Conferência, queixas, processos, estudos gerais e muitos outros documentos correlatos: <http://www.ilo.org/ilolex/english/index/htm>

APPLIS, base de dados que contém informações sobre ratificações, comentários da Comissão de Peritos e obrigações dos Estados quanto à apresentação de relatórios: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=EN>

LibSynd, base de dados sobre processos relativos a liberdade sindical:

<http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=EN&hdroff=1>

■ Nações Unidas

Site da OHCHR: <http://www.ohchr.org/>

Capítulo 2

Igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão

I. Introdução

O princípio de igualdade de oportunidades e tratamento

A implementação do direito humano à igualdade de oportunidades e tratamento no emprego é um objetivo central da Organização Internacional do Trabalho. A Declaração da Filadélfia de 1944, que faz parte da Constituição da OIT, afirma o direito de todos os seres humanos, independentemente de raça, credo ou sexo, a buscar tanto seu bem-estar material quanto desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades⁵⁶. Uma série de normas internacionais do trabalho adotadas subsequentemente propiciou a especificação do conteúdo do princípio de igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão. Em 1998, a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho reafirmou a natureza fundamental do princípio de igualdade e comprometeu a OIT e cada um de seus Estados Membros a tomarem medidas conducentes a eliminar qualquer discriminação no emprego e na profissão.

Igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão significa que todos os indivíduos, tanto homens como mulheres, que estão trabalhando ou procurando trabalho sejam tratados segundo sua capacidade e mérito. A discriminação surge quando a igualdade de oportunidades é negada, e quando algumas pessoas são tratadas de modo desfavorável devido a características tais como origem étnica, sexo, religião ou opinião política. A discriminação no emprego viola a dignidade humana e a justiça social, e tem consequências negativas de longo alcance. Não tem efeito negativo apenas sobre a vida de trabalhadores e trabalhadoras e suas famílias: seu impacto é igualmente negativo no local de trabalho e na empresa, assim como na sociedade como um todo⁵⁷.

O local de trabalho é um ponto de acesso privilegiado para se combater a discriminação e promover a igualdade, o que, por sua vez, ajuda a fortalecer a coesão social, a paz e a estabilidade. É por isso que a eliminação da discriminação e a promoção da igualdade no mundo do trabalho constituem um aspecto-chave da Agenda do Trabalho Decente da OIT.

Eliminar a discriminação: o papel crucial de juízes e advogados

Os juízes e advogados têm um papel crucial a cumprir na eliminação da discriminação e promoção da igualdade. Dado que sua função e dever é aplicar normas abstratas a situações específicas, eles conferem expressão concreta ao princípio da não discriminação e tornam a igualdade uma realidade na vida de mulheres e homens que estão trabalhando ou procurando trabalho.

⁵⁶ Constituição da OIT, Anexo, Artigo II (a).

⁵⁷ Ver ILO : *Time for Equality at Work. Global Relatório under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Conferência Internacional do Trabalho, 91ª Sessão, Genebra, 2003, Relatório I(B), pp. 25-27.

A resolução por meios judiciais dos litígios relacionados com a discriminação é um aspecto importante de qualquer estratégia que vise a promover e assegurar a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão. Mecanismos judiciais eficazes são necessários para assegurar a justiça para as vítimas, evitar nova discriminação e proporcionar a trabalhadores, empregadores e decisores diretrizes relativas ao sentido e às implicações práticas da legislação antidiscriminação. O uso de tais mecanismos muitas vezes incentivou e ajudou a adotar e implementar novas medidas destinadas a promover a igualdade para todos. Além de solucionar litígios, os advogados podem tratar de questões de igualdade vinculadas à formulação de políticas públicas, redação de legislação, negociação coletiva, gestão de recursos humanos ou ensino do direito.

Segundo o sistema jurídico de cada nação, as questões de discriminação e igualdade podem surgir no contexto de uma ampla gama de processos, p.ex.: relativos a litígios trabalhistas individuais ou coletivos, litígios de direito civil ou direito contratual, ações por violação de direitos protegidos pela Constituição em procedimentos administrativos⁵⁸, ou relacionados com a aplicação da lei quando a discriminação for punida pelo direito penal. Certas questões de discriminação também podem ser suscitadas nos casos em que o judiciário é competente para determinar a validade de legislação e regulamentação internas.

Direito internacional do trabalho relativo a igualdade: sua utilidade para juizes e advogados

O direito internacional do trabalho relativo à igualdade é exposto em uma série substancial de instrumentos da OIT e das Nações Unidas, os mais importantes dos quais são apresentados neste Capítulo. As duas Convenções fundamentais da OIT nessa área são a Convenção sobre Remuneração Igual, 1951 (No. 100) e a Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111). Esses instrumentos estabelecem os princípios, conceitos e definições jurídicas básicas quanto à igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho que os Estados ratificantes devem levar em conta ao adotar ou introduzir legislação, políticas ou outras medidas destinadas a implementar essas Convenções. As Convenções No. 100 e 111⁵⁹, que são duas das Convenções da OIT com maior número de ratificações, têm plasmado e influenciado a legislação de muitos países.

Os tribunais e outras instituições que supervisionam a implementação da lei trabalhista e da legislação antidiscriminação e garantem que essas sejam respeitadas são responsáveis pelo exame dos dispositivos do direito internacional do trabalho aplicáveis a igualdade e não-discriminação, no intuito de assegurar que a interpretação e a implementação da constituição e legislação nacionais sejam conformes às obrigações internacionais do país em questão. As possibilidades de uso judicial do direito internacional podem variar conforme os sistemas jurídicos; em muitas circunstâncias, contudo, é possível referir-se ao direito internacional do trabalho para preencher as lacunas do direito nacional. Em alguns sistemas jurídicos, o judiciário tem o mandato explícito de examinar a compatibilidade da legislação nacional com as obrigações impostas pelo direito internacional. Em outros países, as leis contrárias às obrigações internacionais são consideradas inconstitucionais. Quando a Convenção pertinente da OIT não estiver em vigor em um determinado país, as obrigações internacionais relativas ao princípio de não discriminação podem provir de outras fontes, tais como os tratados de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ver abaixo), instrumentos regionais, princípios gerais de direito ou direito consuetudinário internacional.

A Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento afirma que os Estados Membros têm a obrigação de respeitar, promover e realizar os princípios relacionados com os direitos fundamentais, inclusive os cobertos pelas Convenções Nos. 100 e 111. Os instrumentos não vinculantes, tais como as Recomendações

⁵⁸ Perante comissões do serviço civil, fiscalização do trabalho, mediadores ou órgãos especializados no campo da igualdade, por exemplo.

⁵⁹ Em 23 de junho de 2009, as Convenções Nos. 100 e 111 haviam sido ratificadas respectivamente por 166 e 168 Estados Membros da OIT.

adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho⁶⁰ ou os códigos de prática também proporcionam orientação valiosa.

Os dispositivos das Convenções Nos. 100 e 111 e de outros instrumentos pertinentes podem ser úteis aos tribunais em várias situações, p.ex.:

- quando a legislação interna não inclui dispositivo sobre a não-discriminação e a igualdade no trabalho;
- quando os dispositivos da constituição e da legislação nacionais sobre discriminação e igualdade são menos detalhados ou mais restritivos do que os dos instrumentos internacionais;
- quando os dispositivos da legislação nacional são pouco claros ou podem ser interpretados de várias maneiras.

As observações, conclusões e recomendações que figuram nos comentários e relatórios dos organismos de supervisão da OIT⁶¹ ou de outros organismos internacionais de supervisão oferecem orientações úteis a respeito do sentido e do âmbito de dispositivos do direito internacional do trabalho relacionados com igualdade e não-discriminação. Isto é particularmente proveitoso quando a legislação interna é redigida usando terminologia alinhada com a dos dispositivos dos instrumentos internacionais.

A Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações (de agora em diante denominado Comitê de Peritos) frisou muitas vezes a importância decisiva do papel dos tribunais na aplicação de normas internacionais do trabalho relacionadas com a igualdade. O Comitê solicita sistematicamente aos governos que incluam informações sobre a maneira como seus tribunais implementam os princípios das Convenções e a legislação aplicáveis no que diz respeito à não-discriminação, e que forneçam os textos das decisões jurídicas pertinentes. Essas informações constituem um indicador importante da aplicação de Convenções no plano interno e da existência de um sistema nacional eficaz para a promoção da igualdade de oportunidades e tratamento.

Em alguns países, o avanço na implementação da remuneração igual foi conseguido por meio de interpretação judicial, mais do que devido à ação legislativa. Com base em dispositivos constitucionais ou jurídicos formulados de maneira ampla ou, em outros casos, relativamente restrita, os tribunais de uma série de jurisdições foram responsáveis pelo desenvolvimento de conceitos de “salário igual” e definições de “remuneração” correspondentes aos da Convenção [No. 100].

Fonte: OIT: *Remuneração igual. Estudo Geral da Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 72ª Sessão, Genebra, 1986, Relatório III(4B), parágrafo 119.

II. Instrumentos fundamentais da OIT relativos à igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão

II.A. A Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)

A Convenção No. 111 é o instrumento mais exaustivo da OIT a respeito de discriminação. Seu objetivo é eliminar, de todos os aspectos do emprego e da profissão, a discriminação fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, origem nacional ou social ou qualquer outro critério proibido no plano interno.

⁶⁰ Em particular, a Recomendação sobre Igualdade de Remuneração, 1951 (No. 90), e a Recomendação sobre Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

⁶¹ Ver Parte 2, Capítulo 1.

II.A.1. Quais são as obrigações dos Estados que ratificam essa Convenção?

Todo membro para o qual essa Convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

C.111, Artigo 2

A Convenção No. 111 é um instrumento flexível, pois os Estados em que está em vigor têm latitude considerável para conceber e implementar sua política interna, tal como contempla o Artigo 2. Contudo, essa política deve respeitar e promover o princípio de igualdade de oportunidades e tratamento tal como definido na Convenção. Também é preciso levar em conta as obrigações definidas no Artigo 3, que são, *inter alia*:

- revogar e modificar qualquer dispositivo legal e instrução ou prática administrativas e promulgar legislação apropriada;
- promover programas educacionais que favoreçam essa política, inclusive no que diz respeito à capacitação e conscientização relativas a questões de igualdade;
- assegurar a observância da política nos âmbitos do serviço público, da formação profissional e dos serviços de orientação e colocação;
- cooperar com entidades patronais e organizações de trabalhadores.

Esta política deve ser formulada e aplicada para permitir que se avance na eliminação da discriminação. Quando forem adotados, os dispositivos – antidiscriminação, por exemplo – devem ser efetivamente aplicados. Já que nenhuma sociedade pode ter a esperança de ser totalmente livre de discriminação, a Convenção requer que se tomem medidas conducentes a realizar progressivamente os seus objetivos. A Convenção requer a avaliação⁶² periódica dos resultados obtidos na implementação de política interna em prol da igualdade para que as medidas e estratégias existentes possam ser continuamente analisadas e ajustadas.

⁶² O Artigo 3(f) da Convenção No. 111 prevê que as medidas tomadas em linha com a política nacional que visa a promover a igualdade e os resultados assegurados por essas medidas devem ser indicadas em relatórios apresentados à OIT no contexto do Artigo 22 da Constituição da OIT.

Trecho do relatório da Comissão de Inquérito designada em virtude do artigo 26 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho para examinar a observância pela Romênia da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)

43. (...) A política nacional que estabelece a igualdade de oportunidades e tratamento deve primeiro ser expressa de maneira explícita, o que implica que devem ser ou ter sido promulgados programas, no sentido mais amplo do termo. Em segundo lugar, a política deve ser aplicada, o que pressupõe a implementação pelo Estado de medidas apropriadas, cujos princípios são listados no Artigo 3 da Convenção. No intuito de preservar a flexibilidade indispensável a sua aplicação, a Convenção não dá indicações específicas quanto ao conteúdo das medidas que poderiam ser adotadas com vistas à efetiva promoção da igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão. Permite que os Estados ratificantes determinem o conteúdo dessas medidas à luz dos objetivos da Convenção.

44. Contudo, o conteúdo da política nacional deve basear-se nos princípios da Convenção: promoção da igualdade de oportunidades e tratamento por meio da eliminação de todas as distinções, exclusões ou preferências na lei e na prática; aplicação a todos os motivos de discriminação expressamente cobertos (...); implementação do princípio de igualdade nos vários aspectos do emprego e da profissão. (...) Uma política de igualdade de oportunidades consiste em oferecer a todos, sem discriminação de raça, origem nacional, opinião política, religião ou origem social, meios e oportunidades comparáveis de formação e emprego, ao passo que uma política de igualdade de tratamento pode limitar-se à formulação e aplicação do princípio de igualdade perante a lei, no sentido geral desta expressão. Nos casos em que a igualdade relativa a um dos motivos cobertos pela Convenção tiver sido alterada, a situação da(s) pessoa(s) afetada(s) por esta alteração deve ser corrigida ou reparada de acordo com o princípio de igualdade de oportunidades. O Artigo 2 da Convenção prevê a combinação desses dois aspectos de uma única política de igualdade de oportunidades e tratamento. Para além da forma assumida pelas medidas de aplicação (inclusão no texto da Constituição, adoção de legislação específica, declarações de política geral, etc.), o critério para a aplicação da Convenção deve ser a obtenção de resultados inequívocos na busca da igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão sem qualquer discriminação ilegal.

Fonte: OIT: *Boletim Oficial*, Suplemento 3, vol. LXXIV, 1991, Série B

Examinaremos os exemplos abaixo, nos quais, para emitir decisões em processos decorrentes de questões de discriminação e desigualdade, tribunais levaram em conta as obrigações internacionais impostas a seus países em virtude da Convenção:

País: África do Sul

Jacques Charles Hoffman v. South African Airways, Tribunal Constitucional da África do Sul, 28 de setembro de 2000, No. CCT 17/00

Neste processo, o réu recusou um emprego ao requerente de maneira discriminatória. No intuito de emitir uma decisão relativa ao remédio apropriado, além de basear-se na Constituição nacional, o Tribunal Constitucional da África do Sul recorreu aos Artigos 1 e 2 da Convenção No. 111 da OIT, que afirma que a necessidade de eliminar a discriminação e suas consequências não é decorrente apenas da Constituição, mas também de obrigações internacionais. Portanto, o Tribunal decidiu que, para eliminar a discriminação de forma efetiva, o remédio apropriado era orientar a empresa do réu a empregar o requerente, em vez de apenas compensá-lo sob a forma de indenização por danos.

País: Alemanha

Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, 18 de novembro de 2003, 1 BvR 302/96

Em virtude da Constituição alemã, o Estado é obrigado a promover a efetiva realização da igualdade entre homens e mulheres no trabalho com vistas a abolir as atuais desvantagens. O processo dizia respeito à constitucionalidade de um sistema de benefício-maternidade financiado essencialmente pelas contribuições dos empregadores. O Tribunal Constitucional da Alemanha declarou a inconstitucionalidade desse método de financiamento, porque incentivava a discriminação contra as mulheres. Esta decisão apoiou-se em referências às normas internacionais, inclusive a Convenção No. 111 da OIT, que procura assegurar a igualdade não só na lei, mas também na prática.

II.A.2. Âmbito da Convenção

Âmbito em relação a indivíduos: todos os trabalhadores

O objetivo da Convenção No. 111 é proteger todas as pessoas contra a discriminação no emprego e na profissão. Nenhum dispositivo desse instrumento restringe seu âmbito a indivíduos, grupos ou categorias de trabalhadores. Portanto, todos os trabalhadores devem ser protegidos contra a discriminação.

- Os trabalhadores domésticos, eventuais ou agrícolas devem ter direito à igualdade de oportunidades e tratamento tal como definida pela Convenção.
- Os não-nacionais e nacionais devem ser protegidos contra a discriminação pelos motivos que a Convenção cobre. Isto é particularmente pertinente para a proteção de trabalhadores migrantes contra a discriminação fundada em motivos tais como raça, cor, sexo, origem nacional ou religião.

Âmbito substantivo: discriminação no emprego e na profissão

A Convenção No. 111 visa a eliminar a discriminação “no emprego e na profissão”.

Para os fins da presente Convenção, os termos emprego e profissão incluem acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

C. 111, Artigo 1(3)

O âmbito da Convenção é muito amplo, pois se estende a todos os setores de atividade e cobre todas as profissões⁶³ e todos os empregos, tanto no setor público como no privado. A Convenção refere-se à promoção de igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão, e não trata apenas do emprego assalariado, mas também do trabalhador autônomo.

A Convenção No. 111 e a Recomendação No. 111 que a acompanha preveem que o princípio de igualdade de oportunidades e tratamento seja aplicado a todos os aspectos do emprego e da profissão. Os seguintes dispositivos apresentam um panorama das áreas mais importantes em que esse princípio deve ser implementado.

⁶³ “Profissão” significa ofício, profissão ou tipo de trabalho realizado por um indivíduo, independentemente do ramo de atividade econômica ao qual ele ou ela pertença ou de sua situação profissional (OIT: *Equality in Employment and Occupation. Special Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B), parágrafo 79).

Educação, orientação vocacional e formação

“[A Convenção] também cobre o acesso à formação, pois, sem este acesso, as reais possibilidades de ter acesso a um emprego ou profissão seriam insignificantes, na medida em que a formação é a chave para a promoção da igualdade de oportunidades.”⁶⁴

“A expressão “formação profissional” aplica-se a todas as formas de emprego e profissão; não deve ser interpretada em sentido restrito, como referente a aprendiz de ofício ou educação técnica. Na medida em que a conclusão de determinados cursos for necessária para ter acesso a algum emprego ou profissão, sejam estes quais forem, ou a alguma modalidade especializada de formação profissional, os problemas relacionados com esta não devem ser esquecidos na aplicação dos instrumentos de 1958.”⁶⁵

Acesso ao emprego e a uma profissão específicos

“Nos termos desta definição [Artigo 1(3)], a proteção que dispõe a Convenção é não só aplicável ao tratamento concedido a uma pessoa que já teve acesso ao emprego ou a uma profissão, mas estende-se expressamente às possibilidades de conseguir acesso ao emprego ou à profissão (...)”⁶⁶

Igualdade de oportunidades e tratamento no acesso ao emprego e à profissão inclui, *inter alia*, igualdade no acesso a serviços de colocação e no tratamento por esses serviços (e outras medidas de promoção do emprego), não-discriminação e igualdade de oportunidades nos procedimentos de seleção e recrutamento, bem como igualdade de acesso a diferentes profissões.

Condições de emprego

O conceito de “condições de emprego” a que a Convenção se refere é explicado na Recomendação No. 111, que dispõe que qualquer indivíduo, sem discriminação, deve gozar de igualdade de oportunidades e tratamento em relação a:

- promoção;
- segurança na ocupação do cargo;
- remuneração por trabalho de igual valor;
- condições de trabalho, inclusive jornada de trabalho, períodos de descanso, férias anuais remuneradas, segurança no trabalho e medidas de saúde no trabalho, bem como medidas de seguridade social e bem-estar social e benefícios decorrentes do emprego.

Acesso a entidades patronais e organizações de trabalhadores, e negociação coletiva

A Recomendação No. 111 também dispõe que, nas negociações coletivas e relações trabalhistas, as partes respeitarão o princípio de igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão, e verificarão que os acordos coletivos não contenham dispositivo algum de caráter discriminatório em relação a acesso ao trabalho, treinamento para o trabalho, promoção e manutenção do emprego ou em relação aos termos e condições de emprego. A Recomendação também afirma que as entidades patronais e organizações de trabalhadores não praticarão nem tolerarão discriminação relativa a admissão, manutenção de filiação ou participação em assuntos sindicais.

⁶⁴ OIT: *Equality in Employment and Occupation. Special Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 75a Sessão, Genebra, 1988, Relatório III(4B), parágrafo 76.

⁶⁵ OIT: 1996 Special Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafo 70.

⁶⁶ OIT: 1988 General Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafo 76.

O alcance do âmbito substantivo da Convenção No. 111, tal como definido acima, pode permitir que o princípio de igualdade de oportunidades e tratamento seja levado em consideração nos casos em que a legislação interna nessa área for mais restritiva ou pouco clara a respeito de seu âmbito. É o caso, por exemplo, quando:

- não houver dispositivos do Código Trabalhista que especifiquem claramente se os candidatos ao emprego são protegidos por dispositivos antidiscriminatórios;
- a legislação que regula as atividades dos serviços ou agências de emprego omitir os princípios de não-discriminação.

II.A.3. O que é discriminação?

Definição do princípio

Uma definição básica do que constitui tratamento discriminatório figura no Artigo 1 da Convenção.

Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” inclui (a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha como efeito destruir ou prejudicar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

C. 111, Artigo 1(1)(a)

Essa definição contém três elementos:

- um elemento factual (a existência de uma distinção, exclusão ou preferência que gerem um ato ou omissão) que constitua diferença de tratamento;
- um motivo em que a diferença de tratamento se baseia (ver abaixo); e
- o resultado objetivo dessa diferença de tratamento (eliminação ou prejuízo da igualdade de oportunidades ou tratamento).

A discriminação é reconhecida quando a situação envolve esses três elementos. Não tem de ser intencional.

Definição de discriminação

Uma oferta de emprego estabelece critérios de recrutamento (elemento factual). Um dos critérios é que os candidatos têm de ser de um determinado sexo ou faixa etária (motivo). As pessoas que não forem do sexo ou da faixa etária especificados são, portanto, excluídas da concorrência pelo emprego apenas porque esses critérios foram usados (resultado objetivo).

Nota: a diferença de tratamento envolvida em cada um desses três elementos pode não ser considerada discriminatória se for decorrente de uma das exceções definidas pela Convenção (ver abaixo).

Discriminação na lei e na prática

Tratamento desigual com base em motivo proibido pelas regras gerais, tal como leis ou regulamentações, é discriminação na lei. Atos ou omissões de um serviço público ou de um particular ou de organismos que tratem indivíduos ou membro de um grupo de forma desigual com base em motivos proibidos constituem discriminação na prática.

Serão examinados os seguintes exemplos de discriminação:

País: Bulgária

Decisão No. 8, Tribunal Constitucional da República da Bulgária, 27 de julho de 1992, Processo Constitucional No. 7

Este processo foi relativo a uma lei que vedava a membros de alto nível hierárquico do Partido Comunista o acesso a cargos de responsabilidade em bancos. O Tribunal Constitucional decidiu que os dispositivos legislativos em questão eram inconstitucionais e incoerentes com a Convenção No. 111 da OIT (discriminação na lei).

País: Burkina Fasso

Savadozo Zonabo v. Grand Moulins du Burkina, Tribunal do Trabalho de Uagadugu, 10 de setembro de 2002, Processo No. 140

A primeira mulher nomeada para um cargo gerencial não fora promovida a uma categoria funcional mais alta, ao contrário do costume estabelecido, mas não explicitamente admitido. O Tribunal do Trabalho de Uagadugu baseou-se diretamente nas Convenções Nos. 100 e 111 da OIT (discriminação na prática).

Discriminação direta e indireta

A definição de discriminação dada pela Convenção aplica-se tanto à discriminação direta quanto à indireta.

Ocorre discriminação direta quando um tratamento menos favorável é explícita ou implicitamente baseado em um ou mais critérios proibidos. É explícita quando o ato ou omissão basear-se aberta e evidentemente em um critério proibido, tais como vimos no exemplo acima. É implícita quando as circunstâncias demonstrarem que a distinção é feita com base em um critério proibido, mesmo quando não houver referência explícita ao ato ou omissão.

Discriminação direta (implícita)

Um acordo coletivo estabelece duas escalas salariais: uma para “trabalhadores especializados” e a outra para “trabalhadores não especializados”. O acordo define esses dois tipos de tarefa. O fato de incluir uma trabalhadora na escala salarial aplicável aos trabalhadores não especializados, embora seu trabalho seja especializado, é discriminação direta baseada no sexo; é implícita porque provém de circunstâncias factuais, não de uma declaração explícita de que o gênero da trabalhadora é a base para o tratamento a que é submetida.

O conceito de discriminação indireta é importante nos casos em que é preciso identificar e lidar com situações em que um determinado tratamento é aplicado igualmente a todas as pessoas, porém acarreta resultados discriminatórios para um grupo protegido pela Convenção, tal como grupos de mulheres, étnicos ou religiosos. A Convenção aplica-se claramente à discriminação indireta, já que o Artigo 1(1)(a) faz referência ao “efeito” do tratamento delitivo (ver acima).

A Comissão de Peritos assim descreveu e definiu a discriminação indireta:

“Discriminação indireta refere-se a situações, regulamentações ou práticas aparentemente neutras mas que, na verdade, acarretam tratamento desigual de pessoas com determinadas características. Ocorre quando a mesma condição, tratamento ou critério é aplicado a todos, mas resulta em impacto desproporcionalmente duro sobre algumas pessoas devido a características tais como raça, cor, sexo ou religião, e não guarda relação estreita com os requisitos inerentes ao emprego.”⁶⁷

⁶⁷ OIT: 1996 Special Survey of the Committee of Experts, op. cit., parágrafo 26.

Discriminação indireta (baseada no sexo)

- Uma fábrica só emprega trabalhadores com mais de 1,60 m de altura. Este critério se aplica a todos os trabalhadores. Esta regra pode ser indiretamente discriminatória em relação às mulheres, que com mais frequência medem menos de 1,60 m. Contudo, pode-se demonstrar que este requisito específico de altura é inerente ao trabalho (é preciso ter certa altura para, por exemplo, usar o tipo de máquinas da fábrica).
- Em um processo relativo aos trabalhadores em tempo parcial de uma empresa, que só podiam beneficiar-se do plano de aposentaria profissional se tivessem trabalhado por pelo menos 15 em um período total de 20 anos, a Corte Européia de Justiça decidiu que isto constituía tratamento discriminatório em relação às mulheres, que eram afetadas em maior número do que os homens por esta exclusão do plano de aposentadoria profissional, a não ser que a empresa pudesse demonstrar que a exclusão baseava-se em fatores objetivos e justificados, sem relação com qualquer discriminação baseada no sexo⁶⁸.

Discriminação indireta (baseada na origem étnica)

Um governo exige que todos os empregados do serviço público dominem perfeitamente o idioma oficial do país. A maioria dos pertencentes a minorias étnicas que moram no país não pode atender plenamente a este requisito. Esta situação pode constituir discriminação indireta, já que o domínio perfeito da língua oficial não pode ser um requisito inerente a todos os empregos do setor público.

Quando a legislação interna não cobre ou não define explicitamente o que constitui discriminação indireta, é particularmente pertinente recorrer à Convenção No. 111 e aos comentários de organismos de supervisão da OIT.

País: Austrália

The Commonwealth of Australia v. Comissão de Direitos Humanos e Igualdade de oportunidades, Tribunal Federal da Austrália, 15 de dezembro de 2000, [2000] FCA 1854

Neste processo, indagou-se se o dispositivo da legislação interna que proíbe a discriminação aplicava-se ou não à discriminação indireta. O Tribunal Federal da Austrália decidiu que a legislação devia ser interpretada de acordo com a definição de discriminação dada pela Convenção No. 111 da OIT, e baseou-se na posição do Comitê de Peritos e de uma comissão de inquérito da OIT para decidir que a Convenção No. 111 abrangia a discriminação indireta.

II.A.4. Os critérios de discriminação

A Convenção No. 111 refere-se explicitamente a sete critérios que não podem servir de base a distinção, exclusão ou preferência alguma no que diz respeito a emprego e profissão (Artigo 1(1)(a)). Os motivos de discriminação proibidos são raça, cor, sexo, religião, opinião política, origem nacional ou social. Os organismos de supervisão da OIT oferecem orientação relativa ao sentido desses termos e conceitos, como veremos a seguir.

Raça e cor

Os termos “raça” e “cor” referem-se a distinções decorrentes do fato de uma pessoa pertencer a um grupo étnico ou racial. Também se aplicam à discriminação baseada no pertencimento a uma população tribal ou indígena. Tratamento diferencial baseado no idioma falado por um grupo étnico também pode constituir discriminação com base em raça e cor.

A cor é uma característica étnica, muitas vezes a mais aparente, mas esse termo também abrange distinções entre pessoas com cor da pele diferente que podem, na verdade, pertencer ao mesmo grupo étnico ou racial.

⁶⁸ *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, 13 de maio de 1986, C-170/84, ECR, p. 1607.

Sexo/gênero

A discriminação sexista ocorre quando pessoas são tratadas de forma desigual por serem do sexo masculino ou feminino. Está aqui incluído o tratamento desigual com base em características biológicas. Portanto, distinções baseadas em gestação, prisão e doenças correlacionadas podem constituir discriminação contra mulheres com base em seu sexo. Discriminação com base em sexo também abrange tratamento desigual decorrente de papéis e responsabilidades socialmente estabelecidos e atribuídos a um dos sexos a partir de uma perspectiva de gênero.

Como se devem entender os termos “sexo” e “gênero”

As diferenças entre homens e mulheres são tanto biológicas como sociais. O termo “sexo” está relacionado com diferenças biológicas, ao passo que o termo “gênero” se refere a diferenças nos papéis sociais e nas relações entre homens e mulheres. Os papéis de gênero são aprendidos por meio da socialização e variam muitíssimo dentro de cada cultura e de uma cultura a outra. Os papéis de gênero são afetados por idade, classe, raça, etnicidade e religião, bem como pelo ambiente geográfico, econômico e político.

Fonte: OIT: An ILO code of practice on HIV/Aids and the world of work, Genebra, 2001, parágrafo 3.2

O assédio sexual é uma forma de discriminação baseada no sexo. Em um Comentário Geral sobre assédio sexual publicado em 2003, em relação à Convenção No. 111, a Comissão de Peritos notou que a maioria das definições de assédio sexual contém os seguintes elementos⁶⁹:

- comportamento de natureza sexual, ou outro comportamento baseado em sexo que afetar a dignidade de mulheres e homens, e que for indesejado, não razoável e ofensivo ao destinatário, e quando a rejeição desse tipo de comportamento, de um empregador ou colega, por uma pessoa é usada explícita ou implicitamente como base para uma decisão que afeta essa última em relação a seu emprego (assédio *quid pro quo*); ou
- conduta que cria um “ambiente intimidante, hostil ou humilhante” para a pessoa que é alvo desse comportamento (assédio devido a ambiente de trabalho hostil).

País: Índia

Vishaka e outros v. o estado do Rajastão e outros, Superior Tribunal da Índia, 13 de agosto de 1997

Neste processo, o Superior Tribunal da Índia julgou que o direito à igualdade consagrado na Constituição nacional incluía a proteção contra assédio sexual. Em sua interpretação da Constituição, o Tribunal orientou-se pela Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e pela Recomendação Geral No 19 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher em relação à violência contra mulheres⁷⁰.

⁶⁹ Ver a Observação Geral de 2003 da Comissão de Peritos, publicada em relação à Convenção No. 111.

⁷⁰ No parágrafo 18 da Recomendação Geral No. 19 de 1992, lê-se: Assédio sexual inclui comportamento importuno de tipo sexual, como contato físico e sugestões inconvenientes, observações com conotações sexuais, exibição de pornografia e exigências sexuais, seja por meio de palavras ou de ações. Tal conduta pode ser humilhante e pode constituir um problema de saúde e segurança; é discriminatória quando a mulher tem motivos razoáveis para crer que sua objeção resultaria em desvantagem para ela em relação a seu emprego, inclusive quanto a recrutamento ou promoção, ou quando cria um ambiente de trabalho hostil.

País: Zimbábue

Frederick Mwenye v. Textile Investment Company, Tribunal de Relações Industriais, 8 de maio de 2001, No. LRT/MT/11/01

Um alto gerente, demitido devido a alegações de assédio sexual contra ele, questionou a decisão e levou o caso à justiça. Na falta de uma definição de assédio sexual na legislação nacional, o Tribunal elaborou uma definição baseada principalmente na Recomendação Geral No. 19 do CEDCM, emitida pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, 1992⁷¹.

Religião

A discriminação com base na religião acontece quando pessoas são tratadas de forma desigual por professarem ou não uma determinada religião, fé ou credo. Esse motivo abrange expressões ou eventos religiosos.

Opiniões políticas

Este critério permite que se assegure proteção contra tratamento desigual baseado em crenças políticas. Abrange atividades em que se expressa ou manifesta oposição ao sistema político estabelecido e também o envolvimento em determinadas organizações políticas ou partidos.

País: Bulgária

Decisão No. 8, Tribunal Constitucional da República da Bulgária, 27 de julho de 1992, Processo Constitucional No. 7

Alguns Parlamentares procuraram criar legislação vedando a ex-membros de alto nível hierárquico do Partido Comunista o acesso a cargos de responsabilidade em bancos, mas isto foi declarado inconstitucional e incompatível com obrigações internacionais. Dado que, por dispositivo constitucional, os tratados ratificados fazem parte da legislação interna, o Tribunal Constitucional da Bulgária decidiu que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção No. 111 da OIT têm primazia em relação à legislação interna. O Tribunal concluiu que a restrição delimitada era discriminatória, pois se baseava na opinião política para impedir o acesso a uma determinada profissão, dentro do sentido do Artigo 1 da Convenção No. 111. A legislação foi declarada inconstitucional e incompatível com os tratados internacionais acima mencionados.

Origem nacional

O conceito de origem nacional aplica-se às distinções baseadas na origem de uma pessoa estrangeira, seu local de nascimento ou o de seus antepassados. Não se aplica a distinções baseadas em nacionalidade (cidadania). Portanto, é discriminatório com base na origem nacional restringir o acesso ao serviço público civil para cidadãos naturalizados. Os organismos de supervisão da OIT também já aplicaram a proibição deste critério a situações nas quais a população de um determinado país é composta de cidadãos de diferentes "nacionalidades" (por exemplo, os cidadãos do Haiti podem ser de origem haitiana ou dominicana).

Origem social

Esse critério se aplica a distinções baseadas no pertencimento de um indivíduo a uma classe, categoria socioeconômica ou casta. A discriminação baseada na origem social inclui tratamento que vede o acesso dos indivíduos em questão a certos tipos de atividade ou empregos, ou que atribua determinados empregos a esses indivíduos de forma exclusiva. A Comissão de Peritos

⁷¹ *Ibid.*

classificou como desfavorável o tratamento relacionado a emprego e profissão que é dado a descendentes de escravos com base em sua origem social. Comentou também a situação de pessoas pertencentes ou percebidas como pertencentes a castas inferiores no Sul da Ásia.

Outros critérios de discriminação

Além dos sete critérios de discriminação mencionados acima, o Artigo 5(2) da Convenção No. 111 refere-se a idade, deficiência, responsabilidades familiares e situação social e cultural. Também oferece aos países a possibilidade de ampliar a lista de critérios proibidos de discriminação (ver Artigo 1(1)(b)).

Nesse sentido, é importante levar em conta outros instrumentos da OIT e tratados de direitos humanos que proporcionam proteção contra discriminação, pois os dispositivos e princípios aplicáveis que contêm podem ser usados por tribunais nacionais para incluir formas de discriminação que não são explicitamente mencionadas nem no Artigo 1(1)(a) da Convenção No. 111, nem na legislação nacional.

Instrumentos da OIT

Alguns outros instrumentos da OIT referem-se a critérios de discriminação além dos definidos no Artigo 1(1)(a) da Convenção No. 111⁷². Eis alguns deles:

- Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98), que aborda a discriminação antissindical (ver Parte 3, Capítulo 1 deste Manual);
- Convenção sobre o Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156), que prevê a igualdade de oportunidades e tratamento independentemente de responsabilidades familiares (ver adiante);
- Convenção sobre Terminação do Emprego, 1982 (No. 158), que se refere a estado civil, responsabilidades familiares e gestação (artigo 5(d)) (ver Parte 3, Capítulo 3 deste Manual);
- Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, 1983 (No. 159), que estabelece o princípio de igualdade de oportunidades entre trabalhadores com deficiência e trabalhadores em geral (ver adiante);
- Convenção sobre Trabalhadores Migrantes (Revista), 1949 (No. 97), que dispõe o tratamento igual de nacionais e não nacionais em diversas áreas (Artigo 6);
- Recomendação sobre Trabalhadores mais Idosos, 1980 (No. 162), que trata da igualdade de oportunidades e tratamento para todos os trabalhadores, independentemente de sua idade.

Instrumentos das Nações Unidas

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também incluem idioma, propriedade e nascimento como motivos de discriminação. Os dispositivos antidiscriminatórios desses dois Pactos estabelecem uma lista não exaustiva de critérios proibidos (ver adiante). Portanto, os tribunais nacionais podem basear-se neles ao examinar casos de discriminação com base em critérios não expressamente cobertos pela legislação nacional.

Com vistas à coerência do direito internacional de direitos humanos, o Comitê de Peritos frisou que seria desejável levar em conta a proteção contra discriminação oferecida em outros tratados internacionais de direitos humanos quando se aplica a Convenção No. 111⁷³.

⁷² Uma lista completa dos instrumentos aplicáveis figura no Estudo Especial de 1996 (ILO: Special Survey of the Committee of Experts, 1996, *op. cit.*, parágrafo 243).

⁷³ *Ibid.*, parágrafo 244.

País: Romênia

Decisão No. 6, Tribunal Constitucional da Romênia, 25 de fevereiro de 1993

Após o exame da cláusula da Constituição relacionada com a igualdade, que estabelece nove motivos proibidos de discriminação, o Tribunal Constitucional da Romênia declarou que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados em relação com os dispositivos pertinentes dos instrumentos internacionais de direitos humanos (o Tribunal referiu-se ao Artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e ao Artigo 2(2) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), e declarou que esses dispositivos completam a lista de motivos proibidos a que se refere a Constituição.

País: Filipinas

International School Alliance of Educators v. Hon Leonardo A. Quisumbing e outros, Superior Tribunal da República das Filipinas, 1º de junho de 2000, No. 128845

O litígio dizia respeito à admissibilidade da distinção nos salários pagos aos professores com base em sua nacionalidade. O Superior Tribunal das Filipinas baseou-se no princípio de não discriminação como princípio geral de direito que é uma das fontes de direito internacional definidas no Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Referiu-se a diversos tratados das Nações Unidas para mostrar que o princípio da não discriminação era um princípio geral de direito e que, portanto, era parte integrante do direito positivo das Filipinas. Assim sendo, distinções baseadas em nacionalidade não eram autorizadas.

Decisão No. 2120 de 15 de julho de 2002, Tribunal Administrativo da OIT⁷⁴

Ao examinar uma medida relativa a recursos humanos tomada por uma agência das Nações Unidas, o Tribunal Administrativo da OIT determinou que “o dispositivo fazia discriminação indevida entre os candidatos a nomeação com base em seu estado civil e relações familiares (...). A discriminação por estes motivos é contrária à Carta da Organização das Nações Unidas, aos princípios gerais de direito e aos princípios que regem o serviço civil internacional, bem como aos instrumentos internacionais de direitos humanos. Embora não estritamente vinculantes para a Agência, os princípios do Artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) são pertinentes.” Também decidiu que: “A lista [de motivos proibidos no Artigo 26], apesar de seus muitos termos, não é limitativa (“... quaisquer motivos, tais como ...”) e são proibidas todas as formas de discriminação imprópria. O que é discriminação imprópria? Trata-se, pelo menos no contexto do emprego, de distinções entre membros do pessoal ou candidatos à nomeação com base em características pessoais não pertinentes.”

Em seus Estudos Gerais sobre a Convenção No. 111, A Comissão de Peritos analisa alguns critérios que não são explicitamente definidos no Artigo 1(1)(a). Será examinado o seguinte exemplo relativo à discriminação com base em saúde:

O estado de saúde de um trabalhador só será levado em conta pelos empregadores em relação a requisitos específicos de um trabalho em particular, e não será automaticamente considerado como algo que afeta o direito de acesso ao emprego, ou as condições de trabalho dentro da relação de emprego. (...) O fato de levar-se em conta o estado de saúde física ou mental, passado ou presente, de uma pessoa pode ser uma barreira importante à aplicação do princípio de igual acesso ao emprego. Usar o estado de saúde como razão para negar ou continuar o emprego contradiz o espírito da Convenção, salvo quando houver uma relação muito estreita entre o atual estado de saúde do trabalhador e os requisitos ocupacionais normais de um determinado trabalho. [negrito nosso]

Fonte: OIT: Estudo especial da Comissão de Peritos, 1996, *op. cit.*, parágrafo 255

⁷⁴ A íntegra dessa decisão está na base de dados TRIBLEX (<http://www.ilo.org/public/french/tribunal/fulltext/2120.htm>).

Discriminação com motivos múltiplos

Não se deve esquecer que o mesmo indivíduo pode ser submetido a discriminação por mais de um motivo (discriminação múltipla). Isso é decorrente do fato de que os critérios reconhecidos como motivos para discriminação são traços de identidade pessoal que se correlacionam e entrelaçam uns com os outros. As mulheres, em particular, podem sofrer os efeitos combinados da discriminação por vários motivos. As mulheres indígenas, por exemplo, muitas vezes sofrem discriminação baseada em seu sexo e em sua origem indígena.

II.A.5. Em que casos não ocorre discriminação no sentido estabelecido pela Convenção?

A Convenção No. 111 refere-se a três tipos de tratamentos diferenciados em relação a um dos motivos proibidos que não são considerados discriminatórios:

- distinção baseada nos requisitos inerentes de um emprego em particular (Artigo 1(2));
- medidas especiais de proteção ou assistência, inclusive medidas temporárias especiais (Artigo 5); e
- medidas destinadas a proteger a segurança do Estado (Artigo 4).

Tratamento diferenciado com base nos requisitos inerentes a um emprego em particular

Qualquer distinção, exclusão ou preferência a respeito de um trabalho em particular com base nos requisitos inerentes a este não será considerada discriminação.

C. 111, Artigo 1(2)

O Artigo 1(2) da Convenção No. 111 é uma *Lex specialis* do direito internacional do trabalho que expressa a regra mais geral do direito internacional segundo a qual o tratamento com base em motivo proibido não é equivalente a discriminação se houver uma justificativa objetiva para tanto e se os meios utilizados forem proporcionais à justificação da diferenciação⁷⁵.

Podem-se encontrar diversos elementos que ressaltam as implicações do Artigo 1(2) da Convenção no trabalho e documentos dos organismos de supervisão da OIT⁷⁶:

- o Artigo 1(2) deve ser interpretado de forma restritiva;
- um requisito específico para um emprego em particular pode ser justificado se for necessário em virtude das características e natureza do trabalho, proporcionalmente a seus requisitos inerentes;
- é inadmissível a aplicação sistemática dos requisitos que dão margem a um ou mais motivos de discriminação, pois o conceito de “emprego em particular” refere-se a um emprego, função ou tarefa específica e definível; portanto, cada caso será cuidadosamente examinado.

O seguinte trecho de um relatório de comissão de inquérito da OIT ajuda a esclarecer o sentido e o âmbito do dispositivo da Convenção que se refere aos requisitos inerentes a um emprego em particular.

⁷⁵ I. Brownlie: *Principles of Public International Law*, 4ª edição, Clarendon, Oxford, 1990, p. 599 (disponível apenas em inglês).

⁷⁶ ILO: 1988 General Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafos 124-133; ILO: 1996 Special Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafos 118-122.

Trecho do relatório da Comissão de Inquérito designada em virtude do Artigo 26 da Constituição da OIT para examinar a observância da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão) , 1958 (No. 111), pela República Federal da Alemanha

531. (...) distinções, exclusões ou preferências que afetarem um determinado emprego ou profissão devem ser consideradas como não constituindo discriminação se forem baseadas nos requisitos inerentes a um trabalho em particular. A palavra "inerente", que é usada no texto em inglês, é definida no Oxford English Dictionary nos seguintes termos: "que existe em algo como atributo ou qualidade permanente; que constitui elemento, especialmente elemento essencial, de algo; intrínseco, essencial." Idéia correspondente é expressa pelas palavras usada no texto em francês ("*qualifications exigées*"). Assim sendo, toda limitação que se tentar impor ao âmbito da exceção prevista no Artigo 1, Parágrafo 2, deve ser necessariamente decorrente da própria natureza do emprego em questão. Recorre-se muitíssimo à noção de "necessidade" nos instrumentos internacionais de direitos humanos como critério para limitar as exceções aos direitos que reconhecem. Além disso, ao examinar se uma determinada limitação pode ser justificada como necessária, não é suficiente abordar apenas a questão de se existem circunstâncias em que é preciso tomar medidas visando a atingir uma finalidade para a qual as limitações são autorizadas pelo dispositivo em questão. Também é preciso considerar se a forma e a extensão das medidas realmente previstas ou tomadas são proporcionais às exigências da situação. Em outras palavras, a limitação deve ser proporcional ao objetivo perseguido.

Fonte: OIT: *Boletim Oficial*, Suplemento 1, vol. LXX, 1987, série B

Os requisitos inerentes a um emprego em particular⁷⁷

- Distinções baseadas em sexo podem ser feitas em relação a empregos que impliquem intimidade física particular (por exemplo, reservar certo número de postos de trabalho na polícia aeroportuária para policiais do sexo feminino que realizam revistas corporais em passageiras).
- Em determinadas circunstâncias limitadas, as opiniões políticas podem ser uma qualificação bona fide para certos altos cargos administrativos, tais como os que implicam responsabilidades especiais no desenvolvimento de políticas governamentais, por exemplo.

⁷⁷ Para orientação e mais exemplos, ver OIT: 1996 Special Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafos 118-122.

Examinaremos os seguintes processos julgados pelos tribunais de Madagascar:

País: Madagascar

Dugain e outros v. Compagnie Air Madagascar, Superior Tribunal de Madagascar, 5

de setembro de 2003, Processo No. 231

Um acordo coletivo aplicável a tripulação de cabine estabelecia a idade de 45 anos para a aposentadoria das tripulantes, e de 50 para os tripulantes, sendo que o fato de as mulheres se aposentarem mais cedo causava uma queda importante em sua remuneração. Neste caso, o Superior Tribunal de Madagascar aplicou diretamente a Convenção No. 111 da OIT e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O Superior Tribunal anulou a decisão do Tribunal de Recurso e devolveu a matéria para o tribunal inferior, decidindo o seguinte: “de acordo com o sentido dessas normas internacionais, não é discriminatório *per se* estipular um limite de idade ou uma restrição com base em sexo, mas essa estipulação só pode ser justificada se o empregador puder provar que o sexo do empregado é um requisito inerente ao trabalho.” Neste caso, o Tribunal decidiu que o empregador deveria ter mostrado que a aposentadoria antecipada das tripulantes justificava-se por motivo de segurança, o que não foi o caso.

País: Madagascar

Ramiaranjatovo Jean-Louis v. Fitsaboana Maso, Tribunal do Trabalho de Primeira Instância de Antsirabe, 7 de junho de 2004, No. 58

Neste processo, o Tribunal do Trabalho de Antsirabe aplicou a Convenção No. 111 da OIT para decidir que a demissão de um empregado por uma instituição religiosa era discriminatória. O trabalhador em questão, empregado como estatístico, fora demitido por ter mudado de religião depois de casar-se com uma mulher de outra fé. O Tribunal baseou-se no Artigo 1(2) da Convenção No. 111 para decidir que a religião não era um requisito inerente ao trabalho de estatístico. Portanto, a demissão foi declarada discriminatória.

Medidas especiais de proteção ou assistência

Qualquer membro pode (...) definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar a necessidade particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de que uma proteção ou assistência especial seja, de maneira geral, reconhecida como necessária por razões tais como sexo, idade, deficiência, encargos de família ou o nível social ou cultural.

C. 111, Artigo 5(2)

Algumas Convenção e Recomendações da OIT requerem ou recomendam medidas especiais em favor de povos indígenas ou tribais, portadores de deficiência ou idosos, ou trabalhadores com responsabilidades familiares, por exemplo, ou medidas destinadas a proteger a maternidade. Essas medidas também podem ser determinadas no plano nacional, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores (Artigo 5).

O conceito de medidas especiais é dinâmico. As necessidades – ou as necessidades percebidas – de medidas de proteção mudam com o tempo e muitas vezes acompanham o desenvolvimento científico e tecnológico e as modificações nas atitudes sociais.

Restrição das horas-extras para mulheres

Em 2001, a Comissão de Peritos notou que uma restrição geral das horas-extras aplicável a todas as mulheres, sem ligação com a proteção da maternidade prevista pela Lei sobre Normas Trabalhistas da República da Coréia, poderia influenciar a plena aplicação da Convenção, já que parecia penalizar indevidamente as mulheres no mercado de trabalho. Em uma observação de 2006, subsequente a emendas à legislação, a Comissão notou com satisfação que a Lei sobre Normas Trabalhistas, tal como emendada, limitava as horas-extras, no caso de mulheres que haviam dado à luz, por apenas um ano subsequente ao parto.⁷⁸

Às vezes pode ser difícil determinar se as medidas de proteção são justificadas à luz das reivindicações e necessidades das pessoas e grupos que devem proteger, ou se essas medidas equivalem, de fato, a discriminação.

Os tribunais podem ser chamados a determinar a legalidade das medidas de proteção. Em casos similares, é de particular interesse o seguinte trecho do Estudo Especial de 1996 da Comissão de Peritos:

Devido à meta de proteção e assistência a que visarão, essas medidas especiais serão proporcionais à natureza e ao âmbito da proteção necessária ou da discriminação existente. Um reexame cauteloso de determinadas medidas pode revelar que são conducentes ao estabelecimento ou à permissão de reais distinções, exclusões ou preferências que se enquadram no Artigo 1 da Convenção. (...) Uma vez adotadas, as medidas especiais devem ser reexaminadas periodicamente no intuito de assegurar-se de que ainda sejam necessárias e continuem sendo eficazes.⁷⁹

Medidas especiais temporárias

Certas medidas especiais são introduzidas para pôr fim a discriminação existente ou remediar discriminação passada. Essas medidas às vezes são chamadas de “medidas especiais temporárias”, “medidas positivas” ou “medidas em favor de grupo em desvantagem”. Alguns países, por exemplo, introduziram tratamento preferencial para mulheres no recrutamento para o serviço público civil até a consecução de certa igualdade objetiva de gênero. A Comissão de Peritos frisou o seguinte:

“Deve-se ter em mente que essas medidas são claramente de natureza temporária, na medida em que seu objetivo é compensar desequilíbrios resultantes da discriminação contra certos trabalhadores ou setores.”⁸⁰

O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher publicou uma Recomendação Geral sobre medidas temporárias que visam a realizar a igualdade de gênero⁸¹.

Medidas que visam a garantir a segurança do Estado

Não são consideradas discriminação quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado, ou cuja atividade esteja realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional.

C.111, Artigo 4

⁷⁸ Ver: 2006 *Observation of the Committee of Experts*, Convenção No. 111, República da Coréia.

⁷⁹ OIT: 1996 *Special Survey of the Committee of Experts*, *op. cit.*, parágrafo 136.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Recomendação Geral No. 25 (2004) do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher sobre “Medidas temporárias especiais”.

O artigo 4 permite que o Estado tome certas medidas destinadas a proteger sua segurança sem entrar em conflito com o princípio de não discriminação. Em termos da supervisão exercida pela OIT, esse dispositivo foi invocado principalmente em relação ao critério proibido da opinião política. Os organismos de supervisão estabeleceram uma série de princípios que se deve ter em mente ao aplicar este dispositivo⁸²:

- como cláusula excepcional, o Artigo 4 será aplicado estritamente no intuito de evitar limitações não justificadas da proteção que a Convenção procura assegurar;
- O artigo 4 se aplica a medidas que afetam um indivíduo em virtude de atividades que ele ou ela suposta ou comprovadamente realizou. A mera filiação de uma pessoa a um determinado grupo ou comunidade não é suficiente para justificar sua aplicação;
- O artigo se 4 aplica às atividades das quais há provas ou suspeitas justificadas devido a presunções convergentes e precisas;
- as medidas justificadas em virtude do Artigo 4 devem ser suficientemente bem definidas e delimitadas.

Ao comentar a Decisão No. 8, de 27 de julho de 1992, do Tribunal Constitucional da Bulgária, a Comissão de Peritos recordou que “a aplicação de medidas que visem a proteger a segurança do Estado devem ser examinadas à luz da influência que as atividades em questão podem ter sobre o real desempenho na função, tarefas ou profissão da pessoa interessada. Caso contrário há o perigo, e até a probabilidade, de que essas medidas acarretem distinções e exclusões com base em opinião política ou religião, o que seria oposto à Convenção.”⁸³

Além das condições fundamentais mencionadas acima, o Artigo 4 prevê que a pessoa interessada deve ter o direito de recurso a um organismo competente. O Comitê de Peritos apresentou o seguinte esclarecimento em relação ao conteúdo deste direito:

“É importante que o organismo de recurso seja separado da autoridade administrativa ou governamental e ofereça garantia de objetividade e independência. Deve também ser competente para ouvir as razões das medidas tomadas contra o requerente e para proporcionar-lhe a oportunidade de apresentar plenamente o seu caso.”⁸⁴

II.A.6. Ônus da prova

A proteção jurídica oferecida pelos dispositivos referentes à igualdade de oportunidades e tratamento depende da existência de procedimentos judiciais efetivos que possam ser invocados pelas pessoas que acreditam ter sido alvo de discriminação. O fato de as regras de procedimento aplicáveis muitas vezes exigirem que a parte que alega discriminação prove que essa realmente existiu foi reconhecido como grande obstáculo à resolução de casos de discriminação. Isso é particularmente verdadeiro quando a discriminação reveste sua forma mais sutil, como os casos de discriminação indireta ou implícita (ver acima)⁸⁵.

Para superar esta dificuldade, um número crescente de países tem introduzido regras de procedimento que invertem o ônus da prova para permitir que as vítimas de discriminação afirmem efetivamente seus direitos. Em alguns sistemas jurídicos, a regra é que, se o querelante for capaz de prova *prima facie*, o ônus da prova deve ser transferido para o apelado, que então terá de demonstrar que a diferença de tratamento baseara-se em considerações objetivas não relacionadas com qualquer motivo proibido de discriminação.

⁸² Ver OIT: Estudo Geral do Comitê de Peritos, 1988, op. cit., parágrafos 134-138; OIT: Estudo especial da Comissão de Peritos, 1996, op. cit., parágrafos 123-129.

⁸³ *Ibid.*, parágrafo 197.

⁸⁴ *Ibid.*, parágrafo 129

⁸⁵ OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1988, op. cit., parágrafos 224-225.

Transferência do ônus da prova

- A lei da União Européia aplicável nesta área prevê que, quando alguém que se considere injustiçado por uma violação do princípio de igualdade de tratamento estabelecer fatos com base nos quais possa presumir-se que houve discriminação direta ou indireta, o apelado deverá provar que não houve violação desse princípio⁸⁶.
- Conforme a legislação da África do Sul, existe suposição de discriminação se o querelante mostrar que houve tratamento diferenciado. Então, é o apelado que deve provar que o tratamento diferenciado foi justificado⁸⁷.

A questão do ônus da prova é menos crucial no caso de procedimentos em que o organismo que toma a decisão é responsável por estabelecer, por meio de suas próprias investigações, se houve discriminação. Costuma ser o caso em procedimentos administrativos, inclusive nos aplicáveis a fiscalizações em fábrica ou nos que são realizados perante organismos especializados em questões de igualdade.

Instrumentos da OIT que tratam do ônus da prova

A questão do ônus da prova é explicitamente tratada em normas da OIT relativas a término do emprego, proteção de representantes de trabalhadores e proteção da maternidade, três áreas em que com frequência surgem problemas de discriminação.

A Convenção sobre Terminação do Emprego, 1982 (No. 158), dispõe que raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gestação, religião, opinião política, origem nacional ou social não podem constituir razões válidas de demissão. Afirma o princípio segundo o qual o empregado não deve ter de "assumir por sindicato só o ônus da prova de que seu término foi injustificado" (Artigo 9)⁸⁸.

A Recomendação Relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 143), sugere que as medidas tendentes a assegurar a efetiva proteção de representantes de trabalhadores poderiam incluir "dispositivos que façam recair sobre o empregador, no caso de qualquer alegada demissão discriminatória ou modificação desfavorável nas condições do emprego de um representante de trabalhadores, o ônus da prova de que essa ação foi justificada" (parágrafo 6(2)(e)).

A Convenção sobre a Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183), dispõe que "o ônus da prova de que as razões da demissão não estavam relacionadas com a gestação ou o parto e suas consequências ou o aleitamento materno deve recair sobre o empregador" (Artigo 8).

Tanto a Comissão de Peritos quanto o Comitê de Liberdade Sindical consideram a inversão do ônus da prova em casos de discriminação como uma medida importante para assegurar-se a efetiva proteção contra a discriminação no emprego e na profissão, como requerem as Convenções da OIT sobre igualdade e liberdade sindical⁸⁹.

⁸⁶ Diretiva do Conselho 97/80/EC, de 15 de dezembro de 1997 sobre o ônus da prova em casos de discriminação baseada no sexo; Diretiva do Conselho 2000/43/CE de 29 de junho de 2000 que implementa o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas independentemente de origem racial ou étnica; e Diretiva do Conselho 2000/78/CE de 27 de novembro de 2000 que estabelece um marco geral para a igualdade de tratamento no emprego e na profissão.

⁸⁷ Ver Lei de Equidade no Emprego, 1998, seção 11.

⁸⁸ Ver ILO: *Protection against unjustified dismissal. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Convenções and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 82a Sessão, Genebra, 1995, Relatório III(4B), parágrafos 196-217.

⁸⁹ Em relação ao Comitê de Peritos, ver OIT: 1996 Special Survey of the Committee of Experts, op. cit., p. 230 e 231; OIT: *Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Contions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 81a Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B), parágrafos 217-218. Sobre o Comitê de Liberdade Sindical, ver OIT: *Committee on Freedom of Association Report*, Processo No. 673, 130o Relatório, *Official Bulletin*, vol. LV, Suplemento, 1972, parágrafo 65.

Na ausência de legislação específica nesta área, os tribunais de diversos países tomaram a iniciativa de inverter o ônus da prova em casos de alegada discriminação no emprego e na profissão.

País: Espanha

Tribunal Constitucional da Espanha, Segunda Câmara, 23 de novembro de 1981, Decisão No. 38/1981

O Tribunal Constitucional da Espanha, referindo-se à Recomendação No. 143 OIT e a decisões do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, decidiu que a efetiva proteção do direito constitucional à liberdade sindical exigia que o ônus da prova fosse transferido para o empregador em casos de alegada discriminação antissindical.

II.A.7. Remédios adequados para a efetiva eliminação de discriminação

Um dos deveres dos tribunais que tratam de casos de discriminação é decidir quais sejam os remédios adequados. Em alguns sistemas jurídicos, a classificação pelo tribunal de um ato ou omissão como discriminação acarreta automaticamente a aplicação de determinadas consequências legais (quando a legislação ou a jurisprudência tiver definido que medidas ou dispositivos de contratos individuais ou acordos coletivos são nulos, por exemplo). Quando os atos, omissões ou situações discriminatórias forem persistentes, deve-se ordenar que cessem. O tribunal também pode decidir a anulação da consequência do ato ou omissão discriminatória (pagamento retroativo de salários, por exemplo). A legislação e os usos nacionais podem variar consideravelmente a este respeito, particularmente no relativo a indenizações e reintegração no caso de demissão.

Do ponto de vista do direito internacional do trabalho, dois aspectos importantes devem ser levados em conta ao decidir qual será a reparação:

- 1) as consequências discriminatórias da discriminação no emprego e na profissão devem ser eliminadas;
- 2) as sanções devem ter efeito dissuasivo sobre potenciais responsáveis por discriminação.

[As] vítimas de discriminação devem beneficiar-se com remédios adequados que também terão efeito dissuasivo sobre os que podem pensar em cometer discriminação. É preciso ter em mente que, ao instituir esses procedimentos, o trabalhador está correndo tanto riscos materiais quanto morais. Por exemplo, uma legislação que inclua dispositivo de proteção, mas que permita que, na prática, o empregador termine o emprego de um trabalhador que tenha sido vítima de discriminação, desde que simplesmente pague uma indenização, não oferece proteção suficiente. [negrito nosso]

Fonte: OIT: Estudo especial da Comissão de Peritos, 1996, *op. cit.*, parágrafo 233

Os remédios para demissão sem justa causa previstos pela Convenção No. 158 são a reintegração ou a indenização financeira adequada. Quando a demissão sem justa causa for discriminatória e, portanto, violar um dos direitos fundamentais dos trabalhadores, a Comissão de Peritos considera que a mera indenização não seria um remédio adequado para o prejuízo, sendo a reintegração a melhor solução. Caso a reintegração não seja possível ou não seja desejada pelo trabalhador, deve-se instar o empregador a evitar qualquer discriminação. Mesmo quando não prevê explicitamente a possibilidade de reintegração, a lei deve, mesmo assim, prever a anulação da demissão discriminatória, o que deveria acarretar a reintegração do trabalhador⁹⁰.

⁹⁰ Ver OIT: 1995 General Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafos 218-232.

[A] Comissão considera que, no caso de terminação de emprego que fira um direito básico, a indenização visará a compensar plenamente, tanto em termos financeiros como profissional, o prejuízo sofrido pelo trabalhador, sendo que a melhor solução é, de maneira geral, a reintegração do trabalhador ao seu emprego com pagamento dos salários devidos e manutenção dos direitos adquiridos. (...) Quando a reintegração não for prevista como remédio, quando esta não for possível ou o trabalhador não a desejar, seria desejável que a indenização paga pelo término de emprego por um motivo que prejudique um direito humano fundamental seja proporcional ao prejuízo sofrido, e mais elevada do que nos outros tipos de terminação.

Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 232

País: África do Sul

Jacques Charles Hoffman v. South African Airways, Tribunal Constitucional da África do Sul, 28 de setembro de 2000, No. CTT 17/00

Neste processo, o Tribunal Constitucional da África do Sul ordenou que o réu empregasse uma pessoa que fora rejeitada anteriormente por motivo de discriminação. Com base no Artigo 2 da Convenção No. 111 da OIT, o Tribunal decidiu que esta seria o remédio apropriado para eliminar a discriminação sofrida.

II.B. Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (No. 100)⁹¹

O objetivo da Convenção No. 100 é assegurar a igualdade de remuneração para trabalhadores e trabalhadoras por trabalho de igual valor.

De maneira geral, as mulheres como grupo continuam a receber remuneração inferior aos homens. Uma série de fatores é responsável pela continuação desta diferença salarial, muitos dos quais estão relacionados com discriminação.

As causas das diferenças salariais

- Diferença na duração do emprego – muitas mulheres interrompem seu vínculo empregatício para cuidar de filhos e familiares.
- As mulheres muitas vezes não são nomeadas para cargos gerenciais e de direção, mais bem remunerados.
- Muitas mulheres ganham menos do que os homens porque estão em empregos informais ou em tempo parcial.
- Tipos de trabalho com mais alta porcentagem de trabalhadoras são menos bem pagos do que aqueles em que a maioria é de trabalhadores.
- As aptidões das mulheres muitas vezes são subvalorizadas por serem encaradas como características femininas naturais, e não como aptidões.
- Os empregos e aptidões das mulheres são menos valorizados, especialmente nas áreas de cuidados, enfermagem, cuidado de crianças e educação.
- As mulheres muitas vezes não recebem tanto quanto os homens em matéria de benefícios ou direitos tais como auxílio-moradia ou bônus.
- As mulheres muitas vezes recebem nível mais baixo de bônus ou benefícios adicionais.

Fonte: Adaptado de PSLME, Wage equity awareness raising module, 2002

⁹¹ Para evitar confusões quanto ao âmbito desse instrumento, observe-se que a Convenção No. 100 abrange a igualdade de remuneração entre trabalhadores e trabalhadoras para trabalho de igual valor, como indica seu título completo. Portanto, essa Convenção não trata das diferenciações na remuneração baseadas em outros critérios, tais como raça ou cor, origem nacional, etc. Essas situações podem, contudo, ser tratadas por meio da Convenção No. 111.

As situações factuais que suscitam litígios relativos à igualdade de remuneração podem ser muito variáveis. Muitas vezes referem-se a queixas apresentadas por determinadas trabalhadoras ou grupos de trabalhadoras tendo como motivo a sua remuneração ter sido fixada ou paga de maneira discriminatória, já que realizam o *mesmo trabalho* que seus colegas do sexo masculino.

O número de processos relativos a igualdade de remuneração continua a aumentar em situações em que homens e mulheres têm empregos com *diferentes tarefas ou funções*, mas em que se alega igual valor. O princípio da Convenção possibilita esses dois tipos de ação. O segundo tipo de ação é crucial para conseguir-se a igualdade de remuneração, pois a discriminação salarial entre homens e mulheres é muitas vezes decorrente de uma subvalorização discriminatória dos empregos ocupados por mulheres.

Os dispositivos da Convenção, bem como o trabalho e os documentos dos organismos de supervisão da OIT, podem ser de ajuda quando, por exemplo:

- a legislação não contiver dispositivos relativos à discriminação no emprego e na profissão;
- a legislação incluir uma proibição geral de discriminação, mas não houver dispositivos específicos relativos à igualdade de remuneração;
- os dispositivos relativos à igualdade de remuneração forem menos detalhados, pouco claros ou mais restritivos do que o princípio da Convenção; ou, por fim, quando
- a legislação aplicável excluir determinadas categorias de trabalhadores.

II.B.1. Quais são as obrigações dos Estados que ratificam essa Convenção?

O Artigo 2(2) especifica que o princípio da igualdade de remuneração para trabalho de igual valor pode ser aplicado por meio de:

- leis ou regulamentações nacionais;
- mecanismo legalmente definido ou reconhecido para a determinação dos salários;
- acordos coletivos entre empregadores e trabalhadores; ou
- uma combinação dos anteriores.

Em virtude do Artigo 2 da Convenção, o governo deve assegurar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração para homens e mulheres que trabalham em setores nos quais possa exercer influência direta ou indireta sobre os níveis salariais. É o caso quando o Estado é o empregador ou controla a atividade por outros meios, ou quando tem condições de intervir no processo de determinação dos salários. Esse último caso ocorre, por exemplo, quando a escala salarial é controlada por autoridades públicas ou por lei, ou quando tiver sido promulgada legislação relativa à igualdade de remuneração.

Quando não puder assegurar a aplicação do princípio de igualdade de remuneração, o Estado deve incentivar sua aplicação. É o caso, por exemplo, quando o direito de negociação coletiva excluir o Estado do processo de determinação de salários, ou quando o pagamento estiver sujeito a acordos individuais entre trabalhadores e empregadores. Nesse caso, o Estado pode criar legislação que imponha igualdade de remuneração para trabalho de igual valor. Quando essa legislação estiver em vigor, o Estado assegurará sua correta aplicação.

Examinaremos abaixo a posição da Comissão de Peritos em relação à importância da legislação sobre igualdade de remuneração no que diz respeito à Convenção:

Não existe obrigação geral de promulgar legislação em virtude da Convenção, (...) mas o Artigo 2, Parágrafo 1, implica que qualquer dispositivo legislativo que violar o princípio de igualdade de remuneração deve ser emendado para cumprir o que determina a Convenção. Além disso, a ação legislativa do Estado com vistas à proteção da igualdade pode ampliar a competência do governo para intervir no campo dos salários e, portanto, seu alcance no sentido de assegurar a aplicação do princípio do Artigo 2, Parágrafo 1 da Convenção.

Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1986, *op. cit.*, parágrafo 28

Também existe a obrigação de cooperar com organizações de trabalhadores e entidade patronais no intuito de levar a efeito os dispositivos da Convenção (Artigo 4).

II.B.2. Âmbito da Convenção

Âmbito em relação a indivíduos: todos os trabalhadores e trabalhadoras

A Convenção No. 100 visa a proteger todos os trabalhadores e trabalhadoras contra discriminação com base em sexo no que diz respeito à remuneração. Não inclui dispositivo algum que limite seu âmbito a pessoas, grupos ou categorias de trabalhadores.

A Convenção pode ser um recurso quando a legislação nacional excluir determinados grupos ou categorias de trabalhadores ou empregos da proteção assegurada pela legislação nacional aplicável.

Âmbito substantivo: todos os aspectos da remuneração

A Convenção formula a igualdade de tratamento a respeito de todos os aspectos da remuneração, e define "remuneração" da forma mais abrangente possível:

O termo "remuneração" inclui o salário ou o tratamento ordinário, de base ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou "em natura" pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último;

C.100, Artigo 1(a)

As "vantagens adicionais" podem incluir: horas-extras, gorjetas, bônus, uniformes, ferramentas, equipamento, recompensa, previdência privada financiada pelo empregador, auxílio-moradia e benefícios marginais, etc.

A definição de remuneração dada pela Convenção pode ser de particular interesse nas seguintes situações:

- quando a legislação nacional só prevê a igualdade em relação a remuneração ou salário básico, mas não a "vantagens adicionais"; ou
- quando a legislação nacional relativa a igualdade de remuneração não define o conceito de remuneração e quando se coloca a questão de se um determinado componente faz parte da remuneração do trabalhador.

II.B.3. Conteúdo do princípio de igualdade de remuneração para trabalho de igual valor

[A] expressão *igualdade de remuneração para trabalhadores e trabalhadoras por trabalho de igual valor* se refere às taxas de remuneração fixa sem discriminação fundada no sexo.

C.100, Artigo 1(b)

Em processos relativos a igualdade salarial, os tribunais devem decidir se a remuneração por trabalho de igual valor é paga sem discriminação fundada no sexo. Isso implica a comparação do trabalho realizado e da remuneração recebida por homens e mulheres. As diferenças de remuneração só são admissíveis quando fatores objetivos não vinculados ao sexo justificarem essas diferenças (ver abaixo).

Assim como no caso de discriminação no trabalho em geral, a discriminação de gênero no que diz respeito à remuneração pode ser direta ou indireta (ver acima em relação à Convenção No. 111). Os seguintes comentários da Comissão de Peritos sobre a discriminação indireta vinculada à Convenção No. 100 são particularmente pertinentes:

Trecho da observação de 2005 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da Convenção No. 100 pelo Japão

A Comissão (...) [ênfata] que, no contexto da Convenção [No. 100], o conceito de discriminação indireta refere-se a situações, regulamentações ou usos aparentemente neutros que resultam em tratamento desigual em relação à remuneração de homens e mulheres que realizam trabalho de igual valor. Isto ocorre quando a mesma condição, tratamento ou critério é aplicado igualmente a homens e mulheres, mas resulta em impacto desproporcionalmente adverso para as pessoas de um sexo, e não se baseia em justificativas objetivas relacionadas com o trabalho. A Comissão é do parecer de que o uso de mão-de-obra em tempo parcial, temporária e assalariada, bem como os sistemas duais de gestão de carreira, podem não ser discriminatórios em si. Contudo, aponta que, quando a remuneração dos trabalhadores dessas categorias for inferior à dos trabalhadores regulares pela realização de trabalho de igual valor e quando essas categorias forem dominadas por um sexo (neste caso, o feminino), de fato coloca-se a questão da discriminação indireta fundada no sexo, que deve ser examinada à luz das circunstâncias particulares e das razões dadas para o tratamento diferencial. Será constatada discriminação indireta caso não haja motivo relacionado com o trabalho, objetivamente justificável, para esse tratamento diferencial.

Fonte: OIT: *Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 93ª Sessão, Genebra, 2005, Relatório III(1A)

O texto da Convenção e o trabalho dos organismos de supervisão da OIT podem ser particularmente úteis quando a legislação não inclui dispositivos específicos sobre a igualdade de remuneração, como em casos em que os respectivos dispositivos legais são mais restritivos do que o princípio definido na Convenção ou autorizam uma interpretação mais restritiva, p.ex. :

- quando a legislação não reconhece explicitamente ou não usa o conceito de trabalho de igual valor;
- quando a legislação não prevê a aplicação do princípio de igualdade de remuneração para trabalho de igual valor além do nível da empresa ou estabelecimento.

Trabalho de igual valor

Em virtude da Convenção, qualquer trabalho de igual valor deve ser igualmente remunerado. Para decidir se uma diferença na remuneração recebida por homens e mulheres constitui discriminação, o “valor” do trabalho deve ser comparado. A Convenção não inclui uma definição de valor, mas contempla a avaliação objetiva dos empregos com base no trabalho a ser realizado como método para diferenciar os salários segundo o princípio da igualdade, enfatizando assim o conteúdo do emprego na determinação do valor do trabalho (ver abaixo).

O conceito de “trabalho de igual valor” exige que remuneração igual seja paga a homens e mulheres quando fazem o mesmo trabalho ou trabalho idêntico, mas também quando realizam trabalhos que, mesmo sendo diferentes, são de igual valor.

Como implicam claramente as indicações já apresentadas neste relatório, a noção de pagar a homens e mulheres de acordo com o valor de seu trabalho implica necessariamente a adoção de alguma técnica para medir e comparar objetivamente o valor relativo dos trabalhos realizados. **Além disso, tal técnica é essencial para determinar se os empregos que supõem trabalhos diferentes podem, mesmo assim, ter o mesmo valor para fins de remuneração. Dado que homens e mulheres tendem a realizar incumbências diferentes, é essencial dispor de uma técnica para medir o valor relativo dos empregos com conteúdo variável para eliminar a discriminação na remuneração de homens e mulheres.** [negrito nosso]

Fonte: OIT: Estudo Geral do Comitê de Peritos, 1986, *op. cit.*, p. 138

País: Canadá

Comissão de Direitos Humanos e da Juventude v. Université Laval, Tribunal de Direitos Humanos do Québec, 2 de agosto de 2000, No. 200-53-000013-982, 2000 IJCan3 (QCT T.D.P)

Nos termos da Carta de Direitos e Liberdades do Quebec, "todo empregador deve assegurar, sem discriminação, salário igual para os membros de seu pessoal que realizam trabalho equivalente no mesmo lugar". A Comissão de Direitos Humanos e da Juventude argumentou que o sistema de remuneração existente mantinha um diferencial discriminatório de salários entre o grupo de empregados administrativos, composto majoritariamente de mulheres, e o grupo de empregados em ofícios e serviços, dominado por homens. O Tribunal de Direitos Humanos do Québec baseou-se na Convenção No. 100 e na Recomendação No. 90 da OIT, assim como nos tratados aplicáveis da Organização das Nações Unidas, para decidir que as leis nacionais deveriam ser interpretadas de acordo com os compromissos internacionais do Estado. O princípio da igualdade de remuneração, tal como definido na Convenção No. 100, impõe a comparação da remuneração recebida por homens e mulheres, mesmo se realizam tarefas diferentes. O Tribunal afirmou que a Universidade violara os direitos do grupo administrativo à igualdade ao não lhe proporcionar a mesma remuneração que a seus colegas do grupo de ofícios e serviços, já que realizavam tarefas de igual valor.

Em alguns países, a legislação prevê a igualdade de remuneração para "mesmo trabalho", "trabalho substancialmente idêntico" ou "trabalho similar". Ao comentar essa legislação, a Comissão de Peritos enfatizou reiteradamente que a igualdade de tratamento que a Convenção requer não se limita a situações em que homens e mulheres realizam trabalho igual ou similar. Esses dispositivos não devem reduzir-se à comparação da remuneração recebida por homens e mulheres que têm empregos idênticos ou similares, ou que realizam trabalhos idênticos ou similares. Segundo a Convenção, deve-se considerar que os dispositivos acima requerem igualdade de remuneração para trabalho que seja o mesmo ou similar em termos do seu valor. Na Irlanda, por exemplo, o âmbito da noção de "trabalho similar" foi definido como abrangendo desde o "mesmo trabalho" ao "trabalho de mesmo valor", levando-se em conta o que for preciso em áreas tais como aptidões, esforço físico ou mental, responsabilidade e condições de trabalho.

País: Israel

Elite Israel Sweets and Chocolate Industry Ltd v. Lederman, Tribunal Nacional do Trabalho, 5 de março de 1978

Depois de examinar a interpretação dada ao conceito de igualdade de remuneração para "o mesmo trabalho ou trabalho substancialmente idêntico", o Tribunal Nacional do Trabalho decidiu que a lei deve ser interpretada pressupondo que o legislador teve a intenção de garantir o respeito da Convenção No. 100 da OIT, que fora ratificada por Israel.

Além disso, a legislação pode prever que a igualdade de remuneração é para homens e mulheres que realizam seu trabalho nas “mesmas condições de trabalho” ou com “o mesmo rendimento”. Ao comentar esses dispositivos, a Comissão de Peritos declarou que, mesmo se critérios tais como condições de trabalho, aptidões ou produtividade podiam ser usados para determinar o nível de remuneração, a referência a esses fatores não devia restringir a aplicação do princípio de igualdade de remuneração por trabalho de igual valor⁹². Segundo a Convenção, não se deve pensar que o fato de referir-se às “mesmas condições de trabalho” significa que só se requer igualdade de remuneração quando o trabalho realizado por homens e mulheres for idêntico ou realizado nas mesmas condições de trabalho. Deve-se, ao contrário, interpretar que a Convenção se refere a condições de trabalho comparáveis no que diz respeito ao esforço que exige do trabalhador.

O caso do Código Trabalhista de Burkina Fasso

Até 2004, o Código Trabalhista de Burkina Fasso dizia o seguinte: “Pelos mesmas condições de trabalho, qualificações e rendimento profissionais, o salário deve ser o mesmo para todos os trabalhadores, independentemente de sua origem, sexo, idade e situação.” No intuito de assegurar a aplicação da Convenção No. 100, o Artigo 175 do Código Trabalhista revisto adotado em 2004 incluiu a seguinte frase: “O princípio igualdade de remuneração para homens e mulheres por trabalho de igual valor será respeitado por ocasião da determinação de salários, particularmente ao serem definidos os níveis de remuneração.”

A Comissão de Peritos também lançou uma nota de cautela em relação ao fato de que “os critérios para avaliação de desempenho, tais como aptidão e rendimento e seus equivalentes, não são discriminatórios em si como base para diferenciação salarial, mas devem ser aplicados com boa fé”; além disto, o Comitê “chamou a atenção (...) para a experiência histórica de que a insistência em “igualdade de condições em relação a trabalho, aptidão e rendimento” pode ser usada como pretexto para pagar salários mais baixos às mulheres do que aos homens”⁹³.

Aplicação do princípio para além do nível da empresa

É crucial aplicar o princípio da igualdade de remuneração para além do nível da empresa, já que a remuneração paga por cada empregador muitas vezes se baseia em níveis que são fixados por meio de condições e procedimentos que vão além da empresa considerada isoladamente (acordos coletivos, escalas do setor público, instrumentos ligados ao salário mínimo). A comparação entre o pagamento em profissões ou setores dominados pela presença da mulher e o pagamento em profissões e setores dominados pela presença do homem é uma forma importante de detectar diferenças salariais discriminatórias.

A legislação trabalhista muitas vezes requer igualdade na remuneração a ser paga dentro do mesmo estabelecimento ou empresa, mas a Comissão de Peritos frisou que é preciso tomar medidas destinadas a assegurar a aplicação do princípio da Convenção para além do nível da empresa:

“Ao aplicar o princípio da Convenção (...) o alcance da comparação entre funções realizadas por homens e mulheres deve ser tão vasto quanto o permita o nível em que políticas, sistemas e estruturas salariais são coordenadas.”⁹⁴

Quando os tribunais puderem tomar decisões relativas à validade ou legalidade dos acordos coletivos, ao salário mínimo, à estrutura da remuneração do funcionalismo público ou a outros instrumentos utilizados para fixar salários, deve-se levar em conta o fato de que a Convenção não limita a extensão da comparação da remuneração de homens e mulheres à mesma empresa ou estabelecimento.

⁹² 2006 Direct Request of the Committee of Experts, Convenção No. 100, Congo

⁹³ OIT: 1986 General Survey of the Committee of Experts, *op. cit.*, parágrafo 54.

⁹⁴ *Ibid.*, parágrafo 22.

II.B.4. Avaliação objetiva de empregos

A Convenção inclui dispositivos voltados para a promoção do princípio de igualdade de remuneração por meio da “avaliação objetiva de empregos” (Artigo 3(1)). Essa expressão se refere a mecanismos ou procedimentos cuja finalidade seja examinar o conteúdo das funções (“avaliação de emprego”) para poder classificá-las segundo seu valor, habitualmente com vistas a estabelecer escalas salariais. A avaliação de emprego é diferente da avaliação da produtividade ou rendimento de cada trabalhador.

A avaliação do emprego é uma ferramenta importante para assegurar-se de que a remuneração seja definida com base no conteúdo do emprego, e não segundo o gênero ou outras características pessoais do trabalhador, que não devem ser um fator desta equação.

O uso dos métodos de avaliação de emprego e a existência de classe de empregos e escalas salariais não significam que esteja automaticamente garantida a igualdade de remuneração para homens e mulheres de acordo com a Convenção. Deve-se exercer vigilância para que a avaliação e a classificação do emprego não sejam discriminatórias, e para que sejam livres de vies de gênero ou preconceito ligado a origem étnica, cultural ou social. Os vários fatores levados em conta ou sua importância respectiva, por exemplo, podem ser marcados por parcialidade quando não atribuem importância suficiente a qualidades consideradas “femininas” (p.ex., destreza manual) comparadas com qualidades tradicionalmente atribuídas a tarefas tipicamente “masculinas” (p.ex. força física).

O conceito de “trabalho de igual valor” requer que os tribunais examinem o conteúdo das tarefas efetivamente realizadas. Os requerentes ou os réus podem apresentar descrições do cargo ou outras evidências baseadas nas quais os tribunais podem avaliar a natureza e o valor do trabalho em questão. Quando forem usados métodos específicos de avaliação do emprego, as partes podem apresentar seus resultados respectivos aos tribunais em apoio a seus argumentos. Na medida do possível, os tribunais devem ouvir evidências de especialistas ao determinar se as tarefas a serem comparadas em um caso específico são de igual valor.

País: Austrália

Uv. HPM Industries, Comissão Australiana de Relações Industriais, 4 de março de 1998, No. 239333, 1995

Trabalhadoras nas áreas de processo e empacotamento reivindicavam salários iguais aos recebidos pelos homens empregados em serviços gerais e armazenamento. Na ausência de qualquer acordo entre as partes em relação ao método de avaliação de emprego a ser utilizado, a Comissão Australiana de Relações Industriais decidiu, entre outros, que o método apropriado incluiria a aplicação do critério do valor do trabalho. Em sua decisão, que se referiu aos Artigos 2 e 3 da Convenção No. 100 da OIT, a Comissão frisa que chegou a sua conclusão com base nos termos da própria Convenção e nos relatórios subsequentes do Comitê de Peritos da OIT.

País: Índia

WP (C) No. 2794 1989, Superior Tribunal de Déli, 13 de agosto de 2004⁹⁵

Uma cooperativa empregava certo número de mulheres como “limpadoras de empacotamento” e um grupo de homens como “empacotadores”. Os empacotadores haviam sido contratados por salários mais altos. As mulheres haviam dado entrada em uma queixa relativa à lei de igualdade de remuneração, em virtude da qual o empregador tinha de assegurar a igualdade de remuneração de homens e mulheres que realizassem o mesmo trabalho ou trabalho similar. O tribunal de primeira instância decidiu que o réu não fornecera evidências de que as tarefas realizadas por homens e mulheres eram diferentes e afirmou que, portanto, as requerentes haviam sofrido discriminação com base em seu sexo. O tribunal de recurso afirmou que o tribunal de primeira instância supusera erradamente que as requerentes eram “empacotadoras”, e não “limpadoras de empacotamento”. As requerentes então recorreram ao Superior Tribunal de Déli, que se baseou na lei da igualdade de remuneração e também na jurisprudência estabelecida pelo Superior Tribunal da Índia em *Mackinnon Mackenzie Ltd v. Audrey D’Costa e outros*, na Convenção No. 100 da OIT e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O Superior Tribunal afirmou que só a natureza do trabalho, e não sua designação, era importante. A decisão do tribunal de Primeira Instância foi, portanto, mantida.

II.B.5. Diferenciais salariais aceitáveis

O Artigo 3(3) da Convenção completa a definição do Artigo 1(b) ao especificar que as diferenças salariais entre trabalhadores que correspondem, independentemente de seu sexo, a diferenças, determinadas por avaliação objetiva, no trabalho a ser realizado não devem ser consideradas contrárias ao princípio de igualdade de remuneração por trabalho de igual valor.

Os outros fatores que podem justificar legitimamente o diferencial no pagamento são as diferenças ligadas à produtividade, experiência ou aptidão, desde que não sejam aplicadas de forma direta ou indiretamente discriminatória em relação a homens ou mulheres.

III. Dispositivos sobre igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão em outros instrumentos da OIT

III.A. Convenção sobre o Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156) e Recomendação (No. 165)

A Convenção sobre o Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156) e a Recomendação (No. 165) visam a promover a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego 1) para homens e mulheres com responsabilidades familiares, e 2) entre os trabalhadores que têm responsabilidades familiares e os que não as têm.

Non intuito de criar uma efetiva igualdade de oportunidades e tratamento para trabalhadores e trabalhadoras, cada Estado Membro deve tornar a igualdade efetiva de oportunidades e tratamento de trabalhadores e trabalhadoras um objetivo de suas políticas nacionais, com vistas a possibilitar às pessoas com responsabilidades familiares, que estão trabalhando ou queiram trabalhar, exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas a discriminação e, na medida do possível, sem conflitos entre seu trabalho e suas responsabilidades familiares.

C. 156, Artigo 3(1)

⁹⁵ A íntegra da decisão, em inglês, pode ser encontrada em: <http://delhidistrictcourts.nic.in/aug/2794.htm>.

No contexto da Convenção No. 156, o termo “discriminação” se refere à discriminação no emprego e na profissão tal como definida nos Artigos 1 e 5 da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

A Convenção se aplica a “trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades em relação a seus filhos dependentes”, e “em relação a outros membros de sua família imediata que claramente precisam de seu cuidado ou apoio” (Artigo 1(1) e (2)).

O Artigo 8 dispõe que os encargos de família não constituirão, como tais, razão válida para o término de uma relação de emprego. O Parágrafo 16 da Recomendação No. 165 define, em termos mais gerais, que o estado civil, a situação ou as responsabilidades familiares não constituirão, como tais, razões válidas para a recusa de emprego ou seu término.

O Artigo 9 dispõe que “[os] dispositivos desta Convenção podem ser aplicados por meio de leis ou regulamentações, acordos coletivos, regras do trabalho, arbitragem, decisões de tribunais ou uma combinação desses métodos, ou de qualquer outra maneira coerente com os usos nacionais que possam ser apropriados, levando-se em conta as condições nacionais (...)”.

Em 1993, a Comissão de Peritos publicou um Estudo Geral sobre a Convenção No. 156 e a Recomendação No. 165. O estudo contém orientações úteis a respeito do sentido e do âmbito dos dispositivos desses instrumentos⁹⁶.

III.B. Convenção sobre a Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183)

A Convenção sobre a Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183), contém dispositivos destinados a proteger as mulheres contra discriminação fundada na maternidade. O Artigo 8 proíbe o empregador de terminar o emprego de uma mulher durante a gestação, durante a licença-maternidade ou durante um determinado período subsequente ao seu retorno ao trabalho, período este a ser estabelecido pela lei ou regulamentação nacional, exceto por motivos não relacionados com a gestação ou o parto e suas consequências ou a amamentação. Como foi indicado, o ônus da prova de que os motivos para a demissão não guardam relação com a gestação ou o parto e suas consequências ou a amamentação recai sobre o empregador.

Em sentido mais geral, devem-se adotar as medidas pertinentes para assegurar que a maternidade não seja fonte de discriminação no emprego, inclusive no acesso a este. Essas medidas incluirão a proibição de exigir que uma candidata a um emprego concorde em fazer um teste de gravidez ou fornecer um certificado de tal teste, exceto nos casos em que a lei ou regulamentação nacional assim exigir em relação às seguintes situações: a) trabalho que for proibido ou restrito para gestantes ou lactantes em virtude da lei ou regulamentação nacional; ou b) quando houver risco reconhecido ou significativo para a saúde da mulher e da criança (Artigo 9).

III.C. Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, 1983 (No. 159)

A Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, 1983 (No.159) visa a assegurar que os Estados Membros ratificantes adotem e implementem política nacional voltada para a reabilitação profissional e o emprego de pessoas portadoras de deficiências (Artigo 1). O objetivo dessa política é garantir que sejam tomadas as medidas adequadas de reabilitação profissional contemplando todas as categorias de pessoas portadoras de deficiência, e promover oportunidades de emprego para essas pessoas no mercado de trabalho (Artigo 3).

⁹⁶ ILO: *Workers with family responsibilities. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 80a Sessão, Genebra, 1993, Relatório III(4B).

[A política nacional de reabilitação profissional e emprego de pessoas com deficiência deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores com deficiência e os trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e tratamento para os trabalhadores estatutos e regras trabalhadoras com deficiência. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e tratamento entre os trabalhadores com deficiência e os demais trabalhadores não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

C.159, Artigo 4

O Estudo Geral da Comissão de Peritos sobre a Convenção No. 159 proporciona explicações detalhadas sobre o sentido e do âmbito dos dispositivos da Convenção⁹⁷.

III.D. Código de Prática da OIT sobre a gestão da deficiência no local de trabalho

O objetivo do Código de Prática da OIT sobre a gestão da deficiência no local de trabalho (2002) é apresentar indicações práticas sobre a gestão de problemas decorrentes de deficiência no trabalho no intuito de assegurar, entre outras coisas, que as pessoas com deficiência tenham igualdade de oportunidades no local de trabalho.

Este Código de Prática define “igualdade de oportunidades” como igualdade de acesso a emprego, formação profissional e profissões para todos, sem discriminação (ponto 1.4). O princípio de não discriminação será respeitado durante todo o processo de recrutamento para assegurar o máximo benefício para o empregador e oportunidades equitativas para os candidatos com e sem deficiências (ponto 4.1.1). As autoridades competentes revisarão periodicamente todas as regras e regulamentos que regem o emprego, a manutenção do cargo e o retorno ao trabalho nos setores público e privado, com vistas a assegurar que não contenham elementos de discriminação contra pessoas com deficiências (ponto 2.2.3).

III.E. Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho

O HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia.

O objetivo do código de prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho (2001) é proporcionar um conjunto de diretrizes para lidar com a epidemia de HIV/AIDS no mundo do trabalho e no contexto da promoção de trabalho decente. Alguns princípios fundamentais definidos no código de prática são particularmente apropriados para combater a discriminação baseada na situação relativa ao HIV. Podem ser resumidos assim:

⁹⁷ Ver ILO: *Vocational Rehabilitation and Employment of Disabled Persons. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 86a Sessão, Genebra, 1998, Relatório III(1B).

Princípios-chave

1. Reconhecimento do HIV/AIDS como questão que diz respeito ao local de trabalho

O HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia.

2. Não-discriminação

Os trabalhadores não sofrerão discriminação ou estigmatização baseada na sua situação real ou percebida relativa ao HIV.

3. Igualdade de gênero

Relações de gênero mais igualitárias e o empoderamento da mulher são vitais para evitar a disseminação da infecção por HIV e permitir que as mulheres lidem com o HIV/AIDS.

4. Ambiente de trabalho saudável

O ambiente de trabalho será saudável e seguro, e adaptado ao estado de saúde e capacidades dos trabalhadores.

5. Diálogo social

É necessário que haja cooperação e confiança entre empregadores, trabalhadores e governo no intuito de assegurar a bem sucedida implementação das políticas e programas relativos a HIV/AIDS.

6. Detecção para fins de exclusão do emprego e do trabalho

Não será exigido teste de HIV/AIDS de candidatos a emprego ou pessoas empregadas, e não será efetuada testagem no local de trabalho, exceto nas condições que prevê o código de prática.

7. Confidencialidade

O acesso a dados pessoais relacionados com a situação do trabalhador em termos de HIV será limitado pelas regras de confidencialidade coerentes com o código de prática da OIT.

8. Continuação da relação de emprego

A infecção por HIV não é causa para término da relação trabalhista. As pessoas com doenças relacionadas com o HIV poderão trabalhar enquanto tiverem medicamento aptos para desempenhar funções apropriadas.

9. Prevenção

Os parceiros sociais se encontram em singular condição para promover esforços de prevenção, particularmente em relação à mudança de atitudes e comportamentos por intermédio de informação e educação.

10. Cuidado e apoio

Solidariedade, cuidado e apoio devem servir de guia à resposta ao HIV/AIDS no local de trabalho. Todos os trabalhadores têm direito a serviços de saúde ao seu alcance e a benefícios dos programas obrigatórios de seguridade social e dos mecanismos de previdência profissional.

Fonte: OIT: Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho, op. cit., p. 4

IV. Dispositivos pertinentes de alguns instrumentos de direitos humanos da Organização das Nações Unidas

IV.A. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Artigo 6 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém dispositivos relativos ao direito de todos à oportunidade de ganhar seu sustento por meio do trabalho, ao passo que o Comentário Geral No. 18, adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabelece as implicações desse direito⁹⁸. Uma das obrigações fundamentais que diz respeito ao direito ao trabalho é assegurar a não discriminação no emprego e na profissão e a igualdade na proteção do emprego.

O Artigo 7 do Pacto reconhece o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem, especificamente:

- remuneração que proporcione a todos os trabalhadores igualdade de remuneração por trabalho de igual valor, com condições de vida decentes para si e suas famílias;
- condições de trabalho seguras e higiênicas;
- oportunidades iguais de serem promovidos para todos;
- repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho, além de férias periódicas remuneradas, assim como remuneração dos feriados.

O Artigo 2(2) do Pacto requer que os Estados Partes providenciem a garantia de que o direito ao trabalho – e todos os outros direitos enunciados no Pacto – “se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.” O uso da expressão “outra natureza” indica que a lista de motivos de discriminação proibidos que figura nesse Artigo é aberta.

Esse dispositivo pode permitir que os tribunais determinem que as proibições gerais de discriminação aplicam-se igualmente a casos de discriminação relativos a outros critérios além dos mencionados explicitamente na legislação nacional, tais como saúde, inclusive HIV, deficiência ou idade.

IV.B. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos

O princípio de igualdade perante a lei e de proteção igual pela lei sem qualquer discriminação é definido no Artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Esse dispositivo especifica que “a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. Assim como o Artigo 2(2) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Artigo 26 do mesmo Pacto também visa a proporcionar proteção contra discriminação com base em *qualquer* motivo ou critério não justificado.

⁹⁸ Comentário Geral No. 18 (2005) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre “O direito ao trabalho” (Documento da ONU E/C.12/GC/18).

IV.C. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

A “discriminação racial”, tal como definida na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial significará “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em mesmo plano de liberdades fundamentais nos campos políticos, econômico, social cultural ou em qualquer campo de sua vida pública” (Artigo 1). A Convenção requer que os Estados Partes proíbam e eliminem a discriminação racial, e garantam o direito de todos, sem distinção, à igualdade perante a lei. Isto também se aplica ao direito ao trabalho (Artigo 5).

IV.D. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher define a expressão “discriminação contra a mulher” como “distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo” (Artigo 1).

Os dispositivos mais pertinentes em relação à igualdade de homens e mulheres no emprego são enunciados no Artigo 10, que trata de educação e formação, e no Artigo 11, que lista as áreas específicas em que a igualdade de homens e mulheres deve ser conseguida, isto é:

- o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em matéria de emprego;
- o direito a remuneração igual, inclusive benefícios, e a tratamento igual em relação a trabalho de igual valor e a avaliação da qualidade do trabalho;
- o direito à livre escolha de profissão e emprego, à promoção, à segurança no emprego e a todos os benefícios e condições de serviço;
- o direito à formação profissional e ao retreinamento, inclusive a aprendizagens, formação profissional avançada e treinamentos recorrentes;
- o direito à seguridade social, particularmente em caso de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez e idade avançada e outro tipo de incapacitação para o trabalho, bem como o direito a férias remuneradas;
- o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho.

O Artigo 11 também exige que os Estados Partes tomem medidas conducentes a proibir a demissão por motivo de gestação ou licença-maternidade, bem como a discriminação em demissões com base no estado civil. A Convenção também estipula uma série de obrigações destinadas a promover a igualdade de homens e mulheres nas áreas rurais e em setores não monetarizados da economia. Também conclama à igualdade de homens e mulheres no que diz respeito à igualdade de acesso a crédito e empréstimos, e o direito de receber todo tipo de formação e educação, formal e informal (Artigo 14).

Recursos

Referências bibliográficas

- Bronstein, A.; Thomas, C.: *European Labour Courts: international and European labour standards in labour court decisions and jurisprudence in sex discrimination* (OIT, Genebra, 1995)
- Brownlie, I.: *Principles of Public International Law*, 4ª edição (Clarendon, Oxford, 1990) [disponível apenas em inglês]
- Hodges-Aeberhard, J.: *Guidelines on addressing HIV/AIDS in the workplace through employment and labour law*, Paper No. 4 (OIT, Genebra, 2004)
- : An outline of recent developments concerning equality issues in employment for labour court judges and assessors (OIT, Genebra, 1997)
 - : ‘Sexual harassment in employment: recent judicial and arbitral trends’, *International Labour Review*, vol. 135, 5, 1996
- INTERIGHTS: *International Discrimination Law: A Handbook for Practitioners* (Londres, 2005)
- ITC-ILO: *Use of International Law by Domestic Courts, Compendium of Court Decisions* (Turim, dezembro de 2007)
- : *Guide to international labour standards* (Turim, 2008)
- OIT: *Equality at work: Tackling the challenges. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Conferência Internacional do Trabalho, 96ª Sessão, Genebra, 2007, Relatório I(B)
- : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 96ª Sessão, Genebra, 2007, Relatório III(1A)
 - : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 94ª Sessão, Genebra, 2006, Relatório III(1A)
 - : *Gender Equality and Decent Work. Good Practices at the Workplace* (Genebra, 2005)
 - : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 93ª Sessão, Genebra, 2005, Relatório III(1A)
 - : *Using the ILO code of practice and training manual: guidelines for labour judges and magistrates* (Genebra, 2004)
 - : *Time for Equality at Work. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Conferência Internacional do Trabalho, 91ª Sessão, Genebra, 2003, Relatório I(B)
 - : *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 91ª Sessão, Genebra, 2003, Relatório III(1A)
 - : *International Labour Standards: A Global Approach*, versão preliminar (Genebra, 2001)

- : *Vocational Rehabilitation and Employment of Disabled Persons. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 86ª Sessão, Genebra, 1998, Relatório III(1B)
- : *Equality in Employment and Occupation. Special Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B)
- : *Protection against Unjustified Dismissal. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 82ª Sessão, Genebra, 1995, Relatório III(4B)
- : *Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 81ª Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B)
- : *Workers with Family Responsibilities. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 80ª Sessão, Genebra, 1993, Relatório III (4B)
- : ‘Report of the Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organization to examine the observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)’, *Official Bulletin*, Suplemento 3, vol. LXXIV, 1991, Série B
- : *Equality in Employment and Occupation. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 75ª Sessão, Genebra, 1988, Relatório III(4B)
- : *Equal Remuneration. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 74ª Sessão, Genebra, 1986, Relatório III(4B)
- : ‘Report of the Commission of Inquiry appointed under Article 26 of the Constitution of the ILO to examine the observance of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), by the Federal Republic of Germany’, in *Official Bulletin*, Suplemento 1, vol. LXX, 1987, Série B
- : Committee on Freedom of Association Report, 130º Relatório, *Official Bulletin*, vol. LV, Suplemento, 1972

Thomas, C.; Oelz, M; Beaudonnet, X.: ‘The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications’, In: *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos* (OIT, Genebra, 2004)

Documentos

■ OIT

Fundamental instruments on equality of opportunity and treatment in employment and occupation:

Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (No. 100) e Recomendação (No. 90) Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111) e Recomendação (No. 111)

Outros instrumentos sobre igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão:

A Convenção sobre o Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156) e Recomendação (No. 165)

Outros instrumentos pertinentes:

Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes (Revisada), 1949 (No. 97)

Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98) Convenção sobre Terminação do Emprego, 1982 (No. 158)

Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, 1983 (No. 159) Convenção sobre a Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183)

Recomendação Relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 143) Recomendação sobre Trabalhadores mais Idosos, 1980 (No. 162)

Constituição da OIT, 1919

Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, 1998

Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho, 2001

Código de Prática da OIT sobre a gestão da deficiência no local de trabalho, 2002

Comentários pertinentes dos organismos de supervisão:

Observação Geral do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações sobre a Convenção No. 111 (2003)

Observação Geral do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações sobre a Convenção No. 100 (2007)

■ Nações Unidas

Instrumentos pertinentes:

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979

Comentários pertinentes dos organismos de supervisão:

Comentário Geral No. 18 (2005) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre “O direito ao trabalho”

Recomendação Geral No. 19 (1992) do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher sobre a “Violência contra a mulher”

Recomendação Geral No. 25 (2004) do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher sobre “Medidas temporárias especiais”

■ União Européia

Diretivas relevantes:

Diretiva do Conselho 97/80/EC de 15 de dezembro de 1997 sobre o ônus da prova em casos de discriminação com base em sexo, Diário Oficial No. L 014 de 20/01/1998

Diretiva do Conselho 2000/43/EC de 29 de junho de 2000 implementando o princípio de tratamento igual das pessoas independentemente de sua origem racial ou étnica, Diário Oficial No. L 180 de 19/07/2000

Diretiva do Conselho 2000/78/EC de 27 de novembro de 2000 estabelecendo um arcabouço geral para a igualdade de tratamento no emprego e na profissão, Diário Oficial No. L 303 de 02/12/2000

Links da Internet

■ OIT

Site da OIT: www.ilo.org

Convenções e Protocolos da OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

Recomendações da OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

Relatórios Gerais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e

Recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/english/ceacrrepsq.htm>

Estudos Gerais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e

Recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>

A ILOLEX, base de dados que contém a íntegra dos textos das Convenções e Recomendações da OIT, listas de ratificação, comentários da Comissão de Peritos e do Comitê de Liberdade Sindical, exame de casos pelos Comitês da Conferência, queixas, processos, Estudos Gerais e muitos outros documentos correlatos: <http://www.ilo.org/ilolex/english/>

APPLIS, base de dados que contém informações sobre ratificações, comentários da Comissão de Peritos e obrigações dos Estados quanto à apresentação de relatórios: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=en>

■ Nações Unidas

Site da OHCHR: <http://www.ohchr.org/>

Documentos com corpo de tratados: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

Capítulo 3

Terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador

I. Introdução

As alegações de terminação injusta ou injustificada pelo empregador estão entre as queixas mais frequentemente apresentadas a Tribunais do Trabalho e outros organismos judiciais, tais como Tribunais Superiores. Juntamente com as reivindicações salariais, os casos de dispensa tocam o próprio cerne das relações trabalhistas. Sua resolução por decisões de tribunal do trabalho e painel de arbitragem pode proporcionar reparação direta ao querelante, ou à empresa acusada, mas também pode transmitir ao mundo do trabalho uma forte mensagem a respeito do compromisso do país com o trabalho decente e a justiça social por intermédio de sua lei e jurisprudência relativas a dispensa.

Portanto, é importante que juízes e advogados estejam plenamente informados sobre toda a gama de instrumentos internacionais a que podem recorrer ao tomar decisões a respeito de terminação de emprego pelo empregador. Este capítulo apresenta os principais instrumentos de direito internacional do trabalho que cobrem o terminação de emprego⁹⁹, concentrando-se, em particular, nas normas da OIT e no trabalho dos organismos de supervisão¹⁰⁰ dessas antes de esboçar os instrumentos das Nações Unidas nessa área.

⁹⁹ Assim como em outras partes deste Manual, as fontes regionais de direito internacional do trabalho não serão descritas. Os leitores interessados nessa área são convidados a remeter-se às seguintes Diretivas Européias: Diretiva do Conselho 75/129/EEC, de 17 de fevereiro de 1975, sobre a aproximação das leis dos Estados Membros relacionadas com dispensas coletivas; Diretiva do Conselho 98/59/EC, de 20 de julho de 1998, sobre a aproximação das leis dos Estados Membros relacionadas com dispensas coletivas; Diretiva do Conselho 2001/23/EC, de 12 de março de 2001, relacionada com a salvaguarda dos direitos dos empregados no caso de transferências de empresas, negócios ou partes de empresas ou negócios; e Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2002/14/EC, de 11 de março de 2002, que estabelece um marco geral para informar e consultar empregados na Comunidade Européia.

¹⁰⁰ Deve-se observar, em particular, aqui o Estudo Geral da Comissão de Peritos de 1995 - *General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations on the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)* (OIT: *Protection against unjustified dismissal. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 82a Sessão, Genebra, 1995, Relatório III(4B)). Outros Estudos Gerais também contêm informações sobre dispensa, em particular OIT: *Freedom of Association and Collective Bargaining. General Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 81a Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B); OIT: *Equality in employment and Occupation. Special Survey of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Conferência Internacional do Trabalho, 83a Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B). Os Relatórios Anuais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações são uma fonte de informação atualizada sobre as diversas Convenções pertinentes ratificadas pelos Estados Membros. Além disso, várias representações alegando não observância da Convenção No. 158 por Estados Membros que a ratificaram foram apresentadas no contexto do Artigo 24 da Constituição da OIT: Venezuela (em 1991 e 1996), Brasil (em 1996, que então denunciou a Convenção No. 158), Turquia (em 1996 e 2000), Bósnia-Herzegovina (em 1998), Etiópia (em 1998) e França (em 2005).

A importância dos instrumentos jurídicos internacionais relativos ao término do emprego aumentou em decorrência da globalização, o que levou alguns países a flexibilizarem sua legislação, assim permitindo que as empresas se adaptassem mais rapidamente aos novos fatos econômicos e financeiros. Nesses casos, o sistema judicial muitas vezes é o responsável por conciliar o novo arcabouço jurídico com a observância de direitos trabalhistas básicos.

Seja qual for a abordagem adotada, todos os afetados por questões de emprego concordam em que um marco regulatório claro pode proteger tanto os empregadores quanto os trabalhadores contra procedimentos dispendiosos, que podem ser suscitados por falhas no marco jurídico para o término do emprego¹⁰¹.

A natureza tripartite das normas da OIT nessa matéria significa que essas tentam chegar a um equilíbrio entre eficiência econômica e flexibilidade, e proteção dos direitos dos trabalhadores. Nesse sentido, podem ser uma útil fonte de referência para juizes e advogados.

A Convenção sobre Término da Relação de Trabalho, 1982 (No. 158), adotada pela OIT em 1982, é o principal instrumento internacional nessa área. Em Observação Geral de 2001, a Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações enfatizou que a Convenção No. 158 concilia a necessidade de proteger os trabalhadores contra término injustificado da relação de emprego com a necessidade de garantir a flexibilidade do mercado de trabalho ao dar aos Estados Membros margem considerável para determinar, em consulta com entidades patronais e organizações de trabalhadores, suas condições de implementação¹⁰². Em outra observação geral de 2009, a Comissão de Peritos confirmou sua posição anterior e frisou a importância, no contexto da crise econômica e financeira internacional, dos princípios que a Convenção contém. Além disso, a Comissão recordou que a influência da Convenção No. 158 ia muito além do número de ratificações, e apontou que a maioria dos países, quer tenham ou não ratificado a Convenção, contava, em sua legislação nacional, com dispositivos conformes a alguns ou a todos os requisitos essenciais da Convenção. A Comissão notou que os princípios da Convenção eram uma importante fonte de direito para os Tribunais do Trabalho nos países que a haviam ratificado, e mesmo nos demais.¹⁰³

Embora a Convenção No. 158 não esteja entre os instrumentos mais ratificados da OIT, seu número de ratificações é significativo¹⁰⁴. Na verdade, poucos instrumentos adotados pela OIT nas décadas de 1980 e 1990 (da Convenção No. 154 à Convenção No. 181) foram ratificados por mais de 30 países. Um dos aspectos interessantes dessa Convenção é ter sido ratificada por países com tradições jurídicas muitíssimo diferentes¹⁰⁵.

Embora a legislação trabalhista de muitos países cubra a terminação do emprego de forma mais detalhada, a Convenção No. 158 e os outros instrumentos internacionais pertinentes, bem como sua interpretação por organismos internacionais de supervisão, podem ser uma fonte de referência útil para tribunais nacionais, independentemente de se os países em questão ratificaram ou não a Convenção.

¹⁰¹ Para uma abordagem comparativa com a lei sobre terminação de relação de trabalho aplicável em muitos Estados Membros da OIT, ver OIT: *Termination of Employment Digest*, Genebra, 2000 (disponível apenas em inglês). O Digest (Recopilação) abrange legislação e prática em 72 países. Pode ser encontrado no site da OIT, em: http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/publ/publ_emp.htm. Para um esboço regional, ver A.S. Bronstein: 'Labour Law Reform in Latin America: Between State protection and Flexibility', *International Labour Review*, vol. 136, No. 1 (Primavera), 1997.

¹⁰² Ver OIT: Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, Conferência Internacional do Trabalho, 89a Sessão, Genebra, 2001, Relatório III(1A).

¹⁰³ Ver OIT: *Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Relatório III (1A), ILC, 98th Sessão, Genebra, 2009.

¹⁰⁴ A Convenção No. 158 fora ratificada por 34 países em 23 de junho de 2009.

¹⁰⁵ Incluindo, por exemplo, países cuja tradição jurídica é anglossaxônica (Austrália, Antigua e Barbuda), européia (França, Luxemburgo, Portugal, República da Moldávia), africana (Gabão, Maláui, Níger, Zâmbia), asiática e do Pacífico (Papua Nova Guiné) ou latinoamericana (Venezuela).

Na verdade, grande número de decisões de tribunais sobre litígios relacionados com terminação de emprego faz referência a fontes internacionais¹⁰⁶. O recurso ao direito internacional relativo ao emprego tem assegurado proteção efetiva contra terminação discriminatória de emprego, o reconhecimento da obrigação de apresentar uma razão válida para esse terminação, tem ajudado a especificar as condições para que procedimentos anteriores ao terminação sejam justos.

Antes de analisar a Convenção No. 158, a Recomendação No. 166 que a acompanha e outros instrumentos internacionais pertinentes, vários esclarecimentos terminológicos são necessários. Para os fins da Convenção 158, a expressão “terminação de emprego” significa terminação de emprego por iniciativa do empregador¹⁰⁷. Isso limita o âmbito substantivo do presente capítulo a essa forma particular de terminação. Portanto, não cobre o terminação de emprego a pedido do empregado, devido a morte ou do trabalhador ou do empregador, infração contratual, aposentadoria voluntária ou fim de um contrato por tempo determinado ou por uma tarefa especificada.

Além disso, independentemente das diferenças terminológicas entre os países, a terminação que violar qualquer dispositivo ou princípio legal nacional será invariavelmente qualificado de ilegal, seja qual for a natureza da irregularidade que lhe for atribuída.

II. Instrumentos da OIT relativos à terminação

II.A. Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho, 1982 (No. 158)

Antes da criação e da consolidação da legislação trabalhista¹⁰⁸, a terminação de emprego era caracterizada pela simetria de direitos de empregador e trabalhador. Ambos podiam finalizar a relação de trabalho mediante um simples aviso, sem que fosse exigido um motivo, e sem qualquer restrição ou limites em termos de procedimento. Contudo, embora esse estado de coisas possa parecer justo à primeira vista, o impacto da terminação rompe o equilíbrio; os trabalhadores costumam ser mais adversamente afetados pela perda do emprego – o que significa que são privados de seu meio de subsistência – do que o empregador pela partida de um empregado. Além disso, os empregadores costumam ter mais poder de barganha, o que permite que protejam melhor seus interesses ao estabelecer as condições para a terminação do emprego. Em caso de terminação por iniciativa do empregador, o desequilíbrio acima mencionado pode ser compensado, do ponto de vista jurídico, pela exigência de uma razão válida para a terminação pelo empregador. Em outras palavras, deve haver uma razão para que o contrato não continue, o que assegura uma base jurídica relativa à terminação unilateral da relação de trabalho pelo empregador. Essa é a opção feita pela Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho (No. 158), adotada para contrabalançar o desequilíbrio em questão.

A Convenção No. 158 contém 14 dispositivos substantivos e está dividida em três partes: I. Métodos de implementação, âmbito e definições; II. Normas de aplicação geral; III. Dispositivos suplementares relativos ao terminação do emprego por razões econômicas, tecnológicas, estruturais ou similares.

¹⁰⁶ No Compêndio de decisões de tribunais nacionais compilado pelo Centro Internacional de Formação da OIT, decisões de África do Sul, Botsuana, Canadá, Costa Rica, Croácia, Espanha, Estônia, Lesoto, Madagascar, Maláui e Trinidad e Tobago (ITC-OIT: *Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions*, Turim, dezembro de 2007).

¹⁰⁷ Artigo 3 da Convenção No. 158

¹⁰⁸ Para antecedentes históricos, particularmente sobre a recomendação anterior sobre a Terminação da Relação de Trabalho, 1963 (No. 119), ver E. Sims: ‘Employment Security’, In: OIT: *International Labour Standards: A Global Approach*, preliminary version, Genebra, 2001, pp. 259-268.

O Artigo 1 permite que os Estados Membros ratificantes escolham a maneira como vão aplicar a Convenção segundo a prática nacional e à luz das diferenças na forma como os países regulam as relações trabalhistas. Portanto, as decisões de tribunais precisam cumprir um papel central nos países que não têm regulamentação escrita relativa a terminação de emprego, ou que só dispõem de regulamentação geral, em cujo caso os tribunais têm de interpretar a lei e criar princípios de jurisprudência para solucionar litígios que lhe são encaminhados.

II.A.1. Âmbito de aplicação da Convenção

Âmbito de aplicação pessoal: todas as pessoas empregadas

O Artigo 2 indica claramente que a Convenção se aplica a todos os setores da atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.

Embora seu âmbito seja vastíssimo, a Convenção também é muito flexível, pois permite que os Estados Membros ratificantes excluam tipos ou categorias específicas de trabalhadores de seus dispositivos. São eles, principalmente¹⁰⁹:

- trabalhadores com contrato de trabalho por tempo determinado ou para realizar uma tarefa especificada;
- trabalhadores em período de experiência ou de qualificação de duração razoável;
- trabalhadores contratados de forma eventual por um breve período.

Contudo, o Artigo 2(3) afirma que serão proporcionadas as salvaguardas adequadas contra a possibilidade de recorrer a contratos por tempo determinado com o objetivo de evitar a proteção resultante da Convenção.

Além disso, o Artigo 2(4) e (5) autoriza a exclusão de outras categorias de trabalhadores após consulta com as entidades patronais e organizações de trabalhadores interessadas:

- categorias de trabalhadores cujos termos e condições de emprego são regidos por arranjos especiais que, em seu conjunto, ofereçam proteção 'pelo menos equivalente' à obtida em virtude da Convenção;
- categorias de trabalhadores cuja proteção é difícil devido a problemas especiais de 'natureza substancial' decorrentes das condições particulares de emprego dos trabalhadores interessados ou do tamanho e natureza da respectiva empresa (empresas muito pequenas, por exemplo).

O Artigo 2(6) dispõe que cada Estado Membro ratificante listará, no primeiro relatório, todas as categorias que tiverem sido excluídas em virtude dos parágrafos 4 e 5¹¹⁰. Os Estados Membros também devem indicar, em relatórios subsequentes, a posição de seu direito e de sua prática no que diz respeito às categorias excluídas, e em que medida a Convenção foi levada a efeito (ou se propõe que o seja) em relação a essas categorias¹¹¹.

¹⁰⁹ Artigo 2(2)(d) da Convenção No. 158.

¹¹⁰ Portanto, não seria admissível a subseqüente exclusão do âmbito da Convenção das categorias de trabalhadores mencionadas no artigo 2(4) e (5).

¹¹¹ Assim, na Solicitação Direta dirigida à Venezuela em 2002, a Comissão de Peritos instou o Governo a continuar a fornecer informações a respeito da situação na lei e na prática em relação às categorias excluídas, e a indicar qualquer mudança relacionada com o âmbito da convenção. A Solicitação Direta pode ser encontrada na base de dados ILOLEX (<http://www.ilo.org/ilolex/english/index.htm>).

Âmbito material de aplicação substantivo: terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador

Como já foi apontado, o Artigo 3 estipula que a Convenção só cobre a terminação de emprego por iniciativa do empregador. Nesse sentido, é muito importante introduzir dois esclarecimentos de organismos de supervisão da OIT sobre o âmbito das regras relativas a terminação.

Primeiro, as regras de proteção que regem a terminação não devem ser contornadas por meio do uso de terminologia diferente. Se, em vez de ser chamado de dispensa, a terminação da relação de trabalho, embora realmente uma iniciativa do empregador, for erradamente denominada pelo empregador como “pedido de dispensa”, infração contratual, aposentadoria, modificações contratuais, força maior ou terminação judicial, por exemplo, os tribunais podem cumprir um papel importante ao assegurar que essas falsas descrições não neguem a proteção prescrita pela Convenção.

Segundo, determinadas mudanças nas condições de trabalho introduzidas pelo empregador, e que não são decorrentes de requisitos operacionais reais, podem resultar em pressão sobre o trabalhador para que esse desista de seu emprego. Nesses casos, as autoridades administrativas ou tribunais competentes devem verificar se existe ‘pedido de dispensa forçado’ que é, na verdade, uma dispensa disfarçada, já que a terminação ocorre então por iniciativa do empregador no sentido da Convenção No. 158.

Se, em vez de dispensa, a terminação da relação de emprego, embora realmente de iniciativa do empregador, for erradamente classificado por ele como, por exemplo, pedido de dispensa, infração contratual, aposentadoria, modificação contratual, força maior ou terminação judicial, as regras de proteção que regem a terminação podem parecer não se aplicar; mas o uso desse tipo de terminologia não deve permitir que o empregador contorne as obrigações em relação à proteção prescritas para o caso de dispensa. Determinadas mudanças introduzidas pelo empregador, em particular as relativas a condições de emprego e que não resultam de reais requisitos operacionais, podem pressionar o trabalhador para que ou aceite essas mudanças ou desista de seu emprego, ou corra o risco de sofrer sanções por não ter cumprido as instruções do empregador. Portanto, é preciso poder verificar se uma situação não constitui dispensa disfarçada ou real terminação da relação instigada pelo empregador no sentido da Convenção, pois, caso contrário, o trabalhador interessado seria, de facto ou de jure, indevidamente privado da proteção proporcionada pela Convenção.

Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 22

A proteção fundamental relacionada com justificativa para a terminação do emprego, procedimento prévio ou concomitante, recurso, notificação, pagamento de indenização e benefícios similares é definida nos Artigos 4 a 12. A Convenção tem objetivo duplo: proteger os trabalhadores contra terminação injustificada de emprego e preservar o direito dos empregadores de rescindir um contrato de trabalho por razões válidas (reconhecidas).

II.A.2. Proteção contra terminação injustificada de emprego

Exigência de motivo válido

O Artigo 4 estipula que, para que a terminação seja legal, tem de haver uma razão válida ligada à capacidade ou conduta do trabalhador ou com base nos requisitos operacionais da empresa, estabelecimento ou serviço.

É preciso notar que, em diversos países de direito consuetudinário que não ratificaram a Convenção No.158 e nos quais o princípio da justificativa da terminação não é expressamente formulado pela legislação nacional, os tribunais nacionais basearam-se na Convenção para reconhecê-lo.

País: Botsuana

Joel Sebonego v. News Paper Editorial and Management Services (PTY) ltd, Tribunal Industrial de Botsuana, 23 de abril de 1999, No. IC 64(98)

“O Tribunal Laboral não é apenas um foro comum, também um tribunal de equidade; portanto, aplica regras de justiça natural – ou regras de equidade, como estas às vezes são chamadas – ao solucionar litígios trabalhistas. Essas regras de equidade são derivadas tanto do direito comum quanto das Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho. Os requisitos básicos para que uma dispensa seja substancialmente justa, que incluem dispensa por incapacidade decorrente de saúde precária, são sucintamente expostos no Artigo 4 da Convenção No. 158 de 1982.”

País: Trinidad e Tobago

Sindicato de Bancários e Trabalhadores Gerais v. Home Mortgage Bank, Tribunal Laboral de Trinidad e Tobago, 3 de março de 1998, No. 140 de 1997.

“Os princípios das boas relações industriais ditam que o emprego de trabalhador algum deve ser terminado se não houver uma razão válida para tanto, ligada a sua capacidade de realizar o trabalho para o qual foi contratado ou baseada nos requisitos operacionais do negócio do empregador. Esses princípios são consagrados por escrito na Convenção No. 158 da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção No. 158 da OIT deu forma escrita aos princípios, há muito aceitos, das boas relações laborais e não vem ao caso o fato de esta Convenção não ter sido ratificada por Trinidad e Tobago. A Convenção não é aplicável como parte do direito interno de Trinidad e Tobago, mas como prova dos princípios de boas práticas nas relações laborais que foram aceitos no plano internacional.”

Quanto mais geral a legislação nacional no que diz respeito à terminação de emprego, mais a Comissão de Peritos fica atenta a definições da jurisprudência sobre quais são as razões consideradas válidas para a terminação. Portanto, para avaliar até que ponto as razões consideradas na prática para justificar a terminação correspondem às razões válidas a que a Convenção se refere, é importante que os países ratificantes comuniquem as decisões judiciais pertinentes ou indiquem como os dispositivos são aplicados na prática. Assim, na Solicitação Direta feita ao Luxemburgo em 2005¹¹², por exemplo, a Comissão de Peritos pediu ao Governo que indicasse a maneira como os tribunais continuavam a desenvolver a noção de “perda de confiança”, cujo sentido não parecia ter sido definido com clareza e precisão, e indicasse de que forma a dispensa sem razões expressas era conforme ao Artigo 4 da Convenção.

Em observação ao Gabão em 2006, a Comissão de Peritos também apontou que, na ausência de qualquer outra razão válida, a “gabonização” de postos de trabalho pelo governo no intuito de promover o emprego de nacionais gaboneses não podia ser considerada como razão válida para terminar o emprego de trabalhadores estrangeiros no sentido da Convenção.

¹¹² Para consultar a Solicitação Direta na Internet, ver nota de rodapé 111.

Trecho da observação de 2006 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da Convenção No. 158 pelo Gabão

3. O Comissão vem comentando há muitos anos a política de “gabonização” dos empregos e a necessidade de que sua implementação seja coerente com os dispositivos da Convenção. A Comissão notou que, segundo o Artigo 2, a Convenção se aplica a todas as pessoas empregadas e, conforme os Artigos 8 e 9, aplica-se tanto aos estrangeiros quanto aos nacionais. A Comissão frisou que, para que a implementação da política de “gabonização” seja conforme aos dispositivos do Artigo 4, deve haver uma razão válida para a terminação, ligada à capacidade ou à conduta do trabalhador ou aos requisitos operacionais da empresa, estabelecimento ou serviço.

4. A Comissão aponta que, na ausência de qualquer outra razão válida, a “gabonização” de postos de trabalho não pode ser considerada como razão válida para a terminação no sentido da Convenção. Solicita-se ao Governo que inclua informações concretas em seu próximo relatório sobre a aplicação dos dispositivos da Convenção, em particular o número de recursos contra as medidas de dispensa de trabalhadores estrangeiros e por trabalhadores nacionais, o resultado desses recursos, a natureza da reparação concedida e o tempo médio que os recursos levaram para ser processados, bem como sobre o número de terminações, caso tenha havido algum, ligados à implementação da nova política de emprego (Parte V do formulário do relatório). [ênfase nossa]

Fonte: OIT: *Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 94ª Sessão, Genebra, 2006, Relatório III(1A)

Razões não consideradas válidas

O Artigo 5 da Convenção define uma lista não exaustiva de cinco razões para terminação que não são consideradas válidas:

- a) filiação sindical ou participação em atividades sindicais fora do horário de trabalho ou, com consentimento do empregador, dentro do horário de trabalho
- b) candidatar-se a representante dos trabalhadores, ou ser ou ter sido representante dos trabalhadores;
- c) apresentar queixa ou participar de procedimentos contra um empregador que envolva alegações de violação de leis ou regulamentos, ou recurso às autoridades administrativas competentes;
- d) raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gestação, religião, opinião política, origem nacional ou social;
- e) ausência do trabalho durante licença-maternidade.

Exemplo de não-observância do Artigo 5 da Convenção No. 158

No contexto da representação que alega não observância pela Etiópia das Convenções Nos. 111 e 158, apresentada em virtude do Artigo 24 da Constituição da OIT em 1998, alegou-se, em particular, que o Artigo 5(d) da Convenção No. 158 fora violado. Depois de um litúgio fronteiriço ter levado a confrontos entre a Etiópia e a Eritreia em maio de 1998, muitos cidadãos etíopes de origem eritreia, residentes legais na Etiópia e empregados de empresas públicas ou nacionalizadas foram sumariamente despedidos e deportados. Alegou-se que as terminações não estavam ligados à capacidade ou conduta dos trabalhadores, nem a requisitos operacionais da empresa, mas que os trabalhadores eritreus na verdade haviam sido despedidos devido a sua raça, opinião política, origem nacional ou social. A representação também indicava que em momento algum fora dada aos trabalhadores a oportunidade de recorrer de sua dispensa e deportação, como requerem os Artigos 8, 9 e 10 da Convenção. A Comissão tripartite responsável pelo exame da representação concluiu que, na medida em que as deportações, que resultaram no pedido de dispensa dos interessados em decorrência de atitude do empregador, haviam sido baseadas em origem nacional e/ou opinião política, essas deportações constituíam violação do dispositivo que rege a terminação de emprego definido na Convenção No. 158113.

O Artigo 6 apresenta uma sexta razão que não pode ser considerada válida para terminação: ausência temporária do trabalho devido a doença ou lesão. O Artigo acrescenta que as definições de “ausência temporária do trabalho”, o prazo após o qual o atestado médico será exigido e das possíveis limitações da aplicação do Artigo serão determinadas de acordo com a prática nacional por meio de legislação, decisões de tribunais, acordos coletivos, etc. Uma vez mais, ilustra-se aqui a importância do papel dos tribunais nessa área.

Os esclarecimentos prestados pela Comissão de Peritos sobre a aplicação do Artigo 6 da Convenção No. 158 podem ser úteis aos juizes e advogados nacionais em relação aos três pontos seguintes.

1) Fornecimento de atestado médico

Geralmente, o atestado médico é exigido em caso de ausência de mais de um número especificado de dias (...). De maneira geral, o trabalhador deve informar rapidamente ao empregador sobre sua ausência por motivo de doença ou lesão, e enviar-lhe um atestado médico dentro de certo prazo. (...) A Comissão nota que, às vezes, o trabalhador tem um prazo muito breve para informar a seu empregador (...). Seria aconselhável que esse prazo fosse razoável, compatível com os meios de comunicação ao alcance do trabalhador, e que não fosse interpretado de forma restritiva se o trabalhador claramente estiver agindo de boa fé ou se um motivo de força maior o impedir de notificar a seu empregador dentro do prazo prescrito.

Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafos 140 e 141

2) Terminação de emprego de trabalhadores com doenças graves

A Comissão de Peritos apontou, primeiramente, que o simples fato de ser afetado por uma doença grave (HIV-AIDS, por exemplo) não é causa para terminação de emprego, desde que o trabalhador esteja medicamente apto a trabalhar¹¹⁴. Nesse sentido, os juizes e advogados também podem referir-se ao Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo

¹¹³ Ver o Relatório da Comissão criado para examinar a representação que alegava a não observância pela Etiópia da Convenção sobre Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111) e da Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho, 1982 (No.158).

¹¹⁴ Ver OIT : Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 142.

do trabalho (2001). Um dos dez princípios-chave do código afirma que a infecção por HIV não é causa para terminação de emprego. As pessoas com doenças relacionadas com o HIV, assim como todos os trabalhadores acometidos por outras doenças, poderão trabalhar enquanto estiverem medicamente aptas para desempenhar funções apropriadas.

Nesse meio-tempo, a Comissão de Peritos também emitiu seu parecer a respeito da situação dos trabalhadores que tenham de ausentar-se do local de trabalho com frequência por precisarem de tratamento regular para uma doença grave, mas que permanecem medicamente aptos para o seu trabalho ou para trabalho apropriado ao seu estado de saúde. Se o empregador considerar que as ausências desse tipo perturbam o bom funcionamento da empresa, pode ser difícil conciliar o direito dos trabalhadores doentes à proteção e o funcionamento eficiente da empresa. Em casos que necessitam tratamento regular (de câncer, por exemplo), a Comissão de Peritos recomenda a cuidadosa avaliação das repercussões que essas ausências podem ter na prática sobre a operação da empresa, tendo em mente as difíceis consequências que a terminação do emprego pode acarretar para o trabalhador¹¹⁵.

3) Alegada infração contratual após ausência por doença será qualificada como terminação de emprego

Também é preciso mencionar que a infração contratual subsequente a licença prolongada por doença ou lesão, caso seja permitida pelo direito nacional, deveria ser vista como terminação que normalmente exige pagamento de indenização e outros benefícios similares, e não como infração contratual cometida pela pessoa empregada.

Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 137

II.A.3. Procedimento prévio à terminação

Em caso de terminação individual, deve ser dado ao trabalhador o direito de defender-se contra alegações de que é incapaz de realizar seu trabalho, ou segundo as quais sua conduta é tal que justifica a terminação (Artigo 7). É importante que o trabalhador tenha a oportunidade de defender-se antes da terminação, de forma que o efeito deletério para ele e a relação de trabalho seja reduzido ao mínimo se for demonstrado que as acusações eram infundadas. Como afirmou a Comissão de Peritos em Solicitação Direta à Venezuela em 2002, a aplicação dessas medidas após a dispensa é insuficiente no contexto do sentido deste dispositivo da Convenção¹¹⁶.

Além disso, em seu Estudo Geral sobre terminação injustificada, a Comissão de Peritos frisa que o trabalhador deve ter a oportunidade de defender-se contra as alegações feitas, o que “pressupõe que estas devam ser expressas e apresentadas ao trabalhador(a) antes da terminação”¹¹⁷.

Contudo, o Artigo 7 reconhece que pode haver circunstâncias excepcionais nas quais é aceitável que o empregador não dê ao trabalhador a oportunidade de ser ouvido antes da terminação. Essa exceção deve ser usada com muitíssima moderação, e na prática, as situações que justificam a não observância do direito do trabalhador a ser ouvido antes da terminação são muito raras. Isto poderia ocorrer, por exemplo, no caso de sérias alegações de violência física no local de trabalho que levem à detenção imediata do trabalhador. Nesse caso, seria razoável que o empregador entregasse o trabalhador diretamente à polícia em vez de ouvi-lo.

Na ausência de legislação específica sobre procedimentos de terminação, diversos tribunais nacionais já se referiram a instrumentos da OIT para definir judicialmente as condições de um procedimento justo de terminação. É interessante notar que os dois exemplos abaixo são de países que não ratificaram a Convenção No. 158.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Para consultar a Solicitação Direta na Internet, ver nota de rodapé 111.

¹¹⁷ Ver OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 146.

País: Trinidad e Tobago

Sindicato de Trabalhadores Bancários e Gerais v. Associação do Serviço Público de Trinidad e Tobago, Tribunal Laboral de Trinidad e Tobago, 27 de abril de 2001, No. 15, 2000

“O efeito desses e de numerosos outros julgamentos deste Tribunal (), bem como da Convenção 158 da OIT (), é estabelecer que, no nosso sistema de relações laborais, todo trabalhador tem o direito a uma oportunidade justa de defender-se contra qualquer acusação ou alegação feita contra ele, assim como a ser ouvido a respeito de atenuantes de qualquer penalidade (especialmente dispensa) pela/s pessoa/s da gerência responsável por tomar essas decisões, antes que estas sejam tomadas. Essa questão não é irrelevante, não é algo a ser considerado de forma leviana ou como um mero detalhe técnico. Trata-se de um princípio fundamental de boas relações laborais.”

País: África do Sul

Modise e outros v. Steve's Spar, Tribunal de Apelação do Trabalho, 15 de março de 2000, No. JA 29/99

Os tribunais sulafricanos também se referiram à Convenção No. 158 da OIT quando a legislação nacional relativa ao procedimento de terminação de emprego não era clara a respeito da obrigação do empregador de assegurar que a dispensa fosse precedida por uma entrevista. Em particular, o Tribunal de Apelação do Trabalho decidiu que, mesmo no caso de greve ilegal, o empregador tinha de cumprir a regra de ouvir os trabalhadores ou seus representantes antes de terminar contratos de trabalho. No intuito de reconhecer a obrigação de ouvir os trabalhadores antes da dispensa apesar da ausência de dispositivos nacionais neste sentido, o Tribunal baseou-se no Artigo 7 da Convenção No. 158, embora esta não tenha sido ratificada pela África do Sul:

“A abordagem que consiste em ouvir o outro lado está de acordo com as normas internacionais. O mesmo não pode ser dito da abordagem que não inclui este procedimento. Digo isto porque, com toda clareza, a Convenção da OIT sobre a Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador No. 158 de 1982 contém uma regra geral segundo a qual o empregador não deve despedir um trabalhador por razões baseadas em conduta ou desempenho no trabalho sem primeiro ter dado a esse trabalhador a oportunidade de defender-se contra as alegações feitas contra ele. Neste sentido, a Convenção não diz que isto não se aplica a casos em que os trabalhadores são demitidos por fazerem greve. Ao contrário, também deve aplicar-se à dispensa de grevistas porque este seria o caso de dispensa por razões baseadas na conduta do empregado. A Convenção prevê uma exceção que é suficientemente ampla para contemplar todas as exceções que normalmente se aplicam à regra de ouvir o trabalhador. Não ouvir o trabalhador é ou diretamente contrário à Convenção ou pelo menos incoerente com esta.”

II.A.4. Direito de recorrer contra a terminação e indenização por terminação injustificada

O Artigo 8 da Convenção afirma que o trabalhador que considerar que sua relação de trabalho foi injustificadamente terminada deve ter o direito de recorrer da terminação a um organismo imparcial, tal como um tribunal superior, um tribunal do trabalho, um Comissão de arbitragem ou um árbitro. O Artigo 8(2) prevê que o direito de recurso pode variar conforme a lei e os usos nacionais se o terminação tiver sido “autorizado por uma autoridade competente”. No entanto, esse dispositivo não permite que o direito do trabalhador de recorrer da terminação da relação de trabalho a um organismo imparcial seja prejudicado¹¹⁸.

O Artigo 8(3) dispõe que “poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra a terminação de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após a terminação”.

¹¹⁸ Ver OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 179.

O Artigo 9 define o princípio essencial de que os organismos de supervisão responsáveis por determinar recursos contra terminação “estarão habilitados para examinar as razões alegadas para o terminação e as outras circunstâncias relacionadas com o caso para decidir se tais razões seriam suficientes para justificar o terminação”. No mesmo sentido, e respeitando as terminações por razões econômicas, o Artigo 9(3) da Convenção declara que os organismos competentes para conhecer dos recursos contra dispensa devem ser habilitados para determinar se a terminação de fato ocorreu por razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa.

Os dois pontos ressaltados aqui são muito importantes, porque habilitam os tribunais nacionais a examinarem se as razões dadas pelo empregador para a terminação, mesmo tendo uma base factual, não são, na verdade, um pretexto para terminação discriminatória da relação de trabalho.

Ônus da prova

O Artigo 9 introduz o princípio de que o trabalhador não deve arcar sozinho com o ônus da prova de que a terminação não é justificada¹¹⁹, e oferece duas opções aos Estados Membros:

- ou o ônus da prova da existência de uma razão válida para a terminação recai sobre o empregador;
- ou o organismo imparcial é habilitado a chegar a uma conclusão levando em conta as provas apresentadas pelas partes e, quando for o caso, as informações reunidas pelo próprio organismo por meio de seu poder de investigação previsto na lei e na prática nacionais¹²⁰.

Reparação em caso de terminação injustificada

O Artigo 10 da Convenção afirma que, no caso de terminação injustificada, a reparação concedida ao trabalhador consiste de: (i) ordenar ou propor a reintegração do trabalhador; (ii) ou pagamento de indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada. A redação do Artigo 10 mostra claramente que a Convenção favorece a anulação da terminação e a reintegração como reparação por dispensa injustificada. Contudo, quando não têm o poder de anular a terminação, ou não o consideram possível, os tribunais podem ordenar o pagamento de uma indenização adequada.

Os tribunais nacionais com frequência são incumbidos de decidir o que constitui indenização adequada por terminação injustificada. A posição dos organismos de supervisão da OIT pode proporcionar orientação importante a esse respeito. A Comissão de Peritos considera que, no caso de terminação de relação de trabalho que fira um direito básico, a indenização deveria visar a compensar plenamente o trabalhador, tanto em termos financeiros como profissionais, pelo prejuízo sofrido, sendo que a melhor solução é, de maneira geral, a reintegração do trabalhador ao seu emprego com pagamento dos salários devidos e manutenção dos direitos adquiridos.

¹¹⁹ Ver a Direct Request da Comissão de Peritos dirigida a Luxemburgo em 2005, disponível na Internet.

¹²⁰ Ver OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, op. cit., parágrafo 116 et seq.

À luz do que foi dito acima, a Comissão considera que, no caso de terminação de emprego que fira um direito básico, a indenização deve visar a compensar plenamente o trabalhador, tanto em termos financeiros como profissionais, pelo prejuízo sofrido, sendo que a melhor solução é, de maneira geral, a reintegração do trabalhador ao seu emprego com pagamento dos salários devidos e manutenção dos direitos adquiridos. Para tanto, os organismos imparciais terão todo o poder necessário para decidir rapidamente, completamente e com total independência, e em particular para decidir qual é a forma mais adequada de reparação à luz das circunstâncias, inclusive a possibilidade de reintegração. Quando a reintegração não for prevista como forma de reparação, quando não for possível ou o trabalhador não a desejar, seria desejável que a indenização paga pela terminação de emprego por motivo que fira um direito humano fundamental seja proporcional ao prejuízo sofrido, e mais elevada do que nos outros tipos de terminação. Neste sentido, a Comissão nota que, em um país, o limite superior da indenização que pode ser concedida quando há discriminação baseada em sexo ou raça foi revogado e os tribunais podem conceder juros sobre a indenização. A remoção desse limite para a indenização levou ao aumento do número de recursos, em particular por mulheres cujo emprego havia sido terminado em determinados serviços públicos devido a gestação. A indenização média está aumentando, e alguns tribunais têm concedido indenizações substanciais.

Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 232

Veremos abaixo um exemplo do uso judicial da Convenção No. 158 em relação a sanções por terminação ilegal:

País: Espanha

Tribunal Constitucional, 18 de janeiro de 1993, Processo 14/93

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional da Espanha referiu-se ao Artigo 5(c) da Convenção No. 158 da OIT para apoiar seu argumento segundo o qual a dispensa decidida após reclamação de uma empregada deve ocasionar a invalidação da dispensa e a reintegração do trabalhador, pois o mero pagamento de indenização financeira não é um remédio adequado neste caso.

Uma avaliação do que constitui indenização adequada em caso de terminação injustificada também pode ser encontrada em algumas decisões recentes tomadas na Grã-Bretanha, onde, embora a Convenção No. 158 não tenha sido citada, a maneira particularmente degradante como o contrato de trabalho foi terminado resultou na criação de um novo patamar de indenizações¹²¹.

II.A.5. Prazo de aviso prévio e indenização por terminação

Prazo de aviso prévio

O Artigo 11 da Convenção afirma que o empregador deve dar ao trabalhador um prazo de aviso prévio razoável ou, em seu lugar, uma indenização, a não ser que o trabalhador seja culpado de falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

O exemplo abaixo é de decisão de tribunal nacional que reconhece a natureza diretamente aplicável do Artigo 11 da Convenção No. 158.

¹²¹ Ver, a título de exemplo, *Dunnachie v. Kingston upon Hull City Council*, [2004] IRLR 287 (CA).

País: França

Decisão No. 906, Cour de Cassation, Câmara Social, 29 de março de 2006, Recurso No. 04-46.499

Um empregado demitido sem aviso prévio três meses depois de contratado deu entrada em pedido de indenização por prazo de aviso prévio, embora o Código Trabalhista francês só torne o aviso prévio obrigatório para os empregados com pelo menos seis meses de serviço. Em apoio a sua demanda, o trabalhador referiu-se à Convenção No. 158 da OIT, ratificada pela França. Ao julgar o recurso, o Tribunal acolheu a solicitação do empregado. O empregador recorreu da decisão perante o Superior Tribunal de Justiça.

Para solucionar o litígio, o Superior Tribunal primeiro estabeleceu quais eram os dispositivos legais aplicáveis ao litígio:

“O Artigo 1, o Artigo 2(2)(b) e o Artigo 11 da Convenção No. 158 da OIT sobre a Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra em 22 de junho de 1982 e que entrou em vigor na França em 16 de março de 1990, são diretamente aplicáveis perante tribunais nacionais ().”

A seguir, o Tribunal abordou a questão de se os dispositivos do Código Trabalhista que condicionavam o direito a aviso prévio a um período mínimo de emprego de seis meses estavam ou não de acordo com os dispositivos da Convenção No. 158 da OIT. Depois de apontar que o Artigo 2(2)(b) da Convenção permitia que os Estados Partes excluíssem certas categorias de trabalhadores do âmbito de toda a Convenção ou de parte desta – nomeadamente os que não têm o tempo de serviço exigido, desde que esse período seja razoável e definido de antemão –, o Tribunal considerou que o tempo de serviço de seis meses previsto no Código Trabalhista constituía período razoável.

Indenização por terminação de serviço

O Artigo 12 da Convenção prevê que todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito a indenização por terminação de serviço, benefício do seguro desemprego ou outras formas de seguridade social. A indenização por terminação levará em conta o tempo de serviço.

Por fim, o Artigo 12 permite que os Estados Membros prevejam a perda do direito de desfrutar das indenizações ou benefícios em caso de terminação devido a falta grave.

II.A.6. Terminações coletivas

No caso de terminação coletiva por iniciativa da empresa, estabelecimento ou serviço por motivos operacionais, os Artigos 13 e 14 da Convenção preveem procedimentos para informação e consulta prévia com os representantes dos trabalhadores, bem como notificação às autoridades administrativas competentes.

O empregador proporcionará aos representantes dos trabalhadores, em tempo oportuno, a informação pertinente sobre a terminação que contempla, para que possam realizar consultas dispondo da informação necessária para discutir as medidas a serem tomadas. A Convenção prevê que, para que seja positiva, essa consulta ocorrerá o mais breve possível, permitindo assim a consideração tempestiva de medidas que poderão ser adotadas. A Convenção refere-se ao objetivo da consulta: identificar as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar as terminações; e as medidas destinadas a atenuar as consequências adversas de todas as terminações para os trabalhadores afetados como, por exemplo, encontrar novos empregos para os mesmos. Uma vez mais, a Convenção proporciona certa flexibilidade para que se possa levar em conta as dificuldades enfrentadas pelo empregador. A aplicação do Artigo 13 pode, na verdade, ser limitada a casos em que o número de trabalhadores cujo emprego se contempla terminar seja pelo menos uma cifra ou porcentagem especificada do total do pessoal.

O Artigo 14 afirma que os empregadores notificarão o mais breve possível a autoridade competente a respeito de qualquer reestruturação que possa acarretar dispensas temporárias ou permanentes. Estipula também que a notificação deve ser acompanhada por certa quantidade de informação e dados pertinentes: uma exposição por escrito dos motivos das terminações previstas, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses terminações. Além disso, o empregador notificará às autoridades competentes as terminações com um prazo mínimo de antecedência em relação à data em que seriam efetuados, prazo este que será especificado pela legislação nacional. O Artigo 14(2) da Convenção introduz certa flexibilidade ao levar em conta o possível ônus administrativo que essas exigências de informação pode representar para empresas muito pequenas. Afirma que “a legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade (...) do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal”. Sob uma ótica mais geral, este dispositivo auxilia juizes e advogados a avaliar a realidade das medidas tomadas pelo empregador, pois conduz a um exame dos dados e previsões econômicas e possíveis estratégias de mitigação.

II.B. Recomendação sobre a Terminação da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 166)

A Recomendação sobre a Terminação da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 166), reforça e completa uma série de dispositivos essenciais da Convenção No. 158 e também pode ser uma fonte útil de inspiração para juizes e advogados nacionais.

Primeiro, a Recomendação dá diversas sugestões práticas quanto ao que o procedimento de terminação de emprego deve incluir: notificação, por escrito, dos motivos de dispensa, procedimento de conciliação antes ou durante a interposição do recurso contra término de relação de emprego, prazo razoável de afastamento do serviço sem perda de remuneração com a finalidade de procurar outro emprego durante o período de aviso prévio, possibilidade de “segunda chance” para que os trabalhadores melhorem a qualidade de seu trabalho, etc.

Além disso, a Recomendação acrescenta idade e ausência do trabalho devido a serviço militar obrigatório (parágrafo 5) à lista de razões que não são válidas para terminação de emprego.

Sugere também maneiras de atuar caso os empregadores cumpram todas as suas obrigações mas mesmo assim sejam forçados a contemplar terminações coletivas. O parágrafo 21 da Recomendação apresenta uma lista de medidas importantes que serão tomadas para evitar ou limitar as terminações: restrição da contratação, escalonamento do corte de pessoal no transcurso de um período de tempo para permitir sua redução natural, transferências internas, formação e retreinamento, aposentadoria voluntária antecipada com proteção adequada da renda, limitação do número de horas-extras e redução da jornada normal de trabalho.

Por fim, o parágrafo 24 afirma que os trabalhadores cujo vínculo empregatício tiver sido terminado por razões de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou outra similar terão prioridade na recontração, dentro de um dado período de tempo, se o empregador tornar a contratar trabalhadores com qualificações comparáveis. Os empregadores também prestarão assistência aos trabalhadores afetados por meio da procura de alternativa adequada de emprego, por exemplo através de contatos diretos com outros empregadores.

II.C Dispositivos relativos à terminação de emprego em outros instrumentos da OIT

Quanto a litígios relativos a terminação de emprego, a contribuição de instrumentos da OIT que não tratam sobretudo dessa questão cobre, basicamente, proteção contra terminação discriminatória. A referência a esses instrumentos e ao trabalho dos organismos de supervisão que os acompanha pode ser especialmente útil a juizes e advogados sob quatro aspectos diferentes.

II.C.1. Proibição de terminação discriminatória de emprego

Além do Artigo 5 da Convenção No. 158, uma série de outras Convenções da OIT proíbe a terminação de emprego tendo como fundamento os seguintes motivos discriminatórios:

- filiação sindical ou participação de atividades sindicais¹²²;
- mandato como representante de trabalhadores¹²³;
- raça, cor, sexo, religião, opinião política, origem nacional ou social¹²⁴;
- responsabilidades familiares¹²⁵;
- deficiência¹²⁶;
- maternidade¹²⁷;

O Artigo 5 da Convenção No. 158 já inclui alguns motivos de dispensa listados acima. No entanto, além da proibição de motivos adicionais de discriminação, a referência aos instrumentos mencionados acima pode ser particularmente útil a juízes e advogados em países que ainda ratificarão esta Convenção.

Por fim, em relação às razões para terminação de emprego que vários instrumentos da OIT consideram discriminatórias, é útil tornar a frisar a importância do Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho (2001). O Código de Prática declara que a infecção por HIV/AIDS não é motivo para terminação de emprego, e que as pessoas infectadas com este vírus poderão trabalhar enquanto estiverem medicamente aptas para o trabalho apropriado¹²⁸.

II.C.2. Ônus da prova em recursos contra terminação discriminatória da relação de emprego

É importante, particularmente para tribunais de países que não ratificaram a Convenção No. 158, saber que diversas Convenções e Recomendações da OIT proporcionam fundamento jurídico para inverter o ônus da prova em casos de alegações de terminação discriminatória de emprego.

O Artigo 8(1) da Convenção No. 183, estipula que “o ônus da prova de que os motivos da dispensa não estão relacionados com a gestação ou o parto e suas consequências ou o aleitamento materno recairá sobre o empregador” (Artigo 8).

Da mesma maneira, em relação a representantes dos trabalhadores, o parágrafo 6(2)(e) da Recomendação 143¹²⁹ sugere que o empregador será responsável por provar que a dispensa de um representante dos trabalhadores é justificada.

¹²² Ver a Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98). A Recomendação sobre Organizações de trabalhadores Rurais, 1975 (No. 149), também merece nota. O texto propõe que os governos assegurem efetiva proteção contra a dispensa aos trabalhadores rurais que procuram criar organizações em prol de seu próprio bem-estar econômico e social.

¹²³ Ver a Convenção sobre Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135).

¹²⁴ Ver a Convenção sobre Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

¹²⁵ Ver a Convenção sobre Trabalhadores com Responsabilidade Familiares, 1981 (No. 156).

¹²⁶ Ver a Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, 1983 (No. 159).

¹²⁷ Ver a Convenção sobre Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183).

¹²⁸ Ver o parágrafo 4.8 do código, “Continuação da Relação de Trabalho”.

¹²⁹ Recomendação sobre Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 143).

II.C.3. Sanções por terminação discriminatória da relação de emprego

As Convenções e Recomendações da OIT sobre liberdade sindical e sua interpretação por organismos de supervisão da OIT constituem fundamentos jurídicos extremamente importantes para os tribunais interessados em impor sanções efetivas e dissuasivas contra dispensas antissindiais¹³⁰.

O Artigo 1 das Convenções No. 98 e 135 requer que os Estados Membros assegurem proteção efetiva e adequada contra dispensa motivada por atividades sindicais ou de representação dos trabalhadores.

Neste sentido, a Comissão de Peritos considera que “é inadequada em virtude do Artigo 1 da Convenção No. 98 a legislação que, na prática, permite que o empregador termine o emprego de um trabalhador desde que pague a indenização prevista em lei em qualquer caso de dispensa sem justa causa quando o real motivo é a filiação ou atividade sindical do trabalhador, sendo a reintegração a medida mais adequada. (...) Quando a reintegração for impossível, a indenização por dispensa antissindical será mais elevada do que a prescrita no caso de outros tipos de dispensa.”¹³¹

Assim também, a reintegração é expressamente sugerida pelo parágrafo 6(2)(d) da Recomendação No. 143 a respeito da terminação injustificada de emprego de representantes dos trabalhadores.

A seguir veremos um exemplo do uso judicial dos instrumentos mencionados acima para assegurar a efetiva proteção contra terminação discriminatória de emprego:

País: Espanha

Tribunal Constitucional da Espanha, 23 de novembro de 1981, No. 38/1981

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional da Espanha referiu-se aos instrumentos da OIT relativos à liberdade sindical para reforçar a proteção dos trabalhadores contra dispensas antissindiais. Com base nas Convenções Nos. 98 e 135, na Recomendação Relativa aos Representantes dos Trabalhadores No.

143 e em decisões da Comissão de Liberdade Sindical, o Tribunal decidiu que a efetiva proteção da liberdade sindical significava que:

- em alegações de dispensas antissindiais, o ônus da prova recai sobre o empregador; e
- os candidatos ao cargo de representantes dos trabalhadores que tiverem sido despedidos devido a sua candidatura serão reintegrados a seus postos de trabalho, pois a mera indenização financeira não constitui proteção suficiente de uma liberdade constitucionalmente reconhecida.

Para concluir esta seção sobre a proteção contra terminação discriminatória de emprego, o parágrafo 6(2)(f) da Recomendação No. 143 também sugere que a proteção de representantes dos trabalhadores contra terminação de emprego deve ser reforçada, dando-se-lhes prioridade em relação à manutenção do emprego em caso de corte de pessoal.

¹³⁰ Ver acima, *Capítulo 1* desta Parte a respeito de liberdade sindical.

¹³¹ OIT: *Estudo Geral da Comissão de Peritos*, 1994, op. cit., parágrafos. 220 e 221.

II.C.4. Contribuição de instrumentos da OIT relativos a outros aspectos da proteção contra terminação de emprego

Em relação aos trabalhadores em tempo parcial, o Artigo 7(b) da Convenção No. 175¹³² estipula que os Estados Membros assegurarão que, em caso de terminação de emprego, os trabalhadores em tempo parcial beneficiem-se de condições equivalentes a dos trabalhadores em tempo integral que se encontrem em situação comparável.

Por fim, o Artigo 6(d) da Convenção sobre Proteção dos Créditos Laborais em Caso de Insolvência do Empregador, 1992 (No. 173), coloca a indenização por dispensa devida aos trabalhadores em razão da terminação de seu emprego entre os créditos protegidos por privilégio em caso de insolvência do empregador.

III. Dispositivos pertinentes de alguns instrumentos sobre direitos humanos da Organização das Nações Unidas

Reconhecimento do direito ao trabalho e suas implicações em relação à terminação do emprego

A análise da Convenção No. 158 da OIT mostrou que o princípio básico das normas da OIT nessa matéria é proteger os trabalhadores contra terminação injustificada de emprego. Embora não expressem especificamente esse princípio, a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhecem que todos têm direito ao trabalho¹³³.

Segundo Comentário Geral recente da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³⁴ sobre o direito ao trabalho, o reconhecimento desse direito exige que os Estados Membros protejam os trabalhadores contra dispensa injustificada¹³⁵. Considerando o elevadíssimo número de ratificações do Pacto¹³⁶, essa interpretação é importante, pois pode proporcionar aos tribunais de países que não ratificaram a Convenção No. 158, mas que são partes do Pacto, fundamento jurídico para o reconhecimento da proibição da dispensa injustificada¹³⁷.

¹³² Convenção sobre Trabalho em Tempo Parcial, 1994 (No. 175).

¹³³ O Artigo 23(1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece que “todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. O Artigo 6 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece o direito de todos à oportunidade de ganhar seu sustento mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e obriga os Estados Partes a tomar medidas conducentes a “assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais”.

¹³⁴ Organismo de supervisão do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

¹³⁵ Comentário Geral No. 18 (2005) da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre “O direito ao trabalho” (Documento da ONU E/C.12/GC/18).

¹³⁶ Um total de 160 ratificações em 23 de junho de 2009.

¹³⁷ Ver acima, Parte 2, Capítulo 3 deste Manual.

Trecho do Comentário Geral No. 18 da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre “O direito ao trabalho”

Conteúdo normativo do direito ao trabalho (...) o direito ao trabalho (...) também implica o direito de não ser privado injustamente de emprego.

A Convenção No. 158 da OIT, sobre a Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador (1982) define a legalidade da dispensa em seu Artigo 4 e, em particular, impõe o requisito de apresentar causa justificada para a dispensa, bem como o direito à reparação legal e de outro tipo em caso de dispensa injustificada.

Violações da obrigação de respeitar: (...) Um exemplo seria a instituição de trabalho forçado ou a revogação de legislação protetora do empregado contra dispensa ilegal. Essas medidas constituiriam uma violação da obrigação dos Estados Parte de respeitar o direito ao trabalho.

Violações da obrigação de proteger: (...) Entre as violações da obrigação de proteger estão omissões tais como deixar de regular as atividades de indivíduos, grupos ou empresas de forma a evitar que estes violem o direito de outros ao trabalho; ou deixar de proteger os trabalhadores contra a dispensa ilegal.

Fonte: Documento da ONU E/C.12/GC/18, parágrafos 6, 11, 34-35

Proibição de determinadas razões para a dispensa

As questões de emprego também estão incluídas no âmbito da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹³⁸ e da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

O Artigo 11(1)(b) e (c) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher abrange a obrigação geral de dar às mulheres as mesmas oportunidades de emprego “o que inclui a aplicação dos mesmos critérios para a seleção em matéria de emprego”, cobrindo assim não só os critérios para nomeação e promoção, mas também os que se aplicam à dispensa.

Por fim, e mais explicitamente, o Artigo 11(2)(a) da Convenção conclama os Estados Membros a tomarem medidas adequadas que tenham por objeto “proibir, sob sanções, a dispensa por motivo de gravidez ou de licença-maternidade, e a discriminação nas dispensas motivadas pelo estado civil”¹³⁹.

¹³⁸ O Artigo 5(e)(i) da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial usa termos gerais ao referir-se a “condições de trabalho justas e favoráveis”.

¹³⁹ Por fim, observemos que outras declarações e tratados internacionais da ONU, notadamente relacionados com os direitos dos portadores de deficiência, também se referem aos direitos econômicos e sociais de homens e mulheres, particularmente a manutenção do emprego.

Recursos

Referências Bibliográficas

- Bronstein, A.S.: 'Labour Law Reform in Latin America: Between State protection and Flexibility', in *International Labour Review*, vol. 136, No. 1 (primavera), 1997
- ITC-OIT: *Use of International Law by Domestic Courts, Compendium of Court Decisions* (Turim, dezembro de 2007)
- : *Guide to international labour standards* (Turim, 2008)
- Hodges-Aeberhard, J.: 'Termination of the Employment Relationship at the initiative of the employer', Artigo escrito em 2006 para ITC-OIT, Turim
- OIT: *Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 98ª Sessão, Genebra, 2009
- : Relatório III(1ª) *Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 94ª Sessão, Genebra, 2006, Relatório III(1A)
- : *Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 89ª Sessão, Genebra, 2001, Relatório III(1A)
- : *International Labour Standards: A Global Approach*, verão preliminar (Genebra, 2001)
- : *Termination of Employment Digest* (Genebra, 2000)
- : *Igualdade no emprego e na profissão. Estudo Especial da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B)
- : *Proteção contra Dispensa Injustificada. Estudo Geral da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 82ª Sessão, Genebra, 1995, Relatório III(4B)
- : *Liberdade Sindical e de Negociação Coletiva. Estudo Geral da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 81ª Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B)

Documentos

■ OIT

Instrumentos relativos a terminação do emprego:

Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 158) e Recomendação (No. 166)

Outros instrumentos pertinentes:

Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98)

Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)

Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135) e Recomendação (No. 143) Convenção sobre o Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156)

Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, 1983 (No. 159)

Convenção sobre a Proteção dos Créditos dos Trabalhadores em caso de Insolvência do Empregador, 1992 (No. 173)

Convenção sobre Trabalho em Tempo Parcial, 1994 (No. 175) Convenção sobre a Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183)

Recomendação sobre a Terminação da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, 1963 (No. 119)

Recomendação sobre as Organizações dos Trabalhadores Rurais, 1975 (No. 149)

Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho, 2001

■ Nações Unidas

Instrumentos pertinentes:

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965

Comentários pertinentes dos organismos de supervisão:

Comentário Geral No. 18 (2005) da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre "O direito ao trabalho"

■ União Européia

Diretivas Relevantes:

Diretiva do Conselho 75/129/EEC de 17 de fevereiro de 1975 sobre a aproximação das leis dos Estados Membros relativas a dispensas coletivas, Diário Oficial No. L 48 de 22/02/1975

Diretiva do Conselho 98/59/EC de 20 de julho de sobre a aproximação das leis dos Estados Membros relativas a dispensas coletivas, Diário Oficial No. L225 de 12/08/1998

Diretiva do Conselho 2001/23/EC de 12 de março de 2001 sobre a aproximação das leis dos Estados Membros relativas à salvaguarda dos direitos dos empregados em caso de transferências de empresas, negócios ou partes de empresas ou negócios, Diário Oficial No. L 82 de 22/03/2001

Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2002/14/EC de 11 de março de 2002 estabelecendo um arcabouço geral para informar e consultar empregados na Comunidade Européia, Diário Oficial No. L 80 de 23/03/2002

Links da Internet

■ OIT

Site da OIT: www.ilo.org

Convenções e Protocolos da OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

Recomendações da OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

Relatórios Gerais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/english/ceacrcrpsq.htm>

Estudos Gerais da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações: <http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>

ILOLEX, base de dados que contém a íntegra dos textos das Convenções e Recomendações da OIT, listas de ratificação, comentários da Comissão de Peritos e da Comissão de Liberdade Sindical, exame de casos pelos Comissões da Conferência, queixas, processos, Estudos Gerais e muitos outros documentos correlatos: <http://www.ilo.org/ilolex/english/>

APPLIS, base de dados que contém informações sobre ratificações, comentários da Comissão de Peritos e obrigações dos Estados quanto à apresentação de relatórios: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=en>

■ Nações Unidas

Site da OHCHR: <http://www.ohchr.org/>

Documentos com corpo de tratados: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

Parte preliminar

Antecedentes ao estudo do uso judicial do direito internacional do trabalho

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

Objetivos didáticos

No final dessa parte, os/as participantes serão capazes de:

- entender os fatores que ajudam a explicar por que o judiciário se preocupa cada vez mais com o direito internacional dos direitos humanos;
- entender a importância da ação legislativa para a implementação do direito internacional do trabalho no plano nacional; e
- descrever a origem, o mandato, as principais funções e a estrutura da Organização Internacional do Trabalho

Tempo necessário e métodos de formação

Dois sessões de 90 minutos para o formador apresentar o assunto.

Parte 1

Quando e como os tribunais nacionais podem usar o direito internacional do trabalho

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

Objetivos didáticos

No final dessa parte, os/as participantes serão capazes de:

- entender por que o uso judicial do direito internacional do trabalho é um fenômeno em expansão;
- distinguir os diferentes papéis que o direito internacional do trabalho pode cumprir na resolução de litígios;
- identificar a situação e as condições jurídicas em que os vários tipos de uso judicial do direito internacional do trabalho podem ser implementados; e
- determinar oportunidades de uso judicial do direito internacional do trabalho no sistema jurídico do seu país.

Tempo necessário e métodos de formação

Quatro sessões de 90 minutos organizadas da seguinte maneira:

- uma primeira sessão sob forma de oficina para compartilhar experiências sobre o lugar do direito internacional do trabalho no direito nacional e o uso judicial do direito internacional do trabalho (ver Atividade No. 1);
- duas sessões em que o formador apresenta o assunto; e
- uma quarta sessão sobre um caso prático ressaltando o uso judicial do direito internacional do trabalho (ver Atividade No. 2).

Parte 2

Fontes de direito internacional do trabalho disponíveis para juizes e advogados

Capítulo 1

Normas internacionais do trabalho adotadas pela OIT

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

No final desse Capítulo, os/as participantes serão capazes de:

- entender as principais características das convenções e recomendações internacionais do trabalho;
- distinguir os diferentes tipos de dispositivos das convenções da OIT; e
- considerar em que medida os diferentes tipos de dispositivos mencionados acima pode suscitar uso judicial.

Tempo necessário e métodos de formação

Duas sessões de 90 minutos para o/a formador/a apresentar o assunto, incluindo a leitura e o exame de trechos de convenções e recomendações da OIT.

Capítulo 2

O trabalho dos organismos de supervisão da OIT

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

Objetivos didáticos

No final desse Capítulo, os/as participantes serão capazes de:

- descrever as funções e métodos de trabalho da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações e do Comitê de Liberdade Sindical;
- avaliar a importância do trabalho dos organismos de supervisão com vistas ao entendimento do sentido e do escopo das normas da OIT; e
- lidar com os aspectos contestáveis do valor jurídico das observações e recomendações dos organismos internacionais de supervisão.

Tempo necessário e métodos de formação

Quatro sessões organizadas da seguinte maneira:

- 90 minutos para o formador apresentar o assunto, incluindo a leitura pelos participantes de trechos do trabalho dos organismos de supervisão da OIT;
- apresentação e discussão de 60 minutos sobre o valor jurídico das observações e recomendações dos organismos de supervisão da OIT; e
- 90 minutos para solucionar um caso concreto envolvendo o uso de um Estudo Geral da Comissão de Peritos (ver Atividade No. 3).

Capítulo 3

Fontes de direito internacional do trabalho da Organização das Nações Unidas

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

Objetivos didáticos

No final desse Capítulo, os/as participantes serão capazes de:

- identificar os dispositivos pertinentes relativos a emprego nos principais instrumentos de direitos humanos da Organização das Nações Unidas;
- entender a complementaridade entre os instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas e as normas da OIT; e
- avaliar a importância do trabalho dos organismos internacionais de supervisão para o entendimento do sentido e do escopo dos instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas.

Tempo necessário e métodos de formação

Uma sessão de 90 minutos para o/a formador/a apresentar o assunto. A sessão incluirá a leitura e o exame pelos participantes de dispositivos de pactos de direitos humanos das Nações Unidas para enfatizar sua complementaridade com as normas da OIT.

Parte 3

O conteúdo de normas internacionais do trabalho sobre temas específicos e seu interesse para juizes e advogados

Capítulo 1

Liberdade sindical e negociação coletiva

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

No final desse Capítulo, os/as participantes serão capazes de:

- dominar o conteúdo das Convenções Nos. 87 e 98 da OIT;
- entender a contribuição do trabalho do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações e do Comitê de Liberdade Sindical a respeito do conteúdo dessas Convenções;

- entender a contribuição de outros instrumentos pertinentes da OIT sobre liberdade sindical e negociação coletiva;
- entender a maneira como as fontes internacionais mencionadas acima podem proporcionar apoio para a resolução de litígios no plano nacional; e
- identificar os aspectos do direito interno vinculados a liberdade sindical e negociação coletiva em relação aos quais o uso das fontes internacionais pode ser útil.

Tempo necessário e métodos de formação

Quatro sessões de 90 minutos organizadas da seguinte maneira:

- duas sessões e meia (1h30 + 1h30 + 45 minutos) para o/a formador/a apresentar o assunto. Para atingir os objetivos acima, essa apresentação incluirá: a leitura e o exame de trechos do Estudo Geral de 1994 do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações e da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical; a leitura e o exame de observações e solicitações diretas recentes do Comitê de Peritos e de quaisquer decisões recentes do Comitê de Liberdade Sindical relativas aos países dos participantes; e referências a processos da jurisprudência nacional que tenham utilizado instrumentos internacionais relativos a liberdade sindical e negociação coletiva;
- Uma sessão e meia (45 minutos + 1h30) para solucionar um caso concreto relativo a liberdade sindical e negociação coletiva (a ser selecionado entre a Atividade No. 4 e a Atividade No. 5).

Capítulo 2

Igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

Objetivos didáticos

No final desse Capítulo, os/as participantes serão capazes de:

- dominar o conteúdo das Convenções Nos. 100 e 111 da OIT;
- entender a contribuição do trabalho do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações a respeito do conteúdo dessas Convenções;
- entender a contribuição de outros instrumentos pertinentes da OIT e das Nações Unidas sobre igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão;
- entender a maneira como as fontes internacionais mencionadas acima podem proporcionar apoio para a resolução de litígios no plano nacional; e
- identificar os aspectos do direito interno vinculados a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão em relação aos quais o uso dessas fontes internacionais poderia ser útil.

Tempo necessário e métodos de formação

Quatro sessões de 90 minutos organizadas da seguinte maneira:

- duas sessões e meia (1h30 + 1h30 + 45 minutos) para o/a formador/a apresentar o assunto. Para atingir os objetivos acima, essa apresentação incluirá: a leitura e o exame de trechos de Estudos Gerais do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações; a leitura e o exame de observações e solicitações diretas recentes do Comitê de Peritos sobre igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão relativas aos países dos participantes; e referências a processos da jurisprudência nacional que tenham utilizado instrumentos internacionais relativos a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão;
- uma sessão e meia (45 minutos + 1h30) para solucionar um caso concreto relativo a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão (a ser selecionado entre a Atividade No. 6 e a Atividade No. 7).

Capítulo 3

Término da relação de trabalho por iniciativa do empregador

Objetivos didáticos, tempo necessário e métodos de formação

Objetivos didáticos

No final desse Capítulo, os/as participantes serão capazes de:

- dominar o conteúdo da Convenção No. 158 e da Recomendação que a acompanha, No. 166;
- entender a contribuição do trabalho do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações a respeito do conteúdo desses instrumentos;
- entender a contribuição de outros instrumentos da OIT que possam ser pertinentes ao término do emprego;
- entender a maneira como as fontes internacionais acima podem proporcionar apoio para a resolução de litígios no plano nacional; e
- identificar os aspectos do direito interno vinculados ao término do emprego em relação aos quais o uso das fontes internacionais pode ser útil.

Tempo necessário e métodos de formação

Três sessões de 90 minutos organizadas da seguinte maneira:

- uma sessão e meia (1h30 + 1h30 + 45 minutos) para o/a formador/a apresentar o assunto. Para atingir os objetivos acima, essa apresentação incluirá: a leitura e o exame de trechos do Estudo Geral de 1995 do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações; a leitura e o exame de observações e solicitações diretas recentes do Comitê de Peritos sobre término da relação de trabalho relativas aos países dos participantes; e referências a estudos de processos da jurisprudência nacional que tenham utilizado fontes internacionais relativas ao término da relação de trabalho;
- uma sessão e meia (45 minutos + 1h30) para a resolução de um caso concreto envolvendo término da relação de trabalho (ver Atividade No. 8).

Atividades

Atividade 1. Troca de experiências sobre o lugar do direito internacional no direito interno e o uso judicial do direito internacional do trabalho

Objetivos

Permitir que os/as participantes reflitam de forma interativa sobre:

- o lugar dos tratados internacionais no direito interno;
- a possível existência de decisões de tribunais de seus países que tenham utilizado o direito internacional do trabalho;
- a possibilidade de que tribunais de seus países tenham se referido ao direito internacional do trabalho.

Duração aproximada

- pelo menos 60 minutos para trocar ideias em grupo e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Tarefas

Os/as participantes responderão às seguintes perguntas em pequenos grupos:

1. Uma vez ratificados e publicados, os tratados internacionais fazem parte diretamente do seu direito interno? Caso negativo, mostre como são incorporados ao direito nacional.
2. Que lugar o direito internacional ocupa na hierarquia de normas no plano interno?
3. Como os tribunais do seu país solucionam ou solucionariam casos em que o direito interno é incompatível com tratados internacionais ratificados?
4. Podem citar casos, relacionados com direitos humanos ou questões trabalhistas, em que tribunais do seu país tenham usado o direito internacional para solucionar um processo diretamente?
5. Podem citar casos, relacionados com direitos humanos ou questões trabalhistas, em que tribunais do seu país tenham usado o direito internacional para interpretar um dispositivo do seu direito nacional? Caso contrário, acreditam que os tribunais do seu país poderiam utilizar o direito internacional desta maneira?
6. Em sua opinião, existem obstáculos jurídicos que impeçam um uso mais extenso, no plano nacional, do direito internacional do trabalho por juizes e advogados (por exemplo, normas de incorporação de direito internacional, regras de interpretação de diplomas legais, regras de revisão constitucional de diplomas legais, natureza não autoexecutável de dispositivos de tratados, etc.)?

7. Existem questões jurídicas específicas em relação às quais os juízes e advogados do seu país poderiam referir-se ao direito internacional do trabalho como forma útil de facilitar a resolução de determinados litígios¹?

Comentários para os/as formadores/as

Recomenda-se vivamente aos/às formadores/as que enviem esse questionário aos/às participantes com bastante antecedência em relação à data do seminário para que esses possam começar a refletir de antemão sobre o uso judicial do direito internacional e consultar a jurisprudência no intuito de ser capazes de responder às perguntas.

¹ No início do seminário, os/as participantes costumam achar difícil responder a esta pergunta, porque a maioria provavelmente ainda não teve a oportunidade de estudar o conteúdo do direito internacional do trabalho. Contudo, é útil fazer com que os/as participantes reflitam sobre os aspectos de sua legislação trabalhista nacional que, a seu ver, seria útil completar por meio de outras fontes de direito. Os/as participantes terão a oportunidade de examinar o conteúdo desta pergunta durante a oficina de síntese que conclui a atividade (ver adiante).

Atividade 2. Estudo de caso sobre o uso judicial do direito internacional do trabalho

Objetivos

- Incentivar os/as participantes a aprofundarem a reflexão sobre oportunidades que se oferecem aos tribunais nacionais de basear-se no direito internacional do trabalho.
- Apresentar aos/às participantes potenciais obstáculos nesta área.

Duração aproximada

- pelo menos 60 minutos para examinar o caso, trocar ideias em grupo e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Tarefas

Em pequenos grupos, os/as participantes examinarão e discutirão a situação descrita a seguir, atuando como o tribunal competente para decidir o caso. Cada grupo apresentará seu relatório à plenária, referindo-se às fontes de direito internacional do trabalho aplicáveis ao caso.

Os fatos

O Sr P. trabalha como marinheiro em embarcação de propriedade de uma empresa cujo escritório está registrado no país A. Vários dias depois de constituir um sindicato para defender os interesses dos trabalhadores de sua embarcação, o Sr P. é demitido por motivo de "perda de confiança". O Sr P. acredita que sua demissão é uma clara violação do princípio de liberdade sindical e que, portanto, o término de seu contrato de trabalho é ilegal.

Seu empregador, por sua vez, não considera o término do contrato ilegal porque, no país A, o contrato de trabalho dos marinheiros não é regido pelo Código Trabalhista, e sim pelo Código Marítimo, que não contém dispositivo algum que afirme especificamente que os marinheiros gozam de liberdade sindical. No intuito de afirmar seus direitos, o Sr P. decide impugnar sua demissão perante os tribunais e solicitar sua reintegração. Como não tem acesso às Convenções da OIT ratificadas por seu país, o trabalhador baseia sua reivindicação apenas em fontes do direito interno.

Dispositivos e informações pertinentes

- Dispositivos pertinentes do país A

Artigo 10 da Constituição da OIT.

Essa Constituição reafirma os direitos individuais e liberdades fundamentais.

Artigo 12 da Constituição da OIT.

O direito de constituir um sindicato e de filiar-se a ele será garantido, com a condição de conformar-se à legislação pertinente.

Artigo 28 da Constituição da OIT.

Os tribunais suspenderão os procedimentos quando a resolução do caso suscitar a questão da inconstitucionalidade de leis, que será resolvida pelo Tribunal Constitucional.

Artigo 1 b) do Código Trabalhista

O Código Trabalhista não se aplicará a marinheiros, cujas condições de trabalho e emprego serão regidas pelo Código Marítimo.

Artigo 132 do Código Trabalhista

As demissões por motivo de atividade sindical são injustas e acarretarão o pagamento de danos não superiores aos salários de três meses.

■ Outras informações pertinentes

O País A ratificou e publicou a Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87) e a Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98).

Nota: Os grupos de participantes de países monistas suporão que o país A é monista; os grupos de participantes de países dualistas suporão que o país A é dualista.

Referências

- Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87)
- Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98)
- Liberdade Sindical e Negociação Coletiva, Estudo geral do Comitê de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações, Conferência Internacional do Trabalho, 81^a Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B)
- Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions, ITC-OIT, Turim, dezembro de 2007

Abordagens de solução

Sobre impossibilidade de excluir os marinheiros do escopo da liberdade sindical

- Ver Artigo 2 da Convenção No. 87 da OIT e, a contrario, o Artigo 9(1).
- Ver também as seguintes decisões:
 - Tribunal de Recursos, San Pedro Sula (Honduras), 11 de outubro de 2006;
 - Superior Tribunal do Canadá, Dunmore v. Ontario (Procurador-geral), 20 de dezembro de 2001, no. 2001 SCC 94, sobre a exclusão de certos trabalhadores do direito à liberdade sindical.

Sobre o uso do direito internacional para interpretar o silêncio do direito

- Ver as seguintes decisões:
 - Superior Tribunal da Índia, Vishaka e outros v. o estado do Rajastão e outros, 13 de agosto de 1997; e
 - Superior Tribunal do Botsuana (Tribunal de Recursos), Procurador-geral v. Dow, 3 de julho de 1992, 1992 BLR 119 (CA).

Remédios para demissões antissindiais

- Ver Artigo 1 da Convenção No. 98 da OIT e parágrafos 221 et seq. do Estudo Geral de 1994 do Comitê de Peritos, que especifica o que constitui proteção adequada contra demissões antissindiais.

- Ver também as seguintes decisões:
 - Tribunal Nacional de Recursos, Argentina, Quinta Câmara, Parra Vera Maxima v. San Timoteo SA conc., Recurso contra violação de direitos e liberdades fundamentais, 14 de junho de 2006, no 144/05 s.d. 68536;
 - Superior Tribunal de Justiça da Costa Rica, Câmara Constitucional, 8 de outubro de 1993, Decisão No. 5000-93;
 - Tribunal Constitucional da Espanha, Segunda Câmara, 23 de novembro de 1981, No. 38/1981.

Comentários para os/as formadores/as

- Um aspecto importante do exercício é o fato de o Código Marítimo não excluir especificamente a liberdade sindical. Se o país A fosse monista, esse silêncio permitiria que a Convenção No. 87 da OIT fosse aplicada diretamente aos marinheiros. Assim como a Constituição nacional, essa Convenção reconhece o direito à liberdade sindical de maneira geral. Nos países dualistas, a Convenção No. 87 também poderia ser usada para interpretar os dispositivos da Constituição nacional vinculados à liberdade sindical, e assim confirmar que todos os trabalhadores, inclusive os marinheiros, estavam claramente cobertos por esse princípio. No intuito de incentivar a reflexão a respeito de oportunidades para o uso judicial do direito internacional do trabalho, pode ser útil perguntar aos participantes, no momento em que cada grupo terminar sua apresentação, como teriam resolvido o caso se o Código Marítimo tivesse excluído expressamente a liberdade sindical.
- Durante a discussão, será abordada a possibilidade para os tribunais de aplicar automaticamente normas internacionais do trabalho quando essas não tiverem sido evocadas pelas partes (nesse sentido, ver Capítulo 2, Parte 1).
- Por fim, se houver tempo, pode ser interessante pedir aos/às participantes que reflitam sobre se o Artigo 132 do Código Trabalhista é conforme às Convenções Nos. 87 e 98 da OIT e à Constituição nacional².

² Mesmo se, à luz dos aspectos do caso, esse Artigo, bem como o Código Trabalhista como um todo, não se aplica aos marinheiros.

Atividade 3. Estudo de caso sobre o uso dos documentos dos organismos de supervisão da OIT

Objetivos

- Familiarizar os/as participantes com o trabalho do Comitê de Peritos sobre a aplicação de Convenções e Recomendações.
- Mostrar na prática a importância do trabalho dos organismos de supervisão da OIT para que os participantes entendam o sentido e do escopo das normas internacionais do trabalho e tenham condições de aplicá-las.

Duração aproximada

- pelo menos 60 minutos para examinar o caso, trocar ideias em grupo e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Tarefas

Em pequenos grupos, os/as participantes examinarão e discutirão a situação descrita a seguir, atuando como o tribunal competente para decidir o caso. Cada grupo apresentará seu relatório à plenária, referindo-se às fontes de direito internacional do trabalho aplicáveis à matéria, e, em particular, ao parágrafo do Estudo Especial de 1996 do Comitê de Peritos que especifica o sentido e o escopo dos dispositivos pertinentes da Convenção No. 111 da OIT.

Os fatos

A loja de computadores B adotou uma política de treinamento dinâmico para assegurar que o seu pessoal esteja sempre atualizado com as mais recentes tecnologias do setor de TI. Para não prejudicar a atividade comercial da empresa, o treinamento é sistematicamente organizado depois do fechamento da loja, ou seja, a partir das 18h30. Ao mesmo tempo, para garantir que o treinamento esteja disponível para o pessoal verdadeiramente motivado e que as limitações que afetam os empregados com responsabilidades familiares sejam levadas em conta, o treinamento não é obrigatório.

Após vários meses, a Sra. M, empregada da empresa B, queixa-se à gerência de que essa política é discriminatória contra as mulheres. Ela aponta que, na prática, um número limitadíssimo de funcionárias participa do treinamento devido às responsabilidades familiares que a maioria delas tem. A gerência retruca que a política de treinamento da empresa não é discriminatória, já que não faz distinção entre homens e mulheres, pois as mesmas regras se aplicam a ambos. A Sra. M então decide impugnar a política da empresa nos tribunais.

Referências

- Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)
- Convenção sobre o Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981 (No. 156)
- Igualdade no Emprego e na Profissão, Estudo Especial do Comitê de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B)
 - Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions, ITC-OIT, Turim, dezembro de 2007

Abordagens de solução

Sobre a noção de discriminação indireta”

- Ver Artigo 1 da Convenção No. 111 e parágrafos 25 e 26 do Estudo Especial de 1996 do Comitê de Peritos para determinar se a discriminação indireta é coberta pela Convenção mencionada acima.
- Ver também a decisão do Tribunal Federal da Austrália em *Commonwealth of Australia v. Comissão de direitos humanos & Igualdade de oportunidades*, 15 de dezembro de 2000, [2000] FCA 1854.

Sobre discriminação fundada em sexo

- Ver parágrafos 35, 37 e 53 do Estudo Especial mencionado acima para determinar se discriminação fundada em sexo também abrange distinções com base nos diferentes papéis tradicionalmente atribuídos a homens e mulheres, tais como responsabilidades familiares.

Sobre a discriminação com base em responsabilidades familiares

- Os empregados do sexo masculino com responsabilidades familiares também podem ser afetados pelo horário tardio do treinamento. Ver a Convenção No. 156 da OIT a este respeito.

Atividade 4. Role play sobre o uso de normas internacionais do trabalho relativas a liberdade sindical e negociação coletiva

Objetivos

- Familiarizar os/as participantes com o conteúdo de normas internacionais do trabalho sobre liberdade sindical e negociação coletiva, e com o trabalho dos organismos de supervisão nesta área.
- Fazer com que os/as participantes tomem conhecimento da possibilidade de usar normas internacionais do trabalho para solucionar processos relacionados com liberdade sindical e negociação coletiva.

Duração aproximada

- pelo menos 60 minutos para examinar o caso, discutir a situação em grupos e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Tarefas

Em três grupos representando respectivamente os trabalhadores, a empresa e o tribunal, os/as participantes examinarão e discutirão a situação descrita a seguir, realizando as seguintes tarefas:

1. o grupo que representa os trabalhadores preparará uma reivindicação, tirando seus argumentos tanto do direito interno como das fontes pertinentes de direito internacional;
2. o grupo que representa a empresa se preparará para refutar a solicitação por escrito, com base em fontes de direito internacional;
3. o grupo que atua como tribunal deve emitir sua decisão sobre o processo estabelecendo até que ponto o tribunal pode basear-se em fontes de direito internacional, identificando as fontes em questão.

Os fatos

Após uma longa série de reivindicações não atendidas, relativas a aumento salarial, pagamento de horas-extras e melhoras nas condições de segurança e higiene, entre outras coisas, o sindicato que representa os trabalhadores do serviço postal público no país Z decidiu organizar uma greve. A greve foi convocada em conformidade com a legislação aplicável, e praticamente todo o pessoal aderiu. Na manhã do quarto dia da greve, as autoridades administrativas, considerando os serviços postais como essenciais para a segurança pública e das pessoas e propriedades e citando a necessidade de garantir a continuidade dos serviços públicos, intimou os trabalhadores postais em greve a voltarem ao trabalho.

Os líderes sindicais se opuseram à intimação e conclamaram os trabalhadores a continuarem em greve. No dia seguinte, a greve foi declarada ilegal, o empregador recorreu a trabalhadores eventuais para substituir os grevistas, e toda a liderança sindical foi demitida.

Os sócios do sindicato que foram demitidos entraram com uma ação solicitando que o tribunal:

- a. anulasse a declaração administrativa de que a greve era ilegal;
- b. anulasse as demissões e reintegrasse os trabalhadores em questão;

c. concedesse indenização por lucro cessante e danos não pecuniários;

d. penalizasse o empregador por violar a liberdade sindical, infringir o direito de greve e cometer discriminação antissindical.

Dispositivos e informações pertinentes

■ Dispositivos pertinentes do país Z

Artigo 64 do Código Trabalhista:

As greves declaradas em infração aos dispositivos acima serão consideradas ilegais (...)

Artigo 68 do Código Trabalhista:

A autoridade administrativa competente pode, em qualquer tempo, intimar os trabalhadores de empresas privadas e serviços públicos e estabelecimentos que ocupam cargos essenciais para a segurança das pessoas e propriedades, a manutenção da ordem pública, a continuidade de serviços públicos ou o atendimento de necessidade essenciais da nação a voltarem ao trabalho.

A lista de cargos assim definidos será estabelecida por decreto³.

■ Outras informações pertinentes

O País A ratificou a Convenção da OIT sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87) e a Convenção da OIT sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98).

Referências

- Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87)
- Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98)
- *Liberdade Sindical e Negociação Coletiva, Estudo Geral da Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 81ª Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B)
- *Liberdade Sindical, Recopilação de decisões e princípios da Comissão de Liberdade Sindical Comitê do Conselho de Administração da OIT, 5ª edição (revista)*, OIT, Genebra, 2006
- Princípios de Bangalore sobre a Aplicação Interna de Normas Internacionais de Direitos Humanos, 1988
- *Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions*, ITC-OIT, Turim, dezembro de 2007

Abordagens de solução

Sobre o reconhecimento implícito do direito de greve oferecido pela Convenção No. 87 da OIT.

- Ver parágrafos 142 e 145-151 do Estudo Geral de 1994 da Comissão de Peritos e o parágrafo 523 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical.

³ No momento dos fatos deste caso, o Decreto ainda não fora aprovado.

Sobre a definição de serviços essenciais

- Ver parágrafos 581-594 da Recopilação acima, particularmente o parágrafo 587 relativo aos serviços postais.

Sobre a declaração administrativa de que a greve é ilegal

- Ver os parágrafos 628-630 da Recopilação mencionada acima.
- Ver também a decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, Câmara de Supervisão de Quarto Recurso *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín v. Ministério do Trabalho e Seguridad Social, Ministério de Relaciones Exteriores, Prefeitura de Medellín e Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, 10 de agosto de 1999, processo No. 206.360.

Sobre a substituição de trabalhadores grevistas

- Ver parágrafos 632 e 633 da Recopilação mencionada acima.

Sobre a demissão de trabalhadores grevistas

- Ver Artigo 1 da Convenção No. 98, os parágrafos 661 e 662 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical, e parágrafos 220 e 221 do Estudo Geral de 1994 da Comissão de Peritos.

Comentários para os/as formadores/as

Um aspecto importante do exercício é a falta de um decreto que definisse os serviços essenciais.

Para incentivar a reflexão sobre técnicas que permitem que os/as participantes usem o direito internacional, pelo menos os três aspectos seguintes poderiam ser considerados:

- o princípio de interpretação em conformidade com o direito internacional, em virtude do qual os tribunais assegurarão que o direito interno seja interpretado de tal maneira que o Estado não viole suas obrigações internacionais;
- a possibilidade de questionar a constitucionalidade do artigo do Código Trabalhista relativo a greves;
- no caso de um país dualista onde o conteúdo do direito nacional possa ser considerado inconciliável com o direito internacional, é responsabilidade dos juizes chamar a atenção, em sua decisão, para a violação do direito internacional (cf. Princípios de Bangalore sobre a Aplicação Interna de Normas Internacionais de Direitos Humanos).

•

Atividade 5. Role play sobre o uso de normas internacionais do trabalho relativas a liberdade sindical e negociação coletiva

Objetivos

- Familiarizar os/as participantes com o conteúdo de normas internacionais do trabalho sobre liberdade sindical e negociação coletiva, e com o trabalho dos organismos de supervisão nesta área.
- Fazer com que os/as participantes tomem conhecimento da possibilidade de usar normas internacionais do trabalho para solucionar processos relacionados com liberdade sindical e negociação coletiva.

Duração aproximada

- pelo menos 60 minutos para examinar o caso, trocar ideias em grupos e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Tarefas

Em pequenos grupos, os/as participantes examinarão e discutirão a situação descrita a seguir, atuando como o tribunal competente para decidir o caso. Cada grupo apresentará seu relatório à plenária, referindo-se a normas internacionais do trabalho e ao trabalho dos organismos de supervisão da OIT aplicável ao caso.

Os fatos

A Federação Sindical S, do setor de produtos alimentícios, está impugnando a decisão do governo de seu país (país T) de promulgar uma lei que condiciona o aumento salarial à assinatura de acordos relativos ao aumento da produtividade do trabalho. Para expressar seu protesto, a liderança da Federação decidiu por unanimidade participar de uma greve de dez dias convocada por uma associação "multissetorial" (associação *ad hoc* composta de várias organizações sociais e partidos políticos). O objetivo da greve, marcada para a segunda-feira da semana seguinte, é dar apoio a várias reivindicações políticas, econômicas e sociais (inclusive a mencionada imposição de condições para a concessão de aumentos salariais). O regimento da federação refere-se à possibilidade de dar apoio a partidos políticos ou outras organizações da sociedade civil, nacionais ou internacionais, cuja atuação possa ajudar a melhorar as condições econômicas e sociais dos trabalhadores representados pela federação, ou a evitar a implementação de políticas públicas que afetem seus interesses.

Pela aplicação do direito positivo interno, o Ministério do Trabalho declara a greve ilegal. Um número significativo de trabalhadores filiados à federação sindical é demitido por aderir à greve.

Os trabalhadores em questão recorrem ao tribunal para impugnar sua demissão e buscar reintegração.

Dispositivos e informações pertinentes

- Dispositivos pertinentes do país T

A *Constituição nacional* consagra especificamente o direito à liberdade sindical, embora não detalhe seu conteúdo. A *Constituição* também declara que os tratados ratificados fazem parte diretamente do direito interno e têm valor igual ao das leis nacionais⁴.

⁴ Este aspecto será modificado conforme a posição atribuída ao direito internacional pelo sistema jurídico dos países dos participantes.

A Lei de Relações Industriais:

- dá ao Ministério do Trabalho o poder de determinar e declarar se as ações coletivas são legais ou ilegais;
- proíbe os sindicatos ... de desenvolver ou participar de atividades políticas, religiosas ou com fins lucrativos...”. No caso de federações, a lei exige que a participação em uma greve seja sujeita, por um lado, a votação secreta e a aprovação de pelo menos 50% dos trabalhadores filiados aos sindicatos membros da federação, e, por outro lado, a trinta dias de aviso prévio ao início da greve;
- estabelece que a declaração administrativa de que a greve é legal ou ilegal só pode ser revista pelos tribunais se a decisão for clara e materialmente arbitrária.

A Lei de relações de trabalho individuais reconhece que os trabalhadores que são demitidos sem motivo válido têm direito a indenização; caso a demissão seja discriminatória ou antissindical, os trabalhadores podem demandar e têm direito à reintegração.

- Outras informações pertinentes

O país T ratificou a Convenção da OIT sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87) e a Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98).

Referências

- Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (No. 87)
- Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98)
- Liberdade Sindical e Negociação Coletiva, Estudo Geral da Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações, Conferência Internacional do Trabalho, 81ª Sessão, Genebra, 1994, Relatório III(4B)
- Liberdade Sindical: Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT, 5ª edição (revista), OIT, Genebra, 2006
- Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions, ITC-OIT, Turim, dezembro de 2007

Abordagens de solução

Sobre a validade do objetivo da greve

- Ver parágrafos 526-531 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical.

Sobre a questão da atividade política dos sindicatos

- Ver parágrafos 130-134 do Estudo Geral de 1994 do Comitê de Peritos.

Sobre a questão dos requisitos de votação para greve

- Ver parágrafos 555-563 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical, particularmente o parágrafo 561.

Sobre a validade da obrigação de dar aviso prévio sobre greve

- • Ver parágrafos 552-554 da Recopilação mencionada acima.

Sobre a declaração administrativa de que a greve é ilegal

- Ver parágrafos 628-631 da Recopilação mencionada acima.
- Ver também a decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, Câmara de Supervisão de Quarto Recurso, *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín v. Ministério do Trabalho e Seguridad Social, Ministério de Relaciones Exteriores, Prefeitura de Medellín e Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, 10 de agosto de 1999, processo No. 206.360.

Sobre a demissão de trabalhadores grevistas

- Ver Artigo 1 da Convenção No. 98 da OIT, parágrafos 661 e 662 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical, e parágrafos 220 e 221 do Estudo Geral de 1994 da Comissão de Peritos.

Atividade 6. Estudo de caso sobre normas internacionais do trabalho relativas a igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento no emprego e na profissão⁵

Objetivos

- Familiarizar os/as participantes com as normas internacionais do trabalho sobre igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento no emprego e na profissão, e com o trabalho dos organismos de supervisão nessa área.
- Fazer com que os/as participantes tomem conhecimento da possibilidade de usar normas internacionais do trabalho para solucionar processos relativos a igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento no emprego e na profissão.

Duração aproximada

- pelo menos 60 minutos para examinar o caso, trocar ideias em grupos e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Tarefas

Em pequenos grupos, os/as participantes examinarão e discutirão a situação descrita a seguir, atuando como o tribunal competente para decidir o caso. Cada grupo apresentará seu relatório à plenária, referindo-se a normas internacionais do trabalho e ao trabalho dos organismos de supervisão da OIT aplicável ao caso.

Os fatos

O Sr Y foi contratado como estatístico por uma organização religiosa cujo propósito é difundir sua fé religiosa. O regimento interno da organização declara que o seu pessoal deve partilhar a fé da instituição.

Quando foi contratado, o Sr Y atendia a essa condição. Vários meses mais tarde, contudo, conheceu uma moça de outra religião. Para poder casar-se com ela, o Sr Y teve de mudar de religião.

Pouco tempo depois, o empregador do Sr Y ficou sabendo da situação. Então decidiu demitir o Sr Y alegando que ele não era digno de confiança. O Sr Y levou o caso aos tribunais para impugnar a validade de sua demissão, que ele considerou discriminatória.

Referências

- Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)
- Igualdade no Emprego e na Profissão, Estudo Especial da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B)
- Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions, ITC-OIT, Turim, dezembro de 2007

⁵ Os formadores também podem decidir usar este caso como atividade ligada ao trabalho dos organismos de supervisão da OIT (ver acima Atividade 3).

Abordagens de solução

No intuito de determinar se o tratamento diferente com base em religião poderia ser considerado justificado nesse caso em particular, os participantes podem referir-se a:

- Convenção No. 111 da OIT, Artigo 1(1)(a) (definição de discriminação) e 1(2) (limites da definição).
- Para especificar o sentido e o escopo do Artigo 1(2) acima mencionado, ver parágrafos 117-121 do Estudo Especial de 1996 da Comissão de Peritos.
- Ver também os parágrafos 42 e 190 do Estudo Especial acima, que especifica o sentido e o escopo da proibição de discriminação com base em religião levantada pelo Artigo 1(1)(a).

Comentários para os/os formadores/as

- A interpretação do Artigo 1(2) da Convenção No. 111 da OIT é crucial para solucionar o caso. Como indicou o Comitê de Peritos em seu Estudo Especial, trata-se, portanto, de determinar se o desempenho adequado da função de estatístico requer que o empregado partilhe a fé religiosa da instituição. Nesse sentido, alguns participantes poderiam argumentar que seria preciso mais informação sobre o conteúdo exato do posto de trabalho em questão para solucionar adequadamente o caso.
- O caso é baseado na decisão do Tribunal do Trabalho de Antsirabé (Madagascar), *Ramiaranjatovo Jean-Louis v. Fitsaboana Maso*, 7 de junho de 2004, No. 58. Após a conclusão do exercício, a súmula da decisão do tribunal, segundo a qual a demissão foi discriminatória, pode ser lida e comentada.

Atividade 7. Estudo de caso sobre normas internacionais do trabalho relativas a igualdade de remuneração entre homens e mulheres

Objetivos

- Familiarizar os/as participantes com as normas internacionais do trabalho relativas a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, e com o trabalho dos organismos de supervisão nesta área.
- Fazer com que os/as participantes tomem conhecimento da possibilidade de usar normas internacionais do trabalho para solucionar casos relativos a igualdade de remuneração entre homens e mulheres.

Duração aproximada

- pelo menos 60 minutos para examinar o caso, trocar ideias em grupos e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Tarefas

Em pequenos grupos, os participantes examinarão e discutirão a situação descrita a seguir, atuando como o tribunal competente para decidir o caso. Cada grupo apresentará seu relatório à plenária, referindo-se a normas internacionais do trabalho e ao trabalho dos organismos de supervisão da OIT aplicável ao caso.

Os fatos

Em uma empresa têxtil do país S, a maioria dos empregados é contratada ou para cortar ou para costurar. Os cortadores têm de manusear equipamento de corte, e o seu trabalho é fisicamente mais exigente do que o dos que costureiros. Contudo, podem-se cometer mais erros nas operações de costura devido aos requisitos exigentes dos clientes, a que a empresa tem de atender. No setor de costura só trabalham mulheres, ao passo que praticamente todos os cortadores são homens.

O salário horário dos cortadores é 40% mais alto do que o das costureiras. A gerência justifica essa política salarial referindo-se, por um lado, ao fato de que o trabalho dos cortadores exige o manuseio de equipamento pesado, e, por outro lado, à natureza perigosa desse trabalho.

O Código Trabalhista do país S declara, em relação a remuneração, que, para trabalho igual realizado nas mesmas condições de trabalho e produzindo o mesmo resultado, homens e mulheres receberão o mesmo salário, independentemente de gênero.

Dispositivos e informações pertinentes

- Dispositivos pertinentes do país S:

Artigo 18 do Código Trabalhista

Para trabalho igual ou similar realizado nas mesmas condições, os trabalhadores receberão a mesma remuneração, sem distinção de sexo, raça, origem social, opinião política ou crença religiosa.

- • Outras informações pertinentes

O país S ratificou a Convenção da OIT sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (No. 100).

Referências

- Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (No. 100)
- Recomendação sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (No. 90)
- Remuneração Igual, Estudo Geral do Comitê de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações, Conferência Internacional do Trabalho, 72ª Sessão, Genebra, 1986, Relatório III(4B)
- Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions, ITC-OIT, Turim, dezembro de 2007

Abordagens de solução

Sobre o uso da Convenção No. 100 da OIT

- Para discutir a aplicabilidade da Convenção No. 100 da OIT em casos em que homens e mulheres cumprem funções diferentes, ver Artigos 3(1) e 3(3) da Convenção e parágrafos 19, 21, 22 e 138 do Estudo Geral de 1986 da Comissão de Peritos.
- Os parágrafos 39, 119 e 123 do mesmo Estudo Geral poderiam ser usados para discutir a possibilidade para os tribunais nacionais de interpretar a legislação nacional relativa a igualdade de remuneração à luz da Convenção No. 100 da OIT.

Sobre os métodos objetivos que os tribunais podem utilizar para avaliar empregos

- Para uma introdução aos métodos objetivos de avaliação, ver parágrafo 138 do Estudo Geral mencionado. Sobre a possibilidade para o tribunal de recorrer a um perito em análise ocupacional, ver parágrafo 123 do Estudo Geral.

Sobre a implementação do princípio de igualdade de remuneração em empregos diferentes

- Ver os exemplos a que se refere o parágrafo 143 do Estudo Geral mencionado.
- Ver também as duas decisões seguintes:
 - Tribunal de Direitos Humanos do Québec, Comissão de Direitos Humanos e da Juventude v. Université Laval, 2 de agosto de 2000, No. 200-53-000013-982, 2000 IJCan 3 (QC T.D.P.); e
 - Superior Tribunal da Índia, Mackinnon Mackenzie v. Audrey D'Costa e outro, 26 de março de 1998, No. 1265, 1987.

Comentários para os/as formadores/as

- Os/as participantes indicarão que precisam de mais informações para avaliar objetivamente o valor dos dois empregos (a necessidade de um perito poderia ser citada).
- Alguns/mas participantes podem levantar o argumento de que, em virtude da Convenção No. 100 da OIT, não é obrigatório adotar legislação relativa a igualdade de remuneração, e que, em virtude do Artigo 2, o Estado só é obrigado a promover a igualdade de remuneração no setor privado. Nesse sentido, é preciso fazer referência ao parágrafo 28 do Estudo Geral sobre Igualdade de Remuneração para frisar que, já que o princípio de igualdade de remuneração está consagrado no direito interno, esse tem de adotar uma definição do princípio que seja tão ampla quanto a proporcionada pela Convenção.

Atividade 8. Estudo de caso sobre normas internacionais do trabalho relativas a término de relação de trabalho⁶

Objetivos

- Familiarizar os/as participantes com as normas internacionais do trabalho relativas a término de emprego, e com o trabalho dos organismos de supervisão nesta área.
- Fazer com que os/as participantes tomem conhecimento da possibilidade de usar normas internacionais do trabalho para solucionar casos relativos a término de emprego.

Duração aproximada

- pelo menos 60 minutos para examinar o caso, trocar ideias em grupos e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Tarefas

Em pequenos grupos, os participantes examinarão e discutirão a situação descrita a seguir, atuando como o tribunal competente para decidir o caso. Cada grupo apresentará seu relatório à plenária, referindo-se a normas internacionais do trabalho, ao trabalho dos organismos de supervisão e às outras fontes de direito internacional do trabalho aplicáveis ao caso.

Os fatos

O Sr X trabalhou por cinco anos como gerente de relações públicas de uma empresa do país F. Cerca de três anos atrás, descobriu que era HIV positivo. Até pouco tempo antes, só o médico da empresa estava a par da situação. Após uma indiscrição de uma secretária recentemente recrutada para ajudar o médico, seu empregador descobre que o Sr X é HIV positivo. O empregador pergunta ao médico do Sr X sobre a doença do empregado, e fica sabendo que esse ainda é capaz de cumprir suas funções.

Mas os rumores circulam e alguns colegas do Sr X começam a expressar relutância em trabalhar com ele. Um dos clientes até pergunta ao diretor da empresa se o rumor que está circulando sobre o Sr X realmente corresponde à realidade. Para assegurar a continuidade do funcionamento tranquilo da empresa, o empregador marca uma entrevista com o Sr X durante a qual lhe informa que, em vista das circunstâncias, decidiu transferi-lo para outro departamento onde será mais independente, porque não terá contato direto com clientes, e muito menos contato com seus colegas. O novo posto de trabalho também permitiria que o Sr X sáísse com mais facilidade para consultas médicas, caso isso fosse necessário. Por fim, o patrão tranquilizou-o dizendo que a transferência não teria efeito algum sobre sua remuneração nem sobre outros benefícios.

Depois de pensar durante um dia, o Sr X informa a seu empregador que não aceita a transferência, que classifica de alteração unilateral injustificada de seu contrato de trabalho. Aponta que sempre foi considerado excelente funcionário, e que o seu trabalho não é afetado, de forma alguma, pelo fato de ele ser HIV positivo, tal como comprova o atestado médico que apresenta a seu empregador. Apesar da intervenção do representante sindical da empresa, o empregador decide manter sua decisão de transferência imediata, baseada, afirma, em seu desejo de restabelecer o funcionamento tranquilo de sua empresa, e não na situação do Sr X.

⁶ Devido aos fatos envolvidos, o exercício também pode ser usado em sessões sobre igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento no emprego e na profissão.

O Sr X recusa-se firmemente a assumir o novo posto de trabalho que lhe é atribuído. Após duas semanas, recebe uma carta de seu empregador declarando que a empresa registrou formalmente seu pedido de demissão. O Sr X apresenta o caso aos tribunais para solicitar a reintegração a seu posto de trabalho original.

Dispositivos e informações pertinentes

- Dispositivos do país F:

Artigo 3 da Constituição

Será proibida qualquer discriminação fundada em sexo, raça, opinião política, religião ou filiação sindical.

Artigo 6 do Código Trabalhista

No contexto das relações de trabalho, será proibida a discriminação fundada em sexo, raça, opinião política, religião, filiação sindical e idade.

Artigo 28 do Código Trabalhista

As demissões baseadas em filiação sindical serão automaticamente nulas.

- Outras informações pertinentes

O país F ratificou a Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111), a Convenção sobre Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 158), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Referências

- Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111)
- Convenção sobre Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 158)
- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966
- Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho, 2001
- Proteção contra Demissão Injustificada, Estudo Geral da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, Conferência Internacional do Trabalho, 82ª Sessão, Genebra, 1995, Relatório III(4B)
- Igualdade no Emprego e na Profissão, Estudo Especial da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, Conferência Internacional do Trabalho, 83ª Sessão, Genebra, 1996, Relatório III(4B)
- Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions, ITC-OIT, Turim, dezembro de 2007

Abordagens de solução

Sobre a definição de término do contrato de trabalho

- Ver parágrafo 22 do Estudo Geral de 1995 da Comissão de Peritos sobre a Proteção contra Demissão Injustificada, que se refere à necessidade de submeter o término do contrato

de trabalho causado pelo empregador ou realizado por sua iniciativa, independentemente da terminologia formal usada para descrever o término, às regras relativas a demissões.

Sobre a proibição da discriminação com base em estado de saúde ou HIV-AIDS

- Para estabelecer a proibição desses fundamentos para discriminação, ver:
 - Artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que inclui uma definição aberta de discriminação por meio de uma lista não restritiva de motivos;
 - o parágrafo 255 do Estudo Especial de 1996 da Comissão de Peritos sobre Igualdade no Emprego e na Profissão, e os parágrafos 60 e 264 especificamente relacionados com os trabalhadores afetados pelo HIV-AIDS;
 - os parágrafos 4.2 e 4.8 do Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho.
- A decisão do empregador com base no HIV-AIDS também pode ser analisada à luz do Artigo 4 da Convenção No. 158, que define como razões válidas para o término as que estão vinculadas à capacidade ou à conduta do empregado, ou aos requisitos operacionais da empresa. Nesse sentido, o Artigo 4 deve ser lido à luz do parágrafo 142 do Estudo Geral de 1995 da Comissão de Peritos, que declara que a infecção por HIV não é causa válida para o término da relação de trabalho.

Sobre a justificação por meio de alteração no posto de trabalho imposta pelo empregador

- Trata-se de saber se a situação do empregado em relação ao HIV era uma qualificação exigida para a função de gerente de relações públicas no sentido do Artigo 1(2) da Convenção No. 111 da OIT. No intuito de frisar que o HIV-AIDS só pode ser levado em conta em relação a empregos que implicam o risco objetivo de transmitir o vírus, ver os parágrafos 117 et seq. e 264 do Estudo Especial de 1996 da Comissão de Peritos.

Sobre a indenização a ser concedida ao empregado: reintegração ou indenização financeira?

- Como fonte de inspiração, consultar o trabalho da Comissão de Peritos que indica que as penalidades impostas, particularmente em casos de tratamento discriminatório e de demissões que violam direitos fundamentais, terão o efeito de eliminar a situação discriminatória e assegurar que o prejuízo sofrido pelo trabalhador seja plenamente indenizado. Em caso de demissão discriminatória, esse raciocínio pressupõe que a reparação não se limitará apenas à indenização financeira, mas implicará também a reintegração do empregado. Ver, nesse sentido, o parágrafo 232 do Estudo Geral de 1995 do Comitê de Peritos e o parágrafo 233 do Estudo Especial de 1996 da Comissão de Peritos.
- Ver a decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul, Jacques Charl Hoffman v. South African Airways, 28 de setembro de 2000, No. CCT 17/00, embora diga respeito à recusa em contratar uma pessoa portadora de HIV-AIDS.

Outros aspectos que poderiam servir de referência para solucionar o caso

- Violação pelo empregador de seu dever de confidencialidade (cf. parágrafo 5.2(g) do Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho).
- Obrigação do empregador de treinar os empregados a respeito dos reais riscos decorrentes do HIV-AIDS e do tratamento da doença na empresa (cf. parágrafo 5.2(c) do Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho).

Comentários para os/as formadores/as

A resolução do caso poderia ser mais complexa se a empresa estivesse passando por dificuldades econômicas reais (o que não era o caso na situação em discussão aqui) por ter perdido clientes devido à disseminação do rumor relativo à situação de HIV-positivo do Sr. X. Pode ser útil discutir essa suposição.

Alguns participantes podem então considerar o término do contrato de trabalho do Sr. X como justificado por motivos econômicos. Talvez também pensem que a proteção do conjunto dos empregados da empresa requer uma solução de compromisso que implica a concessão de indenização ao Sr. X, mas sem permitir que este retorne a seu posto de trabalho original.

Nesse sentido, o/a formador/a poderia sugerir as seguintes duas linhas de raciocínio:

- mesmo supondo a perda de clientes, não parece juridicamente correto classificar o término do contrato de trabalho do Sr. X como demissão por motivos econômicos. Para tanto, seria preciso que houvesse uma relação causal direta entre a doença do Sr. X e as dificuldades econômicas da empresa. Se existe um vínculo entre os dois fatores, este se deve apenas aos preconceitos errôneos dos clientes da empresa em relação a HIV-AIDS. A real causa das dificuldades econômicas da empresa é formada pelos preconceitos discriminatórios. Nesse contexto, o fato de levar em conta esses preconceitos para terminar o contrato do Sr. X continuaria sendo discriminação;
- O reconhecimento de direitos humanos fundamentais não visa só a proteger indivíduos, mas também a assegurar proteção mais ampla ao conjunto da sociedade ao possibilitar a coexistência pacífica entre seus diferentes integrantes. Nesse caso, dar prioridade aos interesses da empresa (e seus empregados) em relação ao princípio de não discriminação implica aceitar a exclusão de pessoas portadoras de HIV-AIDS, assim favorecendo a disseminação da epidemia e afetando adversamente os interesses do país como um todo.

Oficina de síntese sobre o uso judicial do direito internacional do trabalho

Objetivo

Permitir que os/as participantes tirem conclusões práticas sobre as oportunidades de uso judicial do direito internacional do trabalho.

Duração aproximada

- pelo menos 30 minutos para responder a perguntas formuladas individualmente;
- pelo menos 2 horas para trocar ideias em grupo e redigir um relatório conjunto.
- 10 minutos para apresentar o relatório em plenária.

Nota: Sugere-se que cada grupo redija o seu relatório no computador para a o relatório de síntese possa ser inserido no relatório final sobre o seminário.

Tarefas

Pede-se aos/às participantes que, incluindo elementos das diversas áreas examinadas durante o seminário, determinem os aspectos específicos do direito internacional do trabalho que os juízes e advogados de seus países de fato poderiam usar para facilitar a resolução de determinadas questões jurídicas e assim consolidar sua jurisprudência nacional na área trabalhista.

Para cada ponto levantado, pede-se aos/às participantes que declarem com precisão: o problema jurídico que seria resolvido; as fontes internacionais que poderiam ser usadas (p.ex. artigos de Convenções ou Recomendações, parágrafos de Estudos Gerais); e como essas fontes poderiam ser usadas em cada caso (aplicação direta, uso interpretativo, uso do direito internacional como fonte de inspiração para o reconhecimento de um princípio de jurisprudência, etc.).

Referências

Todos os documentos distribuídos durante o seminário.

Comentários para os/as formadores/as

- Ao apresentar a oficina, os formadores devem frisar a importância da precisão no trabalho dos grupos, tanto na determinação dos aspectos do direito internacional do trabalho que poderiam ser usados pelos tribunais nacionais quanto em relação às técnicas jurídicas que permitiriam que os tribunais fizessem uso efetivo de cada aspecto identificado (resolução direta do caso com base no direito internacional do trabalho, uso interpretativo do direito internacional, uso do direito internacional como fonte de inspiração, etc.).
- Os formadores também poderiam frisar que a oficina de síntese não deveria ser vista como ponto final, e sim como o início de um processo, pois a razão de ser da atividade é permitir que os participantes levem em conta o conteúdo do direito internacional do trabalho em toda sua vida profissional.

Índice de decisões citadas no Manual

Decisões nacionais

África do Sul

Tribunal do Trabalho, *PFG Building Glass (pty) Ltd v. Chemical Engineering Pulp Paper Wood and Allied Worker's Union (CEPPAWU) e outros*, 28 de março de 2003, No. J90-2003.

- Parte 2, Capítulo 1, parágrafo III.A.3

Tribunal Constitucional da África do Sul, *NUMSA v. Bader Pop*, 13 de dezembro de 2002, No. CCT 14/02

- Parte 2, Capítulo 2, parágrafo III.B
- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.B.4.b

Tribunal Constitucional da África do Sul, *Jacques Charles Hoffman v. South African Airways*, 28 de setembro de 2000, n CCT 17/00

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo II.B.2
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.1
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.7
- Parte 3, Capítulo 3, Atividade

Tribunal de Apelação do Trabalho, *Modise e outros v. Steve's Spar*, 15 de março de 2000, No. JA 29/99

- Parte 1, Capítulo 2, parágrafo I (nota de rodapé)
- Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.A.3

Alemanha

Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, 18 de novembro de 2003, 1 BvR 302/96

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo II.B.3
- Parte 2, Capítulo 1, parágrafo IV.C.2
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.1

Tribunal Administrativo Federal, 8 de maio de 1991, 1 C 20.89

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.b.1

Argentina

Tribunal Nacional de Recursos, Argentina, Quinta Câmara, *Parra Vera Maxima v. San Timoteo SA conc., Recurso contra violação de direitos e liberdades fundamentais*, 14 de junho de 2006, no 144/05 s.d. 68536

■ Parte 1, Atividade 2

Superior Tribunal da Argentina, *Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA s/ Lei de accidentes 9688*, 21 de setembro de 2004

■ Parte 2, Capítulo 2, parágrafo III.B

Superior Tribunal de Justiça, *Ekmekdjian, Miguel Angel v. Sofovich, Gerardo e outros*, 7 de julho de 1992

■ Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.B.1

Austrália

Tribunal Federal Australiano, *Commonwealth of Australia v. Comissão de Direitos Humanos e Igualdade de Oportunidades*, 15 de dezembro de 2000, [2000] FCA 1854

■ Parte 2, Capítulo 1, parágrafo IV.C.1

■ Parte 2, Capítulo 2, Parágrafo III.B

■ Parte 2, Capítulo 2, Atividade

■ Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.3

Comissão Australiana de Relações Industriais, *AMWU v. HPM Industries*, 4 de março de 1998, No. 239333, 1995

■ Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.B.4

Superior Tribunal de Justiça da Austrália, *Ministério da Imigração e Assuntos Étnicos v. Teoh*, 7 de abril de 1995, (1994) 128 A.L.R. 353

■ Parte 1, Capítulo 1, parágrafo II.B.1

■ Parte 1, Capítulo 1, Parágrafo III.B

Azerbaijão

Tribunal Constitucional da República do Azerbaijão, *Sobre a conformidade do Artigo 143.12.1 do Código Trabalhista da República do Azerbaijão com os Artigos 25, 37 e 149.1 da Constituição da República do Azerbaijão*, 23 de fevereiro de 2000

■ Parte 2, Capítulo 3, parágrafo II.A

Botsuana

Tribunal de Relações Industriais de Botsuana, *Joel Sebonego v. News Paper Editorial and Management Services (PTY) Ltd*, 23 de abril de 1999, No. IC 64/98

■ Parte 2, Capítulo 1, parágrafo III.B

■ Parte 2, Capítulo 1, parágrafo III.B.2

■ Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.A.2

Superior Tribunal do Botsuana (Tribunal de Recursos), *Procurador-geral v. Dow*, 3 de julho de 1992, 1992 BLR 119 (CA).

■ Parte 1, Atividade 2

Brasil

Tribunal Regional do Trabalho, *Lacir Vicente Nunes v. Sandoval Alves da Rocha e outros*, 7 de maio de 2003, TRT-RO-3951/03

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.A.2 (nota de rodapé)

Bulgária

Tribunal Constitucional da República da Bulgária, 27 de julho de 1992, Decisão No. 8, Processo Constitucional No. 7

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.3
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.4

Burkina Fasso

Tribunal de Recursos de Bobo-Dioulasso, *Karama, Katénin e Bakouan, Bayomboué v. Société industrielle du Faso*, 5 de julho de 2006

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo III.C

Tribunal do Trabalho de Uagadugu, *Zongo e outros v. Gerente da Bataille du Rail Mobil Garage*, 17 de junho de 2003, No. 090

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo IV

Tribunal do Trabalho de Uagadugu, *Savadogo Zonabo v. Grand Moulins du Burkina*, 10 de setembro de 2002, Decisão No. 140

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.3

Canadá

Superior Tribunal de Justiça do Canadá, *Dunmore v. Ontário (Procurador Geral)*, 20 de dezembro de 2001, No. 2001 CSC 94

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo II.A
- Parte 1, Capítulo 2, parágrafo IV (nota de rodapé)
- Parte 1, Atividade 2
- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.A.1

Tribunal de Direitos Humanos do Québec, *Comissão de Direitos Humanos e da Juventude v. Université de Laval*, 2 de agosto de 2000, No. 200-53-000013-982, 2000 IJCan3 (QCT T.D.P)

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.B.3
- Parte 3, Capítulo 2, Atividade 2

Chile

Superior Tribunal de Justiça do Chile, *Víctor Améstida Stuardo e outros v. Santa Isabel S.A.*, 19 de outubro de 2000, Processo No. 10.695

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo II.A.1
- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.B.2

Colômbia

Tribunal Constitucional da Colômbia, Decisão de 23 de julho de 2003, T-603/2003

- Parte 2, Capítulo 2, parágrafo III.A (nota de rodapé)

Tribunal Constitucional da Colômbia, *Sintrava-Avianca*, 18 de setembro de 2000, T-1211/2000

- Parte 2, Capítulo 2, parágrafo III.A (nota de rodapé)

Tribunal Constitucional da Colômbia, 5 de fevereiro de 2000, Processo C-385/2000

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.A.3

Tribunal Constitucional da Colômbia, Câmara de Supervisão de Quarto Recurso, *Sindicato de las Empresas Varias de Medellín v. Ministério do Trabalho e Seguridade Social, Ministério de Relações Exteriores, Prefeitura de Medellín e Empresas Varias de Medellín E.S.P.*, 10 de agosto de 1999, processo No. 206.360.

- Parte 2, Capítulo 2, parágrafo III.A (nota de rodapé)

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.A.3.d.i

- Parte 3, Capítulo 1, Atividade 1

- Parte 3, Capítulo 1, Atividade 2

Tribunal Constitucional da Colômbia, 9 de julho de 2008, C-C695/08

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.A.2.a

Costa Rica

Superior Tribunal de Justiça, Câmara Constitucional, *Antonio Blanco Rodríguez e outros v. o Presidente da República, o Ministro do Governo e da Política, o Instituto de Desenvolvimento Agrário e a Comissão Nacional para Assuntos Indígenas*, 11 de agosto de 1999, Res. No. 06229-aa, Processo No. 96-007361-007-CO-C

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.A.3

Superior Tribunal de Justiça da Costa Rica, Câmara Constitucional, *José Manuel Paniagua Vargas e outros funcionários da Comissão Nacional para Questões Indígenas v. Ministério da Cultura, Juventude e Esportes e Comissão Nacional para Questões Indígenas (CONAI)*, 16 de janeiro de 1998, Res: No. 0241-98, Processo nº 5325-V-97

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.B.2

- Parte 2, Capítulo 1, parágrafo IV.B

Superior Tribunal de Justiça, Câmara Constitucional, 8 de outubro de 1993, Decisão No. 93-5000

- Parte 1, Atividade 2

- Parte 2, Capítulo 1, parágrafo IV.B

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.B.2

Eslovênia

Tribunal Constitucional da Eslovênia, *Sindicatos Independentes da Eslovênia v. Lei sobre a representatividade dos Sindicatos*, 5 de fevereiro de 1998, No. U-I-57/95

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.A.2.a

Espanha

Tribunal Constitucional da Espanha, 18 de janeiro de 1993, Processo 14/93

- Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.A.4

Tribunal Constitucional da Espanha, Segunda Câmara, 23 de novembro de 1981, No. 38/1981

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo II.B.3
- Parte 1, Atividade 2
- Parte 2, Capítulo 1, parágrafo IV.C.3
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.6
- Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.C.3

Federação Russa

Tribunal Constitucional da Federação Russa, *Sobre o processo relativo à constitucionalidade do Artigo 12 da Lei da URSS de 9 de outubro de 1989 "Sobre a ordem de Litígios Trabalhistas Coletivos"*, 17 de maio de 1995

- Parte 2, Capítulo 3, parágrafo II.C

Filipinas

Superior Tribunal da República das Filipinas, *International School Alliance of Educators v. Hon Leonardo A. Quisumbing e outros*, 1º de junho de 2000, No. 128845

- Parte 2, Capítulo 3, parágrafo II.C
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.4

Superior Tribunal das Filipinas, *UST Faculty Union e outros v. Dir. Benedicto Ernesto R. Bitonio, Jr. e outros*, 16 de novembro de 1999, G.R. No. 131235

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.A.3.a

França

Cour de Cassation, Câmara Social, 29 de março de 2006, Decisão No. 906, Recurso No. 04-46.499

- Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.A.5

Conseil d'Etat, *Mlle Cinar*, 22 de setembro de 1997

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.B.2

Cour de Cassation, Divisão de Recursos, *Castanié v. Dame veuve Hurtado*, Req. 27 de fevereiro de 1934

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.A.2
- Parte 2, Capítulo 1, parágrafo IV.A

Honduras

Tribunal de Recursos, San Pedro Sula (Honduras), 11 de outubro de 2006

- Parte 1, Atividade 2

Índia

Superior Tribunal de Nova Déli, *WP (C) No. 2794 de 1989*, 13 de agosto de 2004

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.B.4

Superior Tribunal da Índia, *Vishaka e outros v. estado do Rajastão e outros*, 13 de agosto de 1997

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo II.A.2
- Parte 1, Atividade 2
- Parte 2, Capítulo 3, parágrafo III.A
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.4

Superior Tribunal da Índia, *Mackinnon Mackenzie v. Audrey D'Costa e outro*, 26 de março de 1987, No. 1265 de 1987

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.B.4
- Parte 3, Capítulo 2, Atividade 2

Israel

Tribunal Nacional do Trabalho, *Elite Israel Sweets e Chocolate Industry Ltd v. Lederman*, 5 de março de 1978

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.B.3

Tribunal Nacional do Trabalho, Israel, *Markovich, Leon v. Histadruth*, 1975, 6 P.D.A.

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.A.2.b

Tribunal Nacional do Trabalho, Israel, *El-Al Airlines v. Edna Hazin*, 1973

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.B.2 (nota de rodapé)

Itália

Tribunal de Primeira Instância de Milão, *AMSA v. Miglio*, 28 de março de 1990

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.A.1

Madagascar

Tribunal do Trabalho de Primeira Instância de Antsirabe, *Ramiaranjatovo Jean-Louis v. Fitasaboana Maso*, 7 de junho de 2004, No. 58

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.5
- Parte 3, Capítulo 2, Atividade 1

Superior Tribunal de Madagascar, *Dugain e outros v. Compagnie Air Madagascar*, 5 de setembro de 2003, Decisão No. 231

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo I.B.2 (nota de rodapé)
- Parte 2, Capítulo 2, parágrafo II.A.1.b.i
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.5

Nova Zelândia

Superior Tribunal da Nova Zelândia, *Van Gorkom v. Procurador-geral e outro*, 10 de fevereiro de 1977, [1977] 1 NZLR 535

- Parte 2, Capítulo 3, parágrafo II.A

Paraguai

Supremo Tribunal de Justiça do Paraguai, *Ação de inconstitucionalidade impetrada pela Central Unitaria de Trabajadores (CUT) e pela Central Nacional de Trabajadores (CNT) v. Decreto No. 16769 adotado pelo Executivo*, 23 de setembro de 2000, No. 35

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo IV
- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.A.3.b

Peru

Tribunal Constitucional, *Sindicato de trabajadores Toquepala e outros*, 17 de abril de 2006, Processo N° 4635-2004-AA/TC

- Parte 2, Capítulo 2, parágrafo III.B
- Parte 2, Capítulo 3, parágrafo II.C

Tribunal Constitucional, *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*, 16 de setembro de 2002, Processo No. 1124-2001-AA/TC

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.B.2

Tribunal Constitucional, *Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) v. Decisão da Quinta Câmara Cível do Superior Tribunal de Justiça de Lima*, 11 de novembro de 2002, declarando infundada uma ação que visava a manter decisões, Processo No. 0261-2003-AA/TC

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.B.4

Reino Unido

R. v. G (2003) UKHL 50 (2004), 1 AC 1034

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo III.B

Dunnachie v. Kingston upon Hull City Council, [2004] IRLR 287 (CA)

- Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.A.4 (nota de rodapé)

Reynold v. Times Newspaper Ltd (2001), 2 AC 127 (HL), 223B-D

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo III.B

Romênia

Tribunal de Primeira Instância, Brasov, *Sentina Civila*, 30 de março de 2001

- Parte 3, Capítulo 1, parágrafo II.A.3.b

Superior Tribunal Constitucional da Romênia, 25 de fevereiro de 1993, Decisão No. 6

- Parte 2, Capítulo 3, parágrafo II.B
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.4

Senegal

Superior Tribunal do Senegal, 29 de janeiro de 1975, Processo No. 39/73

- Parte 1, Capítulo 2, parágrafo II (nota de rodapé)

Trinidad e Tobago

Tribunal Industrial de Trinidad e Tobago, *Sindicato de Bancários e Trabalhadores Gerais v. Associação do Serviço Público de Trinidad e Tobago*, 27 de abril de 2001, No. 15, 2000

- Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.A.3

Tribunal Industrial de Trinidad e Tobago, *Sindicato de Bancários e Trabalhadores Gerais v. Home Mortgage Bank*, 3 de março de 1998, No. 140, 1997

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo III.B
- Parte 2, Capítulo 1, parágrafo III.B.2
- Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.A.2
- Parte 3, Capítulo 3, parágrafo II.A.3

Zimbábue

Tribunal de Relações Industriais, *Frederick Mwenye v. Textile Investment Company*, 8 de maio de 2001, No. LRT/MT/11/01

- Parte 1, Capítulo 1, parágrafo III.A
- Parte 2, Capítulo 3, parágrafo III.A
- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.4

Decisões internacionais

Superior Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Requerimento Nos. 55480/00 e 59330/00 relacionados com a restrição do emprego para alguns ex-agentes da KGB, 27 de julho de 2004

- Parte 2, Capítulo 2, parágrafo III.B

Tribunal Interamericano de Direitos Humanos

Baena Ricardo e outros, 2 de fevereiro de 2001

- Parte 2, Capítulo 2, parágrafo III.B

Superior Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

Andrea Francovich v. República Italiana, 19 de novembro de 1991, Processos Conjuntos C-6/90 e C-9/90

- Parte 2, Capítulo 1, parágrafo IV.B (nota de rodapé)

Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 13 de maio de 1986, C-170/84, ECR, 1607

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A.3 (nota de rodapé)

Tribunal Administrativo da OIT

Decisão No. 2120, 15 de julho de 2002

- Parte 3, Capítulo 2, parágrafo II.A