



UMA LEITURA JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

A READING JURISPRUDENCIAL OF THE PROTECTION EMPLOYMENT AND THE ILO'S CONVENTION N. 158

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla, Professor Titular III e Pesquisador Acadêmico do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD) da Universidade Tiradentes e do ITP (Instituto de Tecnologia e Pesquisa). Membro do cadastro nacional de avaliadores (BASIS) de cursos de Direito do INEP/MEC. Membro do Comitê Científico do periódico Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades (Universidad de Sevilla - España). Editor de seção da Revista Espaço Jurídico (Unoesc - SC). Avaliador ad hoc de periódicos especializados. Tem experiência na área de Direito Constitucional, com ênfase em Direito da Comunicação Social, atuando principalmente nos seguintes temas: dignidade da pessoa humana, direitos humanos, direitos fundamentais, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, direito à informação, direitos da personalidade, direito à própria imagem, e novas mídias. E-mail: marco_arcc@yahoo.com.br

Laudeniz Polliana César

Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub) e Graduada em Administração pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, Brasil. E-mail: pollicesar@hotmail.com

Resumo

O objeto deste texto é examinar, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores, a vinculação da proteção do vínculo empregatício e a Convenção nº 158 da OIT. O objetivo é discutir como a proteção contra a despedida arbitrária é disciplinada, tendo por norte a Constituição Federal, a Convenção nº 158 da OIT e a jurisprudência dos tribunais superiores. Baseando-se no método dedutivo, relata-se como se confere efetividade à proteção do vínculo empregatício no direito brasileiro, estuda-se a Convenção nº 158 da OIT e as manifestações dos Tribunais Superiores que tangenciam o tema. As considerações finais concluem que a indenização compensatória estipulada no ADCT é ineficiente e que a atual posição do Supremo Tribunal Federal tende a

e elevar a Convenção nº 158 da OIT a um lugar privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Vínculo Empregatício - Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho - Jurisprudência

Abstract

The purpose of this paper is to examine, in accordance with the jurisprudence of the superior courts, the linking of employment protection and ILO Convention nº 158. The target is to discuss how protection against arbitrary dismissal is regulated, taking the north the Federal Constitution, the ILO Convention nº 158 and jurisprudence of the Superior Courts. Relying on the deductive method, it is reported as if to confer effective protection of employment in Brazilian law, studies the ILO Convention nº 158 and studies the manifestations of the Superior Courts tangent to the topic. The final considerations conclude that the compensatory fine stipulated in ADCT is inefficient and that the current position of the Supreme Court tends to elevate the ILO Convention nº 158 to a privileged place in the Brazilian legal system.

Keywords: Employment - International Labour Organization Convention nº 158 - Jurisprudence

INTRODUÇÃO

Historicamente, o Direito do Trabalho proveu de certa segurança os trabalhadores e agiu como meio de compensar as desigualdades sociais entre os empregados e o capital, sendo que este princípio justificou jurídica e eticamente a sua existência como um instrumento de coesão e paz social. Dentre os princípios que balizam o Direito do Trabalho, destacam-se neste estudo, os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, pois são estes os que mais conferem justificção para a regular o término do contrato de trabalho, somados aos princípios constitucionais e ao valor universal da dignidade da pessoa humana.

Inexistem óbices que levem a conclusão de que um vínculo de trabalho duradouro traz consigo progressos pessoais para o trabalhador. A estabilidade no emprego oferece uma base mais sólida em vários aspectos econômicos e sociais, permite que o trabalhador desfrute de bem estar físico e mental, além de viabilizar sua inclusão em programas de assistência social e previdenciária para quando não estiver mais em sua plena capacidade de exercício laborativo.

No entanto, o término da relação de emprego é um tema ainda pendente de definição no ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de legislação complementar, bem como a discussão quanto à aplicação da Convenção nº 158 da OIT que disciplina o assunto suscitam questões que abordam desde a dignidade da pessoa humana, a função social do contrato de trabalho, o modo de internalização dos Tratados, Convenções e Pactos Internacionais, como também, considerações acerca da dinâmica econômica na qual as empresas estão inseridas e o seu papel na sociedade. Estes os motivos pelos quais merece palco para debate um estudo sobre a proteção do vínculo empregatício e a vigência da Convenção nº 158 da Organização Internacional

do Trabalho (OIT), mormente após a Emenda Constitucional nº 45 (EC45), que estabeleceu como se internaliza os Tratados, Convenções e Pactos Internacionais de Direitos Humanos (TDH), e a atual interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF).

É certo que a despedida arbitrária e/ou sem justa causa de trabalhadores, urbanos ou rurais é indesejada de acordo com o inc. I do art. 7º da Constituição Federal (CF). A disciplina normativa deste dispositivo descansa, ainda, no art. 10º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Desde 1988 se espera a manifestação do legislador para dispor sobre o tema, responsabilidade constitucional que lhe é imputada por meio da edição de lei complementar que estipule quais mecanismos de proteção o Brasil adotará para atenuar a volição do patronato.

Neste sentido, a partir da observação da produção legiferante nacional e da evolução jurisprudencial da aplicação do direito, acumulados desde a denúncia da Convenção nº 158, é de se questionar se o referido dispositivo do ADCT constitui instrumento adequado para disciplinar a questão. Provenientes do silêncio legislativo, já foram travados alguns debates jurídicos para discutir o uso contínuo do art. 10º, inciso I, do ADCT em substituição à lei complementar e a aplicabilidade da Convenção nº 158 da OIT, além do modo de como se recebe a normativa internacional no sistema constitucional brasileiro após a EC45.

O objetivo deste texto é, meramente, descrever como a proteção contra a despedida arbitrária é tratada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por norte a CF e a Convenção nº 158 da OIT, com especial destaque para as ações julgadas pelo STF: ADI nº 1.480, o MI nº 114, a ADI nº 1.625 e o RE 466.343. Não é intenção deste escrito discutir as teses encontradas nas referidas decisões judiciais. O que se pretende é avaliar a evolução jurisprudencial e legislativa da interpretação que se pode fazer da Convenção nº 158 da OIT. Para alcançar o objetivo, a metodologia foi baseada no método dedutivo. Em um primeiro momento, relata-se como o ordenamento jurídico nacional se comporta no sentido de conferir efetividade à proteção ao vínculo empregatício. Posteriormente, explica-se o conteúdo da Convenção nº 158 OIT e se detalha as principais manifestações do STF sobre esse Tratado Internacional. Por fim, argumenta-se pela influência e interferência dos direitos humanos no Estado Constitucional, principalmente da busca pela dignidade da pessoa humana como norte de interpretação que se fez após a EC45, para ao final se produzirem algumas considerações finais.

1. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

É inegável que o papel desempenhado pelo trabalho alcança relevância não só para o desenvolvimento de uma sociedade, como também contribui para o desenvolvimento pessoal do trabalhador. Historicamente, a discussão da proeminência do trabalho na sociedade industrial vem desde a teorização de Émile Durkeim sobre preponderância da solidariedade orgânica ante a solidariedade mecânica. Durkeim (1998, p. 83) observa que é a divisão social do trabalho que garante a coesão social, pois há recuo da personalidade individual em proveito da consciência coletiva.

Com efeito, o trabalho exerce influência plena sobre o indivíduo e sua relação com o meio em que vive, ao ponto de Engels (2004, p. 11) proferir a forte afirmação de

que o trabalho “é a condição básica e fundamental de toda a vida humana”. Tem importância tanto para o alcance de uma economia eficaz, como é o meio mais efetivo de proporcionar ao indivíduo condições de uma vida digna. Estas circunstâncias justificam, sobremaneira, a interferência do Estado nesta dinâmica, que é constituída por uma relação assimétrica entre empregadores e empregados. O Estado há de intervir nestas relações para garantir a efetividade dos direitos já que a modernidade não conseguiu estabelecer limites para a proteção destes na ordem jurídica privada (LOBATO, 2006, p. 75). Assim, atua o Estado como mediador, regulador e fomentador de uma relação que pretende ser harmônica, duradora e estável, para que contribua para o bem-estar da sociedade.

É neste sentido que a CF, seguindo orientação que se faz mister ao economicamente mais fraco (COSTA, 1991, p. 121), prevê os valores sociais do trabalho entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV); estabelece como direito fundamental o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII); contempla o trabalho no rol de direitos sociais (art. 6º, *caput*) e institui diretrizes para protegê-lo (art. 7º e 8º); constitui uma Justiça especializada para tratar os temas relativos ao trabalho (art. 92, IV; 111); aduz que a ordem econômica do Estado brasileiro é fundada na valorização do trabalho (art. 170) e que o trabalho é um primado da ordem social (art. 193); dispõe que o sistema único de saúde deve colaborar com a proteção do meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII); assevera que a assistência social tem como um de seus objetivos a promoção da integração ao mercado de trabalho (art. 203, III); obtempera que a educação deve também visar a formação (art. 214) e a qualificação do cidadão para trabalho (art. 205), dentre outras previsões. Efetivamente, a existência de normas para tutelar esta relação se justifica pela história de exploração do trabalho humano que levou o Estado a intervir nas relações jurídicas de trabalho para assegurar ao obreiro “um patamar civilizatório mínimo de dignidade humana” (ARAÚJO, 2011), pois “é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea” (PIOVESAN, 2010b, p. 7).

Com efeito, no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana também reside a possibilidade de que cada indivíduo, dotado de igual consideração e respeito por parte da comunidade em que se insere, formule e ponha em prática seu plano ideal de vida, traçando os rumos que entende mais afeitos ao livre desenvolvimento de sua personalidade (SARMENTO, 2004, p. 113). O projeto individual de futuro, no entanto, deve partir, para concretizar-se, de premissas dotadas de confiabilidade, cuja higidez não seja colocada em xeque a cada novo momento. Neste contexto, a estabilidade do vínculo empregatício é, indisfarçavelmente, um dos institutos capazes de conferir proteção à manutenção do augurado equilíbrio social do qual faz parte o vínculo laboral.

De fato, busca-se a estabilidade das relações laborais, pois uma das mais graves ineficiências que o Estado pode infligir aos seus cidadãos é submetê-los a vidas de perene incerteza. A estabilidade pode ter como significado a qualidade daquilo que é estável, equilíbrio, firmeza, segurança. Juridicamente, consiste na limitação que o sistema jurídico impõe à despedida imotivada do trabalhador e figura como elemento para a consecução do princípio da continuidade na relação de emprego (SILVEIRA,

2008, p. 49).

Efetivamente, a estabilidade na relação de emprego, decerto, tem cunho social e caráter ambivalente, pois atende tanto ao empregado como ao empregador. É da essência do contrato de trabalho e é da essência da economia, pois protege, como visto, a valorização do trabalho humano e também a livre iniciativa (CARDOSO, 2008, p. 30). Nada mais sensato, portanto, recorrer-se a um breve histórico sobre a estabilidade na iniciativa privada e a demissão imotivada para ilustrar o início do desenvolvimento deste texto.

Contudo, antes de prosseguir, faz-se necessário comentar as diferenças entre demissão arbitrária e a demissão sem justa causa. Não foi estipulado pelo constituinte o que se pode depreender sobre o significado de demissão arbitrária. Com efeito, como aduz Luciana Soares Vidal Terra (2009, p. 94), a regra é a da desnecessidade de motivação para que o empregador termine a relação de emprego. Essa seria a dispensa imotivada, injusta, ou sem justa causa. Entende-se como arbitrária a dispensa que, embora motivada, não se baseia em motivo relevante, que pode ser disciplinar, técnico, econômico e financeiro. Desse modo, segundo Jorge Luiz Souto Maior (2004) a dispensa que não for fulcrada em justa causa, (art. 482, CLT), terá que necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. João Paulo Cordeiro Cavalcanti (2003) opina que a dispensa arbitrária é uma espécie de despedida sem justa causa, que seria o gênero, um tipo mais amplo.

É importante destacar que seja arbitrária ou sem justa causa, a dispensa é resultante de ato praticado pelo empregador, enquanto que a demissão justificada compreende ato ou omissão do trabalhador em relação ao empregador (MARTINS, 2012, p. 380). A arbitrariedade consiste, pois, na abusividade de o empregador se valer da previsão legal para realizar dispensas por motivo não razoável, ou indevidamente, demitir por justa causa o trabalhador que não incorreu em falta grave.

Para atenuar a dispensa sem justa causa ou a arbitrária emergiu a figura da estabilidade. Sabe-se que o instituto da estabilidade na iniciativa privada ingressou no direito brasileiro não como conquista das organizações profissionais, mas como uma “dádiva da lei” (GOMES; GOTTSCHALK, 2011, p. 415), a partir da publicação do Decreto nº 4.682/23, conhecido como Lei Eloy Chaves. Ao criar as Caixas de Aposentadoria e Pensões para os ferroviários, tal decreto garantiu-lhes a permanência no emprego como forma de fortalecer e viabilizar economicamente a previdência, a despeito da vontade do empregador.¹

A partir desta normatização, outras categorias reivindicaram tal proteção, como os portuários e marítimos (Decreto nº 5.109/26), os trabalhadores das empresas de telegrafia e radiotelegrafia (Decreto nº 5.485/28), os trabalhadores da mineração (Decreto nº 22.096/32) e os bancários (Decreto nº 24.615/34). Também conquistaram a estabilidade os empregados da imprensa (art. 131) e os professores (art. 150, f) quando promulgada a Constituição de 1934, sendo este o primeiro momento em que o instituto da estabilidade foi mencionado em texto constitucional. Em 1935, com a Lei nº 62 de 5

¹ Art. 42. Depois de 10 anos de serviços efetivo o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá administrativo no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspectoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.

de Junho, a estabilidade desvinculou-se da Previdência Social e passou a constituir medida de proteção ao trabalho:

Artigo 10. Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadoria e pensões tem criado, desde que contenham 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5º

Com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, a estabilidade foi ratificada pelo disposto no artigo 492:

Artigo 10. Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadoria e pensões tem criado, desde que contenham 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5º

Em 1964, o Ato Institucional nº 1 suspendeu (art. 7º) a estabilidade. Em 1966, instituiu-se o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), a Lei nº 5.107. Disciplinava-se o direito dos trabalhadores de renunciar à estabilidade para optar pela nova garantia que, pela Constituição de 1967 (art. 158, XIII), passou a ser equivalente à estabilidade, resultando em indenização ao trabalhador despedido imotivadamente.

Com este cenário, elevou-se a rotatividade da mão-de-obra. Conforme matiza José Carlos Arouca (2010, p. 924), o FGTS não se consolidou como um regime de garantia da relação de emprego, mas sim um instrumento que favorecia o desemprego, afirmação comprovada pelas estatísticas do Ministério do Trabalho que revelaram uma taxa de rotatividade superior a 52% em 1968.

Em 1977, com a Lei nº 6.514, que alterou o Capítulo V do Título II da CLT, apenas os representantes dos trabalhadores nas Cipas passaram a ter a garantia de estabilidade no emprego, não podendo ser demitidos arbitrariamente. Sua dispensa seria condicionada a motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (art. 165).

Com a redemocratização, promulgada a Constituição de 1988, é perceptível que houve esforços para prestigiar a manutenção do vínculo empregatício. A primeira redação dada ao inc. I do art. 7º foi elaborada pela Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, trouxe um conceito que contempla a estabilidade plena e perene: “estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado o contrato de experiência de noventa dias” (SILVEIRA, 2008, p. 75).

Na Comissão da Ordem Social o texto foi alterado e passou a contar com a garantia de direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvadas as exceções expressas em lei, porém, mesmo mais específica e técnica, a redação ainda mantinha a estabilidade. A Comissão de Sistematização dispôs:

Garantia de emprego, protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em:

- a) contrato a termo, assim conceituado em lei;
- b) falta grave, assim conceituada em lei;
- c) justa causa baseada em fato econômico intransponível, fato tecnológico ou infortúnio de empresa, de acordo com os critérios estabelecidos na legislação do trabalho.

Esta última redação alterou o tipo de estabilidade para relativa e perene, uma vez que ampliou os motivos aceitos para o término do contrato de trabalho. Este texto sucumbiu, sendo sobreposto pelo aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC) na forma que está atualmente redigido na Constituição. Apesar de explicitar que se protege a relação de emprego contra os despedimentos imotivados, as medidas protetivas que viabilizariam tal direito deveriam ser elencadas em futura lei complementar que, entre outras medidas, obrigatoriamente terá de dispor sobre a indenização compensatória e outros direitos:

Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de **lei complementar**, que preverá indenização compensatória **dentre outros direitos**” (grifo nosso)

Há críticas quanto à redação imprecisa do referido inciso, como a omissão do constituinte em conceituar o termo que utilizou, acabando por permitir a incorporação do conceito pré-existente na CLT (GOMES, 2008, p. 215), e há quem suscite a tese de que a Constituição assegurou o direito de dispensa, substituindo a garantia de permanência no emprego pela indenização compensatória (MACIEL, 2010, p. 916). Entretanto, é adequado o raciocínio de que a intenção do constituinte originário era dar ao trabalhador a máxima proteção, e tal fato é reforçado pela influência da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), anterior à ANC, e que se modernizou o “direito de dispensa, colocando-o ao lado dos mais evoluídos do Direito europeu contemporâneo, criando chances de justiça social nas relações empregado-empregador” (SILVA, A.A., 1992, p. 223). Tal cenário propõe a aplicação da máxima eficácia constitucional quanto ao disposto na Norma Máxima, mas que neste caso resultou numa norma constitucional de eficácia limitada, já que revela um comando descritor, mas deixa a cargo do legislador complementar a sua disciplina e executoriedade, o que denota a sua intenção de requerer uma política pertinente à satisfação de um objetivo social.

Cabe enfatizar que a atenção dada pelo constituinte à proteção do vínculo empregatício pode ser corroborada pelo seu (real) receio de que o disposto no art. 7º, I, da CF não fosse logo disciplinado pelo legislador. Para atenuar esta provável inércia legislativa, no mesmo ato de promulgação da CF o constituinte estatuiu no ADCT que:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

(...).

É inconteste que o art. 7º, I, da CF é um dispositivo normativo dependente de complementação legislativa, dotado de aplicação diferida ou mediata, e necessita de lei complementar ulterior que torne viável o exercício do direito ou benefício consagrado (ALVARENGA, 2011, p. 19). Restringiu-se, decerto, o campo de eficácia da norma de conteúdo programático, mediante a edição de uma futura regra complementar infraconstitucional para alcançar os efeitos essenciais colimados pelo constituinte (SILVA, J. A., 2008, p. 118).

Em que pese a confirmação profética do constituinte originário, um dos resultados da aplicação sistemática do art. 10, do ADCT em substituição à estabilidade e à ainda inexistente lei complementar é a rotatividade. Colhendo uma amostra, as pesquisas do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – Dieese e da Confederação Nacional dos trabalhadores do Ramo Financeiro – Contraf, documentam que em 2009, dos 30.034 trabalhadores que tiveram seu contrato de trabalho rescindido com bancos brasileiros, 16.786 (55,89%), foram dispensados sem justa causa. Em 2010, das 33.418 demissões, 14.056 (42,06%) foram imotivadas. Em 2011 ocorreram 18.246 (50,19%) demissões sem justa causa das 36.355 havidas no período.

No cômputo geral, somando-se o ingresso e a dispensa de trabalhadores do setor, em 2009 ocorreu um *déficit* de 621 vagas, porém, em 2010 observou-se a criação de 24.032 postos de trabalho e, em 2011, foram disponibilizadas mais 23.599 vagas. Ou seja, o setor substituiu todas as dispensas, cobriu a vacância daqueles que solicitaram sua demissão a pedido e ainda criaram oportunidades de emprego.

In casu, depreende-se, pois, que a rotatividade transformou-se em instrumento de gestão que culmina com a redução da média salarial. A remuneração média dos funcionários admitidos em 2011 é 47,93% inferior à remuneração dos dispensados. Tal movimento gera trabalhadores mais pobres, dilapida as verbas da seguridade social e a não socialização dos lucros das empresas com aqueles que contribuíram para sua geração. Entretanto, vale destacar que um dos desdobramentos da ausência de regulação infraconstitucional, volta-se inclusive contra o empregador, pois o Judiciário vem sendo instado a se manifestar sobre o dano moral que, em muitos casos, é ratificado pela identificação de uma demissão arbitrária e a definição de seu valor arbitrado pelo juiz.

Conclui-se que as despedidas imotivadas no Brasil são viabilizadas pela aplicação paradigmática do art. 10º do ADCT, respeitadas as exceções protegidas por força de lei em decorrência de estabilidades, principalmente, provisórias. A indenização

compensatória/garantia pecuniária (FERNANDES, 19--?, p. 28) ficou estatuída conforme artigos 477, 478 e 497 da CLT, pois, o artigo 7º subordina a dispensa do empregado a um motivo, todavia, o descumprimento desta regra culmina na indenização.

2. NOTAS SOBRE A PROTEÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

Na evolução da jurisprudência e da atividade legislativa, novos posicionamentos se consolidaram e alargaram a proteção dos trabalhadores com o intuito de manter a desejada continuidade constitucional da relação de trabalho. Como exemplo, citam-se situações que demonstram a conformação do sistema à prevalência da dignidade da pessoa humana viabilizada pela proteção ao vínculo empregatício.

Percebe que o Estado ao atender aos princípios constitucionais e legais do direito do trabalho tem proporcionado a exclusão ou a inclusão de exigências e procedimentos para que o empregador possa exercer seu poder potestativo, até mesmo para demitir empregados por justa causa. Um exemplo disso é a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, para preservar sua integridade física e psicológica garantiu à mulher em situação de violência doméstica e familiar a manutenção do vínculo empregatício, mesmo quando esta tiver de afastar-se do local de trabalho por até seis meses (Lei 11.340/06: art. 9º, § 2º, II conjugado com o art. 7º, XX, CF).

Por seu turno, o artigo 482 da CLT dispõe sobre os atos que justificam o término motivado da relação de emprego. Calha frisar que da leitura deste, previu-se como óbice para a demissão imotivada a alínea “f”: “embriaguez habitual ou em serviço”. Influenciado pela avaliação da Organização Mundial de Saúde de que o alcoolismo crônico é doença (SDA - Síndrome de Dependência ao Alcool), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem decidido (por todos: Recurso de Revista nº 130400-51.2007.5.09.0012. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, 16 fev. 2011)² no sentido de reintegrar aos quadros das empresas os trabalhadores que tiveram sua demissão justificada por tal dispositivo normativo (SOBRINHO, 2012, p.167-191). A Corte declarou que no caso de constatada a SDA a despedida imotivada é medida extremada que não contribui para o alcance de fins sociais e bem comum, logo, espera-se que a empresa cumpra sua função social encaminhando o funcionário ao tratamento médico previamente à demissão, lastreada tal exigência no artigo 170, III da CF.

Com o julgamento das ADI nº 1.770 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgamento em 11/10/2006, DJ 01-12-2006) e ADI nº 1.721 (Rel: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, Julgamento em 11/10/2006, DJe-047 28/06/2007, Publicação 29/06/20) pelo STF, a Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST cancelou, em 11 de outubro de 2006, a aplicação da Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 177 que tratava da extinção do contrato de trabalho nos casos de aposentadoria

² No mesmo sentido, conferir: AIRR 34040-08.2008.5.10.0007; RR – 132900-69.2005.5.15.0020; RR - 153000-73.2004.5.15.0022; RR - 186400-95.2004.5.03.0092; AIRR E RR – 813281-96.2001.5.02.5555; ED-E-RR - 586320-51.1999.5.10.5555.

espontânea para o empregado que continuava a trabalhar. As decisões do STF consideraram inconstitucionais os parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT, quando confrontados com o art. 7º, I da CF. O entendimento da OJ nº 177 era de que a aposentadoria extinguiria o contrato de trabalho e se caso o trabalhador continuasse a trabalhar, considerar-se-ia a existência de um novo contrato. Tal posicionamento refletia em discussões, principalmente, acerca do pagamento da multa de 40% do FGTS. No entanto, o STF declarou que a aposentadoria espontânea não encerra o contrato de trabalho e determinou que se considerasse a unicidade contratual e a coexistência desta com o vínculo laboral. Tal medida, dentre os motivos colacionados, representava uma forma de despedida arbitrária destituída de indenização correspondente, uma vez que o empregado não cometeu qualquer falta grave que justificasse o término do contrato de trabalho e desconsiderava o acordo bilateral entre empregado e empregador pela continuidade do vínculo laborativo. Neste sentido, o TST tem jurisprudência consolidada sobre o tema, sendo a mais recente a do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-621-68.2011.5.15.0066 (Processo: AIRR - 621-68.2011.5.15.0066 Data de Julgamento: 05/09/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/09/2012).³

Em outro exemplo, no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-133800.21.2007.5.15.0137** (AIRR - 133800-21.2007.5.15.0137, Data de Julgamento: 22/08/2012, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2012) ao observar a recorrência de demissões arbitrárias de portadores do vírus HIV, o TST confirma que jurisprudência da Corte estabelece que o empregado portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada⁴. Entendeu-se que na vacância da lei complementar requerida pelo artigo 7º, I da CF, pode-se aplicar o disposto no artigo 4º da Lei nº 9.029/95 (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) para esses trabalhadores, ou a qualquer outro que comprove que a rescisão de seu contrato de trabalho está relacionada com práticas discriminatórias.⁵

Convém destacar o RE nº 179.193 (Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Julgamento em 18/12/1996, Publicação DJ 19/10/2001),

³ No mesmo sentido conferir: RR-62301/2002-900-02-00.0; RR-1509/2002-102-04-00.9; E-RR-647.709/2000.0; E-RR-1286/2000-006-19-00.3; E-ED-RR-749947/2001.0; E-RR-7622/2002-900-01-00; E-RR-969/1998-021-15-00.2.

⁴ No mesmo sentido, conferir: RR - 943/2006-005-24-00.7; RR - 2323/2001-029-02-00.8; AIRR - 206/2001-261-02-40.9; RR - 458/2002-056-02-00.2; RR - 721340-83.2006.5.12.0035; AIRR - 625/2006-088-02-40.8; RR - 1407/2004-062-02-00.1; E-RR - 366/2000-021-15-00.6; RR - 1046/2002-036-02-00.5; RR - 44357/2002-900-04-00.1.

⁵ Lei 9.029/95: Art. 4o O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

em que trabalhador recorreu ao STF de sua rescisão contratual por ter completado 65 anos de idade, para a qual postulou sua ilegalidade por constituir tal motivo, ato de discriminação. Neste, o STF decidiu que se a Constituição já sustenta a proibição de tal comportamento na admissão do trabalhador por motivo de idade (art. 7º, XXX), a interpretação é extensiva à dispensa deste. Assim, o recorrente também solicitou que, provido o recurso, como o foi, fosse-lhe assegurada a faculdade de optar pelas alternativas disponíveis na Lei nº 9.029/95 (art. 4º).

Pela situação exposta, deflagrada a demissão arbitrária por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, a relevância e evolução da discussão do tema acumulou avanços pela promulgação de leis e entendimentos jurisprudenciais que privilegiam a manutenção do vínculo empregatício e não propriamente a estabilidade. Tal determinação também corrobora a tese de que, a multa prevista no ADCT não é onerosa o suficiente para evitar a arbitrariedade.

Nada obstante, maior reforço em desfavor da despedida imotivada, indubitavelmente, é a Convenção nº 158 da OIT. O texto convencional estipula no seu art. 4º que não se dará término à relação de trabalho a menos que exista para isso uma causa relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, cabendo ao empregador o ônus de comprovar a justificativa que apresentar.

Nos casos de dispensas consideradas justificadas por motivos “econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos”, a referida Convenção determina a observância de vários critérios. Estes vão desde a necessidade de comprovação, por parte do empregador, da “justificabilidade” da dispensa, até o aviso em tempo hábil, fornecimento de informações pertinentes, abertura de canais de negociação com os representantes dos trabalhadores e notificação prévia à autoridade competente.

O artigo 10º expressa que se o término da relação de trabalho for considerado injustificado e se, em virtude da legislação e práticas nacionais, os organismos neutros, que são tribunais, tribunais do trabalho, juntas de arbitragem ou um árbitro, não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, estes terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Caberá ao empregador que prever demissões por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, comunicar aos representantes dos trabalhadores interessados, para eventual negociação e minoração do impacto das demissões sobre os empregados, bem como, notificar à autoridade competente, expondo, por escrito, os motivos das dispensas previstas, o número, as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetadas e o período em que serão efetuadas essas resilições.

Em suma: pela Convenção 158 da OIT existem três situações distintas, relacionadas à possibilidade de término da relação de emprego: 1) o término por motivo relacionado ao comportamento do empregado (o que “equivalaria” à “justa causa”); 2) o término por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, a serem previstos na regulamentação da Convenção; 3) o término injustificado, que não atende aos quesitos anteriores e que, portanto, deveria levar à readmissão do empregado ou

ao pagamento de indenização adequada ou outra reparação que se considerar apropriada.

Por fim, a referida Convenção esclarece que uma vez ratificada, o Membro deve aguardar o prazo de 10 (dez) anos para denunciá-la, contados da data inicial da vigência da Convenção. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após haver sido registrada. Contudo, passados apenas 7 (sete) meses de sua ratificação, o Chefe do Executivo da República Federativa do Brasil a denunciou por meio do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, anunciando que o Tratado deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997. Este episódio ilustra que a vigência da ratificação da Convenção por intervalo ínfimo aliada às omissões quanto à matéria e reduções aplicadas à interpretação do texto constitucional resultam na ineficácia da confirmação de valores sociais, na demonstração da incapacidade de ação Estado e na implementação indistigável de um compromisso dilatatório. É oportuno destacar que, dos 35 países que ratificaram a Convenção, o Brasil foi o único a denunciá-la.

Diante das divergências doutrinárias e dos interesses que gravitam sobre a possível aplicação da Convenção 158 da OIT em substituição à lei complementar ou a sua plena compatibilidade com a Constituição, relata-se, em apertada síntese, os argumentos e decisões proferidas por ocasião da ADI nº 1.480, MI nº 114 e ADI nº 1.625, cujas considerações influenciarão a discussão sobre a proteção da relação de emprego e a possível aplicação deste Tratado Internacional.⁶

Na ADI nº 1.480 (Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgamento em 04/09/1997, Publicação DJ 18/05/2001), ajuizada em 1996, questionou-se a aplicabilidade da Convenção com base na formalidade requerida pelo inc. I, do art. 7 da CF, pois o Tratado Internacional foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária e, portanto, incompatível formalmente diante da disposição que exige lei complementar para regular o assunto. Ainda, argumentou-se que o direito pátrio não aceitou a reintegração como efeito da despedida imotivada, sendo a indenização compensatória a expressão da reação estatal às demissões imotivadas, pois indenizações e reintegrações são critérios jurídicos e políticos distintos que se excluem reciprocamente.

Ao julgar a ADI nº 1.480, parece que a Corte Suprema tinha como orientação o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80004/SE, de 1977, referente ao conflito entre a Convenção de Genebra de 1930 sobre letra de câmbio e o Decreto-Lei nº 427 de 22/01/1969. Neste julgado, prevaleceu o entendimento de que os tratados internacionais carecem de aplicabilidade no sistema jurídico nacional após a entrada em vigor de uma lei nacional posterior que venha a contrariá-lo, dando-lhes, portanto, natureza de lei ordinária (REZEK, 1996, p. 106-107). No mesmo sentido foi o *Habeas Corpus* nº 72.131 (Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Julgamento em 23/11/1995, Publicação DJ 01/08/2003), julgado pelo STF em 1995, que manteve a teoria da paridade hierárquica entre Tratado Internacional e lei

⁶ Cabe explicar o uso do termo “Tratado Internacional” como gênero de diversos tipos de instrumentos internacionais dos quais são espécies, por exemplo, as convenções e os pactos, consoante explicita o art. 2º.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 21 de Março de 1986.

federal.

Neste contexto, o relator da ADI nº 1.480, Min. Celso de Mello julgou que a Convenção 158 da OIT instituiu referências paradigmáticas para a matéria com a finalidade de estimular o Estado-Parte a desenvolver os princípios ali adotados, prevendo o espaço para que cada país, por meio de ação legislativa própria, disciplinasse a consequência jurídica no plano interno. Contudo, indicou que a mencionada Convenção confere aos trabalhadores proteção de ordem jurídica, econômica e social, outorgando-lhes prerrogativas que já lhes defere o ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, em nada inovaria sobre o tema.

Por seu turno, o Min. Moreira Alves explanou que a indenização compensatória foi instituída como sucedâneo da garantia de estabilidade, e, assim, deferiu a liminar argumentando que a Convenção não é autoaplicável, pois desrespeita as regras constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam o sistema normativo brasileiro. Após tal manifestação o Min. relator retificou seu posicionamento e concluiu pelo deferimento em parte da liminar, pois o Tratado havia se incorporado ao direito interno como lei ordinária.

Dos votos que indeferiram a liminar, destaca-se o do Min. Carlos Velloso. Ele sopesou que a Convenção 158 da OIT por ser internalizada como lei, equivale à lei complementar. Quanto ao mérito, pontuou que a mencionada Convenção trouxe aos trabalhadores brasileiros mais um direito, o da reintegração, e ao analisá-la registrou que o conteúdo da citada Convenção já encontra respaldo e normatização em nosso ordenamento, pois prevê que a dispensa do trabalhador carece de justa causa, cujo elenco de faltas graves está nos artigos 158, 240, 482, 483, 484 e 485 da CLT e na Lei nº 6.019/74; capacidade ou desempenho do empregado e necessidades de funcionamento da empresa. Acrescentou que a aludida Convenção explicita motivos que não constituem justa causa, os quais, também, já estão presentes no artigo 8º, VIII, da CF e ADCT, art. 10º, II, a e b, assim como o afastamento temporário do empregado por motivo de doença não constitui motivo para demissão; defende o devido processo legal que já está no art. 5º, LV da CF, tendo o empregado o direito de se defender; garante a tutela jurisdicional, conforme art. 5º, XXXV; prevê o ônus da prova ao empregador; e aos Tribunais do Trabalho já cabe o exercício da jurisdição, de acordo com os casos fáticos.

O resultado da cautelar foi de 6 a 4, em 4 de setembro 1997, pelo seu deferimento. Quanto ao mérito, a questão ficou prejudicada deixando o STF de se manifestar quanto à aplicação excludente, cumulativa ou exclusiva da reintegração e da indenização compensatória no ordenamento jurídico extinguindo-se o controle concentrado pela perda superveniente de seu objeto. Isso porque na ocasião de seu julgamento a Convenção nº 158 fora denunciada, como dito, pelo Chefe do Executivo.

Em 4 de Abril de 1991, no Mandado de Injunção (MI) nº 114-6 (Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, Julgamento em 04/04/1991, Publicação DJ 19/02/1993), um particular requereu a concessão da ordem, com pedido de liminar, contra a empresa que o despedira arbitrariamente. Peticionou por sua permanência no emprego até que fosse editada a lei complementar, protetiva da relação de emprego. Porém, o MI 114 não foi conhecido, e a mora legislativa não foi configurada, “porquanto suprida, embora provisoriamente, pelo próprio legislador constituinte, no art. 10 do ato das Disposições

Constitucionais Transitórias, não se achando, então, inviabilizando o exercício do direito reclamado”. Em resumo, o STF entendeu que o requerente pretendia ser reintegrado à empresa, assim, tal demanda deveria ser pleiteada junto aos órgãos da Justiça do Trabalho e não por meio do mandado de injunção, pois este prima por garantir ao titular do direito cujo exercício está inviabilizado por falta de norma disciplinadora, a obtenção do Poder Judiciário da declaração de inconstitucionalidade dessa omissão, dando ao Poder a quem compete a edição da norma, o conhecimento da inconstitucionalidade para a adoção de providências. Ademais, o próprio legislador constituinte editou, mesmo que provisoriamente, norma para regular o tema até que a lei complementar fosse elaborada: o art. 10, do ADCT.

Apresentada em 1997, a ADI nº 1.625 pede a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, a denúncia da Convenção nº 158 da OIT, sob o argumento da violação do artigo 49, inc. I da CF. Aduz, em síntese, que o Congresso Nacional não referendou a denúncia da Convenção, que foi promovida unilateralmente pelo Poder Executivo.

O Min. Maurício Corrêa (relator) e o Min. Carlos Britto consideraram procedente o questionamento quanto à ineficácia da denúncia da Convenção, pois consideraram que o aludido Decreto submete-se à interpretação do artigo 49, I da CF, logo, tal ato é condicionado ao beneplácito do Congresso Nacional. O Min. Nelson Jobim julgou a ação improcedente, avaliou que o direito estrangeiro, quando pretende que o Parlamento possua um papel de importância na análise da denúncia de tratados, o faz expressamente. Logo, quando silente, a prerrogativa de denunciar o tratado recai exclusivamente sob o Executivo.

Por seu turno, o Min. Joaquim Barbosa julgou o pedido da ADI nº 1.625 totalmente procedente. *Afirmou que o papel do Legislativo não se limita a aprovar ou reprovam um Tratado. Defendeu que o Parlamento tem, inclusive, competência para analisar e propor emendas para condicionar a aprovação de Tratados, se necessário for. Destacou que leis só podem ser revogadas por um ato posterior de idêntica ou de superior hierarquia. Advertiu, ainda, que “a Convenção nº 158 da OIT é, inegavelmente, um tratado de direitos humanos, mais especificamente, um tratado que versa sobre a temática dos direitos sociais”. E também considerou pertinente avaliá-la sob o prisma da aplicação do novo § 3º do art. 5º da CF.*

Após o voto do Min. Joaquim Barbosa, pediu vista a Min. Ellen Gracie em 03/06/2009. O processo está aguardando julgamento desde esta data. Permanece, portanto, a dúvida quanto à conclusão do julgamento, e que pode influenciar decisivamente na interpretação sobre o papel da Convenção nº 158 da OIT, se procedente o pedido.

3. A MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO SOBRE A INTERNALIZAÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A CONVENÇÃO N ° 158 DA OIT

Ainda que a Convenção nº 158 da OIT preceda à EC45 e mesmo que não se tenha admitido a possibilidade de os TDH anteriores à emenda constitucional EC45 possuírem estatura constitucional, seria plausível defender uma alteração de entendimento do Alto Tribunal sobre o escalão normativo dos TDH no ordenamento

interno do daquele feito quando julgou a ADI nº 1.480.

A EC45 inseriu dois importantes dispositivos no artigo 5º, que afetam, incisivamente, na possível hipótese aplicabilidade da Convenção 158 da OIT:

Art. 1º. Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5º. (...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão."

A partir desta norma, alguns debates sobre a internalização dos TDH foram aventados no STF. Em conformidade com a perspectiva neoconstitucionalista, busca-se uma nova hermenêutica ao direito constitucional internacional, a qual enfatiza a eficácia dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012; SARLET, 2007, p. 336). Isso porque o "reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos" (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 112).

Relembra-se que na ocasião da ADI nº 1.480 restara o juízo de que a Convenção nº 158 corresponderia à lei ordinária, portanto, não poderia substituir a lei complementar requerida pelo texto constitucional. Entretanto, apresentar-se-á em apertada síntese, a tese prevalente dos Recursos Extraordinários 349.703, 466.343 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566, julgados em conjunto, cuja decisão reflete na avaliação sobre o escalonamento normativo da Convenção nº 158 e subsidiam a percepção de que está superada a tese sobressalente do julgamento da ADI nº 1.480 (1997), em um possível caso de *overruling* (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 354).

Em dezembro de 2008 o STF reviu o entendimento de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos teriam natureza equivalente à lei ordinária. A Corte foi impulsionada a discutir a prisão civil por dívida, que, até então, era consolidada na Súmula 619, do STF, segundo a qual "a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito". Este posicionamento foi relido, culminando, inclusive, no cancelamento de Súmula 619, reflexo da nova interpretação dada aos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos.

No RE nº 466.343 (Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Julgamento em 03/12/2008, DJe-104 04/06/2009, Publicação 05/06/2009), o Banco Bradesco S/A recorreu de decisão que confirmara a procedência de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária, mas que não resultara na prisão civil do devedor fiduciante. O banco alegou que a jurisprudência dominante sufragaria a aplicação da prisão civil ao depositário infiel.

Por unanimidade, foi negado provimento do recurso, conforme interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969 e do art. 11 do Pacto

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Prevaleceu a tese de que é ilícita a prisão civil de quem não pode cumprir com uma obrigação contratual. Duas correntes estavam em pauta: a do Min. Gilmar Mendes, que sustentava o valor supralegal destes TDH, e a do Min. Celso de Mello, que lhes conferia valor constitucional. Por cinco votos a quatro, foi vencedora (por ora) a primeira tese.

Destaca-se deste julgado, portanto, os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, no quais ponderaram para o atual contexto de abertura do Estado Constitucional a ordens supranacionais de proteção de direitos humanos e a defasagem da aplicação da prisão civil do depositário infiel.

Da obra de Häberle, o Min. Gilmar Mendes trouxe a lição de que no Estado Constitucional os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral são decisivamente relevantes. A proteção dos direitos humanos, neste sentido, é a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, tutela esta que exige do Estado uma contribuição positiva para proporcionar-lhe a máxima eficácia para protegerem a cooperação amistosa internacional entre Estados Nacionais e “a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana”.

Com efeito, apontou que países latino-americanos já reservaram aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos um lugar privilegiado em seu ordenamento jurídico, dando-lhes, até, valor normativo constitucional. Tal movimento expressa uma tendência contemporânea de que, ao se tratar de direitos e garantias fundamentais, as constituições mostram a possibilidade de concretizar sua eficácia normativa e são concebidas numa abordagem que aproxima o Direito Internacional do Direito Constitucional. E assim, observou:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, **estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** (grifo nosso)

Neste tom, a posição prevalente neste histórico julgamento é a de que a eficácia das leis ordinárias que contrariem TDH poderá ser suspensa, inclusive quando a legislação for anterior ou posterior a adesão do Brasil. Caso algum TDH venha a ser

devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com o quórum constitucional qualificado e ratificado pelo Presidente da República, terá ele valor de emenda constitucional. Fora disso, todos os (demais) TDH vigentes no Brasil contam com valor supralegal, ou seja, valem mais do que a lei (complementar ou ordinária) e menos que a Constituição. Isso possui o significado de uma verdadeira inovação à pirâmide jurídica kelseniana, que era composta (apenas) pelas leis (na base) e a Constituição (no topo).

Do voto do Min. Celso de Mello adverte-se, primeiramente, a sua visceral reformulação sobre o entendimento prolatado por ocasião do julgamento da ADI nº 1.480. No RE 466.343 o Ministro opinou pelo reconhecimento de uma hermenêutica que harmonize as relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, conforme definido a partir do art. 5º, § 3º da CF e consoante a centralidade que a dignidade da pessoa humana ocupa no ordenamento jurídico. Neste sentido, aduziu os TDH não de ter natureza constitucional, reconhecida a outorga dessa qualificação jurídica por três situações: (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”); e (3) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição).

Segundo a posição do Min. Celso de Mello, mesmo os TDH que tenham sido incorporados antes da EC45 e após a promulgação da CF tem natureza constitucional (como é o caso da Convenção nº 158 da OIT), atendendo a uma hermenêutica conduzida por uma lógica material e não formal, em que a prevalência da dignidade humana é o norte. Em que pese ter sido esta a tese minoritária no STF, o Min. Celso de Mello vem reforçando seu entendimento em decisões posteriores, como na oportunidade do julgamento do *Habeas Corpus* 96.772 (Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgamento em 09/06/2009, DJe-157 20/08/2009, Publicação 21/08/2009), que também discutiu a ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário fiel.

Esta novel postura quanto aos TDH revelou que o STF definitivamente posicionou a dignidade da pessoa humana no centro do núcleo essencial da Constituição, insurgiu-se contra a tese da natureza de lei ordinária para Tratados, Convenções e Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, incorporou elementos centrais da teoria do constitucionalismo cosmopolita à hermenêutica constitucional, suscitando a noção de bloco de constitucionalidade,

interpretou a aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF e consolidou a natureza instrumental do processo judicial (STRAPAZZON, 2009, p. 1).

Reconheceu-se, portanto, a adaptação do pensamento jurisprudencial da Alta Corte sob esta nova perspectiva de valorização da proteção aos direitos humanos em que se outorgou proeminência a tais tratados face ao ordenamento jurídico doméstico. Tal mutação decorre da adequação da Constituição às novas exigências, anseios e transformações resultantes dos processos sociais, culturais, políticos e econômicos de nossa sociedade. O projeto dos direitos humanos como direitos mundiais está relacionado diretamente com a democratização global. Estão os direitos humanos intimamente ligados à democracia e ao Estado de Direito e sem o seu exercício prático não há processo democrático nacional nem transnacional (MÜLLER, 2007, p. 48-52).

Destacadas as ilações sedimentadas pela nova inteligência adotada pelo STF, e considerando as tendências prospectivas em matéria de humanos, o Máximo Tribunal expôs sua opção pela máxima eficácia dos direitos humanos, direitos que gravitam na centralidade dos Estados Constitucionais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2010a, p.49).

Neste sentido, é oportuno sublinhar que ainda denunciada no Estado brasileiro, a Convenção nº 158 não deixa de ter a característica de TDH. Sua exigibilidade e vigência foram tolhidas pelo Decreto n. 2.100, de 20.12.1996. Nada obstante, a prevalência da posição dominante até agora na ADI N° 1.615 pode causar declaração de inconstitucionalidade de tal Decreto e ressurgir a discussão sobre a possível aplicabilidade da citada Convenção pelo efeito repristinatório (AgrAI 235.800: Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, Julgamento em 25/05/1999, Publicação DJ 25-06-1999; ADI 3660: Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/03/2008, DJe-083 08/05/2008, Publicação 09/05/2008; ADI 3647: Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgamento em 17/09/ 2007, DJe-088 15/05/2008, Publicação em 16/05/2008), e agora, a prevalecer quaisquer das teses do RE 466.343, com lugar normativo privilegiado no ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao teor do exposto, é imperioso concluir que o contido no artigo 7º, I da CF expressa um princípio, defendido na Constituição, mas carente de norma positivada que lhe garanta a eficácia. A característica da Constituição como vetor interpretativo das demais normas aliada ao seu valor garantístico permitem aduzir que o uso contumaz do artigo 10º do ADCT não satisfaz o princípio que lhe constituiu, pois se por multa depreende-se punição, 40% sobre o FGTS não constitui barreira econômica suficiente para limitar a vontade discricionária do empregador.

Logo, entende-se que o texto do inc. I, do art. 7º, da Constituição Federal deve ser interpretado no esforço de fixar-lhe o verdadeiro sentido e o alcance que motivou sua existência, que é privilegiar a continuidade do vínculo empregatício, desestimulando rescisões imotivadas por meio de sanções aos empregadores e outros direitos aos empregados, os quais não podem ser confundidos com políticas assistenciais ao trabalhador desempregado.

Assim, registra-se a relevância de desenvolver a discussão sobre a proteção da relação de emprego, a possível supervivência da Convenção nº 158 da OIT (efeito repristinatório) e a omissão legislativa apoiando-se na força normativa da Constituição, na influência dos princípios sobre o Direito, na ponderação como técnica de interpretação na resolução dos conflitos normativos, no fortalecimento da jurisdição constitucional, na leitura moral da Constituição e no fortalecimento dos direitos humanos.

A utilidade do tema traz reflexos imediatos à sociedade, pois interfere na dinâmica da alocação e manutenção de empregos, com benefícios relativos à concretude da dignidade da pessoa humana, em decorrência do papel social e econômico que o trabalho representa para os indivíduos. Avalia-se que a justiça social e as políticas públicas de seguridade social, quais sejam, saúde, previdência social e assistência social, também são diretrizes axiológicas para a edição e aplicação de normas que prezem pela proteção da relação de emprego.

Se por ocasião do julgamento da ADI nº 1.625 resultar o entendimento da inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100, de 20.12.1996, suspeita seria a avaliação da não autoaplicabilidade da Convenção nº 158 da OIT, ou mesmo da sua relevância como norte jurídico que subsidie a edição da lei complementar exigida, que de tal Tratado não poderia se distanciar dada a nova roupagem indicada nos Recursos Extraordinários 349.703, 466.343 e nos HCs nº 87.585 e nº 92.566.

Mesmo que a referida lei complementar não tenha sido elaborada, expôs-se que de 1988 para cá, a aplicação do direito, por outros caminhos, já demonstrou que é possível garantir ao empregado os direitos ali previstos. Para corroborar esta tese, cabe assinalar que além de ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil também é firmou o Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Protocolo de San Salvador, internalizado por meio do Decreto 3.321 de 30.12.1999, do qual se destaca o art. 7º, “d”.

Artigo 7. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, supõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

(...)

d) Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional.

A aplicabilidade da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro não representa o retorno do instituto da estabilidade, mas estabelece procedimentos e mecanismos que efetivamente regulam o término da relação do trabalho, os quais trarão a transparência necessária ao ato demissional. Além disto, sua vigência alavancará a discussão de uma possível gradação e recálculo da multa

indenizatória adequada ao princípio que lhe constituiu e à capacidade econômica dos empregadores.

A associação de tais medidas conferirá ao trabalhador segurança e respeito, e traduzirá a valia da manutenção do emprego tanto para empregados como para patrões, com o fim de alcançar a paz social e o desenvolvimento econômico do país, sem, contudo, extinguir a possibilidade dos empregadores virem a rescindir os contratos de trabalhos quando necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador**. Disponível em: < http://www.faculdade.pioxii-es.com.br/img/artigos/artigo_rubia.pdf >. Acesso em: 20 set. 2012.

ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. **O princípio da proteção do trabalhador no contexto dos direitos fundamentais**. Disponível em: < ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00000360.doc >. Acesso em: 20 set. 2012.

AROUCA, José Carlos. A Garantia do Emprego Vinte e dois anos depois. **Revista LTR Legislação do Trabalho**, v. 74, n. 8, ago., p. 919-927, 2010.

CARDOSO, Jair Aparecido. **A estabilidade no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAVALCANTI, João Paulo Cordeiro. **A ocorrência do dano moral na dispensa empregatícia**. Disponível em: < <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1404> >. Acesso em: 27 set. 2012.

COSTA, Marcus Vinicius Americano da. **O Direito do Trabalho na Constituição de 1988: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE E CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO – CONTRAF CUT. **Pesquisa do Emprego Bancário**, ano 3, n. 8, março 2011. Disponível em: < www.dieese.org.br/esp/empregoBancarioMarco2011.pdf >. Acesso em: 28 set. 2012.

_____. **Pesquisa do Emprego Bancário**, ano 4, n. 12, mar. 2012. Disponível em: < www.dieese.org.br/esp/pesquisaEmpregoBancario0412.pdf >. Acesso em: 28 set. 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial**. 4. ed. Salvador: PODIVM, 2009. v. 2

DURKEIM, Émile. **Durkheim: sociologia**. Jose Albertino Rodrigues (Org.). São Paulo, SP: Ática, 1998. (Coleção grandes cientistas sociais)

ENGELS, Friedrich. Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **A dialética do trabalho: escritos de Marx e Engels**. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

FERNANDES, Anníbal. **A constituição da transição democrática e os trabalhadores: a constituição ao alcance de todos**. São Paulo: Prol, [19--?].

GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmática-analítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando; GOTTSALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006.

MACIEL, José Alberto Couto. A Despedida Arbitrária e o Estado Empregador. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, v 74, n. 8, p. 906-917, ago. 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 25, 2004. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18352/Prote%C3%A7%C3%A3o_Contra_a_Dispena_Arbitr%C3%A1ria.pdf?sequence=2>. Acesso em 12 set. 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do Direito. In: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 45-52.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito ao trabalho e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional. **Direitos Humanos e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-31.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 331-360.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

SILVA, Antônio Álvares da. **Proteção contra a dispensa na nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Estabilidade no Emprego: possível, urgente, revolucionária**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008.

SOBRINHO, Zeu Palmeira. O alcoolismo e os reflexos sociojurídicos sobre as relações de trabalho. **Revista Fórum Trabalhista (RFT)**, ano 1, n° 1, jul./ago., p.167-191, 2012.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Tratados internacionais, direitos fundamentais e liberdade individual: rupturas e evoluções em 60 anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Martel, Letícia de Campos Velho (Org.). **Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro/Criciúma: Lumen Juris, 2009.

TERRA, Luciana Soares Vidal. **Estabilidade no emprego: em busca da dignidade**. Belo Horizonte, MG: PUC-MG, 2009. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado no Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009.

Recebido em 14.12.2012

Aprovado em 26.02.2013