

Organizadores  
**Alberto do Amaral Jr.**  
**Flávia Piovesan**  
**Paula Monteiro Danese**

# **50 ANOS** da Convenção **Americana de** **Direitos Humanos**

**O Sistema Interamericano:  
Legado, Impacto e Perspectivas**

**2020**

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# Os sistemas regionais de proteção de direitos humanos: uma visão holística

*Alberto do Amaral Junior<sup>1</sup>*

*“O direito é a coação universal que protege a liberdade de todos.”*

*IMMANUEL KANT*

**Sumário** • 1. Notas Introdutórias: A afirmação histórica dos direitos humanos; 2. A internacionalização dos direitos humanos; 2.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 3. Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: Uma complementaridade necessária; 3.1 O sistema europeu; 3.2 O sistema interamericano; 3.3 O sistema africano; Conclusão; Bibliografia.

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS: A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

A classificação entre direito em sentido fraco e direito em sentido forte, que Norberto Bobbio lucidamente expõe, é um ponto de partida valioso para compreender a evolução dos direitos humanos.<sup>2</sup> O escopo dessa classificação não é reduzir a importância de certos direitos, mas iluminar as formas pelas quais são efetivados. O direito em sentido fraco designa a exigência de direitos futuros, traduzida na proteção de certo bem pelo ordenamento jurídico. São direitos morais porque indepen-

- 
1. Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Aprovado, em 2007, no concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com a tese: A Solução de Controvérsias na OMC e a Aplicação do Direito Internacional. Atualmente é Professor Associado 3, ref. ms-5 no Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: Comércio Internacional, Mercosul, Direito Internacional, Direitos Humanos e Direitos do Consumidor.
  2. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 67.

dem da positivação realizada pela norma jurídica. A norma vale, no plano moral, se puder ser justificada racionalmente perante todos aqueles que a aceitam. Os direitos do homem são direitos morais sempre que puderem ser justificados em face dos indivíduos aos quais se destinam.<sup>3</sup>

O direito em sentido forte aponta para a efetiva tutela de um bem ou interesse, que pode ser reivindicado perante os tribunais contra aqueles que os violarem. Na era moderna, os direitos humanos surgem no pensamento filosófico ocidental, no século XVII, como teoria abstrata, cuja força se resume nas exigências formuladas ao poder político constituído.

O primeiro objetivo que originou a reflexão sobre os direitos humanos foi a tentativa de controlar o poder do Estado por meio de limites impostos à ação dos governantes. A teoria dos direitos individuais reagiu contra o Estado absoluto que não conhece a separação entre as esferas pública e privada; combate a tendência de contínua expansão do poder, perceptível na atitude do soberano que cria as leis mas não se sente obrigado a respeitá-las.<sup>4</sup> A concretização dos direitos humanos foi obra do constitucionalismo do final do século XVIII, que desejou organizar o Estado com base na liberdade e na igualdade entre os cidadãos.<sup>5</sup>

Na tradição liberal, os direitos humanos celebraram, “através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político”.<sup>6</sup> O liberalismo defendia o Estado mínimo em contraposição ao Estado máximo do absolutismo monárquico. Segundo se acreditava, antes que o contrato social viesse a ser constituído, os indivíduos eram titulares de direitos naturais que a Declaração de Virgínia e a Declaração Francesa de 1789 reconheceram e proclamaram.

Celso Lafer esclarece que são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – cada qual exerce, individualmente, as liberdades

- 
3. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 58 et seq., jul./set. 1999. Cf. também ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.
  4. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *O direito de assistência humanitária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 105-106.
  5. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. op. cit., p. 30.
  6. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 126.

que a ordem jurídica assegura; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – é possível afirmá-lo perante todos os sujeitos; e (III) quanto ao titular do direito, que é o homem na sua individualidade.<sup>7</sup>

Às liberdades individuais clássicas agregaram-se, posteriormente, os direitos individuais exercidos coletivamente, que favoreceram a formação dos sindicatos e dos partidos operários. O seu exercício pressupõe que várias pessoas ajam numa mesma e convergente direção – por exemplo, associando-se a um partido político, a um sindicato ou concordando em fazer uma greve.<sup>8</sup> A liberdade de associação, reconhecida na Primeira Emenda da Constituição Americana, comprovou que os direitos individuais exercidos coletivamente passaram, com o correr do tempo, a pertencer à essência da democracia ao facilitar o controle do governo por parte dos cidadãos.

A segunda geração dos direitos humanos surge com a consagração dos direitos económicos e sociais, sob o impacto das desigualdades de riqueza provocadas pela Revolução Industrial. A Constituição Mexicana e a Constituição da República de Weimar deram início a esse processo, que se ampliou, na segunda metade do século XX, com o advento do Estado do Bem-Estar Social no Continente Europeu. Ao ecoarem o ideário socialista, que advoga a participação coletiva na riqueza acumulada, os direitos económicos e sociais são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade.<sup>9</sup> Os indivíduos devem afirmar esses direitos perante o Estado, que dispõe dos meios necessários para atender às reivindicações dos desprivilegiados e garantir a todos as condições de uma vida digna. O direito ao trabalho, à educação e à saúde são eficazes, nessa perspectiva, se contarem com o engajamento do Estado para executar políticas públicas que promovam a justa distribuição dos benefícios oriundos do crescimento económico.

Uma incindível complementaridade une a primeira à segunda geração de direitos humanos: ausentes os direitos individuais, o poder estatal não possui limites e não há a possibilidade de aglutinar os interesses para definir novas formas de distribuição da riqueza; sem os direitos sociais as liberdades públicas se tornam fórmulas retóricas, destituídas de conteúdo e relevância prática. A complementaridade entre as duas

---

7. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. op. cit., p. 126-127.

8. *Ibid.*, p. 127.

9. *Ibid.*, p. 127.

# O impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico

*Flávia Piovesan<sup>1</sup>*

**Sumário** • 1. Introdução; 2. Desafios do Contexto latino-americano: violência, desigualdade e centralismo do poder político; 3. Impacto transformador do Sistema Interamericano no contexto latino-americano; 4. O empoderamento do Sistema interamericano mediante a efetividade do diálogo jurisdicional e crescente legitimação social; 5. O Sistema Interamericano e a composição de um constitucionalismo regional transformador: potencialidades e desafios.

## 1. INTRODUÇÃO

Objetiva este artigo enfocar o impacto do sistema interamericano de direitos humanos na composição de um constitucionalismo regional transformador, com destaque às transformações fomentadas no contexto

---

1. Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015; 2016; 2017; 2018; e 2019); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014); Lemann Visiting Scholar no David Rockefeller Center for Latin American Studies da Harvard University (2018). Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (mandato de 2018-2021).

latino-americano, com vistas ao fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos na região.

Considerando o desafiador contexto latino-americano, sob as marcas da acentuada desigualdade, violência sistêmica e centralismo do poder político, será estudado inicialmente o impacto transformador do sistema interamericano na região, a partir de uma tipologia de casos emblemáticos da jurisprudência da Corte Interamericana.

À esta análise soma-se o exame do crescente empoderamento do sistema interamericano e sua força catalizadora na região, fruto da efetividade do diálogo jurisdicional em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

Por fim, pretende-se avaliar o impacto do sistema interamericano na pavimentação de um constitucionalismo regional transformador em matéria de direitos humanos, com ênfase em seus riscos, potencialidades e desafios.

## **2. DESAFIOS DO CONTEXTO LATINO-AMERICANO: VIOLÊNCIA, DESIGUALDADE E CENTRALISMO DO PODER POLÍTICO**

A América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo. A pobreza na região diminuiu do patamar de 48,3% a 33,2%, no período de 1990 e 2008. Todavia, cinco dos dez países mais desiguais do mundo estão na América Latina, dentre eles o Brasil<sup>2</sup>. Na América Latina, 40,5% das crianças e adolescentes são pobres. Sob o prisma étnico-racial, de acordo com o International Development Bank, a população afro-descendente corresponde a aproximadamente 25% da população latino-americana. No que se refere à população indígena, estima-se corresponder a 8% da população latino-americana<sup>3</sup>. Indicadores sociais de-

---

2. Marta Lagos e Lucía Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, *Latinobarómetro*, 9 de maio de 2012, p.3. Consultar também ECLAC, *Inclusive social development: the next generation of policies for overcoming poverty and reducing inequality in Latin America and the Caribbean*, Santiago, 2015; ECLAC, *Compacts for Equality: Towards a sustainable future*, Santiago, 2014.

3. “Most sources agree that there are 40 to 50 million indigenous people in Latin America and the Caribbean (accounting for approximately 8 percent to 10 percent of the region’s population) with higher than average rates of population growth. In countries such as Bolivia, Guatemala and Peru, indigenous people account for at least half of the total population.” Inter-

# O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e contribuições para superar o desafio da proteção ambiental

*Paula Monteiro Danese<sup>1</sup>*

**Sumário** • Introdução; 1. A importância da proteção do meio ambiente.

## INTRODUÇÃO

A temática do Meio Ambiente tem ocupado a agenda de todos os cenários das relações internacionais. Ainda que ela seja relativamente recente no Direito Internacional, tendo sua introdução com maior expressão no diálogo entre os membros da comunidade internacional a partir da Segunda Guerra Mundial, foi no século XX que se impulsionou os primeiros documentos multilaterais sobre o tema, como Convenção sobre as Mudanças Climáticas que ocorreu em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, denominada de ECO-92. Posteriormente no Protocolo de Kyoto, em 1997. Em 2002, em Johannesburgo, através do Plano de Implemen-

---

1. Professora Mestre da Universidade São Judas Tadeu e da Universidade Anhembi Morumbi. Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.

tação a Agenda 21 tornou-se mais sólida, no Rio+10 foram assinados e aprovados a Declaração Política da Cúpula Mundial de Desenvolvimento Sustentável, dentre outros importantes documentos. Entretanto, o meio ambiente segue como uma preocupação constante de todos os atores das relações internacionais, seja por colocar em risco o futuro sustentável da própria humanidade, seja por estar presente no âmbito público e privado e estar relacionado a inúmeras violações de Direitos Humanos.

Não foi à toa que em uma mensagem para marcar o Dia Mundial do Meio Ambiente em 2019, o Secretário-Geral das Nações Unidas (ONU), António Guterres, enfatizou a ligação entre o agravamento dos níveis de poluição do ar e a crise climática. O Secretário-Geral afirmou que a poluição do ar, além de provocar 7 milhões de mortes todos os anos e prejudicar o desenvolvimento das crianças, muitos poluentes atmosféricos causam o aquecimento global, que ele descreveu como “uma ameaça existencial”.<sup>2</sup>

Em pleno século XXI, um novo paradigma jurídico emerge à luz de um sistema jurídico multinível, marcado pela necessidade de proteção do meio ambiente juntamente com o desenvolvimento social e econômico das nações, visando um equilíbrio que parece difícil de alcançar por falta de consenso da comunidade internacional.

O que enxergamos hoje é que o estabelecido no Relatório Brundtland, em 1987, continua sendo uma realidade atual e implacável: *Um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso a crises ecológicas, entre outras(...)*.<sup>3</sup> Desde 1987 muito se desenvolveu em termos de Tratados e Convenções sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento, mas ainda se discute a eficácia das normas e diretrizes na tomada de decisão dos Estados.

Estudiosos sobre o tema vislumbraram já há algum tempo a relação intrínseca que existe entre direitos humanos e meio ambiente, algo que somente agora está sendo desenvolvido na academia e nos instrumentos nacionais e internacionais. Nunca é demais lembrar que sem o incremento de proteção de ambos não existe desenvolvimento sustentável, não existe *um futuro comum*, o que demonstra a importância do presente estudo.

---

2. ONU. **É necessário combater a poluição do ar para salvar vidas e o planeta, diz chefe da ONU**. Disponível em: < <https://www.worldenvironmentday.global/pt-br/press-release/e-necessario-combater-poluicao-do-ar-para-salvar-vidas-e-o-planeta-diz-chefe-da-onu>>.

3. RELATÓRIO BRUNDTLAND, *Nosso Futuro Comum*, 1987



É nesse contexto, de estabelecer o estreito vínculo entre direitos humanos e meio ambiente, que aparece a função essencial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, objeto do presente trabalho. Ao considerar degradações ambientais como intimamente relacionadas com violações de direitos humanos, constata-se que uma ação no meio ambiente pode trazer inúmeras consequências aos indivíduos, os quais, por sua vez, podem acessar os sistemas regionais de proteção de direitos humanos para a tutela de seus direitos por meio de seu sistema de casos e petições.

Parte-se, primeiramente, da análise da relação entre direitos humanos e meio ambiente, justificando a relação e necessidade de proteção de ambos, para, posteriormente, verificar a responsabilidade dos Estados em caso de danos ambientais quando estamos diante de um Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, tal qual o Sistema Interamericano e como esse sistema regional de proteção dos direitos humanos contribuiu e ainda pode contribuir para a proteção do meio ambiente.

## **1. A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

Ainda antes de se adentrar no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e suas contribuições no que diz respeito à proteção do meio ambiente, pontuamos a seguinte questão: Por que a proteção ambiental deve ser tratada como um problema de direitos humanos?

A resposta mais óbvia a essa pergunta é que a perspectiva de direitos humanos direciona diretamente impactos do meio ambiente na vida, saúde, vida privada e propriedade do indivíduo. Mas no que consistem os Direitos Humanos?

Os Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente também sua história afirmada de forma relativamente recentemente e, conforme elucidada o emérito Juiz da Corte Internacional de Justiça, Cançado Trindade:

O impacto da Declaração Universal de 1948 tornou-se ainda mais considerável pelo lapso de tempo prologado (dezoito anos) entre a adoção e proclamação e a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (1966), o que contribuiu para florescer a tese de que alguns dos princípios da Declaração cedo se afiguravam como parte do direito internacional consuetudinário, ou como expressão dos princípios gerais do direito, invocados em processos nacionais e internacionais. [...] Com os dois Pactos em vigor, concretizava-se a Carta Internacional dos Direitos Humanos, acelerava-se o processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos e abria-se o campo para a gradual

# A litigância estratégica no sistema interamericano de direitos humanos e os seus efeitos estruturais no Brasil

*Bruna Sueko Higa de Almeida*<sup>1</sup>

*Louise de Araujo*<sup>2</sup>

*Samira Rodrigues Pereira Alves*<sup>3</sup>

*Sanny Hosney Mahmoud Mohamed*<sup>4</sup>

*Thais Temer*<sup>5</sup>

*Victória Oliveira Zanardo*<sup>6</sup>

**Sumário** • Introdução; 1. O litígio estratégico no sistema interamericano como meio de efetivação de direitos humanos; 2. O enfrentamento da violência contra a mulher no sistema interamericano; 2.1. Caso Castro Castro vs. Peru (2006); 2.2 Caso González e outras (Campo Algodonero) vs. México (2009); 2.3 Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil (2001); 3. O fortalecimento do estado democrático e justiça de transição no sistema interamericano; 3.1 De Gomes Lund à Herzog: o aprimoramento das decisões contra o Brasil em matéria de Justiça de Transição; 3.2 A Lei de Anistia e a face brasileira da impunidade; 3.3 Justiça de Transição e o papel da CtIDH para o fortalecimento da

- 
1. Graduada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenadora da Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos da FDUSP. Estagiária do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cátedra OEA da FDUSP.
  2. Advogada. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pesquisadora do Grupo Cátedra OEA da FDUSP.
  3. Psicóloga, Advogada, Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cátedra OEA da FDUSP.
  4. Jornalista. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Damásio de Direito. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cátedra OEA da FDUSP.
  5. Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada e cientista política. Pesquisadora do Centro de Direitos Humanos e Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cátedra OEA da FDUSP.
  6. Advogada. Pós-graduada em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cátedra OEA da FDUSP.

democracia; 4. A letalidade policial no Brasil e o sistema interamericano; 4.1 Os casos de letalidade policial no Sistema Interamericano; 4.1.1 O Caso Favela Nova Brasília: os efeitos da sentença 169; 5. Trabalho forçado no sistema interamericano: os reflexos dos casos José Pereira e Fazenda Brasil Verde no cenário brasileiro; 5.1 O caso José Pereira da Silva (2003); 5.2 Caso Fazenda Brasil Verde (2017); 5.3 Os reflexos dos casos supramencionados no cenário brasileiro; 6. Os direitos dos povos indígenas no Brasil e a carência de um litígio estratégico estrutural; 6.1 O Litígio dos povos indígenas no âmbito do Sistema Interamericano; Conclusão; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) é a carta regional de direitos estabelecida no âmbito da Organização dos Estados Americanos. A Convenção estabeleceu a Comissão e a Corte Interamericana como órgãos competentes para observar os compromissos assumidos pelos Estados na proteção dos direitos humanos. Desta forma, a Convenção, a Comissão e a Corte formam o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH).

Diante de violações de direitos humanos por parte de um Estado parte, após o esgotamento de todos os recursos internos, o SIDH tornou-se um espaço importante para pessoas e organizações (representante dos petionários) buscarem uma decisão para obrigar o Estado a proteger direitos negligenciados no âmbito doméstico.

Dentro deste contexto, considerando as complexidades de um processo internacional, os gastos e a demora no processamento da demanda, o presente artigo analisa a litigância estratégica no Sistema Interamericano como um meio para alcançar uma decisão vinculante que possa gerar efeitos para além das partes e promover mudanças estruturais no país (legislações, políticas públicas, jurisprudência e padrões sociais) que possam garantir a proteção de direitos estabelecidos na Convenção Americana.

Com a finalidade de analisar os efeitos das decisões do SIDH sobre temas de grande relevância na sociedade, que necessitavam ou ainda necessitam de mudanças estruturais, foram investigados os casos brasileiros Maria da Penha (violência contra a mulher), Gomes Lund (justiça de transição), Fazenda Brasil Verde (trabalho forçado), Favela Nova Brasília (letalidade policial) e Povo Xucuru (direitos dos povos indígenas), bem como foram examinados casos similares de outros Estados para fins de equiparação dos efeitos.

Por fim, a pesquisa demonstrou, a partir da análise dos casos, a importância da atuação estratégica em cada tema e como uma decisão do Sistema Interamericano pode promover mudanças estruturais a curto e

longo prazo em um Estado. Afinal, embora com força vinculante, a sentença internacional da Corte Interamericana não detém suficiente força política para fazer com que o Estado adote as medidas de forma rápida.

## **1. O LITÍGIO ESTRATÉGICO NO SISTEMA INTERAMERICANO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) estabeleceu um rol de direitos que devem ser observados e protegidos pelos Estados no continente Americano. Na mesma carta, foram definidos dois órgãos responsáveis pela salvaguarda desses direitos: a Comissão Interamericana (1959) e a Corte Interamericana (1979). O documento, a Comissão e a Corte formam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

A Comissão Interamericana é mais antigo e o principal órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), é encarregado de promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente, sendo também responsável por receber as petições de pessoa, grupo de pessoas ou organizações não-governamentais com denúncias ou queixas sobre violação de direitos contidos na Convenção Americana.<sup>7</sup> Em 1979, após a Convenção entrar em vigor, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) foi instituída em São José, Costa Rica. É o órgão judicial responsável pelo processamento dos casos de violações dos direitos humanos dispostos na CADH.<sup>8</sup>

Diante da alta demanda de petições recebidas pela Comissão Interamericana, o longo período de análise para admissibilidade, os custos e a eventual demora para julgamento perante a Corte Interamericana, as organizações representantes dos peticionários vêm atuando estrategicamente em casos paradigmáticos que podem gerar efeitos para além das partes e garantir mudanças estruturais no país, como modificação de leis, políticas públicas e jurisprudência nacional.

Dessa forma, verifica-se que a litigância estratégica no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é uma forma de promover mudanças estruturais no Estado-parte diante dos seus compromissos assumidos perante Convenção Americana de Direitos Humanos. Em outras palavras, não se busca uma decisão condenatória para reparar

---

7. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp> Acesso em: 20 de junho de 2019.

8. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. História. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/historia-de-la-corteidh> Acesso em: 20 de junho de 2019.

# Análise da compatibilidade entre a inclusão do artigo 394-A na Consolidação das Leis Trabalhistas pela Lei nº 13.467/2017 e a proteção internacional da trabalhadora gestante

*Raphael Varga Scorpião<sup>1</sup>*

**Sumário** • Introdução; O direito do trabalho e a proteção internacional dos direitos humanos; A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos; A proteção internacional da trabalhadora gestante; O histórico do trabalho da gestante no Brasil; A Reforma trabalhista e a inclusão do artigo 394-A da CLT; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se propôs a fazer uma análise da Lei 13.467/2017, em especial da inclusão do artigo 394-A na Consolidação das Leis Trabalhistas, tendo como parâmetro normas internacionais de proteção dos direitos humanos, posto que as normas previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal ao mesmo tempo que garantiram uma abertura a normas protetivas à pessoa humana para além da Carta Constitucional, explicitou a força normativa dos textos convencionais anuídos pela República Federativa do Brasil.

---

1. Defensor Público do Estado da Bahia, Mestrando em Filosofia do Direito pela PUC-SP, Especialista em Direito Civil pela PUC-MG, graduado em Direito pela UNESP.

Neste passo, o objetivo geral era contextualizar a Lei 13.467/2017 com as normas internacionais de direitos humanos, promovendo uma análise holística da ciência jurídica, transcendendo fronteiras políticas nacionais. Diante da hipercomplexidade da sociedade pós-moderna, as relações humanas e, portanto, jurídicas, não se limitam ao plano nacional, sendo certo que especialmente após o período de guerras na primeira metade do século XX a proteção dos direitos humanos passou a ser enxergada como de interesse de todas as nações. Formou-se em grande medida um consenso, por óbvio não uma unanimidade, de que o desprezo à humanidade visto no entreguerras seria um risco à própria continuidade da vida humana, formando-se e se desenvolvendo toda uma sistemática jurídica no cenário internacional e se estabelecendo Cortes Internacionais de solução de conflitos tanto no sistema onusiano, como em blocos regionais, a exemplo da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, a primeira situada em Washington nos Estados Unidos da América e a segunda em São José na Costa Rica, isso para ficarmos apenas no universo da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Especificamente, buscou-se verificar se a inclusão do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, que disciplina o afastamento da trabalhadora gestante em grau máximo, médio e mínimo, exigindo-se nestes dois últimos casos a apresentação de atestado médico pela própria trabalhadora que recomende o afastamento durante a gestação e/ou lactação é compatível com as convenções internacionais de direitos humanos aderidas voluntariamente pelo Brasil. Se a validade da norma necessita estar em consonância com a Constituição Federal, os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º do mesmo diploma alargam sobremaneira o bloco de parâmetro de análise de validade: a norma não apenas está sujeita a um controle de constitucionalidade, mas também a um controle de convencionalidade, o qual é feito por Órgãos jurisdicionais internacionais, mas também em âmbito local pelo julgador pátrio.

Para tanto adotou-se uma metodologia exploratória, analítica e crítica, como própria das ciências humanas, notadamente bibliográfica, aprofundando-se na doutrina absolutamente reconhecida e prestigiada no país e fora dele, além da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A problemática da pesquisa girou em torno de um possível descompasso daquilo que se produziu em termos legislativos no plano interno a partir da Lei nº 13.467/2017 e o direito posto em tratados e convenções internacionais. A hipótese então seria demonstrar que a inclusão do artigo 394-A na Consolidação das Leis Trabalhistas estava em dissonância com

a sistemática internacional de proteção à pessoa humana e a proibição ao retrocesso social, também chamado de efeito cliquet, e, desta forma, seria inconveniente e inconstitucional.

Como característica marcante dos direitos humanos, a historicidade ganha destaque. A proteção da pessoa humana faz parte de um processo histórico de ampliação, tendo sempre como norte a expansão dos direitos inerentes ao ser humano, a fim de que este goze de uma vida digna e plena, podendo explorar de maneira minimamente satisfatória a suas potencialidades pautadas em seu projeto existencial. Se na antiguidade já se tem um esboço protetivo da condição humana tendo uma ideia primitiva de jusnaturalismo, é na idade média que surgem documentos disciplinando garantias fundamentais, como o remédio institucional *habeas corpus*, a limitação do poder do soberano e a positivação de valores atinentes a liberdades individuais.

Entretanto, os direitos humanos ganham um reconhecimento exponencial na segunda metade do século XX e passa a galgar um reconhecimento da comunidade internacional, a fim de que a experiência bélica vivenciada na primeira metade do século não fosse repetida. Como não poderia deixar de ser, é de rigor de um Estado Democrático de Direito a proteção do cidadão não apenas em face do próprio Estado, mas também em face de particulares que, diante da relação hierarquizada que ocupa, possa também vir a lesar direitos.

A partir do reconhecimento próprio da vulnerabilidade que possui o trabalhador, surgiram organizações internacionais destinadas à proteção do trabalho decente, impondo limites à relação laboral, fixando patamares rígidos na manutenção de um meio ambiente de trabalho sadio, salubre e alheio a agentes nocivos à saúde do trabalhador, como as centrais sindicais nos Estados Unidos da América e na França, além do advento da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Detalhado em um primeiro momento o direito do trabalho e a proteção internacional dos direitos humanos, passou-se à polêmica envolvendo a hierarquia dos tratados internacionais antes e depois da inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º na Constituição Federal. O artigo 5º, parágrafo 2º da Carta Constitucional brasileira aduziu que os direitos ali previstos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, levando à interpretação de que tanto as normas nacionais como internacionais relativas a direitos humanos formariam um grande bloco, cuja análise de constitucionalidade das normas deveria respeito e adequação.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso extraordinário nº 466.343 e, embora em decisão não unânime, deu interpretação diversa ao estatuir que as normas internacionais de direitos humanos possuem hierarquia infraconstitucional, porém supralegal, sendo dotadas de força paralisante de leis inferiores à Constituição Federal como é o caso aqui tratado (artigo 394-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017). Sendo assim, adotando a tese de que Convenções Internacionais possuem status constitucional ou adotando a posição prevalente no Supremo Tribunal Federal de supralegalidade, caso a conclusão seja pela incompatibilidade da reforma trabalhista com o ordenamento de jus cogens internacional, a norma interna não sustenta sua validade jurídica.

Evoluindo na investigação, a Organização Internacional do Trabalho estabelece como prioridade a tutela da trabalhadora gestante e seu filho ou filha, tanto que editou três convenções acerca da temática, sendo o Brasil signatário de duas delas (n. 102 e nº 10), enquanto setenta e um países ratificaram ao menos uma das convenções protetivas à gestante. Tal número indica a preocupação da comunidade internacional em promover o trabalho decente a este grupo em especial situação de vulnerabilidade. As Convenções nº 183 e nº 191 da Organização Internacional do Trabalho reconhecem no âmbito internacional uma proteção especial no local de trabalho em que a gestante desempenha suas funções, além da eliminação de riscos; adaptação das condições de trabalho; transferência para uma função mais segura, sem perda de salário, quando esta adaptação não for possível, assim como da licença remunerada, se tal transferência foi impossível de ser realizada. O que se percebe é que a promoção de um trabalho decente, seguro e salubre é uma preocupação dos direitos humanos no plano global, especialmente se quem presta o trabalho é a mulher gestante.

A proteção interna do trabalho da gestante no Brasil, como não poderia deixar de ser, está intimamente relacionada à gradativa inclusão da mulher no mercado de trabalho. Já no início do século XX tem-se um movimento nacional a fim de disciplinar por meio de leis o trabalho feminino, atentando-se às características próprias deste gênero. No entanto, quando a Consolidação das Leis Trabalhistas entrou em vigor reuniu as leis esparsas vigentes à época sobre direito individual do trabalho, direito coletivo do trabalho e direito processual do trabalho. Na CLT, as regras de proteção do trabalho da mulher encontram-se previstas no Capítulo III do Título III, as quais dispõem sobre as normas especiais de



tutela do trabalho feminino, sendo que as medidas de amparo à maternidade das empregadas figuram na Seção V.

Da mesma forma, o constituinte de 1988 se manteve atento ao trabalho da mulher, estabelecendo proibições discriminatórias e trazendo a proteção da maternidade em seu bojo. Explorada todo este cenário normativo interno e internacional pode-se adentrar no texto do artigo 394-A da Consolidação das Leis Trabalhistas e da imposição feita por ele de que a gestante que trabalha sob graus de insalubridade médio e mínimo teria a incumbência de apresentar um atestado médico de profissional de sua confiança indicando que esta deve ser afastada da prática de trabalhos e/ou de ambientes nestes níveis de insalubridade.

É a partir de uma perspectiva internacional que a pesquisa se desenvolveu, analisando a complexidade da modificação legislativa brasileira em comparação ao que se produz juridicamente no quadro global, adentrando o texto de convenções e resoluções da OIT, de tratados onusianos e normas produzidas no âmbito regional da Organização dos Estados Americanos. Pensando a ciência do direito como algo que transcende fronteiras nacionais, o estudo se propôs a pensar a reforma trabalhista por um prisma global, posto que ao ampliar a lente de análise para o sistema internacional se tem uma maior fonte normativa, jurisprudencial e argumentativa.

Ao fim desta investigação, busca-se uma confirmação para a hipótese aventada e se rascunha uma interpretação normativa atenta aos ditames que fundamentam a dignidade humana e justifica a própria existência do direito, seja com ou sem limites geopolíticos.

## **O DIREITO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Impende salientar que a doutrina não é unânime quanto ao surgimento dos direitos humanos, mas pode-se afirmar que o reconhecimento da existência de uma igualdade entre os homens decorrente do simples fato de sua humanidade, da sua superioridade em relação aos outros seres e da sua racionalidade, como dados iniciais para a construção do seu conceito. Este período, de acordo com COMPARATO (2001) é chamado de Axial e figurou entre os séculos 600 a 480 a.C.:

(...) é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na história, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.

# Reforma trabalhista e dispensa coletiva de trabalhadores: uma perspectiva à luz das empresas e direitos humanos

*Filipe dos Santos Silva<sup>1</sup>*

**Sumário** • Introdução; 1. Aspectos gerais sobre empresas e direitos humanos; 1.1 Arquitetura tradicional e a responsabilidade das empresas; 1.2 As empresas como agentes promotoras de direitos humanos; 2. A dispensa coletiva de trabalhadores; 2.1 Dispensa coletiva sob a ótica internacional; 2.1.1 União europeia 639; 2.1.2 Organização internacional do trabalho 640; 2.2 Dispensa coletiva no Brasil até o advento da reforma trabalhista; 2.3 Inovações da reforma trabalhista; 2.3.1 Equiparação das dispensas individuais, plúrimas e coletivas para todos os fins 644; 2.3.2 Não necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo para sua efetivação 644; 3 Reforma trabalhista e dispensa coletiva de trabalhadores à luz dos direitos humanos e empresas; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Alinhado com o enfoque de direitos humanos, especialmente a temática das Empresas e Direitos Humanos, o presente artigo científico examinará as inovações implementadas pela intitulada “Reforma trabalhista” (Lei nº 13.467/2017) na Dispensa Coletiva de trabalhadores.

Precipuamente mister salientar que até o advento da reforma trabalhista o ordenamento legal pátrio era silente quanto à regulamentação da dispensa em massa de trabalhadores. Em razão disso, vigorava o enten-

---

1. Mestrando na PUC-SP. Especialista em Direitos Fundamentais e Humanos na Universidade Católica do Porto/Portugal. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado na Faculdade IBMEC e Pós-graduado pela faculdade Damásio. Filipe\_santos2@hotmail.com.

dimento do Tribunal Superior do Trabalho (DC. Nº 0309/2009) no sentido da diferença entre dispensa coletiva e individual/plúrima, bem como a necessidade de negociação prévia com o sindicato dos trabalhadores para efetivação da dispensa em massa. Tal posicionamento possui assento constitucional e está tracejado na doutrina clássica, igualmente no direito estrangeiro e em normatizações internacionais, tais como da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e diretivas da União Europeia.

No entanto, a reforma trabalhista inaugura o ordenamento pátrio estabelecendo disposições ambíguas que aparentemente rompem com o precedente consolidado. Por meio do art. 477-A estabelece que *as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.*

Nesse ínterim, surgem duas posições antagônicas: de um lado há quem pugna pela aplicação irrestrita deste dispositivo, podendo o empregador demitir os trabalhadores em massa sem qualquer cautela prévia; de outra banda há vozes que pugnam pela aplicação moderada do referido artigo, considerando que remanesce a necessidade de negociação coletiva prévia para o despendimento massivo.

Diante dessa celeuma, propõe-se uma releitura das inovações legislativas sob a luz do Direito internacional dos Direitos humanos, tendo como referencial teórico o artigo “empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos” das autoras Flávia Piovesan e Victoriana Gonzaga, bem como partindo das premissas de que as empresas possuem papel de destaque na ordem contemporânea e que podem ter sua atuação voltada para prevenir violações e promover direitos humanos.

## **1. ASPECTOS GERAIS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS**

### **1.1 Arquitetura tradicional e a responsabilidade das empresas**

Como é cediço, a arquitetura tradicional do Direito Internacional dos Direitos Humanos está vocacionada à proteção envolvendo Estados e indivíduos singularmente considerados.

“Constata-se que a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos foi delineada para responder a um padrão de conflitualidade que envolve, de um alo, o Estado e, de outro, as vítimas singularmente considera. São esses os atores clássicos que integram a arena protetiva inter-