

# APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: possibilidade de combate à discriminação na relação de trabalho

Clarissa Felipe Cid

**Resumo:** O presente artigo analisará a possibilidade de combate à discriminação na relação de trabalho por meio da aplicação dos direitos humanos no âmbito interno do ordenamento jurídico brasileiro de acordo com o § 2º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para isso, serão abordados os direitos humanos, os sistemas regionais e o ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Relação de trabalho. Direitos humanos. Discriminação. Organização Internacional do Trabalho.

**Abstract:** This article will examine the possibility of non-discrimination in respect of employment through the implementation of human rights provisions within the Brazilian legal system according to § 2, art. 5 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. To this will be covered human rights, regional systems and the Brazilian legal system.

**Keywords:** Relationship work. Human rights. Discrimination. International Labour Organization.

## 1. Introdução

O trabalho pretende analisar a aplicação dos direitos humanos nas relações trabalhistas com a possibilidade de combate à discriminação. Para isso, será defendido que os direitos humanos podem ser aplicados diretamente no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o § 2º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Os direitos humanos são normas internacionais que regulam as atividades dos Estados nacionais. Nesse sentido, surge a discussão da natureza dos direitos humanos, ou seja, a eficácia desses direitos no âmbito interno dos países. Quando esses direitos passam a ser regulados internamente nos Estados, passam a ser considerados direitos fundamentais.

O texto constitucional, além de estabelecer os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão, afirma a possibilidade de direitos humanos serem aplicados com eficácia imediata nas relações horizontais (Estado-cidadão) e verticais (particular-particular).

Para abordar esse tema é necessário ter a compreensão da ordem inter-

nacional, para após adentrar no âmbito interno, no caso, no direito brasileiro. Na primeira parte, será abordada a noção de direitos humanos. Em seguida será examinado o modo como a norma constitucional converge com o movimento neopositivista ou neoconstitucionalista. Na sequência, será feita a análise do § 2º do art. 5º da CRFB de 1988. Por fim, será investigada a possibilidade de combate à discriminação nas relações trabalhista devido à aplicação dos direitos humanos no âmbito jurídico interno.

## 2. Os direitos humanos: conceito

Charles Beitz aborda os direitos humanos sob uma perspectiva positivista, ou seja, entende que os direitos humanos são aqueles expressamente previstos pelos organismos internacionais, como afirma no início da sua obra:

Esse livro é uma contribuição para ciência política dos direitos humanos. É estimulada por duas observações. A primeira é que os direitos humanos se tornaram uma prática internacional elaborada. Desde do final da Segunda Guerra Mundial, essa prática foi desenvolvida em várias *fronts*: em direito internacional, global e instituições regionais, as políticas estrangeiras (a maioria dos países democráticos liberais) dos Estados, e a atividade de diversos organismos internacionais não governamentais (ONGs) e redes. A prática tornou-se mais gritante desde o final da Guerra Fria conforme o escopo da doutrina dos direitos humanos foi estendido e os recursos humanos, políticos e materiais devotados para a proteção e propagação dos direitos humanos foram multiplicados. Participantes dessa prática tomam essas ideias morais com grande seriedade. Muitos a empregam. [...] a outra observação é que esse discurso e prática dos direitos humanos pode evocar um certo ceticismo mesmo para aqueles que admiram ideias motivacionais.<sup>1</sup>

Beitz entende que os direitos humanos estão inseridos em uma prática realizada pelos Estados nacionais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Além disso, essa prática sofre um forte ceticismo, no sentido de saber o que

---

1 Tradução Livre: "This book is a contribution to the political theory of human rights. It is stimulated by two observations. The first is that human rights has become an elaborate international practice. Since the end of World War II, this practice has developed on several fronts: in international law, in global and regional institutions, in the foreign policies of (mostly liberal democratic) states, and in the activities of a diverse and growing array of nongovernmental organizations (NGOs) and networks. The practice has become more conspicuous politically since the end of the Cold War as the scope of human rights doctrine has expanded and the human, political, and material resources devoted to the protection and advancement of human rights have multiplied. Participants in this practice take its central moral ideas with great seriousness. Many are empowered by them. Some risk their lives for them. Its beneficiaries and potential beneficiaries regard the practice as a source of hope. The other observation is that the discourse and practice of human rights can also evoke a disabling skepticism, even among those who admire its motivating ideas" (BEITZ, Charles. *The idea of human rights*. New York: Oxford, 2009. p. 1).

são direitos humanos (o que o autor já afirma se tratar de uma prática global). Como o objetivo é abordar os direitos humanos e sua existência, o ceticismo não será comentado.

Para Beitz a teoria moderna da prática desses direitos é sedimentada após a Segunda Guerra Mundial e a adoção em 1948 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH).<sup>2</sup> A partir dessas datas, os instrumentos e organismos existentes são considerados direitos humanos.

Esses documentos são: a própria Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), a Convenção Internacional de Direitos Políticos e Cívicos (CIDPC) e a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Codesc). Esses três são considerados por Beitz como “A Declaração Internacional dos Direitos”.<sup>3</sup>

Outras convenções também são consideradas de direitos humanos: a Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), de 1969; a Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1981; Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1987; a Convenção dos Direitos da Criança (1989); a Convenção para Prevenção e Punição ao Genocídio (1948); a Convenção Internacional contra o Apartheid (1975).

Esses blocos de convenções podem ser entendidos, portanto, como a prática dos direitos humanos. Isso implica também saber quais os direitos podem ser abarcados por essa prática. Entende-se, nessa perspectiva, que os direitos são: liberdade e segurança pessoal; civis e sociedade; políticos; econômicos, sociais e culturais; e direitos das pessoas.<sup>4</sup>

Essa perspectiva positivista ou prática, como o próprio Beitz afirma, engloba os direitos sociais, econômicos e culturais como direitos humanos. Isso é importante, pois a análise do artigo reside na aplicação desses direitos no âmbito interno brasileiro de forma direta, conforme o § 2º do art. 5º da CRFB.

Portanto, os direitos humanos são práticas desenvolvidas pelos organismos internacionais e agências não governamentais, com a finalidade de os Estados nacionais firmarem em âmbito interno os valores comentados acima. Além disso, essa prática é fruto dessas convenções e da Declaração Internacional de Direitos (a qual abarca as três já comentadas também). Dessa forma, eles influenciam Estados, como também os sistemas regionais de direitos humanos.

---

2 BEITZ, Charles. *The idea of human rights*. New York: Oxford, 2009. p. 1.

3 *Ibidem*, p. 26.

4 *Ibidem*, p. 27-28.

Os sistemas de direitos humanos serão analisados no próximo item, *en passant*, ressaltando apenas o sistema interamericano, do qual o Brasil faz parte.

## 2.1. Sistemas regionais de direitos humanos

Os sistemas regionais de direitos humanos são mecanismos de efetivação de direitos humanos a partir do conglomerado de países. Atualmente, existem três sistemas: o europeu, o interamericano e o africano. Como é analisado pela Flávia Piovesan:

Ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções Internacionais com instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas interamericanos, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.<sup>5</sup>

O objetivo do artigo não é analisar esses sistemas exaustivamente, mas sim apenas apontar as principais características e suas histórias. O sistema interamericano, por ser aquele no qual o Brasil está inserido, será tratado em tópico apartado.

O sistema europeu de direitos humanos é o mais antigo, e, conforme Piovesan, “é o mais consolidado e amadurecido, exercendo forte influência sobre os demais – os sistemas interamericanos e africano”.<sup>6</sup>

Esse sistema de direitos humanos é o que mais judicializa os direitos humanos, irradiando as decisões aos Estados-membros. A Convenção da União Europeia estabelece dois órgãos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>7</sup>

O órgão importante para esse sistema é a Corte Europeia de Direitos Humanos, pois ela possui competência consultiva e contenciosa. A competência consultiva, de acordo com o art. 47<sup>8</sup> da Convenção, é relacionada à interpre-

---

5 PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano 2, v. 2, n. 1, 2008.

6 Idem. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

7 Ibidem, p. 111.

8 “Opiniões Consultivas: 1. A pedido do Comitê de Ministros, a Corte pode emitir opiniões consultivas sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

tação da Convenção e dos protocolos que efetivam os artigos da Convenção. Já a competência contenciosa da Corte torna “as decisões [...] judicialmente vinculantes”, com “natureza declaratória”.<sup>9</sup>

A competência contenciosa diferencia esse sistema dos demais com a possibilidade de as pessoas acessarem a Corte, ou seja, elas têm o *locus standi* perante a Corte, de acordo com o art. 34<sup>10</sup> da Convenção e as regras de acesso do art. 35<sup>11</sup>.

Ao apreciar a petição, a Corte realiza, preliminarmente, um juízo de admissibilidade, no sentido de avaliar se os requisitos previstos no artigo 35 da Convenção encontram-se preenchidos. Nos termos do artigo 35 da Convenção, a petição deve respeitar os seguintes requisitos da admissibilidade: a) esgotamento prévio dos recursos internos; b) observância do prazo de 6 meses, a contar da data da decisão definitiva; c) não ser anônima; d) inexistência de litispendência internacional; e) não ser manifestamente infundada; e f) não constituir um abuso de direito de petição. Além disso, o Estado denunciado como violador deve ser parte da Convenção.<sup>12</sup>

O diferencial desse sistema, portanto, é a possibilidade de qualquer pessoa ter acesso à Corte Europeia de Direitos Humanos. Já o sistema africano de Direitos Humanos é implantado na década de 1980, com a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, a qual passa a vigorar em 1986. Conforme

---

2. Tais opiniões não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas à Corte ou ao Comitê de Ministros. 3. A decisão do Comitê de Ministros de solicitar um parecer ao Tribunal será tomada por voto majoritário dos seus membros titulares.”

9 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.116.

10 “Petições Individuais: a Corte pode receber petições de qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratantes dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.”

11 “Condições de admissibilidade: 1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitivo 2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no art. 34 se tal petição: a) For anônima; b) For, no essencial idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver fatos novos; 3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do art. 34 sempre que considerar que tal petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus protocolos, manifestamente mal fundada ou tem caráter abusivo. 4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.”

12 PIOVESAN, op. cit., p. 117.

## Piovesan:

A recente história do sistema regional africano revela, sobretudo, a singularidade e a complexidade do continente africano, a luta pelo processo de descolonização, pelo direito de autodeterminação dos povos e pelo respeito às diversidades culturais. Revela, ainda, o desafio de enfrentar graves e sistemáticas violações aos direitos humanos.<sup>13</sup>

O interessante desse sistema regional é a linguagem da Carta de Direitos Humanos, o que é percebido no seu preâmbulo. Há quatro aspectos:

O primeiro deles é a atenção conferida às tradições históricas e aos valores da civilização africana. São essas tradições e valores culturais que caracterizarão e inspirarão a Carta Africana. [...] Relacionada a esse primeiro aspecto, advém a gramática dos “direitos dos povos”, que, no dizer do preâmbulo, devem necessariamente garantir os direitos humanos. Diversamente dos demais instrumentos de proteção, em especial a Convenção Europeia e a Convenção Americana, a Carta Africana adota uma perspectiva coletivista, que empresta ênfase aos direitos dos povos. É a partir dessa perspectiva que se transita ao indivíduo. [...]. Isso aponta ao terceiro aspecto da Carta, que é exatamente a previsão não apenas de direitos civis e políticos, mas de direitos econômicos, sociais e culturais. [...]. Por fim, o quarto aspecto a ser destacado refere-se à concepção de deveres, na medida em que o preâmbulo da Carta afirma que o “gozo dos direitos e liberdades implica o cumprimento dos deveres de cada um”.<sup>14</sup>

O texto que regulamenta os direitos humanos no sistema africano é estruturado em três partes: direitos e deveres; medidas de salvaguarda dos direitos previstos; disposições diversas. O que chama a atenção nesse sistema é a ideia do coletivo sobrepondo-se ao individual.

Passa-se ao próximo item, com a finalidade de analisar o sistema regional de direitos humanos interamericano.

### 2.1.1 Sistema regional de direitos humanos interamericano

O sistema regional de direitos humanos interamericano abarca os países latino-americanos. Esses países ao longo da sua história sofreram com violações de direitos humanos, como também estavam sob ditaduras militares. Segundo Piovesan:

[...] A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes auto-

13 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 189.

14 *Ibidem*, p. 192.

ritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período ditatorial e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares, na década de 1980, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados da região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados, sob as marcas das execuções sumárias: dos desaparecimentos forçados; das torturas sistemáticas; das prisões ilegais e arbitrárias; das perseguições político-ideológicas; e da abolição das liberdades de expressão, reunião e associação.<sup>15</sup>

O sistema interamericano de direitos humanos é dividido em dois: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O instrumento mais importante desse sistema é a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Ela foi assinada em 1969, na cidade de San José, na Costa Rica; no entanto, sua entrada em vigor ocorreu em 1978. Piovesan afirma:

Substancialmente, a Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tal como ocorre com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. [...] A Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas, nos termos do artigo 26 da Convenção. Posteriormente, 1998, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um protocolo Adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em novembro de 1999, quando do depósito de 11º instrumento de ratificação, nos termos do artigo 21 do Protocolo.<sup>16</sup>

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como funções: promover a observância e proteção dos direitos humanos na América; examinar comunicações enviadas por indivíduos ou grupos que façam denúncia de violação a direitos consagrados pela Convenção, conforme os arts. 44 e 41 da Convenção.

É possível peticionar à Comissão; para isso, são estabelecidos requisitos de admissibilidade: “A petição, tal como no sistema europeu, deve responder a

15 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

16 *Ibidem*, p. 128.

determinados requisitos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos internos – salvo no caso de injustificada demora processual, ou no caso de a legislação doméstica não prover o devido processo legal”.<sup>17</sup>

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão jurisdicional do sistema regional de direitos humanos, composta por sete juízes nacionais de Estados-membros da OEA. A Corte, como a europeia, também tem funções consultiva e jurisdicional. Conforme Piovesan:

No plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos aplicável aos Estados americanos. A Corte ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o ‘controle da convencionalidade das leis’. Ressalta-se que a Corte não efetua uma interpretação estática dos direitos humanos enunciados na Convenção Americana, mas, tal como a Corte Europeia, realiza interpretação dinâmica e evolutiva, considerando o contexto temporal e as transformações sociais, o que permite a expansão de direitos.<sup>18</sup>

Na parte contenciosa da Corte, a competência para julgamento só abarca Estados-partes da Convenção que reconheçam a jurisdição, conforme art. 62 da Convenção. Diferente da Corte Europeia, não há possibilidade de particulares demandarem direto na Corte Interamericana. Piovesan informa:

Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.<sup>19</sup>

Essas informações são importantes, pois a influência dos sistemas regionais de direitos humanos irradia seus direitos aos Estados nacionais. Essa é uma ideia também de controle de convencionalidade, pois permite que decisões e direitos assegurados nas convenções internacionais possam ser parâmetro de controle de leis nos Estados nacionais. O texto constitucional de 1988 estabelece que haja aplicação de direitos humanos em âmbito jurídico interno, de acordo com o § 2º do art. 5º da CRFB.

---

17 Ibidem, p. 134.

18 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 140.

19 Ibidem, p. 145.

### 3. Neoconstitucionalismo ou neopositivismo

Os termos neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo serão adotados como sinônimos do mesmo movimento constitucional. Esse movimento do neoconstitucionalismo é visualizado em países latinos, como Itália, Espanha, México, Colômbia e Brasil com o texto constitucional de 1988. A partir disso há uma pluralidade de doutrinas e autores que fundamentam essa fase constitucional atual.<sup>20</sup>

A Constituição, como documento formal, é recente, datada do século XVII, tendo surgido como um documento que tem como finalidade organizar e limitar o poder estatal. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o *Bill of Rights* foram documentos que estabeleceram os primeiros direitos, os direitos de primeira dimensão, como os direitos de liberdade e garantias individuais. A Constituição era apenas um texto formal em que se estabeleciam a organização e os limites do Estado. Os códigos eram as principais leis desse momento, como mecanismo de regulamentação entre os particulares.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi considerada como um marco desses novos textos constitucionais, pois é a partir dessa data que se pode falar em direitos humanos. Esses direitos têm como finalidade proteger o núcleo da dignidade da pessoa humana. Além disso, organismos internacionais começaram a crescer política e economicamente no âmbito internacional. Isso fortaleceu as relações internacionais entre os Estados-nações, que passaram assim a constitucionalizar os direitos humanos no ordenamento jurídico interno, tornando-os direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Os direitos humanos estão inseridos em uma esfera internacional em que os Estados não possuem interferência em negociá-los. Essa perspectiva dos direitos faz com que os Estados-nações repensem temas como a soberania e os indivíduos como sujeitos de direito universais:

1. a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção

20 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, p. 1-31, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2013.

21 PIOVENSAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 833, n. 94, p. 41-54, mar. 2005.

ção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal); 2. a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.<sup>22</sup>

Após as grandes guerras, particularmente a partir da década de 1960, o neoconstitucionalismo passa ser um movimento efetivo nas novas Constituições dos países latinos. Essas novas Constituições não se limitam a organizar o poder estatal, mas também possuem altos níveis de normas materiais ou substantivas, em que forcem a atuação do Estado para alcançar determinados fins e objetivos.<sup>23</sup>

A nomenclatura neoconstitucionalismo foi utilizada apenas no final da década de 1990 para descrever e explicar as mudanças que se realizaram nos sistemas jurídicos ibero-americanos desde a década de 1970, sendo progressivamente estendida institucional e doutrinariamente.<sup>24</sup> Suzanna Pozzolo afirma que o termo neoconstitucionalismo “foi originalmente criado para identificar uma perspectiva jusfilosófica que se coloca como intermediária entre positivismo jurídico e jusnaturalismo: doutrinas das quais o neoconstitucionalismo teria, por assim dizer, eliminado os defeitos e reunidos os méritos”.<sup>25</sup>

O direito buscou em outras áreas disciplinares, como a filosofia do direito, o enriquecimento do debate sobre o próprio direito. Desde então, o ordenamento jurídico do Estado contemporâneo introduziu uma fonte de direito, a Constituição. Além de ela ser a fonte principal, também possuía características próprias para assegurar seus valores, como a rigidez. Esse Estado passa a chamar-se Estado constitucional, que vem a demonstrar a incapacidade do positivismo, sendo uma reaproximação com a moral. Isso faz com que o direito então busque novas ferramentas de interpretação.<sup>26</sup>

No direito constitucional norte-americano há o debate sobre o neoconstitucionalismo, sendo que a discussão se volta ao entrenchamento dos direitos fundamentais e a hermenêutica do texto constitucional americano. Já no direito alemão a discussão se refere à aplicação/compreensão da Constituição alemã.

---

22 Ibidem, p. 41-54.

23 CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-12.

24 JARAMILLO, Leonardo García. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Trotta: Madrid, 2010. p. 208-246.

25 POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, n. 7, p. 231-254, jan./jun. 2006.

26 PINO, Giorgio. Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale. *Analisi e Diritto: ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, p. 203-207, 1998.

O termo foi cunhado pelo direito latino, especificamente na Espanha e na Itália<sup>27</sup>:

*El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina ( particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente llevará todavía algunos años.*<sup>28</sup>

Por isso, pode-se dizer que o fenômeno do neoconstitucionalismo é heterogêneo, isso porque os adeptos dessa corrente buscam em outros juristas embasamento teórico para fundamentar as teses que o qualificam. Autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino são definidos como neoconstitucionalistas. Entretanto, em nenhum momento os autores referenciados afirmam defender essa corrente nova do constitucionalismo.<sup>29</sup>

No neoconstitucionalismo há um tipo de Estado constitucional de direito com alto conteúdo ideológico na medida em que adota o modelo axiológico da Constituição como norma diretamente aplicável no lugar de regras que condicionam a elaboração e expedição de outras regras de menor hierarquia. Essa concepção implicou uma virada do modelo institucional, assim como na forma de organização política que se conhecia na história.

Os textos constitucionais, no constitucionalismo contemporâneo<sup>30</sup>, são abertos, dotados de elevada carga axiológica e tendo a dignidade da pessoa

---

27 SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <[www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/0-neoconstitucional-br.pdf](http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/0-neoconstitucional-br.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

28 CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. cap. 4, p. 153-164.

29 Ibidem, p. 1-43.

30 “Se o constitucionalismo contemporâneo – que chega ao Brasil apenas ao longo da década de 90 do século XX – estabelece um novo paradigma, ou proporciona as bases para a introdução de um novo –, o que impressiona, fundamentalmente, é a permanência das velhas formas de interpretar e aplicar o direito, o que pode ser facilmente percebido pelos Códigos ainda vigentes (embora de validade constitucional duvidosa em grande parte). Em tempos de intersubjetividade (refiro-me à transição da prevalência do esquema sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito), parcela considerável de juristas ainda trabalha com os modelos (liberais-individualistas) ‘Caio’, ‘Tício’ e ‘Mévio’...” (STRECK, Lenio. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145>>. Acesso em: 27 fev. 2015).

humana como ponto referencial para a construção dos direitos fundamentais.<sup>31</sup> Luigi Ferrajoli afirma:

*Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y democracia, el Estado constitucional de derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado legislativo de derecho: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía.<sup>32</sup>*

No neoconstitucionalismo, a Constituição é uma fonte que as três funções estatais devem respeitar e implementar. Como Ferrajoli afirma, os direitos fundamentais estabelecidos nessas Constituições são programas normativos para o futuro:

*En el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspect, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en Segundo lugar frente a todos los poderes privados; en tercer lugar a todos niveles, no solo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.<sup>33</sup>*

O neoconstitucionalismo pode ser analisado sob três perspectivas. A primeira é sobre os textos constitucionais. Como já comentado, a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos nos textos constitucionais pós-guerra

31 PIOVENSAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 833 n. 94, p. 41-54, mar. 2005.

32 FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-89.

33 *Ibidem*, p. 71-89.

fez com que houvesse normas substantivas a condicionar todos para determinados fins e objetivos:

*El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas – materiales – o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.<sup>34</sup>*

A característica do Estado constitucional é a introdução de uma Constituição escrita e rígida, a qual possibilita o controle de constitucionalidade, ou seja, a lei infraconstitucional deve estar conforme o texto constitucional. Já a rigidez da Constituição é importante para o neoconstitucionalismo: “*L’invenzione della rigidità della costituzione è uno dei punti di maggiore interesse della storia giuridica del nostro secolo, ed è stata paragonata ad una rivoluzione, ad un cambiamento di paradigma nel senso kuhniano nel modo di concepire il diritto*”.<sup>35</sup> Isso porque, para que haja modificação do texto constitucional, deve haver um procedimento especial.

A segunda perspectiva é referente às instituições públicas, principalmente as funções estatais, como o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A função mais exigida é a do Judiciário, o qual se torna o caminho a ser percorrido para a efetivação dos direitos fundamentais. Como afirma Miguel Carbonell:

*los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. [...] en el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución – invasora – o entrometida –, también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.<sup>36</sup>*

34 CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. cap. 4, p. 153-164.

35 PINO, Giorgio. Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale. *Analisi e Diritto: ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino, p. 203-207, 1998.

36 CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 153-164.

A terceira perspectiva está relacionada com a segunda, pois se faz necessário o surgimento de novas teorias para explicar o constitucionalismo contemporâneo. Por isso, autores que não se denominam neoconstitucionalistas têm suas ideias apropriadas para explicá-lo.

Susanna Pozzolo, no artigo “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, estabelece as seguintes características: a) princípios em vez de regras; b) ponderação em vez da subsunção; c) Constituição versus independência do legislador; d) juízes *versus* liberdade do legislador.<sup>37</sup>

### 3.1 Constituição de 1988: movimento neopositivista/neoconstitucionalista

O neoconstitucionalismo, no Brasil, chega tardiamente, já que “[...] na cultura jurídica brasileira de até então, as Constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas de meras fachadas”.<sup>38</sup>

O período anterior à Constituição de 1988 foi marcado por várias instabilidades políticas, econômicas e jurídicas. Por um período de 20 anos, o Brasil vivenciou uma ditadura militar, em que os direitos civis foram suspensos sob justificativa de proteção da segurança nacional.

Os primeiros sinais de uma abertura política do Brasil ocorreram com a Lei de Anistia, em 1979. Após esse evento, começaram os movimentos das “diretas já”, com os quais se possibilitou a discussão da reabertura democrática na ordem política brasileira. A Constituição vigente seria então o texto de 1967 com o AI-5, um novo texto constitucional que restringia as liberdades individuais.

Assim, com a possibilidade de uma nova ordem democrática, um novo texto constitucional ensaiava o surgimento. Foi apresentada então a Emenda Constitucional n. 26 em 27 de novembro de 1985, com a finalidade de reunir uma Assembleia Constituinte.<sup>39</sup> Conforme Daniel Sarmento, foi expressão autêntica de um poder constituinte originário:

A convocação da Assembleia Constituinte por Emenda Constitucional levou alguns juristas e políticos da época a defenderem a tese de que ela não corresponderia ao exercício de autêntico poder constituinte originário, mas sim de um

---

37 POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142012.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

38 SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <[www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/0-neoconstitucional-br.pdf](http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/0-neoconstitucional-br.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

39 SARMENTO, Daniel. 21 anos da constituição de 1988: a assembleia constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. *Revista de Direito Público*, ano 7, n. 30, p. 7-41, nov.-dez. 2009.

poder derivado e, como tal, limitado pela norma que o convocara. Contudo, este posicionamento, francamente minoritário na doutrina, é absolutamente incorreto. A Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade. Este repousava, presente na sociedade brasileira, e evidenciada em movimentos como o das Diretas Já, de romper com o passado de autoritarismo, e fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas [...]. Esta era a verdadeira fonte de autoridade da Assembleia Constituinte, e não a Emenda Constitucional nº 26.<sup>40</sup>

Há uma preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais e os valores democráticos, como a vontade de mudar as perspectivas das relações políticas, sociais e econômicas. O valor basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro é a dignidade da pessoa humana.<sup>41</sup>

A dignidade da pessoa humana é um valor sedimentado e seguido por várias normas internacionais, sendo incluída no ordenamento jurídico brasileiro na CRFB de 1988. Importante ressaltar que essa percepção da dignidade da pessoa humana faz com que haja a concepção do ser humano, não reduzindo o homem a objeto.<sup>42</sup> Além disso, a dignidade da pessoa humana está presente como núcleo de muitos direitos fundamentais. Então, ao realizar um direito fundamental, há proteção da dignidade. De acordo com Ingo Sarlet, pode-se conceituar dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>43</sup>

A dignidade da pessoa humana vai repercutir em todo o direito constitucional, já que vai irradiar para todo o ordenamento a proteção dos direitos fundamentais. Isso não se restringirá só às normas constitucionais, mas também às infralegais. Da mesma forma, as matérias antes instituídas por leis passam a es-

---

40 Ibidem, p. 7-41.

41 Ibidem, p. 7-41.

42 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: constituição federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

43 Ibidem, p. 70.

tar inseridas no próprio texto constitucional, possibilitando sua aplicação direta.

Uma das características do texto constitucional brasileiro é que é um texto longo e analítico, pois incorpora várias matérias e também as detalha, o que para um texto constitucional é incomum.<sup>44</sup> A CRFB de 1988 possui normas materiais constitucionais, como os direitos fundamentais, e também formais. Ademais, há um rol extenso de direitos fundamentais, englobando os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Esse rol ainda permite a existência de direitos fundamentais implícitos, o que aumenta muito mais a proteção do cidadão diante do Estado e entre particulares. A dignidade da pessoa humana, novamente, é um mecanismo para esses direitos fundamentais, pois permite abertura e atualização do catálogo dos direitos constitucionais, muito embora não seja núcleo de todos. De acordo com Sarlet:

O que importa frisar, neste contexto, é que embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição Brasileira, que nem todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais, orientando – tal como aponta Jorge Reis Novais – inclusive as possibilidades de abertura e atualização do catálogo constitucional de direitos [...].<sup>45</sup>

Outra característica do texto constitucional brasileiro é que não há somente uma ideologia representada, mas a demonstração do pluralismo social existente na sociedade brasileira.<sup>46</sup> A CRFB também é dirigente ou programática, como característica das Constituições fundadas pós-guerra. Isto é, ela não se contenta em estabelecer os direitos fundamentais de liberdade e limitar o exercício dos poderes estatais, mas também estabelece “metas, objetivos, programas e tarefas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, no sentido de alteração do status perseguidos pelo Estado e pela sociedade, no sentido de alteração do *status quo*”.<sup>47</sup> José Luiz Quadros de Magalhães afirma:

---

44 SARMENTO, Daniel. 21 anos da constituição de 1988: a assembleia constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. *Revista de Direito Público*, ano 7, n. 30, p. 7-41, nov.-dez. 2009.

45 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: constituição federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90.

46 SARMENTO, op. cit., p. 7-41.

47 Ibidem, p. 7-41.

A Constituição de 1988, um texto extenso e programático, trouxe inúmeros ‘vínculos ao legislador’, no bojo de grandes esperanças, pois que não apenas tentou prever exaustivamente direitos individuais e políticos, mas também foi exaustiva em tratar de direitos sociais, econômicos e culturais. Se o primeiro grupo já possui seus próprios desafios, o segundo envolve pesados investimentos públicos e políticas de (re)distribuição de renda, nem sempre compatíveis com a ‘reserva do possível’.<sup>48</sup>

O texto constitucional brasileiro é visto como uma maneira de transformar a sociedade, de resguardar efetivamente o cidadão dos arbítrios do Estado. Conforme Konrad Hesse:

[...] a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-se ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Willie zur Verfassung).<sup>49</sup>

Com base no neoconstitucionalismo, o direito constitucional brasileiro possui as seguintes características: princípios em vez de regras; sopesamento em vez de subsunção; prevalência do caso concreto em vez da generalidade; o panprincipiologismo; banalização da dignidade da pessoa humana; o fortalecimento do poder judiciário com as suas duas vertentes, o ativismo e a judicialização do direito.

Portanto, ao analisar as características do texto constitucional brasileiro e as do neoconstitucionalismo no Brasil, pode-se dizer que a Constituição, como já comentado, é fonte primordial do ordenamento jurídico brasileiro. Isso

48 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de teoria da constituição: a dinâmica constitucional no estado democrático de direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro Elsevier, 2012. p. 101-125.

49 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 10.

repercute na aplicação dos direitos humanos como forma de combater a discriminação.

### **3.2 A aplicação direta dos direitos humanos no âmbito jurídico interno: § 2º do art. 5º da CRFB**

O tópico visa analisar a possibilidade da aplicação direta dos direitos humanos no âmbito jurídico interno. Essa análise restringe-se ao § 2º do art. 5º do texto constitucional. Essa norma possibilita que direitos humanos possam ser aplicados como normas constitucionais materiais pelos legisladores, juízes e agentes administrativos.

Além disso, deve-se atentar que a Emenda Constitucional (EC) n. 45, conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, adicionou o § 3º ao art. 5º do texto constitucional. Esse artigo estabelece um procedimento de emenda constitucional para instituir tratados referentes aos direitos humanos, como direitos fundamentais formais.

Para analisar isso melhor, este item será subdividido em dois: análise do posicionamento do STF em relação aos direitos humanos e sua aplicação no direito interno; e o posicionamento da doutrina contemporânea de direitos humanos, como Flávia Piovesan, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Cançado Trindade etc.

#### **3.2.1 Posição do Supremo Tribunal Federal em relação à proteção dos direitos humanos no Brasil**

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão no Brasil responsável pelo controle do ordenamento jurídico brasileiro. Como já afirmado, no neoconstitucionalismo a Constituição passa a ser fonte formal e material de direito, irradiando a suas normas para leis infralegais. O STF, nesse sentido, é também responsável pelo controle das normas infraconstitucionais de acordo com o texto constitucional.

A CFRB de 1988 é fruto de um período de redemocratização do país; logo, percebe-se que os direitos humanos são firmados como uma prática no direito interno a partir desse período, em que começa a haver por parte do país a adesão a tratados internacionais de direitos humanos. Esse entendimento é o mesmo de Piovesan:

No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de de-

mocratização do país, deflagrado em 1985, é que o estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados de direitos humanos. [...]

[...] acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Esse esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. [...]

Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, por meio da ampliação e do reforço do universo de direitos por ele assegurado.<sup>50</sup>

O STF, ao longo da sua existência como tribunal superior, construiu mais de um entendimento referente à aplicação de tratados de direitos humanos no âmbito interno. Pode-se dividir em quatro períodos a análise: a) até 1977; b) de 1977 a 1995; c) de 1995 a 2008; d) de 2008 até o presente momento.<sup>51</sup>

A decisão proferida pelo STF em 2008 rompe com o entendimento pacificado no tribunal por mais de 30 anos. De acordo com Piovesan: “A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 rompe com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que desde 1977, por mais de três décadas, parificava os tratados internacionais às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força normativa dos tratados internacionais”.<sup>52</sup>

Sabe-se que até 1977 o entendimento dominante nos precedentes judiciais é da consagração do direito internacional. Já em 1977, há o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 pelo STF, em que foram equiparados juridicamente tratado e lei federal. Esse julgado tinha como ministro relator Cunha Peixoto, e a discussão era em relação ao Tratado de Genebra sobre a necessidade de aplicação de leis uniformes sobre câmbio e letra de câmbio.

A decisão, na verdade, não aborda tratados de direitos humanos, mas sim tratados internacionais que procuram uniformizar determinadas situações. Afirma o relator sobre essa equiparação entre lei federal e tratado internacional: “como Adroaldo Mesquita da Costa e Filadolfo Azevedo, penso que a promulgação dá ao tratado força de lei, mas deles divergindo, não lhe

50 PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano 2, v. 2, n. 1, 2008.

51 Disponível em: <[http://refodereito.blogspot.com.br/2014\\_10\\_01\\_archive.html](http://refodereito.blogspot.com.br/2014_10_01_archive.html)>. Acesso em: 25 fev. 2015.

52 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

deu força constitucional”.<sup>53</sup> Valério Mazuoli explica melhor esse entendimento do STF:

A prevalência de certas normas de direito interno sobre as de direito internacional decorre de primados do próprio STF, com base na *especialidade* das leis no sistema jurídico constitucional. Aliás, mesmo antes da Constituição de 1988, o STF já tinha se pronunciado a respeito, a propósito da Convenção de Genebra da Lei Uniforme sobre Cheques, por votação unânime, em 4.8.1971, no RE n. 71.154-PR, de que foi relator o Min. Oswaldo Trigueiro, no sentido de que ‘não é razoável que a validade dos tratados fique condicionada à dupla manifestação do Congresso Nacional, exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu’. Isto é, não se exige, além da aprovação do tratado, a edição de um segundo diploma legal específico que reproduza as normas modificadoras.<sup>54</sup>

Em 1995, o STF decide via Habeas Corpus (HC) n. 72.131 que, à luz da CRFB de 1988, permanece a teoria de paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Como explica Mazzuoli:

Segundo o entendimento da Suprema Corte, qualquer tratado internacional que seja, desde que ratificado pelo Brasil, passa a fazer parte do nosso direito interno, no âmbito da legislação ordinária. Esta, como é sabido, não tem força nenhuma para mudar o texto constitucional. Isso porque a Carta Magna, como expressão máxima da soberania nacional, como diz o Supremo Tribunal Federal, está acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com ela conflite. Não havendo na Constituição garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacional sobre o direito interno brasileiro, deve ser garantida a autoridade da norma mais recente, pois é *paritário* (repete-se segundo o STF) o tratamento brasileiro, dado às normas de direito internacional, o que faz operar em favor delas, neste caso, a regra *lex posterior derogat priori*.<sup>55</sup>

Em 2008 a decisão proferida no RE n. 466.343 confere aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada: os tratados de direitos humanos são leis supralegais, ou seja, estão acima das leis infraconstitucionais e abaixo do texto constitucional. Piovesan diz:

[...] d) à decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce

---

53 RE n. 80.004.

54 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 53, p. 233-247, jun. 2000.

55 *Ibidem*.

às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a majoritária.

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.<sup>56</sup>

Essa análise sobre o posicionamento do STF em relação aos tratados de direitos humanos é importante para a doutrina. No entanto, o objetivo deste trabalho é firmar o entendimento de que o texto constitucional de 1988 possibilita aplicar a prática dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, com valor de emenda constitucional.

### 3.2.2 Doutrina contemporânea: aplicação direta dos direitos humanos no âmbito jurídico interno

O texto constitucional de 1988, como já comentado, é reflexo dessas mudanças internacionais decorridas após as duas guerras mundiais, como também de mudanças políticas, sociais e econômicas no próprio país, firmando uma teoria geral de direitos fundamentais.

Essa teoria está prevista nos parágrafos do artigo 5º da CRFB, como é explicado por Piovesan:

[...] Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição 'não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.<sup>57</sup>

56 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

57 PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano 2, v. 2, n. 1, 2008.

O § 2º também faz parte dessa teoria de direitos fundamentais exposta no texto constitucional, afirmando a possibilidade da aplicação direta de direitos humanos no âmbito interno.

Mais recentemente, no final de 2004, a EC n. 45 adicionou o § 3º ao art. 5º da CRFB, em que estabelece um procedimento especial para que os tratados de direitos humanos possam ser considerados inseridos como normas constitucionais.

O objetivo do trabalho não é apontar dissonâncias na doutrina ou na jurisprudência, mas sim indicar, no pensamento contemporâneo sobre direitos humanos, doutrinas que afirmam que os tratados de direitos humanos podem ser considerados normas constitucionais materiais de acordo com § 2º do art. 5º da CRFB.

O STF, em 2008, surpreende com o posicionamento de que tratados de direitos humanos são normas supralegais, revelando importância a esses direitos. Mas a doutrina, principalmente, está de acordo com uma análise sistemática do texto constitucional afirmando que, sim, os tratados de direitos humanos são normas materiais constitucionais, sendo o § 3º do art. 5º mera formalidade:

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por esse trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade da pessoa humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.<sup>58</sup>

Valério Mazzuoli em 2000 já afirmava isso, demonstrando a necessidade de fazer uma construção sistemática entre o art. 5º, §§ 1º e 2º, art. 1º, inciso III, e art. 4º, inciso II, do texto constitucional:

O que ocorre é que o citado § 2º da artigo 5º da Constituição Federal, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente *aberto*, pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição de outros direitos e garantias provenientes de tratados, revelando o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. De

---

58 Ibidem.

forma que a cláusula do § 2º do artigo 5º da Carta da República está a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico interno brasileiro em nível constitucional, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal. Os tratados internacionais de direitos humanos, por isso têm o que chamamos de *efeito* aditivo, pois adicionam direito ao texto constitucional, através da cláusula do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Em artigo mais recente, esse jurista faz análise sob a ótica do § 3º do art. 5º da CRFB:

Segundo o nosso entendimento, o § 3º do art. 5º da Constituição, acima transcrito, não retira o *status* de norma constitucional que os tratados de direitos humanos já têm em razão do § 2º do mesmo dispositivo constitucional. Para nós, o que o § 3º do art. 5º da Carta de 1988 faz é, simplesmente, permitir que, além de materialmente constitucionais, os direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil sejam, também, *formalmente constitucionais*.<sup>59</sup>

As normas da OIT, no âmbito interno brasileiro, podem ser ferramentas para o combate à discriminação na relação de trabalho, devido à abertura que o texto constitucional firma em seu art. 5º, § 2º.

#### 4. Direitos humanos dos trabalhadores

Luciane Barzotto, ao definir os direitos humanos dos trabalhadores, o faz sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, a qual ela afirma que é núcleo para a interpretação de todos os princípios e direitos fundamentais: “a dignidade da pessoa humana se expressa na noção de que o ser humano é sempre um valor em si e por si, e exige ser considerado e tratado como tal, e nunca ser considerado e tratado como objeto que se usa, um instrumento, uma coisa”.<sup>60</sup>

Além disso, é um direito subjetivo, o que permite que em um determinado ordenamento jurídico estatal possa haver o reconhecimento dos direitos subjetivos.<sup>61</sup> A autora ainda qualifica os direitos humanos dos tra-

59 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista TST*, Brasília, v. 79, n. 3, p. 233-254, jul./set. 2013.

60 BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20.

61 *Ibidem*, p. 22.

balhadores como necessidades; ou seja, a partir de circunstâncias sociais, necessidades humanas, o trabalho é uma necessidade básica, pois através de sua existência e realização poderá concretizar outras dimensões da vida humana.

Por fim, caracteriza os direitos humanos como princípios que possibilitam aos Estados que aderem a eles adaptá-los para realidades nacionais e locais.<sup>62</sup> Essa adaptabilidade é possível no âmbito nacional em razão do art. 5º, § 2º, do texto constitucional.

#### 4.1 Organização Internacional do Trabalho (OIT)

O objetivo do artigo não é o enfoque histórico da OIT, mas sim demonstrar a aplicação de direitos humanos nas relações trabalhistas. A OIT é o órgão internacional mais importante para o direito do trabalho, pois regulamenta as mais variadas formas de prestação de trabalho.

Entretanto, é importante contextualizar que a OIT foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, baseada no fundamento da justiça social. Tem uma estrutura tripartite, ou seja, é composta por representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores. A organização tem como responsabilidade formular e aplicar normas internacionais de direito do trabalho (convenções e recomendações<sup>63</sup>).<sup>64</sup>

Em 1944, os delegados da Conferência Internacional do Trabalho adotaram a Declaração de Filadélfia, que, anexa a sua Constituição, constitui a carta de princípios e objetivos da OIT. Em seu preâmbulo, afirma que o princípio da paz permanente é baseado na justiça social. Depois, estabelece quatro ideias fundamentais, que constituem valores e princípios básicos da OIT: o trabalho deve ser fonte de dignidade; o trabalho não é mercadoria; a pobreza é uma ameaça à prosperidade de todos; e todos os seres humanos têm o direito de

---

62 Ibidem, p. 30.

63 Recomendações tem caráter de comentário, interpretativo e integrativo às convenções, também como fonte de direito internacional, dependente, ou não, da convenção (BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores*: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 90).

64 Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/história>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

perseguir o seu bem-estar material em condições de liberdade e dignidade.<sup>65,66</sup>

Em 1946 a OIT se transforma na primeira agência especializada da Organização das Nações Unidas.<sup>67</sup>

As convenções, uma vez ratificadas, por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. Elas não são obrigatórias em razão da soberania existente em cada país. Entretanto, quando um país ingressa na OIT, adere à sua Constituição, tendo a obrigação formal de submeter toda convenção, no prazo máximo de 18 meses de sua vigência internacional, à autoridade nacional competente para sua aprovação<sup>68</sup> (art. 19, § 5º, da Constituição da OIT).<sup>69</sup>

As convenções aprovadas pela conferência são como tratados multilaterais abertos, classificados como tratados-leis, porque formulam regras ou princípios, de ordem geral, destinados a reger certas relações internacionais.<sup>70</sup>

65 Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Preâmbulo: "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 no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio 'para igual trabalho, mesmo salário', à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; 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. As altas partes contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho" (Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2015).

66 Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/história>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

67 Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/história>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

68 MARTINS, Sergio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 143.

69 "Se a Conferência pronunciar-se pela aceitação de propostas relativas a um assunto na sua ordem do dia, deverá decidir se essas propostas tomarão a forma: a) de uma convenção internacional; b) de uma recomendação, quando o assunto tratado, ou um de seus aspectos não permitir a adoção imediata de uma convenção. [...]

5. Tratando-se de uma convenção:

a) será dado a todos os Estados-Membros conhecimento da convenção para fins de ratificação;

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

70 BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da*

A análise do trabalho se restringirá à Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, de 1998, definidos como respeito à liberdade sindical<sup>71</sup> e de associação e reconhecimento efetivo de direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório<sup>72</sup>, efetiva abolição do trabalho infantil<sup>73</sup> e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.<sup>74</sup> Importante ressaltar que essa declaração associa esses quatro direitos e princípios a oito convenções, que passam a ser consideradas fundamentais, ou seja, todos os Estados-membros da OIT, pelo simples fato de tê-lo e de terem aderido à sua Constituição, são obrigados a respeitar esses direitos e princípios, havendo ou não ratificado as convenções a eles correspondentes.<sup>75</sup> Como a autora Luciane Cardoso afirma, “[...] as normas tidas como princípios fundamentais são dotadas de propriedades que buscam proteger a vida e a dignidade de todo o ser humano”.<sup>76</sup>

## 5. Combate à discriminação nas relações trabalhistas

A análise feita em cada item deste artigo tem como finalidade apontar a possibilidade de combater a discriminação na relação de trabalho por meio da aplicação de tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno do Brasil conforme o art. 5º, § 2º, ou seja, por meio de normas constitucionais materiais asseguradas explicitamente pelo ordenamento.

A relação de trabalho engloba várias peculiaridades e subjetividades que estão acima de qualquer ordem positivista de direito. Sabe-se que a relação patrão/empregado já nasce desigual. A necessidade de existir direitos sociais trabalhistas é para assegurar o mínimo de dignidade da pessoa humana nas atividades exercidas.

A discriminação é uma prática muito comum em qualquer parte do mun-

---

Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 90.

71 Regulada na Convenção 87, sobre liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização, de 1948, e na Convenção 98, sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949.

72 Previsto na Convenção 29, sobre o trabalho forçado, de 1930, e na Convenção 105, sobre abolição do trabalho forçado, de 1957.

73 Previsto na Convenção 138, de 1973, a qual dispõe sobre a idade mínima para o ingresso no emprego e a erradicação das piores formas de trabalho infantil, e na Convenção 182, de 1999.

74 Prevista na Convenção 100, sobre igualdade de remuneração, e pela Convenção 111, sobre a discriminação no emprego e ocupação, de 1958.

75 Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/história>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

76 BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores*: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 120.

do, e nas relações de trabalho não é diferente. A legislação surge ou como forma preventiva ou como forma repressiva. No Brasil, essa discriminação é perceptível em razão de gênero, raça, orientação sexual, religião, região e até mesmo nacionalidade.

Essa discriminação realizada no trabalho é difícil de ser comprovada, sendo tortuoso e também, muitas vezes, vexatório para o trabalhador que sofre isso, já que o empregador detém a força de trabalho, o capital, a estrutura, ocorrendo, portanto, manipulação e omissão das pessoas em razão desse preconceito.

Para exemplificar, tem-se a discriminação na relação de trabalho em decorrência de cor ou etnia. O Brasil é um país com uma população multicultural. No entanto, negros, pardos, mulatos, índios etc. são constantemente marginalizados na relação de trabalho.<sup>77</sup>

Para combater essa discriminação é necessária a implementação de normas da OIT sobre esse tema, pois são normas que visam proteger o trabalhador.

O texto constitucional permite que essas normas sejam utilizadas, pois há artigos já analisados neste texto que firmam a irradiação dos direitos humanos em âmbito jurídico interno. Na verdade, é necessária uma maior conscientização por parte das funções estatais, como o Judiciário, o Executivo e o Legislativo.

O Judiciário, o qual tem a finalidade de estabelecer a norma no caso concreto, tem que exercer o direito sob a luz dos direitos humanos, fazendo com que haja sempre que possível o controle de convencionalidade, conforme a tese de doutorado do jurista Valério Mazzuoli. Ademais, os advogados, ao se depararem com essas discriminações e com as dificuldades em prová-las na jurisdição, devem exigir a aplicação dos direitos humanos como direitos constitucionais materiais sob a ótica do texto constitucional de 1988.

Sabe-se que os direitos humanos são uma prática exercida em âmbito internacional, em que os Estados-membros estão acordados e adequados para a prestação deles. Essa prática dos direitos humanos são normas instituídas nos períodos pós-guerra, em que a contemporaneidade exige uma maior proteção ao ser humano inserido em uma humanidade, independente de religião, nacionalidade, sexo etc.

O Brasil, na CRFB de 1988, firma essa prática em seu ordenamento, pelos próprios direitos afirmados em seu texto, mas também pela própria teoria

---

77 CID, Clarissa Felipe. Discriminação racial/étnica na relação de trabalho. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso (coord.). *Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 259-274.

de direitos fundamentais, que permite a abertura do ordenamento jurídico aos direitos humanos.

Portanto, a prática de direitos humanos, naquilo que não contradiz o texto constitucional ou que seja menos benéfico, é um direito constitucional material, o qual deve ser instrumento de combate à discriminação na relação de trabalho.

## 6. Considerações finais

O objetivo do trabalho foi analisar a possibilidade de aplicar os direitos humanos nas relações trabalhistas como mecanismo de combate à discriminação no direito do trabalho brasileiro. Essa possibilidade decorre do § 2º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os direitos humanos podem ser considerados uma prática internacional, a qual os Estados nacionais devem respeitar e implementar no âmbito interno. Essa implementação dos direitos humanos formaliza a ideia de direitos fundamentais. Além disso, insere os textos constitucionais contemporâneos em um movimento: o neconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo.

Esse movimento constitucional estabelece e firma determinadas características que protegem a dignidade da pessoa humana. O Estado tem como finalidade a proteção e efetivação desse valor maior dos textos constitucionais e da ordem internacional.

O texto constitucional brasileiro foi inserido nesse movimento contemporâneo de direito constitucional, fazendo com que houvesse uma construção de uma teoria geral de direitos fundamentais. O art. 5º, § 2º, afirma, na ordem constitucional, que os tratados de direitos humanos podem ser materialmente direitos fundamentais, sendo parâmetro para controle de constitucionalidade, para aplicação horizontal e vertical.

Essa aplicação dos direitos humanos na ordem nacional de direito pode favorecer o combate à discriminação nas relações trabalhistas. A partir disso, pode haver uma abertura da ordem jurídica brasileira para normas da Organização Internacional do Trabalho que estabelecem itens para combater e averiguar situações discriminatórias na relação de trabalho.

## Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de teoria da constituição: a dinâmica constitucional no estado democrático de direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Diálogo Jurídico*, Salvador, Brasil, n. 15, p. 1-31, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>. Acesso em: 23 dez 2013.

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

BEITZ, Charles. *The idea of human rights*. New York: Oxford, 2009.

CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo en su Laberinto. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-12.

CID, Clarissa Felipe. Discriminação racial/étnica na relação de trabalho. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso (coord.). *Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 259-274.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-89.

JARAMILLO, Leonardo García. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 208-246.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 53, p. 233-247, jun. 2000.

\_\_\_\_\_. Integração da convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista TST*, Brasília, v. 79, n. 3, p. 233-254, jul./set. 2013.

PINO, Giorgio. Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale. *Analisi e Diritto: ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, p. 203-207, 1998.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano 2, v. 2, n. 1, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e justiça internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 833, n. 94, p. 41-54, mar. 2005.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142012.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, n. 7, p. 231-254, jan./jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: constituição federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. 21 anos da constituição de 1988: a assembleia constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. *Revista de Direito Público*, ano 7, n. 30, p. 7-41, nov.-dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <[www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/0-neoconstitucional-br.pdf](http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/0-neoconstitucional-br.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

STRECK, Lenio. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145>>. Acesso em: 27 fev. 2015.