

A POLÊMICA EM TORNO DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E A DÉCIMA SINFONIA DE BEETHOVEN

Igor de Oliveira Zwicker

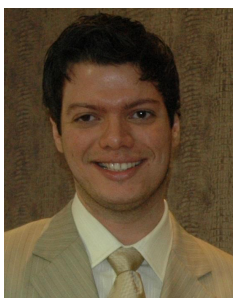
Resumo: Este texto aborda que, para muito além da Convenção n. 158 da OIT, temos no seio constitucional uma norma social-fundamental, pétrea, de eficácia plena e aplicação imediata, que é o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal e que, no caso de entendimento de possível eficácia social limitada do dispositivo, a mora legislativa, de mais de 25 anos, por equivaler a flagrante afronta à Constituição Federal, deve ser superada pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Convenção 158 da OIT. Proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Direitos sociais fundamentais. Eficácia social plena. Mora legislativa.

Sumário: 1. Prolegômenos. 2. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho e sua denúncia pelo Presidente da República. 4. O artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal e sua eficácia social plena. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

“Será mesmo que o Direito do Trabalho tem que mudar? Talvez tenha que mudar totalmente. Mudar não para ser mais flexível, mas para ser mais rigoroso. Rigoroso para manter o emprego, rigoroso para evitar a saída e mais flexível para facilitar a contratação. O nosso sistema hoje é estranho, porque ele é caro para contratar, caro para manter e barato para despedir.”

(Rodolfo Pamplona Filho)



Igor de Oliveira Zwicker

Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia, Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Assessor Jurídico-Administrativo do TRT da 8ª Região. Professor de Direito.

1 – PROLEGÔMENOS

Ludwing van Beethoven nasceu em Bonn, na Alemanha, em 16 de dezembro de 1770 e é um dos maiores nomes entre os compositores da música clássica, talvez o seu maior expoente. “Sua obra revolucionou a música do Século XIX e seus efeitos ecoam até hoje”. Na Nona Sinfonia, a última, “Beethoven usou *Ode à Alegria*, do poeta e filósofo alemão Friedrich Schiller, para compor a primeira sinfonia da história com a participação de vozes”. *Dizem, porém*, que deixou uma décima sinfonia, inacabada; *fragmentos*.¹

A intenção deste artigo, por óbvio, não é sustentar a veracidade de uma possível décima sinfonia do gênio ou refutar esta possibilidade. Minha intenção é utilizar da licença poética para, fazendo um paralelo com a polêmica sobre a vigência (ou não) da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho no Brasil (e sua questionável denúncia pelo Presidente da República), reputar tal discussão inacabada e fragmentada, porque avança na legitimidade de uma norma supralegal olvidando que a proteção ao trabalhador pelo “término da relação de trabalho por iniciativa do empregador” já tem respaldo na Constituição Federal, seja na sua promulgação, em 1988, seja nos tempos atuais, passados mais de 25 anos.

1 Quanto aos dois trechos entre aspas no primeiro parágrafo do Capítulo 1, “Prolegômenos”, extraí de ABRIL COLEÇÕES. *Grandes compositores da música clássica: Beethoven*. São Paulo: Abril, 2009-2010. Vols. 1 e 38.

2 – POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Reputo importante iniciar o debate introduzindo o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos.

Do ponto de vista material, sustenta Rafael Barretto² que os tratados internacionais sobre direitos humanos sempre têm natureza constitucional, diante da abertura material da Constituição Federal (art. 5º, § 2º) e da matéria envolvida, tipicamente constitucional – *direitos humanos*. Sou totalmente favorável a esta tese, diga-se de passagem, inclusive da força constitucional de tais tratados internacionais de direitos humanos.

Do ponto de vista formal, Rafael Barretto³ enumera, doutrinariamente, as seguintes naturezas possíveis, em relação aos tratados internacionais (e aqui trato de uma maneira geral, sendo ou não tratados internacionais sobre direitos humanos):

1) natureza supraconstitucional: os tratados valeriam mais do que a própria Constituição e, num eventual conflito, prevaleceriam aqueles.

2) natureza constitucional: os tratados equivaleriam às normas constitucionais e um eventual conflito seria considerado uma *colisão de normas constitucionais*, de modo que “os

2 BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 88.

3 BARRETTO, Rafael. *Ob. Cit.*, p. 89.

direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos”⁴.

3) natureza legal: os tratados valeriam tanto quanto as leis infraconstitucionais, prevalecendo sempre, por óbvio, a Constituição Federal.

4) natureza supralegal: os tratados valeriam menos que a Constituição Federal, subordinando-se à *Lex Mater*, mas estariam acima da legislação infraconstitucional, prevalecendo sobre estas.

Como tenho colocado em diversos artigos científicos de minha autoria, dos quais destaco o que trata da Convenção n. 94 da Organização Internacional do Trabalho⁵, o Supremo Tribunal Federal decidiu no antológico julgamento conjunto dos recursos extraordinários n. 349.703/RS e 466.343/SP e dos *habeas corpus* n. 87.585/TO e 92.566/SP (Informativo n. 531 do Supremo Tribunal Federal) o seguinte:

1) se são tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo *quórum qualificado* do artigo 5º, § 3º, da Constituição

Federal, ou seja, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais – terão natureza constitucional.

2) se são tratados internacionais sobre direitos humanos e não foram aprovados pelo *quórum qualificado*, inclusive aqueles já ratificados pelo Brasil no passado, em momento anterior a 31.12.2004, momento em que a Emenda Constitucional n. 45 foi publicada no *Diário Oficial da União*, terão natureza supralegal.

3) se são tratados internacionais que não tratem sobre direitos humanos (os ajustes internacionais perante a Organização Mundial do Comércio, por exemplo), então terão natureza legal.

4) nenhum tratado internacional tem natureza supraconstitucional.

Todas as convenções da Organização Internacional do Trabalho tratam sobre direitos humanos dos trabalhadores e nenhuma delas foi aprovada pelo *quórum qualificado*, de modo que nenhuma tem status constitucional (equivale a emendas constitucionais), mas todas têm natureza supralegal e produzem eficácia paralisante sobre a legislação infraconstitucional interna que lhe seja contrária⁶.

4 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 98.

5 ZWICKER, Igor de Oliveira. *A responsabilização objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização frente a Convenção n. 94 da OIT*. Publicado na Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 4, n. 35, nov./dez. 2014, p. 91-112. Publicado também no BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: NDJ, ano 31, n. 3, p. 295-309, mar. 2015, Seção Doutrinas, Pareceres e Atualidades. Publicado ainda na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém, v. 48, n. 95, jul./dez. 2015 (quanto a esta última, *no prelo*).

6 Segundo MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 4, p. 15, a partir de então, toda lei ordinária, para ser válida, deve contar com dupla compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível com a Constituição Federal e com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Se a legislação infraconstitucional for antagônica à Constituição Federal ou a um tratado, não conta com

Vejamos a Convenção n. 158.

3 – A CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUA DENÚNCIA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho trata do “término da relação de trabalho por iniciativa do empregador”. Foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 22.6.1982) e entrou em vigor no plano internacional em 23.11.1985. A Convenção foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto-Legislativo n. 68/1972 (DOU de 17.9.1992).

O Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em 5.1.1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 5.1.1996, na forma de seu artigo 16; em 10.1.1996, o Presidente da República **decretou** que a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho deveria “ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”, entrando o Decreto em vigor na data de sua publicação, ocorrida no DOU do dia 11.4.1996.

Segundo diz o artigo 4 da Convenção, *não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.*

Ainda naquele mesmo ano de 1996,

.....
 eficácia prática, pois a norma superior irradia eficácia paralisante sobre a norma inferior.

o Governo brasileiro volta atrás e denuncia a ratificação da Convenção, através de nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador-Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra, conforme Ofício n. 397, de 20.11.1996.

Em decreto do mesmo dia (Decreto n. 2.100/1996), publicado no DOU de 23.12.1996, o Presidente da República tornou pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção n. 158, aduzindo, naquela oportunidade, que o tratado internacional deixaria de vigorar para o Brasil, a partir de 20.11.1997, “visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20.11.1996”.

Lembra-nos Luiz Eduardo Gunther⁷, citando Arnaldo Sússekind, no terceiro volume da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, sobre *normas internacionais*, que logo foi proposta a ação direta de inconstitucionalidade n. 1480/DF, com medida liminar deferida em 18.12.1996, no sentido de “suspender a eficácia de todas as possibilidades de sentido do texto legal questionado capazes de lhe atribuir caráter de autoaplicabilidade”.

Prossegue o eminente jurista com o registro de que, em razão da denúncia pelo Presidente da República, pouco antes da medida liminar citada acima, por meio do Decreto n. 2.100/1996, foi proposta nova ação direta

.....
 7 GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e a uniformização das normas trabalhistas*. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 1, n. 3, dez. 2011, p. 11-78.

de inconstitucionalidade, desta vez contra o Decreto, porque a proposta de denúncia não teria sido submetida ao Congresso Nacional (cf. ADI n. 1625/DF), havendo impossibilidade da denúncia de tratados internacionais de forma unilateral pelo Chefe de Estado, em violação do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, para o qual é da competência *exclusiva* do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Ainda, argumentou-se que, em conformidade com a Convenção n. 144 da Organização Internacional do Trabalho, sobre consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho, adotada em Genebra, em 1976, durante a 61ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Legislativo n. 6/1989 (DOU de 5.6.1989), ratificada em 27.9.1994 e promulgada mediante Decreto n. 2.518/1998 (DOU de 13.3.1998).

Pelos artigos 1 e 5, 1, “e”, da Convenção n. 144 da Organização Internacional do Trabalho, deve existir prévia consulta tripartite, aí incluídas as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, que gozem do direito de liberdade sindical, quando existir proposta, pelo Governo, de denúncia de convenções ratificadas, o que não ocorreu.

Finalmente, como acrescenta Cássio de Mesquita Barros Jr., citado por Jorge Luiz Souto Maior⁸, mesmo que considerada a possibilidade

de se efetuar a denúncia, tomando-se como parâmetro a vigência da Convenção n. 158 no âmbito internacional, a Convenção só poderia ter sido denunciada até 22.11.1996, consoante artigo 15, 2 e considerando-se o prazo dos doze meses subsequentes ao decênio de vigência no plano internacional, o que também não ocorreu, pois o Decreto n. 2.100/1996 foi publicado em 23.11.1996 e ainda para produzir efeitos a partir de 20.11.1997.

Citando a ação direta de inconstitucionalidade n. 1625/DF, relembra Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale⁹ que o relator, ministro Maurício Correia, dando interpretação conforme, considerou imprescindível a intervenção do Poder Legislativo nos casos de denúncia de tratados internacionais, ratificando a competência outorgada ao Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados”, o que inclui, necessariamente, a “faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional” e “decidir acerca da sua exclusão”. *Em outras palavras*, somente norma de igual hierarquia pode extirpar do ordenamento jurídico um tratado, no caso, *decreto-legislativo* de competência *exclusiva* do Congresso Nacional (vide citado artigo 49 da Constituição Federal).

Na sessão de 3.6.2009, em momento anterior ao pedido de vista da ministra Ellen Gracie, que suspendeu o julgamento da ADI n. 1625/DF, o ministro Joaquim Barbosa votou contrário à revogação do acordo. Para o ministro, o documento deveria voltar a valer até

8 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT*: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é autoaplicável. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5820>>.

Acesso em: 12 nov. 2015.

9 VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 128.

que o Senado resolvesse o impasse de forma definitiva. “A interação entre o Parlamento e Executivo me parece clara para assinar tratados. É preciso saber se isso também ocorre quando se trata da revogação. A meu ver, isso deve acontecer”, afirmou Barbosa. O ministro Carlos Britto, seguindo a linha do relator, ministro Maurício Corrêa, foi parcialmente favorável à ação direta, e defendeu que a denúncia ao tratado deveria ser referendada no Congresso. Nesse meio tempo, o texto continuaria sem validade. Já havia votado, também, o ministro Nelson Jobim, único favorável ao Poder Executivo¹⁰.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou, em outra quarta-feira, coincidentemente, no dia 11.11.2015, o julgamento da ADI n. 1625. Sucessora de Ellen Gracie, já aposentada, a ministra Rosa Weber apresentou voto no sentido de se reconhecer a inconstitucionalidade formal do Decreto n. 2.100/1996, por meio do qual foi dada ciência da denúncia da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. A ministra destacou que o que se discute não é a validade da denúncia em si, mas do Decreto, que implica a revogação de um tratado incorporado ao ordenamento jurídico como lei ordinária.

Seu voto partiu da premissa de que, nos termos da Constituição Federal, leis ordinárias não podem ser revogadas pelo Presidente da República, e o decreto que formaliza a adesão do Brasil a um tratado internacional, aprovado

10 Adaptado de COUTINHO, Felipe. *STF adia julgamento sobre tratado da OIT*. Brasília, Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-03/stf-adia-decisao-tratado-oit-permite-demissao-justificada>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

e ratificado pelo Congresso, equivale a lei ordinária. “Aderrogação de norma incorporadora de tratado pela vontade exclusiva do Presidente da República, a meu juízo, é incompatível com o equilíbrio necessário à preservação da independência e da harmonia entre os Poderes (artigo 2º da Constituição Federal), bem como com a exigência do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV)”, afirmou. “Por isso, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito”. Após o voto da ministra Rosa Weber, o ministro Teori Zavascki pediu vista.¹¹

Graça Maria Borges de Freitas¹² diz que “a reinclusão da Convenção 158 no ordenamento jurídico brasileiro, cuja validade da revogação unilateral pelo Executivo é objeto de ação que tramita no STF desde 1997, pode gerar a extensão da duração dos contratos de trabalho no Brasil, propiciando novos fatos relativos à casuística da vida dos contratos, que estimulem a reflexão a respeito da matéria com exemplos distintos e, quiçá, mais instigantes”.

Na lição de Eduardo Biacchi Gomes e Ronald Silva de Almeida, citados por Luiz Eduardo Gunther¹³ e com arrimo em trecho

11 Este parágrafo e o anterior foram extraídos do Portal do próprio Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

12 FREITAS, Graça Maria Borges de. *Súmula n. 394 do TST: fato superveniente e algumas questões sobre sua aplicação*. RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty de Castro (coords.). O que há de novo em Processo do Trabalho: homenagem ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves. São Paulo: LTr, 2015, p. 300.

13 GUNTHER, Luiz Eduardo. *A Convenção n. 158 da OIT no Brasil: uma polêmica ainda não resolvida*. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coords.). Direito Internacional do

do voto proferido pelo ministro Celso de Mello na ação direta de inconstitucionalidade n. 1480/DF, os termos da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho viriam a “regularizar” a regra inscrita no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, como “verdadeira fórmula de ponderação, que institucionalizou solução de caráter transacional destinada a conciliar posições contrastantes”.

Mas seria mesmo necessário? Vejamos, ao som da imaginária *décima sinfonia* de Ludwig van Beethoven.

4 – O ARTIGO 7º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EFICÁCIA SOCIAL PLENA

Segundo o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*, relação de emprego protegida contra *despedida arbitrária ou sem justa causa*, “nos termos de lei complementar”, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. O artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias diz que, até que seja promulgada a referida lei complementar, fica a proteção ventilada limitada ao aumento, para quatro vezes, do percentual de dez por cento da indenização compensatória do FGTS, na forma do inciso I, e que, consoante inciso II, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do cipeiro e da empregada gestante.

O artigo 7º é extremamente rico e traz consigo uma carga fantástica de premissas e

balizas constitucionais e de direitos humanos. Sinto-me compelido a, antes de adentrar no “xis da questão”, fazer uma pontuação quanto a três elementos que se atrelam e se ligam à cabeça do artigo 7º: o princípio da vedação do retrocesso social, a cláusula de avanço social e a progressividade dos direitos sociais.

Conforme já expus em outra assentada¹⁴, ao tratar do retrocesso social no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da prescrição trintenária do FGTS, o artigo 7º da Constituição Federal, ao elencar direitos sociais mínimos, “além de outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador”, impõe a vedação ao retrocesso social e estabelece autêntica cláusula de avanço social.

Do Tribunal Superior do Trabalho, colhemos dois julgamentos, a explicitarem este raciocínio:

Não se pode olvidar que o art. 7º da Constituição Federal revela-se como uma centelha de proteção ao trabalhador a deflagrar um programa ascendente, sempre ascendente, de afirmação dos direitos fundamentais. Quando o caput do mencionado preceito constitucional enuncia que irá detalhar o conteúdo indisponível de uma relação de emprego, e de logo põe a salvo “outros direitos que visem à melhoria de sua condição social”, atende a um postulado imanente aos direitos fundamentais: a proibição de retrocesso. (TST-RR-2157600-05.2007.5.09.0010,

14 ZWICKER, Igor de Oliveira. *O julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição do FGTS e o retrocesso social*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém, v. 49, n. 96, jan./jun. 2016. *No prelo*.

Trabalho e convenções da OIT comentadas. São Paulo: LTr, 2014, p. 106.

Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 19/02/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/02/2014)

Sob os enfoques axiológico e teleológico, a razão de ser é buscar melhores condições de trabalho, observadas, evidentemente, as conquistas sociais já alcançadas. (TST-RR-51000-12.2009.5.02.0303, Redatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 11/12/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/02/2014)

O próprio Supremo Tribunal Federal – o que me causa estranheza e perplexidade com os rumos que tem tomado a Suprema Corte em seus julgados no âmbito do Direito do Trabalho, como o da prescrição trintenária do FGTS – já desenvolvera tal principiologia da mesma forma que os órgãos de jurisdição trabalhista, reiteradamente, a exemplo do que trago abaixo:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. (nesse sentido, cf. os seguintes julgados: STF-ARE 639.337 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011; STF-RE 581.352 AgR/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.10.2013)

Essa também é a ideologia consagrada no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591/1992), e seu Protocolo Adicional (Protocolo de São Salvador), que trazem a ideia de progressividade dos direitos sociais.

Nesse sentido, vaticina Aline Paula

Bonna¹⁵:

Destaque-se, nesse sentido, que tanto pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, quanto pelo apelidado Protocolo de São Salvador, em vigor desde 1999 (Decreto n. 3.321/99), o Brasil se comprometeu a implementar, progressivamente e com o máximo de seus recursos disponíveis, os direitos ligados à igualdade. Dessa noção de progressividade, extrai-se a vedação do retrocesso, como um vetor dinâmico e unidirecional positivo, que impede a redução do patamar de tutela já conferido à pessoa humana.

Ainda Aline Paula Bonna, citando Flávia Piovesan:

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada autoaplicabilidade, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas. Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais.

15 BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.

Pois bem. Por outro lado, não olvidemos, ainda, que **dentro da estrutura constitucional formal**, o artigo 7º está inserido dentro do **Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)** da Carta Cidadã.

Isso quer dizer que, se os direitos constitucionais sociais **são espécies do gênero direitos fundamentais**, não há como afastar a aplicação do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, de redação cristalina e carente de qualquer dificuldade interpretativa, e para o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em meu primeiro livro¹⁶, publicado pela LTr Editora, ao comentar o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n. 84 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais e a edição da Súmula n. 441 do Tribunal Superior do Trabalho, ambas sobre *aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*, trago a clássica doutrina de José Afonso da Silva, as normas podem ter eficácia social plena, contida ou limitada. As normas de eficácia social plena não necessitam de regulamentação por lei para desenvolver-se em plenitude – que ocorre por elas mesmas.

Ainda registro a contribuição de Maria Helena Diniz, que traz em sua classificação as normas de eficácia social absoluta, que são as cláusulas pétreas inseridas no artigo 60 do seio constitucional, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Assim, não há porque sustentar a

necessidade de integração da norma. Por outro lado, muito embora o artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias diga que, até que seja promulgada a referida lei complementar, fica “a proteção” ventilada no artigo 7º, inciso I, limitada ao aumento, para quatro vezes, do percentual de dez por cento da indenização compensatória do FGTS, fato é que o próprio inciso I do artigo 7º não diz isso.

Com efeito, o que diz o artigo 7º, inciso I, é que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, **relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa**. Ponto. Este é o direito dos trabalhadores, direito, aliás, social-fundamental, pétreo e de aplicação imediata.

O que me parece necessário, e pendente de edição de lei complementar, é a regulamentação da própria “indenização compensatória, dentre outros direitos”. Até porque nossa Consolidação das Leis do Trabalho já traz, desde 1943, a conceituação legal do que é “despedida arbitrária”, sendo, nos termos do artigo 165, aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Pensar de forma contrária é admitir uma flagrante contradição dentro da Constituição Federal e, mais, imprimir uma **capitis diminutio** a uma norma fundamental da Carta Cidadã.

Pois bem. **Ainda que assim não fosse**, há outro forte argumento para a aplicação, por si só, do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal. Do Informativo n. 727 do Supremo Tribunal Federal, colho trechos da decisão proferida pela Corte Suprema na ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 24/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face da Presidente

16 ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015, p. 240.

da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e tendo como objeto a mora legislativa na elaboração da lei de defesa do usuário de serviços públicos, nos termos do artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19/1998.

Assim como naquele caso, o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, para além de simplesmente “proclamar” uma garantia social de proteção aos trabalhadores, consubstanciou verdadeira **imposição legiferante**, a qual, dirigida ao Estado legislador, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma legislação destinada a proteger os trabalhadores da despedida arbitrária ou sem justa causa, mormente em uma sociedade que erigiu, como fundamentos de existência e validade da República, os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal). A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da **busca pelo pleno emprego** (artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal).

E mais, diferentemente daquele caso, que chocou o ministro relator porque “passados exatos quinze anos”, aqui temos uma mora legislativa de *mais de 25 anos*, a caracterizar, em simples juízo sumário, a **inatividade do Estado em cumprir o inequívoco dever constitucional de legislar, o que resulta em afronta à Constituição Federal**.

Segundo Clèmerson Merlin Clève¹⁷:

17 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 51.

Não é apenas a ação do Estado que pode ofender a Constituição. Deveras, a inércia do Poder Público e o silêncio legislativo igualmente podem conduzir a uma modalidade específica de ilegalidade definida, pelo direito contemporâneo, como inconstitucionalidade por omissão.

Como salientou o relator da ADO n. 24/DF, a omissão inconstitucional abrange questionamentos contemporâneos acerca da força normativa da Constituição Federal, do papel da jurisdição constitucional, da harmonia e da separação dos Poderes. Antes de tudo, porém, o tema realça a **necessária e premente concretização da Constituição Federal pelos Poderes da República**.

Ainda que as soluções das inconstitucionalidades por omissão induzam a questionamentos dos mais controvertidos, *há muito não se têm dúvidas sobre a gravidade da não observância da imposição constitucional de legislar*.

Já lecionava o ministro **Celso de Mello** em seu voto no julgamento da medida cautelar da ADI n. 1.439/DF:

*“A omissão do Estado, que **deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional, **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também** desrespeita a Constituição, **também** ofende direitos que nela se fundam e **também** impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*

É por essa razão que J. J. GOMES

CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Fundamentos da Constituição*, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora), **analisando a força normativa da Constituição** – e assinalando que a eficácia preponderante e subordinante de suas cláusulas **impede** o reconhecimento de situações inconstitucionais –, **acentuam**, na perspectiva da inquestionável preeminência normativa da Carta Política, que:

(...) tanto se viola a Lei fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são ‘actuados’, dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhe operatividade prática.

A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma **acção inconstitucional** (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma **omissão inconstitucional** (não fazer o que ela impõe que seja feito).’ (grifei)

Dentro desse contexto, foi instituída a acção direta de inconstitucionalidade **por omissão**, vocacionada a preservar a supremacia da Carta Política e destinada, enquanto instrumento de controle abstrato, a impedir o **desprestígio** da própria Constituição, eis que - tal como adverte PONTES DE MIRANDA, em magistério revestido de permanente atualidade (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT) – ‘Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de

que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos - o que é pior (...). No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve - que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem na cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer’.

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por acção insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanação normativa que lhes foi imposto, infringam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior” (Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30.5.2003).

Ainda que se exista uma **decisão política de não deliberação**, na presente hipótese do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, **a decisão política já foi tomada pelo Poder Constituinte originário reformador**, quando determinou que se elaborasse norma de proteção aos trabalhadores contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (isso no caso de se entender que esta norma tem eficácia social limitada, ou seja, ainda dependentes da

interpositio legislatoris, de regulamentação pela legislação infraconstitucional).

Nesse caso, o legislador tem o dever jurídico de legislar, por força de expresso mandamento constitucional e, no caso de inércia, configurada está a omissão inconstitucional.

Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso¹⁸:

A simples inércia, o mero não fazer por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.

Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. Insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua liberdade de conformação a decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria. De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracterizarão comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.

Superar a mora legislativa é cumprir

a própria Constituição Federal, o que deve ocorrer, em especial pelas instâncias do Poder Judiciário, mormente a Justiça do Trabalho.

A propósito da matéria – proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa –, Sérgio Amad Costa¹⁹, professor de Recursos Humanos e Relações Trabalhistas da Fundação Getúlio Vargas/SP, relata que a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho “não é um exemplo de sucesso”. Diz que o “pequeno número de adesões à Convenção é a resposta à sua inadequação” e que os países os quais a ratificaram tiveram que suportar “o engessamento” provocado e que a Convenção n. 158 “**não é boa para a economia**”.

Data venia, a própria Constituição da República Federativa do Brasil contradiz isto. A partir do artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, temos, como dito, nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa os fundamentos de existência e validade da República Federativa do Brasil, ao lado do núcleo duro da Constituição, que é o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

O artigo 170, *caput*, traz como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, assegurando-se a todos uma existência digna, conforme ditames da justiça social. Pelo artigo 193, temos que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar social e a justiça social.

18 BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: 2011, p. 55-56.

19 COSTA, Sérgio Amad. *A inadequada Convenção 158 da OIT*. São Paulo, Estadão, Caderno Economia & Negócios, 31 jan. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-inadequada-convencao-158-da-oit-imp-1627448>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

Não há como se pensar em função econômica desatrelada da função social. Karl Renner (1870-1950), em sua obra *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts* (“O instituto do direito privado e a sua função social: uma contribuição à crítica do Direito Civil”), citado por Ester Lopes Peixoto²⁰, “questiona as implicações existentes entre os dois fenômenos, procurando estabelecer como e em que medida o direito seria determinado pela economia”.

Para o ilustre jurista do seu tempo, “os institutos jurídicos [função econômica e função social] devem estar articulados entre si, como forma de atender às exigências da sociedade que somente serão alcançadas tendo em conta a função social que cada um desempenha dentro do processo social”.

Há uma bela ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região²¹, onde se registra o seguinte:

Mais do que em tempos passados (muito mais mesmo!), a lei não consegue nem prever todas as situações que a complexa vida em sociedade oferece, nem chegar a tempo de regular/disciplinar várias delas, dada a rapidez com que se sucedem, o que faz com que se conclua que hoje se vive a época do efêmero, tornando necessário, não poucas vezes, antes, em inúmeras,

20 PEIXOTO, Ester Lopes. *A função social da propriedade*: do CC/1916 ao CC/2002. Porto Alegre: UFRGS, 2005. [dissertação de mestrado]

21 Processos n. 0005020-42.2014.5.15.0000 e 0005023-94.2014.5.15.0000. Citados em: ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Revista Trabalhista de Direito e Processo*. Ano 13, n. 51, jul./set. 2014, p. 195-221, Seção Jurisprudência.

procurar/buscar a resposta a diversas questões no ordenamento jurídico, visto em sua totalidade, o que levou/leva a explosão da relevância dos princípios, como hoje se observa. Também não há mais postergar a verdade de que cada um e todos têm responsabilidades para com o meio, para com a comunidade em que vivem, as quais variarão em grau e intensidade, de acordo com os benefícios que se tira desse convívio e as reais possibilidades de atuação de cada qual, pena de perderem legitimidade ações que, respeitadas essas responsabilidades, seriam inquestionavelmente legítimas. A livre iniciativa há de ser vista enquanto integrante da floresta, e não como árvore isolada num distante e perdido oásis. (negritei)

5 – CONCLUSÃO

Ante o exposto, penso que, não obstante os esforços intelectuais – **esforços legítimos, diga-se de passagem** – em torno da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, *de status supralegal*, e da **flagrante inconstitucionalidade formal** em torno da sua denúncia pelo Decreto n. 2.100/1996, fato é que a própria Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso I, já traz norma de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Esta norma, inserida no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal, é espécie do gênero direitos fundamentais, de modo que tem aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal), é norma de eficácia social plena e não necessita de regulamentação por lei para desenvolver-se em plenitude – que ocorre por ela mesma. A Consolidação das Leis

do Trabalho traz, no artigo 165, a conceituação legal do que é “despedida arbitrária”.

Por outro lado, ainda que assim não fosse, o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, para além de “proclamar” uma garantia social de proteção aos trabalhadores, consubstanciou verdadeira imposição legiferante, a qual, dirigida ao Estado legislador, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma legislação destinada a proteger os trabalhadores da despedida arbitrária ou sem justa causa, mormente em uma sociedade que erigiu, como fundamentos de existência e validade da República, os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal). A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca pelo pleno emprego (artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal). A inatividade do Estado em cumprir o inequívoco dever constitucional de legislar resulta em flagrante afronta à Constituição Federal e deve ser superada pelo Poder Judiciário.

6 – BIBLIOGRAFIA

ABRIL COLEÇÕES. *Grandes compositores da música clássica*: Beethoven. São Paulo: Abril, 2009-2010. Vols. 1 e 38.

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Revista Trabalhista de Direito e Processo*. Ano 13, n. 51, jul./set. 2014, p. 195-221, Seção Jurisprudência.

BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. 3. ed.

rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: 2011.

BONNA, Aline Paula. *A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

COSTA, Sérgio Amad. *A inadequada Convenção 158 da OIT*. São Paulo, Estadão, Caderno Economia & Negócios, 31 jan. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-inadequada-convencao-158-da-oit-imp-,1627448>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

COUTINHO, Felipe. *STF adia julgamento sobre tratado da OIT*. Brasília, Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-03/stf-adia-decisao-tratado-oit-permite-demissao-justificada>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FREITAS, Graça Maria Borges de. *Súmula n. 394 do TST: fato superveniente e algumas questões sobre sua aplicação*. RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty de Castro

(coords.). O que há de novo em Processo do Trabalho: homenagem ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves. São Paulo: LTr, 2015.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *A Convenção n. 158 da OIT no Brasil: uma polêmica ainda não resolvida*. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coords.). *Direito Internacional do Trabalho e convenções da OIT comentadas*. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *A OIT e a uniformização das normas trabalhistas*. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 1, n. 3, dez. 2011, p. 11-78.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é autoaplicável*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5820>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 4.

PEIXOTO, Ester Lopes. *A função social da propriedade: do CC/1916 ao CC/2002*. Porto Alegre: UFRGS, 2005. [dissertação de mestrado]

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil*. São Paulo: LTr, 2015.

ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *A responsabilização objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização frente a Convenção n. 94 da OIT*. Publicado na Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 4, n. 35, nov./dez. 2014, p. 91-112. Publicado também no BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: NDJ, ano 31, n. 3, p. 295-309, mar. 2015, Seção Doutrinas, Pareceres e Atualidades. A publicar na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém, v. 48, n. 95, jul./dez. 2015 (quanto a esta última, *no prelo*).

_____. *O julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição do FGTS e o retrocesso social*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém, v. 49, n. 96, jan./jun. 2016. *No prelo*.