

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DANIEL TEIXEIRA SILVA

VEDAÇÃO À DESPEDIDA ARBITRÁRIA: O
CONTEXTO E A PERSPECTIVA BRASILEIRA A
PARTIR DAS DIMENSÕES CONSTITUCIONAL E
INTERNACIONAL

POUSO ALEGRE – MG
2013

DANIEL TEIXEIRA SILVA

VEDAÇÃO À DESPEDIDA ARBITRÁRIA: O
CONTEXTO E A PERSPECTIVA BRASILEIRA A
PARTIR DAS DIMENSÕES CONSTITUCIONAL E
INTERNACIONAL

Dissertação apresentada como exigência parcial
para a obtenção do Título de Mestre em Direito ao
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito do Sul de Minas.

Orientadora: Prof.(a) Dra. Fabia Fernandes
Carvalho Veçoso

DANIEL TEIXEIRA SILVA

VEDAÇÃO À DESPEDIDA ARBITRÁRIA: O CONTEXTO E A PERSPECTIVA
BRASILEIRA A PARTIR DAS DIMENSÕES CONSTITUCIONAL E
INTERNACIONAL

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof.(a) Dra. Fabia Fernandes Carvalho Veçoso
Orientadora
FDSM

Prof. Dr. Elias Kallás Filho
FDSM

Prof. Dr. Daniel Campos de Carvalho
UNIFESP

Pouso Alegre – MG
2013

À minha família e à Isa, meu amor.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Fabia Fernandes Carvalho Veçoso, orientadora clara, objetiva e capaz, que carinhosamente abraçou esse projeto, os meus agradecimentos pela atenção de suas leituras, agilidade nas respostas e pela generosidade de seus ensinamentos.

Ao Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, agradeço pelo tempo que dispôs para solucionar dúvidas, sugerir modificações e pelas lições constitucionais.

Ao Professor Doutor Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, agradeço pelas preciosas indicações bibliográficas, pelo incentivo e atenção.

Ao Professor Doutor Elias Kallás Filho, meus agradecimentos pelas sugestões na banca de qualificação e pela atenção desde os bancos da graduação.

Ao Professor Doutor Rafael Lazzarotto Simioni, meus agradecimentos pelos vastos ensinamentos, sempre pacientes, nos caminhos teóricos mais tortuosos.

À Professora Doutora Liliana Lyra Jubilut, cuja assistência remonta à graduação, agradeço pela boa-vontade com que me auxiliou na montagem do pré-projeto para pleitear a vaga de Mestrado.

A todos os outros professores do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, agradeço as valiosas lições.

Ao Professor Rafael Tadeu Simões, diretor dessa instituição, minha gratidão mais que especial por todas as oportunidades profissionais concedidas e pelas inúmeras lições práticas cotidianamente passadas a um jovem advogado em busca de aprendizado. Também pela amizade sincera e pela generosidade, pois sem sua intervenção a realização desse mestrado não seria possível.

Ao Professor Mestre Leonardo de Oliveira Rezende, primeiro incentivador, pelos ensinamentos de Direito do Trabalho, pelas discussões e reflexões proveitosas e também pela amizade.

Aos colegas do Mestrado, todos eles, que enriqueceram minha mente e contribuíram para minha formação acadêmica, com seus questionamentos, lições, conselhos, bate-papo e incentivo. Sobretudo, àqueles com quem tive o prazer de dividir boa parte dos trabalhos das disciplinas: Bruno, Deivison, Geraldo e Paulo Henrique.

Aos meus pais, Benedito e Cândida, exemplos de dedicação, por acreditarem e apoiarem incondicionalmente cada um dos meus projetos; também ao Leandro, meu irmão, pelo incentivo constante. A vocês não há palavras que expressem o quanto sou grato e os amo.

Ao meu grande amor, Isa, por todo o seu carinho, paciência, suporte e pela compreensão em relação às inúmeras horas que abdiquei da sua companhia. Você é parte especial em tudo que penso e faço.

Aos queridos tio Mané e tia Tella que com tamanha generosidade, abriram suas portas e corações e me deram um lar em Pouso Alegre. Muito obrigado.

Aos prezados Filipe, Manuela, Pedro, Ricardo e Wendell, mais que colegas, amigos presentes, com quem compartilho, desde o início da graduação, as alegrias e angústias, agradeço sinceramente pelas palavras positivas, pelos estudos e debates, pelas histórias e risadas que ainda hoje reverberam.

Ao indispensável Labib, amigo sábio e conselheiro verdadeiro, que sempre está pronto para distribuir sua experiência e infinita generosidade, e, também, ao Seba, cuja amizade sincera e prestativa já perdura por bons anos, agradeço por todo o incentivo.

Aos amigos Rodrigo e Timótheo, com quem tive o prazer de dividir experiências profissionais durante o mestrado, meus agradecimentos pelo apoio nos momentos mais árduos.

“Porque cada um, independente das habilitações que tenha, ao menos uma vez na vida fez ou disse coisas muito acima da sua natureza e condição, e se a essas pessoas pudéssemos retirar do quotidiano pardo em que vão perdendo os contornos, ou elas a si próprias se retirassem de malhas e prisões, quantas mais maravilhas seriam capazes de obrar, que pedaços de conhecimento profundo poderiam comunicar, porque cada um de nós sabe infinitamente mais do que julga e cada um dos outros infinitamente mais do que neles aceitamos reconhecer.”

José Saramago, A Jangada de pedra

RESUMO

SILVA, Daniel Teixeira. Vedação à despedida arbitrária: o contexto e a perspectiva brasileira a partir das dimensões constitucional e internacional. 2013. 138f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2013.

O presente trabalho está inserido na linha de pesquisa “Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais” e teve por objetivo a análise da dispensa arbitrária no Brasil, a partir das dimensões constitucional e internacional. Essa análise tem início com a investigação da conformação da Constituição brasileira de 1988 a partir dos preceitos sociais nela previstos. Verifica-se que a Constituição possui dispositivos com o intuito de informar a política econômica, atribuindo deveres e objetivos ao Estado, ou seja, em seu interior há uma “Constituição Econômica”. À identificação dessas características, segue-se a análise do trecho constitucional destinado ao regramento da ordem econômica e financeira, principalmente, dos seus princípios fundamentais, que são o da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Neste contexto, é que se insere a disposição constitucional de vedação à despedida arbitrária, embora remeta a regulamentação para a legislação complementar, ainda não editada. Consolidada esta primeira etapa, passa-se a análise da dimensão internacional do problema, com a verificação do relacionamento brasileiro com os tratados internacionais, especialmente, aqueles que versam sobre direitos humanos. E isto é necessário porque a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, tratado ratificado, porém, já denunciado pelo Brasil, busca coibir as dispensas arbitrárias, exigindo que o empregador justifique as demissões. E, por fim, esta dissertação promove a fusão das duas dimensões analisadas, constitucional e internacional, para apontar possíveis caminhos para o debate sobre o tema em nosso país, firmando que liberdade para dispensa e segurança no emprego não são conceitos antagônicos, mas complementares, e esta interpretação contribui para a consecução do direito fundamental social de vedação à dispensa arbitrária.

Palavras-chave: Constitucionalismo brasileiro. Direitos fundamentais. Despedida arbitrária. Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho.

ABSTRACT

SILVA, Daniel Teixeira. *Prohibition of arbitrary dismissal: the Brazilian context and perspective from constitutional and international dimensions*. 2013. 138f. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2013.

The present work is related to the line of the research "Effectiveness of Fundamental Social Rights" and its goal is to analyze the arbitrary dismissal in Brazil, from the constitutional and international dimensions. This analysis begins with the investigation of the conformation of the Brazilian Constitution of 1988 with respect to the social precepts laid down therein. The Constitution has provision that political economy, assigning duties and objectives to State, in other words, inside it there is an "Economic Constitution". After the identification of these characteristics, the following is the analysis of the constitutional treatment of economic and financial policy, especially its fundamental principles, which are the appreciation of human labor and free initiative. The constitutional provision concerning the prohibition of arbitrary dismissal is related to this context, although such provision requires additional legislation, which has not yet been edited. After this first step, the analysis of the international dimension of the problem will follow, discussing the relationship between the Brazilian context and international treaties, especially those which deal with human rights. This is necessary because the Convention n. 158 of the International Labour Organization, that was ratified by Brazil, but already denounced by the country, seeks to restrain arbitrary dismissals, requiring the employer to justify them. Finally, this thesis promotes the fusion of the two dimensions analyzed, the constitutional and the international, aiming at identifying possible paths to the Brazilian debate. The thesis asserts that the freedom to dismiss workers and employment security are not antagonic, but complementary concepts, and this interpretation contributes to the achievement of the fundamental social right related to the prohibition of arbitrary dismissal.

Key-words: Brazilian Constitutionalism. Fundamental rights. Arbitrary dismissal. Convention n^o. 158 of the International Labour Organization.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS

Figura 1 - Taxa de desocupação de agosto de 2012 a setembro de 2013.....	102
Figura 2 - Taxa de desocupação nos meses de setembro, de 2002 a 2013.....	103
Figura 3 - Saldo de novos empregos formais gerados. Em %.....	105
Figura 4 - Taxa de rotatividade anual. Brasil – 1997-2007. Em %.....	106

Tabela 1 - Evolução dos níveis de emprego, no Brasil, por setor de atividade econômica, de Setembro de 2012 a setembro de 2013.....	101
Tabela 2 - Taxa de desemprego no Brasil (Em %).....	104
Tabela 3 - Movimentação dos trabalhadores por tipo de desligamento. 2007.....	107

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	- Ação direta de inconstitucionalidade
ADCT	- Ato das disposições constitucionais transitórias
ANAMATRA	- Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
CAGED	- Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CCJC	- Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CDEIC	- Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio
CF/88	- Constituição brasileira de 1988
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
CNA	- Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária
CNC	- Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo
CNI	- Confederação Nacional da Indústria
CNT	- Confederação Nacional do Transporte
CONTAG	- Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura
CREDN	- Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional
CTASP	- Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público
CTB	- Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil
CUT	- Central Única dos Trabalhadores
DIEESE	- Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
EC	- Emenda Constitucional
FAT	- Fundo de Amparo ao Trabalhador
FGTS	- Fundo de garantia por tempo de serviço
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MTE	- Ministério do Trabalho e Emprego
OEA	- Organização dos Estados Americanos
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
ONU	- Organização das Nações Unidas
PME	- Pesquisa Mensal de Emprego
STF	- Supremo Tribunal Federal
U.E	- União Européia
UGT	- União Geral dos Trabalhadores

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E A LIVRE INICIATIVA NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	17
1.1. A “Constituição Econômica” de 1988 e os preceitos do Estado Democrático de Direito	17
1.2. A previsão constitucional de vedação à despedida arbitrária	28
1.3. A tensão entre a valorização do trabalho e a livre iniciativa	34
2. O DIREITO INTERNACIONAL E OS SEUS REFLEXOS NORMATIVO-INSTITUCIONAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO	51
2.1. Os tratados internacionais e o Brasil: notas explicativas	51
2.1.1. A forma de incorporação dos tratados	51
2.1.2. (In)definição da posição hierárquica dos tratados na ordem jurídica interna... ..	58
2.2. A Organização Internacional do Trabalho e a dispensa arbitrária	71
2.2.1. Breve panorama da OIT e sua produção normativa	71
2.2.2. Traços gerais da Convenção n. 158	82
3. POSSÍVEIS ITINERÁRIOS PARA O DEBATE SOBRE A DESPEDIDA ARBITRÁRIA NO BRASIL	90
3.1. Convenção n. 158 da OIT: encontros e desencontros em <i>terrae brasilis</i>	90
3.2. Relevância do impacto socioeconômico na discussão	100
3.3. Hermenêutica constitucional: um debate sobre a proteção da empresa e do trabalhador na CF/88	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 é um grande marco para nossa sociedade, pois veio atrelada ao reconhecimento da necessidade de construção de uma nova cidadania no país. Surgiu num momento muito simbólico, o da participação ativa dos brasileiros na queda do regime militar, que ditou os rumos do país por 21 anos, de maneira autoritária, centralizadora e violadora de direitos. A convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 foi decisão tomada como resposta a um amplo movimento social, que colheu experiências por todos os cantos do Brasil, mobilizando entidades e pessoas as mais diversas.¹

Desde então, há um regime democrático estabelecido e alternância no poder sem ameaças de golpes. Também se verifica um movimento de constitucionalização dos diversos ramos do Direito, juntamente com o estabelecimento de uma cultura de direitos, de uma conscientização e busca pelos mesmos.²

Porém, grandes também são os desafios. A despeito do avanço das normas constitucionais, ainda encontram-se dispositivos sem regulamentação, prementes de efetividade.³

É nesse vácuo que se insere a despedida arbitrária no Brasil, pois, embora o texto constitucional expressamente confira aos trabalhadores o direito de uma relação de emprego protegida contra esta modalidade de dispensa, confiou a regulamentação à edição de uma lei complementar, o que até hoje não foi cumprido.

¹ VERSIANI, Maria Helena. Constituição de 1988: a voz e a letra do cidadão. *Revista Democracia Viva*, n. 40, Setembro de 2008, p. 66. Disponível em: <<http://issuu.com/ibase/docs/democracia-viva-40>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. *In*: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101.

³ “Para esse desiderato – a realização das promessas incumpridas da modernidade –, as teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica, etc.), todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm um objetivo comum: a *superação do positivismo jurídico e do dogmatismo que se enraizou na doutrina e na jurisprudência brasileiras, responsáveis em grande medida pela inefetividade da Constituição*. Se existem pontos convergentes – como a necessidade de suplantar as velhas teorias das fontes e da norma –, o mesmo não se pode dizer acerca do que representa o processo de compreensão (interpretação) dessas rupturas paradigmáticas”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 403.

Então, o cenário vislumbrado é de ampla liberdade da empresa para a promoção da demissão de trabalhadores, sem a necessidade de qualquer justificativa.

As constantes transformações operadas no Direito do Trabalho possuem o signo do desenvolvimento. É histórico e, quiçá, eterno o embate por melhores condições entre a classe trabalhadora e os detentores dos meios de produção.

Porém, o distanciamento entre os direitos conquistados e estampados na Constituição e a realidade demonstra um problema que clama a contribuição daqueles que operam o Direito. Há que se ter em conta que o surgimento de novos direitos e sujeitos de direito transferiu para a ordem jurídica e, seqüencialmente, para o Poder Judiciário, uma carga de expectativas e de demandas de redistribuição da riqueza. Todavia, a judicialização do conflito social possui eficácia restrita como instrumento de redução da desigualdade social⁴.

Diante deste quadro e da dinâmica social efervescente, o problema que se apresenta é a necessidade de uma reflexão sobre as relações de trabalho no Brasil, mais especificamente quanto à temática da dispensa arbitrária ou imotivada. Reflexão esta que deve ser permeada pela interpretação da Constituição e pelo aproveitamento da experiência internacional.

Ancorado na discussão acerca da revisão deste regime de dispensa e sem perder de vista as preocupações econômicas que envolvem não só o trabalhador, mas também a empresa, aqui, será buscada a maximização do debate para além da velha dicotomia entre capital e trabalho.

Pretende-se, ao final, proporcionar uma nova visão da problemática das dispensas arbitrárias no Brasil, estabelecendo as devidas conexões quanto ao tema entre o direito do trabalho, o constitucional e o internacional.

Serão apresentados aspectos que podem qualificar o debate, tais como a interpretação dos dispositivos constitucionais que protegem não só o trabalho, mas também a empresa, verificando seus significados e alcances; a flexibilização das fronteiras e abertura de espaços entre a dimensão global e a dimensão interna, observando como se dá o relacionamento brasileiro com os tratados internacionais; o impacto sócio-econômico da perpetração de demissões de empregados.

⁴ SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada*. Cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 14-17.

O que se buscará, enfim, é a análise dos caminhos já trilhados pela dispensa arbitrária no ordenamento jurídico brasileiro e quais as perspectivas possíveis.

A partir de pesquisa bibliográfica e documental, notadamente leis e tratados, será feito o levantamento sobre a temática, que deve observar tanto os preceitos internos oriundos da Constituição de 1988, quanto aqueles de origem internacional, mais especificamente os da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. Portanto, nota-se que o assunto é dotado de uma multidisciplinaridade.

O estudo também será complementado com os dados estatísticos nacionais, provenientes de institutos diversos, a respeito dos níveis de desemprego, rotatividade nos postos de trabalho e gastos anuais dos empregadores com o pagamento da multa de 40% do fundo de garantia por tempo de serviço, que tem lugar somente nos casos das dispensas arbitrárias.

A avaliação dos institutos jurídicos e a sua interpretação, abrangendo tanto a dimensão interna quanto a internacional, bem como a verificação dos dados concretos obtidos, fornecerá elementos para que o debate nacional sobre as dispensas imotivadas possa se abrir aos diversos feixes temáticos que lhe tocam, e, não apenas, pois, além de amplitude, importa a profundidade da discussão. Além disso, a avaliação evidenciará as premissas sócio-econômicas que envolvem o debate e a sua importância prática.

Desse modo, para o percurso argumentativo será importante iniciar com a investigação da conformação da Constituição a partir dos preceitos sociais nela previstos. Nesse passo, em seu bojo há uma “constituição econômica”, ou seja, um conjunto de normas que objetiva versar o econômico, regulando-o e o limitando, promovendo sua inserção na ideologia constitucional.⁵ Dispositivos destinados a informarem a política econômica.

Então, um panorama sobre a ordem econômica constitucional deverá ser traçado, abordando, precipuamente, os pontos que lhe servem de apoio, o da valorização do trabalho humano e o da livre iniciativa.

Por conseguinte, é em tal cenário que a Constituição trará o direito social fundamental dos trabalhadores de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa

⁵ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13. MORAES, Filomeno. *Constituição Econômica Brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 29.

causa, apesar da remessa da disciplina para a legislação complementar. Porém, a análise da temática não deve passar ao largo de outras questões.

A dimensão internacional do problema será tratada logo em seguida.

O primeiro ponto está relacionado com a incorporação e posição estrutural dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente aqueles que versam sobre direitos humanos. Por opção metodológica e relevância para o assunto, será analisado o entendimento do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE⁶ em 1977, que aceitou a possibilidade dos tratados serem modificados pela legislação interna que fosse posterior ao mesmo.

A análise chegará até o posicionamento atual, definido em dezembro de 2008 no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP⁷, quando o STF alterou seu entendimento frente à questão do posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no plano interno. Hoje, possuem a estatura de normas supralegais.

Após isso, será atribuído enfoque especial à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, tratado internacional que traz normas sobre o término do contrato de trabalho por iniciativa da empresa. Isto porque tal instrumento normativo criou a necessidade do empregador justificar os motivos pelos quais efetuará a dispensa de cada empregado.

A propósito, a Convenção tem história atípica e curiosa no Brasil. Embora tenha inegavelmente adquirido plena vigência em nosso ordenamento jurídico, muito se discute sobre a sua denúncia, realizada a toque de caixa, que motivou, inclusive, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, a de n. 1625, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e Central Única dos Trabalhadores, ainda não julgada pelo STF.

Além disso, haverá discussão sobre a existência de vício formal que circunda a tempestividade da denúncia realizada, pois a Convenção prescreve que o país que a tiver ratificado somente poderá denunciá-la após 10 anos da sua entrada em vigor.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, 01 jun. 1977. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28recurso+extraordinario+80004+sergipe%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nfazorf>>. Acesso em: 02 out. 2013.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 03 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 17 out. 2013.

Assim como no período em que a Convenção n. 158 entrou em vigência no Brasil, com a decisão do STF na ação direta de inconstitucionalidade mencionada, poderá voltar à tona a contenda sobre a aplicação das disposições da Convenção antes da promulgação daquela lei complementar mencionada pela Constituição ao coibir as dispensas arbitrárias.

Para adentrar nesta seara será necessário retomar a temática internacional, ou seja, será promovida uma fusão desta última com a dimensão interna para a obtenção de um posicionamento.

Com isso, independentemente da decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal, buscar-se-á ampliar o debate em torno da vedação à dispensa arbitrária, como já dito, até mesmo com a apresentação de estatísticas e valores gastos com as dispensas arbitrárias, articulando-se, ao fim, que faz muito sentido discutir o tema, de sorte que ainda há uma vagueza de projeções.

1. A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E A LIVRE INICIATIVA NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Pode-se comparar a ordem econômica constitucional a um tubo de ensaios químicos, dentro do qual se movem e se agitam ações e reações estimuladas por condições, interesses e sentimentos especiais, que lhes empresta uma feição particular capaz de exigir um tratamento à parte.

Portanto, a proposta deste capítulo é desenvolver um exame crítico desta ordem e evidenciá-la como um espaço em ebulição, que se erige e apresenta princípios, ao menos aparentemente, contrapostos. Deste modo, sua dinâmica interpretativa pode influenciar e também sofrer ao longo do tempo, em maior ou menor medida, os influxos do desenvolvimento econômico, social e da ação dos particulares e do Estado.

1.1. A “Constituição Econômica” de 1988 e os preceitos do Estado Democrático de Direito

A Constituição brasileira de 1988 (CF/88) pode ser entendida como uma Constituição dirigente social e econômica⁸. Isto não se deve apenas à presença em seu texto de temas com conteúdo econômico, uma vez que referências à propriedade privada e à liberdade contratual, por exemplo, sempre fizeram parte das constituições escritas, sem, contudo, conferi-las tal característica, mas sim porque desempenha uma função diretiva, fixando fins e objetivos para o Estado e para a sociedade. E, em especial, porque contém em seu bojo diversos dispositivos destinados a informar a política econômica e social. O mundo do dever-ser aponta, pois, rumos para o mundo do ser com o fim de atingir uma ordem econômico-social

⁸ Cf. MORAES, Filomeno. *Constituição Econômica Brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 245. KALLÁS FILHO, Elias. A constituição econômica de 1988: fundamentos, funções e enunciado-síntese. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 128.

que, embora coexista com o capitalismo, possibilite que todos convivam em conformidade com os ditames da justiça social⁹.

Até nos primeiros anos do século XX, as constituições liberais apenas descreviam a ordem econômica existente, sem qualquer intento de regulá-la a partir de determinados princípios ou de nortear o seu desenvolvimento. Nos períodos finais da Grande Guerra¹⁰, tem início uma nova fase do constitucionalismo, especialmente com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de 1919 (Weimar). A transformação se dá no momento em que elas passam a instrumentar a implementação de políticas públicas, a predicar o desenvolvimento da ordem econômica (mundo do ser) visando à sua preservação¹¹. Trata-se de inserir na ideologia constitucional a temática econômica¹², tornando transparentes seus princípios balizadores, seus fundamentos e suas finalidades.

Importante, neste aspecto, ressaltar os ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza quanto à questão da “ideologia constitucionalmente adotada”, que segundo ele, pode ser entendida como “[...] o condicionamento jurídico do ‘dado ideológico’ que passa a ser referencial das medidas a serem postas em prática na vida econômica de um país”¹³. Portanto, é a partir da integração sistêmica do conjunto de princípios e regras da Constituição, que será possível apontar uma direção interpretativa nas situações fáticas em que os princípios pareçam ser contraditórios.

O referido autor atenta para a dificuldade verificada, no pensamento jurídico, de diferenciar a ideologia ou o embate de ideologias na Constituição, apontando como causa para tanto a “insuficiente conceituação ainda reinante mantida por alguns teóricos”, seja “no que se refere à Constituição como à Ideologia, levando os intérpretes a menosprezar o verdadeiro significado desta para um trabalho seguro

⁹ MORAES, Filomeno. Op. cit., p. 245.

¹⁰ A Primeira Guerra Mundial durou de 28 de julho de 1914 a 11 de novembro de 1918, quando foi assinado o armistício que pôs fim aos confrontos. O seu fim formal deu-se com a assinatura em 1919 do tratado de paz conhecido como Tratado de Versalhes, que merece destaque neste trabalho, pois, além de formar a Liga das Nações, organização precursora das Nações Unidas, em sua Parte XIII, criou a Organização Internacional do Trabalho.

¹¹ Eros Grau faz importante diferenciação entre ordem econômica/mundo do ser e ordem econômica/mundo do dever ser. A primeira indica a realidade concreta de uma economia, enquanto a segunda designa uma parcela da ordem jurídica. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 64-72.

¹² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

¹³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 80-81.

de entendimento daquela”. Verifica-se, pois, uma “insegurança e posições conflitantes até mesmo na evolução de seu conceito”, com a ampliação do confronto “até discussão do próprio sentido ou da existência da ideologia, tal como se deu especialmente nos anos de 1950 e 1960”.¹⁴

A par disso, é preciso delinear alguns pontos sobre a chamada *Constituição econômica*. Esta consiste “[...] no cabedal de normas que versam o econômico, regulando a infraestrutura societal, inclusive, com pretensões de discipliná-la e de limitar o poder econômico”¹⁵. Mas, como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição econômica aparece nos textos escritos como uma espécie de complemento, ou apenso da Constituição política. “[...] Isto, porém, é um fenômeno decorrente da história, visto que, bem antes de surgir a preocupação de controlar o poder econômico, já era o poder político objeto de disciplinamento constitucional”¹⁶.

Para Vital Moreira, o traço marcante das constituições econômicas “é o facto de incluírem em geral um grande número de disposições destinadas a informarem a política económica, isto é, conterem uma ordem económica programática, enfim, uma constituição económica directiva”¹⁷. Portanto, delineiam-se programas de atuação política que visem à aproximação entre a sociedade e o Estado¹⁸.

Ao seu turno, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a Constituição dirigente “é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições, A Constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de Constituição programática”¹⁹.

Vale aqui fazer uma menção, ainda que breve, para o debate em torno da decretação da “morte” da Constituição dirigente. Ao final do prefácio à segunda edição do seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, este último autor diz que “a Constituição dirigente está morta...”.

Contudo, é totalmente inapropriado falar-se em contradição ou antinomia entre uma e outra edição. Somente uma leitura despida de critérios permitiria a

¹⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Op. cit., p. 364-365.

¹⁵ MORAES, Filomeno. Op. cit., p. 29.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 7.

¹⁷ MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 107. Entretanto, cabe destacar que este autor também aplica a expressão “ordem econômica” às constituições liberais, por conterem disposições de natureza econômica, contrariamente ao que se adota nesta dissertação.

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. Op. cit., p. 35.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra, Coimbra Ed., 2001, p. 224.

divulgação da morte da Constituição dirigente sem considerar o conjunto da obra. O próprio todo do prefácio indica conclusão contrária²⁰. Após esclarecimentos prestados pelo próprio autor, verifica-se que a afirmação se insere em um contexto de amadurecimento em relação à primeira edição do livro, contexto marcado por novas idéias, reflexões e momento histórico.²¹

Por tais razões, é que não se pode perder de vista que texto e contexto são indissociáveis²² e que os responsáveis pelo texto da Constituição não são apenas os que o aplicam, interpretam e o concretizam²³.

Incumbe mencionar que não se está no momento apropriado para a análise dos diferentes graus de intensidade vinculativa das normas constitucionais, contudo, a Constituição do Brasil é uma constituição dirigente e vincula o legislador²⁴. Além disso, a Constituição dirigente não substitui a política, mas a sujeita à fundamentação constitucional.²⁵

Visto isso, passa-se a outro ponto: são diversos os preceitos que evidenciam que nossa constituição é econômica e não somente aqueles do título dedicado à

²⁰ “[...] dir-se-ia a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias.” *Ibidem*, prefácio, XXIX-XXX.

²¹ Preciosos docentes reuniram-se entre os dias 21 e 22 de fevereiro de 2002, na Fazenda Cainã, próxima a Curitiba-PR, em seminário promovido pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR – “Jornadas sobre a Constituição dirigente em Canotilho”, para debater o prefácio à segunda edição do seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. O próprio autor se fez presente por vídeo-conferência para as discussões. Em resposta a pergunta formulada por Marçal Justen Filho, chegou, inclusive, a dizer que as Constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias. Para informações mais acuradas a respeito desta temática, cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, que contém todos os debates do referido seminário, e, ainda, o apêndice de: GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 358-373.

²² “Ao debruçarmo-nos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, sobre a Constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada Constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica”. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. 142. Ano 36. Abril-junho 1999, p. 35.

²³ “A regra jurídica não é dada pela maioria, nem tampouco pela totalidade. Pode ser obra de muitos ou de alguns, de minorias ínfimas, ou de um só. Mas já vimos que não há que separar a aplicação e a iniciação da lei, a realização e a proposta. A expressão efetiva pode não ser a do indivíduo, nem a de alguns, nem a de muitos, nem a da maioria, nem a da totalidade; porque a totalidade que desse não seria a que aplicasse, e nem sim outra, porque entre elas há a mesma diferença que entre dois momentos: o momento ‘a’ de elaboração e o momento ‘b’ de aplicação concreta. No costume é que teríamos a simultaneidade, a confusão, a coincidência, ou como quer que a isso se chame; mas no próprio costume a regra é traçada, não por um ato, e sim por muitos, de modo que resulta de membros de totalidades distintas”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. t. II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 151-152.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 365-366.

²⁵ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Op. cit., p. 40.

ordem econômica, formado pelos artigos 170 a 192. Podem ser encontrados em diversos trechos, tais como no artigo 1º, que constitui a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e traz dentre seus fundamentos²⁶ os valores sociais do trabalho e, seguidamente, o contraponto que é a livre iniciativa; e no artigo 3º, que lista os objetivos fundamentais desta república, quais sejam: a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais; por fim, a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito²⁷.

Logo, o capítulo que trata da ordem econômica não se configura como um mecanismo hermeticamente fechado e formalmente isolado, estranho ao conglomerado constitucional, mas sim, como um membro que influencia e é afetado pelos demais capítulos e dispositivos da CF/88.

Destarte, o papel do Estado nacional nesta ordem vigente não pode ser compreendido em sua amplitude e complexidade sem a interpretação lógico-sistemática de todos os outros dispositivos constitucionais.²⁸ O processo interpretativo exige do hermenêuta o saber de todo sistema constitucional, sua interpretação diante de uma dada realidade histórica, assim como uma leitura do dispositivo legal objeto de interpretação dentro de uma leitura sistemática do seu texto, inserida no ordenamento jurídico infraconstitucional, bem como constitucional.

A Constituição de 1988 contém as três²⁹ funções primordiais de uma constituição econômica: a) ordenação da atividade econômica; b) o direcionamento do processo econômico; c) satisfação das necessidades sociais.³⁰

²⁶ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁷ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸ “A Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 195.

²⁹ KALLÁS FILHO, Elias. Op. cit., p. 128.

³⁰ Gilberto Bercovici adiciona àquelas três, a função de reforma ou transformação estrutural presente, por exemplo, na reforma agrária e urbana. BERCOVICI, Gilberto. *Petróleo, recursos minerais e apropriação do excedente – A soberania econômica na Constituição de 1988*. Tese para o concurso de professor titular. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 187. Elias Kallás Filho entende que esta função está contida na função de direcionamento do processo econômico. KALLÁS FILHO, Elias. Op. cit., p. 128, nota 8.

Naturalmente, a primeira função consiste na definição dos contornos básicos da atividade econômica, estabelecendo os campos de atuação do Estado e da iniciativa privada. Desta maneira, é possível valer-se da expressão “ordem econômica” no sentido de uma “ordem jurídica da economia”.

Assim, com a finalidade de operacionalizar a economia, faz-se necessária a fixação de competências estatais. Evidentemente, a de maior notoriedade é a emissão de moeda, atributo exclusivo da União, nos termos do art. 21, inciso VII, e art. 164 da Constituição de 1988³¹. Entre outras, pode-se citar a administração de reservas cambiais, prevista no art. 21, VIII³², e, também, a estruturação do sistema financeiro, de acordo com o art. 192³³, também da constituição. Enfatiza-se, nesse sentido, aquela menção anterior de que a constituição econômica possui preceitos externos ao capítulo da ordem econômica

Todavia, quando a atuação estatal se dá na atividade econômica própria do setor privado é que surgem os maiores desafios ao atendimento desta primeira função. Esta interferência estatal onde atuam os agentes particulares é denominada intervenção do Estado no domínio econômico. Ocorre por meio de três instrumentos básicos: o exercício do poder de polícia, o fomento público e a assunção direta da atividade econômica³⁴.

A segunda função característica da constituição econômica é o direcionamento do processo econômico. Esta função se relaciona estreitamente com as idéias aqui já enunciadas de Constituição diretiva, segundo Vital Moreira, e de Constituição dirigente, conforme José Joaquim Gomes Canotilho, posto que as constituições econômicas típicas do século XX não se confinam à descrição da economia existente (mundo do ser), mas carregam a pretensão de adaptá-la (mundo

³¹ “Art. 21. Compete à União: [...] VII - emitir moeda; Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central. [...]” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³² “[...] VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³³ “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁴ BELTRÃO, Demétrius Amaral. Contribuições de intervenção no domínio econômico. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, p. 39-41, 2007.

do dever ser), transmutando fins econômicos e sociais em jurídicos³⁵. Denota-se um aparato normativo teleológico que confere movimento ao direito constitucional, uma vez que o aponta para desenvolvimentos futuros³⁶.

É possível apresentar como símbolos desta função algumas normas constitucionais, como o art. 3º³⁷ que aponta quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles, a garantia do desenvolvimento nacional; os arts. 182 e 183³⁸, atinentes à política urbana, cujo objetivo é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; e ainda os arts. 184 a 191³⁹, relacionados à reforma agrária.

Segundo Gilberto Bercovici, o Estado deve buscar agir de maneira muito “ampla e intensa, coordenando decisões pelo planejamento, para modificar as estruturas socioeconômicas, assim como para promover a distribuição e a descentralização da renda, integrando a população social e politicamente”.⁴⁰ Assim, no trilho sob o qual se desloca esta função, especialmente em virtude da questão do planejamento, também é possível incluir o art. 174 da CF/88⁴¹.

Embora também se relacione com a primeira e terceira funções, ou seja, ordenação da atividade econômica e satisfação das necessidades sociais, as políticas públicas parecem mais adequadamente integrar a função de direcionamento do processo econômico. Isto porque na efetivação de elementos

³⁵ Cf. supra nota de rodapé 11.

³⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Petróleo, recursos minerais e apropriação do excedente – A soberania econômica na Constituição de 1988*. Tese para o concurso de professor titular. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 185-186.

³⁷ Cf. supra nota de rodapé 27.

³⁸ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁹ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.” [...] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. Op. cit., p. 69.

⁴¹ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” [...] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

importantes da constituição econômica, visam orientar a atuação contígua de diversos setores do Estado na busca de objetivos de médio e longo prazo.⁴²

Finalmente, atinge-se a terceira e última função da constituição econômica, qual seja, a satisfação das necessidades sociais, que abarca tanto os serviços públicos quanto os direitos sociais.

Denominam-se serviços públicos aquelas atividades econômicas próprias do setor público, ou seja, consistem na forma estatal de atuação na economia. O tratamento que a constituição lhes confere vincula-os à constituição econômica e, mais estreitamente, à função de satisfação das necessidades sociais, pois o serviço público (art. 175 da CF/88⁴³) traduz-se numa atividade prestada pela Administração Pública com a finalidade de ofertar utilidades necessárias diretamente à realização dos direitos fundamentais⁴⁴. A título de exemplo, pode-se citar o abastecimento de água e esgoto sanitário, a assistência à saúde, e de forma um pouco menos evidente, a competência da União para a manutenção do serviço postal (art. 21, X, CF/88⁴⁵), etc.

Já em relação aos direitos sociais, de início, vale destacar a notoriedade da Constituição Mexicana de 1917. Isto se deve, principalmente, ao tratamento e destaque dados à função social da propriedade, à reforma agrária e aos direitos dos trabalhadores.⁴⁶

⁴² KALLÁS FILHO, Elias. Op. cit., p. 135.

⁴³ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.” [...] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 496.

⁴⁵ “Art. 21. Compete à União: [...] X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁶ “A Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo feral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificação se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar. O mesmo avanço no sentido da proteção da pessoa humana ocorreu com o estatuto da propriedade privada (art. 27). No tocante às ‘terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional’, a Constituição estabeleceu a distinção entre propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto e ‘sagrado’ da propriedade privada, submetendo-se o seu uso, incondicionalmente, ao bem público, isto é, ao interesse de todo o povo. A nova constituição criou, assim, o fundamento jurídico para a importante

No Brasil, o legislador constituinte de 1988 optou por atribuir dispositivos e capítulos próprios aos direitos sociais, em geral, e aos direitos dos trabalhadores, em particular, assim como situá-los na arquitetura da constituição mais próximos dos direitos fundamentais do que da ordem econômica ou da ordem social, dado o seu desenvolvimento e valorização. Todavia, isso não modifica a gene de tais matérias. Os direitos fundamentais são direitos sociais.

A propósito, na história das constituições brasileiras, coube, originariamente, à constituição de 1934 a previsão de uma “Ordem Econômica e Social”, assim como as de 1946, 1967 e a Emenda de 1969, pois a de 1937, símbolo do Estado Novo, instituiu apenas uma “Ordem Econômica”. É a constituição de 1988 a primeira dedicar títulos distintos para a ordem econômica e a social.

A primeira ordem liga-se de maneira próxima à segunda, que, por sua vez, comporta os direitos sociais.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais não se confundem com os direitos econômicos. Estes apresentam uma dimensão institucional, direcionada à realização de uma política econômica, enquanto aqueles apresentam uma dimensão de cunho pessoal, voltada a situações subjetivas de caráter concreto. Neste sentido, referido autor até destaca a solução da inclusão do direito dos trabalhadores como espécie dos direitos sociais e o trabalho como primado da ordem social. Por outro lado, não deixa de reconhecer que os direitos econômicos constituem pressupostos da existência dos direitos sociais e que o trabalho possui inegável dimensão econômica.⁴⁷ No entanto, Eros Roberto Grau assevera que constitui um equívoco semântico a alusão a uma ordem econômica e a uma ordem social, como se fossem duas ordens diversas⁴⁸.

transformação sócio-política provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano.” COMPARATO, Fábio Konder. *A constituição mexicana de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 15 de abr. 2013.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 289.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 71. Seria o mesmo equívoco observável na distinção entre produção e distribuição, as duas faces do fenômeno econômico. “As relações de distribuição são essencialmente idênticas às relações de produção, o reverso delas, pois ambas apresentam o mesmo caráter histórico transitório. [...] As chamadas relações de distribuição correspondem a formas historicamente determinadas e especificamente sociais do processo de produção”. MARX, Karl. *O Capital. Livro III*. vol. 2. São Paulo: Civilização Brasileira, 2008, p. 411-415.

Deste modo, como parte integrante da constituição econômica e portando aquela mesma característica dirigente que a identifica, tem-se a temática da ordem social, que abrange os direitos sociais dos trabalhadores.

Da visão do Estado liberal ao reconhecimento dos direitos sociais e conquistas do Estado de bem-estar social, criou-se uma noção do Estado como promotor dos direitos fundamentais. Essencialmente, isto ocorreu pela atribuição do status de questão jurídica ao conflito social e pela consagração da função distributiva como um dos principais atributos do Estado. Porém, tais questões concorrem com “[...] as tendências de esterilização das políticas públicas como conquista política e de associação do capitalismo com formas autoritárias de organização social”⁴⁹.

Então, o reconhecimento da incapacidade do mercado em reduzir desigualdades ao mesmo tempo em que provém bem-estar, exige do Estado atitudes positivas que não representam somente uma concessão estatal às pressões sociais, mas representam um início de sua transformação para além da representação dos interesses de uma determinada classe.

Neste particular, os direitos trabalhistas não podem ser visualizados como dádiva, mas como conquista. O ponto crucial no Brasil a ser entendido sobre a legislação nesta área é a sua estreita ligação com a cidadania. Por meio da intervenção do Estado, os direitos trabalhistas deram acesso à cidadania aos trabalhadores, que foram incorporados à política a partir da década de 1930. Portanto, os operários alcançaram a cidadania em nosso país não pelos direitos políticos, mas pelos direitos sociais.⁵⁰

Assim, a distribuição é o conceito chave do Estado Social e o papel principal deste é o de promover a integração da sociedade nacional. No caso brasileiro, esta integração deve-se dar não apenas no nível social, mas também no federal, transformando as estruturas econômicas e sociais.⁵¹ É um processo em constante

⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os direitos sociais e as constituições democráticas brasileiras: breve ensaio histórico. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 505.

⁵⁰ GOMES, Ângela Maria de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 6-7 e 10-11.

⁵¹ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os direitos sociais e as constituições democráticas brasileiras: breve ensaio histórico. Op. cit., p. 521.

renovação de conversão de uma pluralidade em uma unidade, todavia, sem prejudicar a capacidade de autodeterminação das partes⁵².

Ocorre que com o intuito de ceder espaço ao neoliberalismo e assinalando o desígnio de abertura da economia brasileira ao mercado e ao capitalismo internacional, durante a década de 90 foram promovidas algumas reformas constitucionais⁵³. “O capítulo da ordem econômica foi o mais desfigurado pelo intenso processo de reformas constitucionais pelo governo FHC”⁵⁴.

Este debate teve berço na onda globalizante, que amparou argumentos neoliberais de regresso ao Estado mínimo.⁵⁵ Segundo Eros Grau, isto visa à perpetuação de nosso papel de meros consumidores da tecnologia importada. A ação econômica e administrativa orientada pela lógica dos mercados condena toda tentativa de se utilizar ou de se desenvolver tecnologia local pelos países chamados de subdesenvolvidos. Estado e nação passam a ser vistos como óbices ao progresso. Portanto, aplicar o princípio da soberania econômica nacional seria definir um programa de políticas públicas que viabilizasse a participação, em condições igualitárias, do Brasil no mercado internacional.⁵⁶

Neste passo, Jorge Miranda apresenta a Constituição econômica brasileira como “moderadamente nacionalista, com compromisso entre tendências liberais e estatizantes, e nem sempre em sintonia com as incumbências assumidas pelo Estado na ordem social”⁵⁷.

Embora a constituição brasileira de 1988 tenha optado pelo sistema capitalista, suas características de constituição econômica são capazes de superar a

⁵² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 33-35. No original: “[...] el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad em uma unidad sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes”.

⁵³ A título de exemplo, a EC nº. 03, que alterou o artigo 171 da CF/88 para alterar o conceito de empresa brasileira, para abranger empresas constituídas com capital estrangeiro; a EC nº. 07, que modificou a previsão de que apenas navios brasileiros fariam a navegação de cabotagem e a domicílio, prerrogativa que já vigorava no Brasil há mais de meio século; e a EC nº. 09, que flexibilizou o monopólio da Petrobrás, permitindo a contratação de empresas privadas para realizar a exploração de petróleo Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. Op. cit., p. 48.

⁵⁵ “De fato, ganhou vida o discurso segundo o qual a Constituição dirigente das políticas públicas, dos direitos sociais, da função social da propriedade, do equilíbrio entre o valor social do trabalho e da livre-iniciativa, da ordem econômica baseada na justiça social, promovia o desencontro com interesses nacionais. Ademais, teria o condão de fomentar as crises econômicas e produzir a ingovernabilidade, invertendo, por conseguinte, a *vontade da Constituição* de 1987/1988 na “*Constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal*””. MORAES, Filomeno. Op. cit., p. 245.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 225-226.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 151.

discussão acerca da continuidade ou não de um modelo de desenvolvimento centrado no Estado intervencionista. Pode-se discutir se as alterações econômicas e o avanço do neoliberalismo, em razão da globalização, teriam o condão de transfigurar a ideologia constitucional.⁵⁸

Em conseqüência, o modelo econômico da constituição brasileira de 1988 é aberto e dinâmico, mas busca, em última instância, a concretização dos valores do Estado Democrático de Direito e da existência digna, conforme os ditames da justiça social. A constituição, portanto, está repleta de cláusulas transformadoras, ou seja, de princípios impositivos.

Porém, a colheita dos frutos do projeto constitucional dependerá dos operadores do Direito, assim como dos homens públicos, pois os instrumentos para a plantação já foram disponibilizados pela Constituição brasileira.⁵⁹

1.2. A previsão constitucional de vedação à despedida arbitrária

No Brasil as principais modalidades de extinção do contrato de trabalho ocorrem por decisão do empregador, pela dispensa, ou por decisão do empregado, por meio do pedido de demissão ou via rescisão indireta⁶⁰. Há, também, a extinção

⁵⁸ “Sem dúvida, a ideologia dominante é a capitalista, nas suas diversas manifestações, maximalistas ou minimalistas, mais afeitas ao despotismo na fábrica, no latifúndio e na banca, ou mais preocupadas com o bem-estar, ou simplesmente conscientes de que o Estado capitalista é, na falta de melhor expressão, garante de burgueses e proletários. O modo de produção capitalista não foi ameaçado, sequer esteve em jogo. Todavia, a tentativa de compatibilidade dos “*valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*” (sic) (CF, art. 1º, IV) e a busca de uma “*ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*”, com o fim de “*assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social*” (CF, art. 170, *caput*), representam uma mudança qualitativa no processo político-constitucional nacional”. MORAES, Filomeno. Op. cit., p. 244.

⁵⁹ “Tudo dependerá de quem esteja o Estado a representar, de quais sejam os interesses que o motivam, interesses de grupos ou interesse social – e em função de que interesse estejam a exercer o poder os representantes institucionais”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 305.

⁶⁰ Também denominada rescisão pela via oblíqua, a rescisão indireta ocorre quando o empregador incorre em qualquer das hipóteses de justa causa previstas no art. 483 da CLT. “Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. [...]”. COSTA, Armando

por culpa recíproca, prevista no artigo 484 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁶¹, bem como a cessação do contrato em virtude da morte do empregado⁶², morte do empregador pessoa física⁶³ ou extinção da empresa.

Interessa a este estudo aquela cessação do contrato centrada na vontade do empregador. Neste caso, o término contratual pode ser dividido, ao menos por ora, em dispensa sem justa causa e dispensa por justa causa.

A primeira hipótese ocorre por iniciativa unilateral do empregador, que, ao efetuar-la, deverá pagar as reparações econômicas pertinentes. Ao lado da rescisão indireta, a dispensa sem justa causa incorpora o maior número de verbas rescisórias a serem pagas ao trabalhador.

Por sua vez, a justa causa é a forma de dispensa decorrente de ato grave praticado pelo empregado. O contrato de trabalho encerra-se por motivo devidamente evidenciado, de acordo com uma das hipóteses expressamente previstas no artigo 482 da CLT⁶⁴.⁶⁵

Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. (Orgs.). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.

⁶¹ “Art. 484. Havendo culpa recíproca no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal de trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade.” COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. (Orgs.). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.

⁶² A morte do trabalhador é situação que, necessariamente, gera o fim do contrato, pois a personalidade é elemento configurador do conceito de empregado, ao lado da subordinação, da onerosidade e da habitualidade, nos termos do art. 3º da CLT. “Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. (Orgs.). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.

⁶³ A morte do empregador, pessoa física constituída em empresa individual, não acarreta obrigatoriamente o término do contrato. Há algumas variantes que devem ser observadas, tais como a possibilidade de manutenção da empresa pelos respectivos herdeiros, o interesse do empregado em manter o contrato, etc.

⁶⁴ “Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. [...]” COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. (Orgs.). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.

⁶⁵ “O sistema brasileiro é relativamente sólido, sendo de conhecimento generalizado de trabalhadores leigos ou novatos, tanto no que diz respeito à lógica de que a justa causa retira direito a benefícios indenizatórios, quanto pelo uso de complexo vocabulário jurídico. Por exemplo, as palavras abandono, desídia e insubordinação são amplamente difundidas ao lado de termos mais acessíveis,

Assim, o quadro brasileiro evidencia uma paisagem de ampla possibilidade jurídica da simples ruptura do contrato de trabalho por ato decisório do empregador, que detém os meios de produção. Para ele é possível a promoção da denúncia vazia do contrato, ou seja, despedir sem a existência de qualquer fator que seja tido como relevante.

Logo, vige no Brasil o direito potestativo⁶⁶ do empregador de rescisão contratual. Um direito pode assim ser definido quando, por sua natureza, não se dirige a perseguir uma obrigação, mas se relacionar somente com a vontade de uma das partes. É potestativo então, quando exercido unilateralmente, sujeitando-se ao mero arbítrio de uma parte e sem qualquer manifestação de vontade da outra⁶⁷. Interessante observar que o Código Civil coíbe o direito potestativo.⁶⁸

Neste cenário multifacetado, repleto de nuances, carregado de subjetividade e com diversas possibilidades e motivos que legitimam a dispensa, é que se assenta a investigação acerca das demissões imotivadas.

O artigo 7º, inciso I, da Constituição brasileira⁶⁹ garante aos trabalhadores o direito social fundamental de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas remete toda a disciplina para a legislação complementar.

como embriaguez e concorrência desleal.” SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado – vol. 6: Contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 245.

⁶⁶ “Esses poderes (que não se devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, como a faculdade de testar, de contratar e semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia), se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do Juiz. Têm todas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele. São poderes puramente ideais, criados e concebidos pela lei..., e, pois, que se apresentam como um bem, não há excluí-los de entre os direitos, como realmente não os exclui o senso comum e o uso jurídico.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2008, p. 41-42.

⁶⁷ O “[d]ireito potestativo é o ponto máximo de afirmação da centralidade do indivíduo na ordem jurídica. Efetivamente, ele constitui aquela prerrogativa ou vantagem que se exerce e se afirma independentemente da vontade dos que não de suportar suas consequências jurídicas.” (destaque do autor) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1153.

⁶⁸ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 abr. 2013.

⁶⁹ “Art. 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;” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Ocorre que a referida lei ainda não foi editada. Portanto, da leitura do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁷⁰ e do art. 18, § 1º, da Lei 8.036/90⁷¹, verifica-se que o trabalhador pode ter seu emprego ceifado pelo simples pagamento de uma indenização, que equivale a 40% dos depósitos efetuados em sua conta vinculada do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS).

O artigo constitucional que veda a dispensa arbitrária foi elemento de intensos debates na Assembléia Nacional Constituinte, conforme apontam seus anais. Exigiu-se ampla negociação de parlamentares dos mais variados segmentos para se alcançar o texto atual. Foi, portanto, fruto de compromissos que envolveram concessões mútuas. Os representantes dos interesses dos trabalhadores renunciaram à estabilidade no emprego, enquanto os representantes do empresariado aceitaram o pagamento de uma indenização compensatória como forma de limitar o poder de dispensa.⁷²

Todavia, há de se reconhecer que, ao proibir a dispensa arbitrária, a constituição acabou por criar uma espécie diferenciada de dispensa.

É possível distinguir a dispensa arbitrária da dispensa sem justa causa. A primeira é aquela que porta alta carga de subjetividade, tem origem na vontade e caprichos do empregador, acontecendo até mesmo em momentos de franca expansão da empresa. De outro lado, pode-se definir a segunda como aquela que encontra respaldo em causas objetivas, tais como uma crise financeira aguda ou inovação tecnológica que gere redução dos postos de trabalho, ou seja, não se liga a quaisquer atos faltosos do empregado.⁷³

⁷⁰ “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.” BRASIL. Constituição (1988). Ato das disposições constitucionais transitórias. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁷¹ “Art. 18 - Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. § 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.” BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 maio 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 19 abr. 2013.

⁷² MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 297.

⁷³ SILVA, Homero Batista Mateus da. Op. cit., p. 349.

Neste passo, o conceito de dispensa arbitrária pode ser encontrado no artigo 165 da CLT⁷⁴. Por meio de critério excludente, seria aquela que não se baseia em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Diante disso, aplicados os preceitos legais, passam a existir, sob o âmbito individual, quatro modalidades de dispensa:

- a) dispensa imotivada (dispensa arbitrária);
- b) dispensa motivada (porém, sem justa causa);
- c) dispensa com justa causa (art. 482 da CLT)⁷⁵;
- d) dispensa discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95)⁷⁶.

Segundo Jorge Luiz Souto Maior, dispensa imotivada e dispensa arbitrária são expressões sinônimas para designar aquela maneira de ruptura contratual proibida constitucionalmente.⁷⁷

Já a dispensa motivada, também denominada sem justa causa, seria aquela que dá ensejo ao recebimento pelo empregado de uma indenização equivalente a 40% sobre o FGTS.

Tem-se, também, a dispensa por justa causa que, devidamente comprovada, gera a cessação do vínculo sem que o trabalhador possua o direito a perceber qualquer indenização.

Finalizando o rol das modalidades de cessação do contrato por iniciativa do empregador, verifica-se a dispensa discriminatória, que encontra sua definição e os seus correspondentes efeitos na lei nº. 9.029/95, dando ensejo à reintegração ou indenização compensatória.

Então, sob pena de ser considerada arbitrária, a dispensa que não for fundada em justa causa, necessariamente, terá que ser fundada em algum motivo. Quanto aos efeitos não se pode entender que se aplica à dispensa arbitrária a

⁷⁴ “Art. 165. Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. [...]” COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. (Orgs.). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.

⁷⁵ Cf. supra nota de rodapé 64.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 19 abr. 2013.

⁷⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 25, 2004, p. 4. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2013.

indenização de 40% do FGTS prevista no artigo 10, inciso I, do ADCT⁷⁸, uma vez que isto equivaleria a dizer que dispensa sem justa causa (motivada) e dispensa arbitrária (imotivada) são a mesma coisa. A dispensa sem justa causa não possui fundamento em uma causa considerada "justa" pelo artigo 482 da CLT, contudo deve possuir uma razão, um motivo, um por que⁷⁹.

Portanto, a dispensa considerada arbitrária (imotivada), vedada pela constituição, não dá margem à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, ou seja, autoriza a reintegração do trabalhador ao emprego. Não sendo isto possível ou recomendável, é possível a conversão ao pagamento de uma indenização compensatória, que não se confunde, de modo algum, com aquela indenização anteriormente mencionada de 40% do FGTS, prevista no art. 10, I, do ADCT.⁸⁰

Portanto, é evidente que a constituição brasileira traz como direito dos trabalhadores a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Entretanto, apesar de passados 25 anos da promulgação da Constituição, o legislador infraconstitucional permanece inerte.

É bem verdade que com a pretensão de regulamentar as despedidas arbitrárias, tramita pela Câmara dos Deputados o projeto de lei complementar 8/2003, que se encontra sujeito à apreciação do plenário⁸¹.

Todavia, o projeto já foi rejeitado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) em 19 de dezembro de 2007, e pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) em 09 de novembro de 2011. Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), em 16 de dezembro de 2011, foi apresentado parecer indicando a ausência de óbices à tramitação do projeto.⁸²

⁷⁸ Cf. supra nota de rodapé 70.

⁷⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 4.

⁸⁰ Ibidem, p. 4-6.

⁸¹ Projeto de autoria do deputado Maurício Rands (PT-PE). BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei complementar nº. 8/2003 de 18 de fevereiro de 2003. Define o justo motivo objetivo autorizativo e o justo motivo subjetivo autorizativo para despedida do empregado, sendo o primeiro por dificuldade econômica do empregador e o segundo por indisciplina ou insuficiência no desempenho do empregado; regulamentando a Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104504>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

⁸² A CDEIC acatou parecer do deputado Guilherme Campos (DEM-SP) e rejeitou, por maioria, a proposta. Na CTASP, a matéria também foi rejeitada, em acatamento ao parecer do deputado Sílvio

Deste modo, dada a ausência da edição da lei complementar mencionada pelo artigo 7º, I, da CF/88⁸³, atualmente são negados efeitos concretos a um direito dos trabalhadores. O que se debaterá a frente é se a complementação necessária que surgirá com a referida legislação, diz respeito ou não somente aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional de vedação à dispensa arbitrária.

1.3. A tensão entre a valorização do trabalho e a livre iniciativa

Conforme afirmado anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou na história constitucional e colocou em títulos apartados a ordem econômica e a ordem social. No entanto, não fez desaparecer a conexão entre essas “ordens”.

O título que aborda os assuntos econômicos é o VII, denominado “Da ordem econômica e financeira”. É composto pelos artigos 170⁸⁴ a 192, que se agrupam em quatro capítulos: I – Dos princípios gerais da atividade econômica; II – Da política urbana; III – Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária; IV – Do sistema financeiro nacional.

À ordem social foi atribuído o título VIII, com nomenclatura idêntica, ou seja, “Da ordem social”. É formado pelos artigos 193⁸⁵ a 232 e se subdivide em oito capítulos, quais sejam: I – Disposição geral; II – Da seguridade social; III – Da educação, da cultura e do desporto; IV – Da ciência e tecnologia; V – Da

Costa (PTB-PE). Na CCJC, o relator, deputado João Paulo Lima (PT-PE), apresentou voto pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do projeto.

⁸³ Cf. supra nota de rodapé 69.

⁸⁴ “Art. 170 - 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, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁸⁵ “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

comunicação social; VI – Do meio ambiente; VII – Da família, da criança, do adolescente e do idoso; VIII – Dos índios.

Como um dos passos nesta caminhada de análise da intrincada questão da vedação às despedidas arbitrárias no Brasil, já que a temática envolve múltiplas vertentes, é necessário compreender a formação e a estruturação da ordem econômica constitucional, especialmente, a relação entre seus dois fundamentos: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Seriam díspares ou complementares? A consecução de uma inibiria a outra? É o que se buscará perquirir logo adiante.

O constituinte de 1988 abordou de maneira bastante detalhada o regramento da atividade econômica, especialmente se forem levadas em conta aquelas outras normas de implicações econômicas não inseridas topograficamente no título VII.

Sem resvalar no exagero de que todas as normas possuem projeção econômica⁸⁶, há outros princípios constitucionais que têm repercussão em tal seara. Logo, as portas do artigo 170 da CF/88 devem ser escancaradas para permitir a compreensão de outros princípios que devem ser integrados ao estudo da Constituição econômica. De outro lado, é imperioso reconhecer que se nem todos os princípios econômicos encontram-se reunidos em título próprio, alguns dos princípios expressamente mencionados no artigo 170 não possuem conteúdo restrito ao viés econômico. Exemplo disso é o princípio da proteção do meio ambiente, que encarna uma aspiração muito mais ampla, sendo o aspecto econômico apenas uma das abordagens possíveis.

Desde logo é importante destacar que o posicionamento econômico da Constituição é capitalista⁸⁷. Isto se confirma pelo reconhecimento da legitimidade da apropriação privada dos meios de produção como de seus produtos, e ainda, pela declaração do postulado da liberdade, especialmente, da livre-iniciativa privada. Este

⁸⁶ “A verdade, entretanto, é que o fato econômico é um aspecto da organização social e da cultura: um elemento variável em importância e influência, dentro da realidade social; e não o sempre mais importante, que prime constante ou invariavelmente sobre os demais. O que hoje sabemos da vida social em diversas regiões e em relação com várias culturas não nos permite seguir o simplismo dos deterministas econômicos segundo os quais tudo é consequência da técnica de produção econômica” FREYRE, Gilberto. *Sociologia*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1962. p. 258 – 259.

⁸⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo, Método: 2011, p. 120. Cf. “A ordem econômica estabelecida na Constituição Federal de 1988 obedece ao modelo capitalista, assegurando a propriedade privada, a livre concorrência, o livre exercício da atividade econômica como regra, consagrando por isso mesmo o regime da livre empresa presidida pelas leis do mercado, cada pessoa se dedicando por sua conta e risco à atividade empresarial.” FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 499.

conjunto caracteriza os elementos essenciais do modo de produção capitalista, que não é nem mesmo afastado pelo circunstancial poder atribuído ao Estado de interferência, que acontece por meio da exploração direta de atividade de cunho econômico por parte deste.

Portanto, é preciso analisar a atuação econômica do Estado, já desenhada constitucionalmente, salientando primordialmente as questões de cunho principiológico. Somente assim, torna-se viável a compreensão do tenso equilíbrio no sistema econômico brasileiro entre a Constituição econômica dirigente, de cunho intervencionista, com a atividade econômica dos particulares; e, mais especificamente, entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

É possível identificar como matriz de toda a ordem econômica o artigo 170 da Constituição brasileira de 1988⁸⁸, que reitera os fundamentos da livre iniciativa e valorização do trabalho humano, assim como a finalidade maior de existência digna e justiça social, sintetizando todos os pilares da constituição econômica e podendo ser classificado como o seu enunciado-síntese⁸⁹.

Para Raul Machado Horta, o legislador constituinte impregnou a ordem econômica de “princípios e soluções contraditórias”⁹⁰, ora abrindo as portas para a hegemonia de um capitalismo neoliberal, ora escancarando as janelas para um intervencionismo sistemático, talvez até aliado a um dirigismo que destaca elementos socializantes.

Todavia, mister perquirir se existem contradições entre as normas constitucionais oriundas do poder constituinte originário ou se estas somente aparecem ao intérprete no caso concreto.

Para tanto, é preciso retomar a temática da ideologia constitucionalmente adotada. Washington Peluso Albino de Souza classifica os “modelos ideológicos” em puros e mistos. Como exemplo dos primeiros cita o Liberalismo e o Socialismo; em relação aos últimos, menciona o Neoliberalismo (ou Neocapitalismo), e, também, o Neosocialismo.⁹¹

⁸⁸ Cf. supra nota de rodapé 84.

⁸⁹ A idéia de enunciado-síntese surge porque os demais preceitos da constituição econômica encontram no artigo 170 uma referência direta. Este dispositivo contém as idéias estruturantes e desempenha, simultaneamente, a função de integração e de coesão de toda a constituição econômica. Cf. KALLÁS FILHO, Elias. Op. cit., p. 136.

⁹⁰ HORTA, Raul Machado. A Ordem Econômica na nova Constituição: problemas e contradições. In: *A Constituição brasileira – 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 392.

⁹¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Op. cit., p. 368.

Por estas veredas, os elementos ideológicos divergentes no texto da Constituição brasileira de 1988 remetem o jurista à esfera da hermenêutica. É por tal motivo que referido autor explicita que as Constituições que implementaram princípios originários de ideologias diferentes, e até mesmo opostas, em sua manifestação “pura”, os elementos ideológicos que seriam tomados por conflitantes, convivem harmonicamente por força do “princípio da ambigüidade”, ínsito à própria natureza e estrutura dessas Constituições. Assim, a aplicação concreta de normas antagônicas tem determinada sua “convivência circunstancial” pela adoção do “princípio da economicidade” aplicável à decisão jurídica da “política econômica recomendável”, para a “efetivação da ideologia, tal como adotada no texto constitucional”.⁹²

Enfim, não se pode promover uma leitura de uma constituição social, como a atual brasileira, sob a ótica liberalista. A constituição deve ser lida a partir de sua própria ideologia. O escopo primário da interpretação deverá ser a criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia sempre no sentido da realização dos princípios constitucionais, e principalmente, da ideologia constitucionalmente adotada.

Retornando o foco para a ordem econômica, se por um lado a constituição consagrou uma economia capitalista, de livre mercado, de outro, não deixou de constar que a ordem econômica nacional também confere prioridade aos valores do trabalho humano.⁹³

Há discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica do conteúdo do *caput* do artigo 170 da CF/88. Como exemplos, é possível mencionar o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, para quem “encontramos no *caput* do artigo referência a quatro princípios: valorização do trabalho humano, livre-iniciativa, existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁹⁴. Nesta toada, Eros Roberto Grau visualiza um conteúdo principiológico em toda a extensão do artigo 170 da CF/88, inclusive em seu *caput*.⁹⁵ Em sentido divergente, Washington Peluso

⁹² Ibidem, p. 382-383.

⁹³ “Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (artigo 1º. IV)”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 766

⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 7., p. 12.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 198-201.

Albino de Souza assevera que as disposições do *caput* não são princípios, mas sim, fundamentos e objetivos da ordem constitucional. Segundo ele, como fundamentos da ordem econômica o *caput* “[...] nomeia a ‘valorização do trabalho humano e a livre iniciativa’. Como objetivo indica o de ‘assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social’, seguindo-se lhes, então, os ‘princípios’ a serem observados”⁹⁶.

Caminhando em passos discretos e passando ao largo deste debate para não levantar qualquer poeira de opiniões, neste momento, esta divergência não somente terminológica, mas conceitual, não interessa, posto que a relação que este tópico pretende abordar, se dá entre os próprios fundamentos ou princípios do *caput*, ou seja, não se dá entre uma destas disposições e outra prevista nos incisos do referido comando constitucional. Portanto, em última análise, o choque se dá na mesma categoria jurídica, seja qual ela for.

Porém, antes e independentemente disso, faz-se necessária uma investigação acerca das finalidades mencionadas expressamente neste mesmo *caput*. São citadas duas finalidades, o que quer dizer que o comando constitucional aponta os objetivos a serem atingidos por meio da implementação de seus ditames econômicos. Neste aspecto, a Constituição está expressamente a ressaltar aquele caráter programático da norma⁹⁷, quando pretende assegurar a todos uma existência digna e consoante os ditames da justiça social.

Surgem, então, questionamentos. O primeiro é que a referência direta à “existência digna” ou à “justiça social” oferece uma gama vasta de significados aceitáveis. Além disso, como se pode atribuir concretude a estas aspirações constitucionais? A simples declaração destas finalidades, por si só, não possui significado substancial e não garante a efetividade necessária. Nesse tortuoso terreno, é preciso ir além e se incomodar com o raciocínio que aponta o caráter meramente programático dessas finalidades, compreendendo-as como comandos

⁹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição econômica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, p. 29-32, abr.-jul. 1989, p. 29.

⁹⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra, Coimbra Ed., 2001, p. 224. MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 107. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. Op. cit., p. 35.

dirigidos para o futuro. Admitir tal solução é deitar “[...] eternamente em berço esplêndido”⁹⁸.

Neste plano da eficácia, José Afonso da Silva chega a apresentar as duas finalidades como incompatíveis com o sistema econômico capitalista adotado⁹⁹.

É preciso, portanto, bem dimensionar o que se pretende por existência digna e por justiça social, a partir do contexto do modelo econômico-constitucional de 1988.¹⁰⁰

Definir o que vem a ser uma “existência digna” é adentrar no labirinto de Creta sem ser Teseu¹⁰¹. Uma aproximação conceitual possível, talvez simplória ou reducionista, é de que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência, ou seja, que todos tenham suas necessidades vitais básicas atendidas. Porém, isso implicaria cair na mesma vala porque também seria necessário delinear tais conceitos mais precisamente.

Da mesma maneira, a expressão “justiça social” não possui sentido unívoco e possibilita interpretações contraditórias. Seu uso, contudo, é corrente, divulgado principalmente pela doutrina social da Igreja. Foi definitivamente consagrada com a Carta Encíclica “*Quadragesimo Anno*” do Papa Pio XI.¹⁰²

⁹⁸ Trecho do hino nacional brasileiro. Letra de Joaquim Osório Duque Estrada. Música de Francisco Manuel da Silva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/hino.htm>. Acesso em: 24 abr. 2013.

⁹⁹ “Num sistema que abraça a economia de mercado, essencialmente individualista, de acumulação e concentração do capital, fundado no poder privado de domínio dos meios de produção e dos lucros respectivos, sempre se manifesta grande diversidade de classe social, de modo que a distribuição de riquezas pela qual clama a justiça social jamais se verifica. A justiça social só se realiza através de equitativa distribuição de riqueza, permitindo a cada um dispor dos meios materiais necessários para viver dignamente, o que não se obtém pela organização do mercado ao sabor de suas próprias leis.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 763

¹⁰⁰ “Como normas abertas, admitem construção, mas esta há de ser consentânea com as demais posturas constitucionais. Como finalidades, sublinha-se apenas um alto grau de programaticidade, jamais uma eficácia totalmente diferida no tempo quanto ao seu núcleo central. [...] Entendo que, mesmo em seu núcleo central, quer dizer, no conteúdo material propriamente dito (como, no caso, a justiça social), há um mínimo de eficácia a ser reconhecida, preservada e garantida imediatamente pelo Poder Judiciário, se for o caso e quando necessário.” TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo, Método: 2011, p. 127.

¹⁰¹ Na mitologia grega, o temido e complexo labirinto de Creta foi construído pelo arquiteto Dédalo, a pedido do rei Minos, para aprisionar o Minotauro, monstro com corpo humano e cabeça de touro, a quem eram oferecidos jovens. Reza a lenda que Teseu conseguiu derrotá-lo e encontrar o caminho de volta devido ao novelo que recebeu de Ariadne, pois na medida em que percorria os caminhos ia desenrolando o fio. Cf. SCHNEIDER, Pe. Roque. *A fascinante Grécia: seus jogos olímpicos, seus heróis e sua mitologia*. São Paulo, Loyola, 2004.

¹⁰² Escrita como uma resposta à Grande Depressão de 1929, a “*Quadragesimo Anno*” é uma carta encíclica de 15 de maio de 1931, que versa sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social. Comemora o 40º aniversário da encíclica “*Rerum Novarum*” do papa Leão XIII, que versava sobre a condição dos operários. “Ora nem toda a distribuição dos bens ou riquezas entre os homens é apta para obter totalmente ou com a devida perfeição o fim estabelecido por Deus. É necessário que as

É plausível considerar a expressão sem sentido e redundante, a partir do entendimento de que na conotação do termo justiça já se inclui idéia de social.

Se justiça social significar um projeto de redução das desigualdades sociais, de melhoria da condição dos desfavorecidos e de avanço na repartição dos bens, não é objetivo que se atinja sem esforço contínuo.

Como aponta Dimitri Dimoulis, há uma “[...] finalidade claramente comunitarista da atividade econômica”¹⁰³ e a restrição ao econômico neste aspecto, é bastante abstrata, visto que o “[...] enunciado é genérico, de baixa densidade normativa”¹⁰⁴.

Apesar das dificuldades para a definição e atribuição do significado das expressões “existência digna” e “justiça social”, não se pode concluir que há aí um completo vácuo de eficácia jurídica¹⁰⁵, pois tais locuções cunhadas constitucionalmente expressam restrições à liberdade e à livre-iniciativa.

Com estes subsídios, finalmente é possível atingir a análise da valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa, os parâmetros que balizam toda a ordem econômica constitucional.

Enquanto disciplina jurídica, o trabalho pode ser abordado por diversos ângulos. Durante a existência do contrato de trabalho e da relação de emprego, o regramento fica a cargo do Direito do Trabalho. Cessada ou interrompida a

riquezas, em contínuo incremento com o progresso da economia social, sejam repartidas pelos indivíduos ou pelas classes particulares de tal maneira, que se salve sempre a utilidade comum, de que falava Leão XIII, ou, por outras palavras, que em nada se prejudique o bem geral de toda a sociedade. Esta lei de justiça social proíbe que uma classe seja pela outra excluída da participação dos lucros.” Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html>. Acesso em: 18 abr. 2013.

¹⁰³ SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 141.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 142.

¹⁰⁵ Nesta mesma linha de raciocínio são as disposições de outra carta encíclica, a “*Centesimus Annum*” do Papa João Paulo II, que presta homenagem centenária à encíclica “*Rerum Novarum*”, de 1891, aqui já citada. “Estas considerações gerais refletem-se também no papel do Estado no setor da economia. A atividade econômica, em particular a da economia de mercado, não se pode realizar num vácuo institucional, jurídico e político. Pelo contrário, supõe segurança no referente às garantias da liberdade individual e da propriedade, além de uma moeda estável e serviços públicos eficientes. A principal tarefa do Estado é, portanto, o de garantir essa segurança, de modo que quem trabalha e produz possa gozar dos frutos do próprio trabalho e, conseqüentemente, sinta-se estimulado a cumpri-lo com eficiência e honestidade. [...] O Estado não poderia assegurar diretamente o direito de todos os cidadãos ao trabalho, sem uma excessiva estruturação da vida econômica e restrição da livre iniciativa dos indivíduos. Contudo isto não significa que ele não tenha qualquer competência neste âmbito, como afirmam aqueles que defendiam uma ausência completa de regras na esfera econômica. Pelo contrário, o Estado tem o dever de secundar a atividade das empresas, criando as condições que garantem ocasiões de trabalho, estimulando-se onde for insuficiente e apontando-a nos momentos de crise.” Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html>. Acesso em: 18 abr. 2013.

capacidade laborativa, os aspectos securitários são tratados pelo Direito Previdenciário. Aqui, eleva-se o trabalho livre, o direito ao trabalho em si.

Do ponto de vista normativo, a valorização do trabalho humano não consta apenas como fundamento da ordem econômica, mas como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)¹⁰⁶. Além disso, o primado do trabalho também é base da ordem social (art. 193)¹⁰⁷.

As considerações constitucionais para a valorização do trabalho não devem ser observadas com enfoque acentuadamente patrimonialista¹⁰⁸, mesmo que o trabalho possua indiscutível relevância econômica.

O trabalho não é somente um fator de produção. Embora a relação entre empregado e empregador seja estruturada na forma de um contrato, além da ótica financeira, é preciso sopesar, em pés idênticos, o aspecto humanitário que demarca tal relação. Valorizar o trabalho equivale a valorizar a pessoa humana.

Paradoxalmente, mesmo o mercado, caracterizado por ideologias escancaradamente liberais, em cuja lógica o trabalho possui referência apenas numérica e que deve ser equacionado na diagramação dos custos e dos lucros, não pode se esquecer das consequências da valorização do trabalho humano. O trabalhador pode ser substituído por tecnologia, informação ou capital, mas o mercado não pode sobreviver sem consumidores. É direta a relação entre o crescimento dos postos de trabalho e o potencial de consumo.

Portanto, valorizar o trabalho humano, como ponto de partida, trata-se de ofertar situações de mais trabalho, ou seja, de ampliar o número de vagas de emprego. Ainda diz respeito àquelas situações em que haja melhor trabalho, agregando condições fáticas que reverberam na pessoa do próprio empregado, tais como mais satisfação, liberdade, reconhecimento, menos riscos à integridade física

¹⁰⁶ Cf. supra nota de rodapé 26.

¹⁰⁷ Cf. supra nota de rodapé 85.

¹⁰⁸ “Não se trata de reforçar, em confronto com o princípio de proteção do trabalhador como sujeito fraco, as garantias que se exige sejam oferecidas à consideração do trabalhador, envolvido na relação de trabalho subordinado. Trata-se, ao invés, de reconhecer relevância a direitos que, preexistindo à relação, atêm-se imediatamente à esfera do indivíduo, apreciado de forma autônoma relativamente à obrigação laboral e à tonalidade do conteúdo e da extensão desta.” PERONE, Giancarlo. Direitos do trabalhador como indivíduo. Os direitos sociais. *In*: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coords.). *Os novos paradigmas do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 63.

e mental, não discriminação, remuneração do trabalho vinculada estritamente ao seu exercício e não por outros fatores, etc.¹⁰⁹

Todavia, no exame deste preceito orientador da ordem econômica constitucional, diversas outras questões devem ser inseridas.

Num sentido material, é retribuir de maneira mais condigna àquele que se dedicou à tarefa para a qual foi contratado, pois o trabalho que se dá mediante vis pagamentos tangencia a servidão, incompatível com o estágio socioeconômico dos nossos dias.

O contexto de desemprego recrudescente propicia que o fator trabalho seja mais desrespeitado, ficando mais sujeito ao livre arbítrio do empregador.

Outro ponto a ser levado em conta é o subemprego. Se a mão-de-obra for abundante em determinado setor, geralmente ocorre com aqueles em que não se exige o menor nível de qualificação, há uma natural saturação do mercado de trabalho. Assim, os candidatos a um emprego acabam sendo aproveitados em atividades totalmente desqualificadas, criando uma espécie de economia paralela, o chamado mercado informal¹¹⁰, onde a atividade econômica se despe das vestes legais, principalmente aquelas garantias próprias dos empregados com carteira assinada.

Situação inadequada e que desatende a valorização do trabalho humano, contudo, real, é aquela em que a empresa vislumbra a redução dos encargos trabalhistas por meio da “pejotização”¹¹¹ de seus funcionários. Este fenômeno é

¹⁰⁹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica* – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 169.

¹¹⁰ “Conjunto de atividades econômicas que o estado de necessidade social ou a busca de lucros ilícitos leva a que sejam realizadas ilegalmente, de modo que não são detectadas, nem medidas, nem consideradas nas contas nacionais.” PRADO, Ney. Os princípios do direito do trabalho e a economia informal. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coords.). *Os novos paradigmas do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 158.

¹¹¹ Sobre “pejotização”, ou seja, a contratação de trabalhadores como pessoas jurídicas, cf. BELMONTE, Alexandre Agra. Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões. Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007. CARVALHO, Maria Amélia de. Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia. Salvador: Universidade Católica do Salvador, 2010. Disponível em: <http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-10-22T124554Z-161/Publico/MARIA%20AMELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2013. COUTO FILHO, Eduardo Soares do; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho no Brasil*. Out. 2008. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Ren aul.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Ren%20aul.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2013. MARGARIDA, Silvânia Mendonça Almeida. *O direito do trabalho e o fenômeno da pejotização em sua origem, contextualização e conseqüências*. Disponível em: <

marcado pela finalização do contrato de trabalho do empregado pessoa física, que cria uma pessoa jurídica e celebra contrato de índole civil com o empregador para a prestação dos serviços. Altera-se a situação jurídica, mas não a fática, com o único intuito de redução dos custos.

Ainda mais atentatória à disposição constitucional em análise é a substituição da mão-de-obra adulta pela infanto-juvenil e a descoberta de trabalho escravo.

Instituto claramente valorizador do trabalho é o do usucapião *pro labore*¹¹². Neste caso, diferentemente dos requisitos tradicionais para a aquisição da propriedade, a causa justificadora do título aquisitivo é a atribuição de produtividade à terra, por obra do trabalho. O direito do anterior proprietário é subjugado porque o ordenamento jurídico confere reconhecimento e proteção ao trabalho.¹¹³

Com base nos os atuais impulsos e preleções favoráveis à flexibilização das normas trabalhistas, por muitos consideradas excessivamente rígidas e engessadoras da economia, cumpre assinalar que é difícil vislumbrar em que medida tal flexibilização atenderia ao fito da valorização do trabalho humano, dado a proeminência conferida pela constituição brasileira.

Evidente que adaptações são por vezes necessárias, aliás, característica essa própria da historicidade que marca o complexo fenômeno jurídico. Contudo, a flexibilização não se coaduna com uma desregulamentação capaz de desmatar o conquistado campo de proteção do trabalho.

No dimensionamento deste problema, ainda deve ser anotado na agenda de debate os efeitos da globalização, que reduziu a capacidade antes exclusiva do Estado de regulamentar as normas de Direito do Trabalho, seja pela vigência de

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8824>. Acesso em: 03 jul. 2013.

¹¹² “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

¹¹³ PETTER, Lafayette Josué. Op. cit., p. 175.

tratados internacionais, seja pela influência recíproca entre as economias dos diversos países.¹¹⁴

Um princípio da ordem econômica que se liga diretamente à valorização do trabalho humano é o da busca do pleno emprego, previsto no inciso VIII do artigo 170 da CF/88¹¹⁵. Também se vincula estreitamente àquele fim almejado da justiça social e da construção de uma sociedade livre e igual.

Significa dizer que o Estado deverá pautar-se, durante a elaboração e aplicação de medidas de política econômica, no aproveitamento pelo mercado da força de trabalho existente na sociedade.¹¹⁶

Porém, a previsão deste princípio constitucional, evidentemente, não representa, de *per si*, a inclusão empregatícia de todos os cidadãos, ou mesmo, a redução imediata dos níveis de desemprego. A propósito, sequer há consenso no âmbito econômico das medidas que seriam corretas para a geração de emprego.

A busca do pleno emprego é um princípio que orienta os planos de economia, a organização do sistema econômico e se opõe às políticas recessivas que trazem o desemprego. É mais um dos componentes da fórmula desenvolvimentista a ser implementada pelo Estado.

Mas, de certa forma, a Constituição transformou o Estado em um gestor do desempregado, responsabilizando-se, em parte, pela permanência de uma situação indesejada. Isto porque assegurou ao trabalhador o direito ao seguro-desemprego.¹¹⁷ Lastreado no princípio em questão, o seguro-desemprego configura-

¹¹⁴ Sobre globalização cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 2a ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25-102

¹¹⁵ Cf. supra nota de rodapé 84.

¹¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo, Método: 2011, p. 205.

¹¹⁷ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. [...] § 4º - O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

se apenas como medida paliativa. Segundo o artigo 2º da Lei nº. 7.998/90¹¹⁸, tem por finalidade prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa e, também, auxiliar os trabalhadores na busca de emprego, promovendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.

É em conformidade então, com o princípio da busca do pleno emprego e, ainda, objetivando o atendimento dos fins da justiça social e da existência digna, que deve se dar a interpretação de todos os direitos trabalhistas espalhados pela constituição brasileira de 1988.¹¹⁹

Posto tudo isso, para *valorizar o trabalho humano* e tomar como fundamental o *valor social do trabalho* faz-se necessário atribuir tratamento peculiar ao trabalho e seus agentes. Ambas consubstanciam cláusulas principiológicas e carregam consigo potencialidades transformadoras.¹²⁰

Ainda se encontra pendente a análise do outro fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa, o que se fará a seguir, para a verificação da tensão propiciada pela dualidade dos fundamentos da ordem econômica.

A livre iniciativa é um conceito extremamente amplo. Pode ser traduzida na faculdade que todos possuem, tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas, de se lançarem no mercado para produção de bens e serviços por sua conta e risco.¹²¹ Expressa o desdobramento da liberdade individual no plano das atividades econômicas.¹²²

¹¹⁸ “Art. 2º O Programa de Seguro-Desemprego tem por finalidade: I - prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo; II - auxiliar os trabalhadores na busca ou preservação do emprego, promovendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.” BRASIL. Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o programa do seguro-desemprego, o abono salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

¹¹⁹ “[...] recompõe-se o núcleo forte do tema constitucional econômico a lembrar os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, inc. IV), cujo teor não pode estar dissociado da idéia de ordem econômica e financeira para situar-se, sob a categoria de princípio programático-teleológico, como preceito determinante da busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII).” MUYLAERT, Sérgio. A Constituição econômica e a busca do pleno emprego. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro, n. 67, jul-dez, 1998, p. 63.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 199.

¹²¹ PETTER, Lafayette Josué. Op. cit., p. 177.

¹²² “A liberdade de iniciativa econômica é um *quid pluris*. Não se reduz à soma de outras liberdades, não se exaure no exercício do direito de propriedade e da liberdade contratual. É um poder de utilização de faculdades jurídicas, reconhecido tanto à pessoa natural quanto à jurídica, e, neste caso, manifesta-se principalmente na atividade coletiva da empresa, de acordo com o tipo societário

Enunciá-la significa “[...] precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista”¹²³.

De maneira similar à valorização do trabalho humano, a livre iniciativa constitui-se, também, como fundamento da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)¹²⁴.

Sua garantia e proteção constitucional são amplas, portanto, não se restringe à liberdade de iniciativa econômica. Comporta também outras dimensões, tais como a liberdade de associação e a liberdade contratual¹²⁵. Esta envolve a faculdade de ser parte em um contrato e celebrá-lo com quem desejar; escolha do tipo de negócio que pretende realizar; direcionamento do conteúdo do contrato segundo a conveniência das partes e o poder de acionar o Judiciário para o cumprimento das disposições contratuais.

Com o significado de liberdade de iniciativa econômica garantida a qualquer pessoa, o postulado da livre iniciativa possui uma conotação normativa positivada. No entanto, há outra conotação que adquire feição negativa, posto que impõe a não intervenção do Estado, senão em decorrência de atividade legislativa.¹²⁶ Deste ponto de vista, é a garantia da legalidade.

A liberdade de iniciativa não é declarada e admitida em termos absolutos, livre de quaisquer condicionamentos, ainda que mínimos. “Essa liberdade, como todas as outras, de resto, não pode ser exercida de forma absoluta. Há necessidade de alguns temperamentos.”¹²⁷ E é neste sentido a disposição do parágrafo único do artigo 170 da CF/88.¹²⁸

escolhido”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 92, 1986, p. 229.

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 742.

¹²⁴ Cf. supra nota de rodapé 26.

¹²⁵ Cf. “[...] liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.” SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 767. “[...] liberdade de iniciativa econômica no mercado possui conteúdo ambíguo. Ela designa tanto liberdade de empresa, como liberdade de acesso ao exercício de profissões (liberdade de trabalho). Subentende igualmente liberdade contratual, que permite ao agente econômico produzir, comprar, vender, fixar preço, quantidades em função de sua vontade, limitada pela reciprocidade contratual” DERANI, Cristiane. *Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2000, p. 174.

¹²⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. Op. cit., p. 235.

¹²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: IBDC, 2000, p. 115.

¹²⁸ “[...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Deste modo, a livre iniciativa garante a possibilidade dos particulares dirigirem suas atividades econômicas, mas coloca a barreira de submissão às limitações impostas pelo poder público, quando for o caso. A regra é a ampla liberdade. Seja qual for a restrição, deve advir da própria Constituição ou de leis que foram editadas com fundamento nela.¹²⁹

Importa ficar bem demarcado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não somente pela empresa, como também pelo trabalho. Não se trata, então, no texto da constituição, de atributo conferido ao capital, mas ao empresário enquanto detentor do controle da empresa. Em uma sociedade livre e pluralista, é um modo de expressão do trabalho e corolária da valorização deste.¹³⁰

Afirmar a livre iniciativa como base da ordem econômica é reconhecer na liberdade um dos fatores que a estruturam. É prestigiar a autonomia do homem e seu empreendedorismo na conformação da atividade econômica, aceitando sua fragilidade e, portanto, dando preferência a uma ordem suscetível ao fracasso a uma suposta estabilidade certa e eficiente. A estrutura está centrada, pois, na atividade das pessoas ou grupos delas e não no Estado. Todavia, isto não implica em uma ordem do “*laissez faire*”, já que à livre iniciativa soma-se a valorização do trabalho humano. A ilimitação inerente à livre iniciativa reside na idéia de principiar a atividade econômica, na possibilidade de exercer a criatividade e começar algo novo. É isto que o Estado não pode bloquear ou impedir, pois se o fizer, não estará intervindo para normatizar e regular, mas estará dirigindo e substituindo o particular na estrutura fundamental do mercado.¹³¹

Posto isso, importante perscrutar a respeito da livre concorrência, também um princípio da ordem econômica, previsto no artigo 170, inciso IV, da CF/88¹³², que

¹²⁹ Cf. ZAGO, Marina Fontão. Consistência das decisões do STF e de seus ministros em casos relacionados com a definição dos limites da livre iniciativa. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Orgs.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 545-559. Após a análise de 41 acórdãos sobre livre iniciativa, este artigo pretende avaliar a coerência do STF quanto a seus precedentes e a conclusão é que não se verifica nos votos dos ministros uma linha definida acerca da essência e dos limites da livre iniciativa. É o que Ronald Dworkin nomeia como “princípio da integridade”. É possível, segundo ele, que diverjamos sobre o que é “equidade” ou “justiça”, contudo, não podemos divergir sobre o que nós mesmos cremos que é igual ou justo. Trata-se de *sermos consistentes com nós mesmos*. Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 202.

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 206-207.

¹³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. Parecer publicado in *O Estado de São Paulo*, edição de 04.06.1989.

¹³² Cf. supra nota de rodapé 84.

se relaciona estreitamente com a livre iniciativa e decorre da adoção do sistema capitalista.

A livre concorrência consiste na possibilidade dos agentes particulares, sejam produtores ou prestadores de serviço, concorrer entre si, em segmento lícito, para obterem maior e melhor espaço no mercado e atingirem o êxito econômico.¹³³ Nessas condições, os preços formam-se segundo a correção entre a oferta e a procura e os capitais circulam livremente entre os vários ramos e setores. É o livre jogo de mercado na disputa de clientela.

Assim, são as leis do mercado que determinarão o sucesso ou não daqueles que se aventuram em um negócio. A livre concorrência não tolera o monopólio ou outra forma qualquer que distorça o mercado livre, com o afastamento artificial da competição entre os empreendedores. Ao contrário, pressupõe inúmeros concorrentes, em situação de igualdade jurídico-formal.¹³⁴

Se um objetivo da livre concorrência é evitar a formação de monopólio do mercado, enquanto princípio da ordem econômica e financeira, inegável que sua defesa apresenta enorme relevância para uma defesa efetiva do consumidor.¹³⁵

O que se deve enfatizar, portanto, é a concepção coletiva de livre concorrência presente na constituição brasileira de 1988. Não deve ser vista como uma mera liberdade individual de cada um dos competidores, porém, como uma maneira de manter a concorrência em patamares práticos desejados. É um “regime de garantia da concorrência (e não da liberdade dos concorrentes).”¹³⁶

Neste passo, o princípio da livre concorrência amolda-se aos fundamentos da ordem econômica constitucional, uma vez que não se traduz em um fim em si mesmo, mas como um meio de realização da política econômica. Não reprime simplesmente práticas econômicas abusivas, antes, busca estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço do desenvolvimento.

¹³³ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. Op. cit., p. 256.

¹³⁴ “[...] supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 209.

¹³⁵ “É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.” BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 7., p. 27-28.

¹³⁶ SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 146.

A consagração da liberdade de iniciativa como base das ordens econômica e social quer dizer que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social.

Com estas considerações, verifica-se que a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa enquanto fundamentos da ordem econômica e, mais ainda, da própria República Federativa do Brasil, não se encontram em rota de colisão.

A livre iniciativa é lapidada por princípios constitucionais, que objetivam a proteção do interesse e a realização da finalidade da Constituição, além de imporem limites à ordem econômica que não devem ser analisados sob o olhar da restrição, mas sim de acordo com as possibilidades de coexistência dos princípios constitucionais. Enfim, a liberdade econômica das empresas e particulares é condicionada à finalidade da própria Constituição, que determina a busca pela justiça social e dignidade humana.¹³⁷

Observa Eros Roberto Grau que as leituras do artigo 1º, inciso IV, da CF/88, têm sido feitas como se possível inserir em lados opostos os “valores sociais do trabalho” e a “livre iniciativa”. Neste passo, assevera que o preceito enuncia como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o *valor social* da livre iniciativa. Isto expressa que a livre iniciativa não pode ser tomada como expressão individualista, mas no quanto exprimir de socialmente valioso.¹³⁸

Em relação à ordem econômica, referido autor afirma que o trabalho humano é consagrado como o objeto a ser valorizado, tomando a livre iniciativa singela parte, já que o texto não menciona sua valorização.¹³⁹ E, também, expressa concordância com José Afonso da Silva, que sustenta que “[...] embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”¹⁴⁰

Contudo, mesmo que a relação entre estes fundamentos não se afigure de modo idêntico ao da histórica relação capital e trabalho, fato é que, na vida cotidiana, pode ser gerado um desconforto sócio-econômico, em diversos casos, pelo reflexo do tratamento antagônico da referida relação, ainda maior se houver um

¹³⁷ ZAGO, Marina Fontão. Op. cit. p. 545-546.

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Op. cit., p. 200.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 200.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 766

exasperamento de um ou outro fundamento. Em verdade, tudo pode restar mais harmônico a partir do reconhecimento da interdependência entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, ou seja, o contexto macroeconômico deve orientar-se pelo oferecimento de oportunidades equitativas tanto para as empresas quanto para os trabalhadores.

2. O DIREITO INTERNACIONAL E OS SEUS REFLEXOS NORMATIVO-INSTITUCIONAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Ultrapassada a primeira etapa relacionada à conformação da Constituição brasileira de 1988 a partir dos preceitos sociais nela previstos e à estruturação principiológica de sua ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, é preciso atingir a dimensão internacional do tema proposto.

Desta forma, o presente capítulo buscará estabelecer as devidas conexões entre os tratados internacionais, sobretudo, aqueles que versam sobre direitos humanos, com a ordem jurídica nacional, apresentando como ocorrem as suas incorporações e a estatura jurídica que adquirem. Promovida essa abertura, torna-se crucial o estudo da Organização Internacional do Trabalho e as suas normas, notadamente, a Convenção n. 158, que apresenta importante regulamentação relacionada com o término da relação de emprego por iniciativa do empregador.

2.1. Os tratados internacionais e o Brasil: notas explicativas

2.1.1. A forma de incorporação dos tratados

Os tratados internacionais são manifestações concordantes dos chamados sujeitos de direito internacional público, objetivando a concretização de interesses comuns e produzindo efeitos jurídicos que são regulamentados pelas normas de direito internacional público.¹⁴¹

Data do período entre 1280-1272 a.C. a celebração por Ramsés II, faraó egípcio, e Hattusil III, rei dos Hititas, do primeiro tratado internacional de que se tem

¹⁴¹ Cf. BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 269-277. RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1991, p. 10-11.

conhecimento, que teve o intento de findar os conflitos entre os dois povos nas terras sírias.¹⁴² Desde então, a produção foi exponencialmente crescente.¹⁴³

As regras gerais sobre tratados internacionais foram estipuladas pela chamada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que teve seu texto finalizado em 23 de maio de 1969, mas entrou em vigor somente em 27 de janeiro de 1980, quando foi atingido o quórum mínimo de trinta e cinco Estados-partes.¹⁴⁴ É uma espécie de “*lex legum*” dos tratados.

Vale destacar que a despeito de sua longa existência, no Brasil a ratificação da Convenção de Viena de 1969 somente se deu através do Decreto Legislativo nº. 496, de 17 de julho de 2009¹⁴⁵ e do Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009¹⁴⁶. Porém, antes mesmo de sua ratificação, o Itamaraty¹⁴⁷ já pautava suas tratativas internacionais pelas regras expostas no referido tratado.¹⁴⁸

Com a intenção de complementar o tratado de 1969, em 1986 foi celebrada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Sua principal inovação foi o reconhecimento das organizações internacionais como sujeitos de direito internacional público, tornando transparente que a faculdade de celebrar tratados não era mais exclusividade dos Estados.

Uma organização internacional pode ser definida como “uma sociedade entre Estados, constituída através de um Tratado, com a finalidade de buscar

¹⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 145. “Segundo o texto do tratado, os dois reinos se consideravam iguais e se estabeleciam entre eles, seus reis e sucessores, regras de igualdade eternas. Ali foram fixadas regras claras relativas aos interesses particulares de cada uma das soberanias, como a posse de certas terras e demais domínios. Encontravam-se, ainda, no tratado regras relativas à aliança contra inimigos comuns, normas de comércio, de migrações e também de extradição.”

¹⁴³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Op. cit., p. 278.

¹⁴⁴ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

¹⁴⁵ BRASIL. Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-496-17-julho-2009-589661-publicacaooriginal-114586-pl.html>>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁴⁷ O nome é comumente atribuído ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil, pois tal órgão político encontra-se sediado no Palácio do Itamaraty, importante edifício arquitetônico projetado por Oscar Niemeyer na cidade de Brasília – DF e inaugurado em 1970.

¹⁴⁸ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 33.

interesses comuns através de uma permanente cooperação entre seus membros”¹⁴⁹. Estas organizações internacionais possuem personalidade jurídica própria e uma função suplementar em relação aos Estados, já que estes não conseguem atuar com eficiência em algumas questões específicas¹⁵⁰. Como exemplos, é possível apontar a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a União Européia (U.E) e uma que interessa mais de perto ao presente estudo, que é a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Convenção de Viena de 1969 refere-se ao termo “tratado” de maneira genérica, sem levar em conta as particularidades de cada acordo internacional firmado. Tomando por base o conteúdo ou a natureza da avença internacional, podem-se verificar algumas nomenclaturas específicas para os “tratados”¹⁵¹, tais como:

a) Tratado: de natureza genérica e geralmente utilizado para nominar acordos que veiculem matéria de maior importância, como, por exemplo, tratados de paz, etc.

b) Convenção: expressão ligada a temas originados em conferências internacionais que versem sobre assunto de interesse geral;

c) Pacto: objetiva restringir o objeto político de um tratado. É exemplo o Pacto do Aço, celebrado em Berlim em 1939;

d) Acordo: trata-se de atos bilaterais ou multilaterais cuja natureza vincula-se as áreas política, econômica, comercial, cultural ou científica, por exemplo, o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio);

e) Carta: possui a finalidade de criar organismos internacionais, como a Carta das Nações Unidas, de 1945, e a Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948;

¹⁴⁹ SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

¹⁵⁰ “As organizações internacionais intergovernamentais são um fenômeno da modernidade. Tais como conhecemos atualmente, as organizações intergovernamentais são produto da lenta evolução das relações (bilaterais ou multilaterais) entre Estados, tendo os seus contornos contemporâneos sido definidos a partir do início do século XIX. Seu aparecimento no cenário internacional parece fundar-se na impossibilidade que Estados têm, seja por questões de ordem estrutural, econômica, militar, política ou social, de conseguir realizar sozinhos alguns de seus objetivos comuns no âmbito de um contexto determinado, o que os induz a organizarem-se dentro de um novo quadro, criando organismos internacionais capazes de atender aos seus anseios e de realizar os seus objetivos mais prementes.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. Op. cit., p. 542.

¹⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. Op. cit., p. 156 e seguintes.

f) Protocolo: refere-se a acordos subsidiários ligados a tratados já existentes. Pode-se citar o Protocolo de Ouro Preto, de 1994, complementar ao Tratado de Assunção, de 1990, que criou o Mercosul;

g) Concordata: nomenclatura reservada para os acordos bilaterais de caráter religioso firmado pela Santa Sé com Estados que possuem cidadãos católicos. Versam, em geral, sobre questões de exercício da administração eclesiástica, organização de cultos religiosos, etc.

Há outros exemplos, porém, importa advertir que aqui, a expressão “tratado” será utilizada de maneira geral, ou seja, em sentido lato.

Após as conclusões das rodadas de negociação, o texto do tratado é confeccionado e submetido às partes para avaliação e manifestação de aceite, o que, geralmente, dá-se por meio da assinatura do documento pelo representante do Estado ou da Organização Internacional. O consentimento em obrigar-se por um tratado pode, ainda, dar-se pelas hipóteses de troca dos instrumentos constitutivos do tratado; ratificação, aceitação ou aprovação; e a adesão, nos termos da Convenção de Viena de 1969.¹⁵²

Cada Estado signatário deve cuidar dos processos internos de recepção dos tratados, vez que a referida convenção não normatizou tais procedimentos. Há países, como é o caso da Suíça, que optam pela recepção monofásica dos tratados, bastando tão somente a assinatura do acordo pelo Chefe de Estado para que a avença internacional possua validade interna. De outro lado, alguns países como o Brasil adotam o sistema bifásico¹⁵³, visto que além da assinatura do Chefe de Estado, há uma etapa de ratificação interna do tratado.¹⁵⁴

¹⁵² Cf. Convenção de Viena de 1969. Artigo 12. Consentimento em Obrigar-se por um Tratado Manifestado pela Assinatura. Artigo 13. Consentimento em Obrigar-se por um Tratado Manifestado pela Troca dos seus Instrumentos Constitutivos. Artigo 14. Consentimento em Obrigar-se por um Tratado Manifestado pela Ratificação, Aceitação ou Aprovação. Artigo 15. Consentimento em Obrigar-se por um Tratado Manifestado pela Adesão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 01 out. 2013.

¹⁵³ DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 27.

¹⁵⁴ “O processo de ratificação tem dupla face: uma interna, que diz respeito ao método adotado pelo país, para aprovar um tratado internacional – por uma ou duas Casas do Congresso, por exemplo, em sessão conjunta ou separada – e outra externa, que decorre do mecanismo previsto no próprio tratado para sua ratificação, para produzir efeitos internacionais – como o depósito do instrumento perante um determinado país, nos tratados multilaterais, ou troca de tais instrumentos, nos tratados bilaterais, ou, ainda, mediante depósito em organizações internacionais.” MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 66. “A ratificação é o ato administrativo mediante o qual o chefe de Estado confirma tratado firmado em seu nome ou em nome do estado, declarando aceite o que foi

Atinge-se, enfim, o objetivo maior deste tópico, qual seja, tratar da incorporação dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional e suas nuances.

A competência para a ratificação interna em nosso país é do Congresso Nacional, que de acordo com o artigo 49, inciso I, da CF/88¹⁵⁵, deve “resolver definitivamente sobre tratados”. Portanto, o Presidente da República deverá, após assinar tratado internacional, submeter o texto ao Congresso Nacional para que este o ratifique integralmente, parcialmente ou não o ratifique.

Na hipótese do tratado ser ratificado, o Congresso Nacional promulgará um Decreto Legislativo conferindo validade interna ao mesmo.

Surge agora um momento peculiar. No caso brasileiro, todos os tratados ratificados pelo Congresso Nacional, após sua promulgação por Decreto Legislativo, são submetidos ao Presidente da República, com a finalidade do Chefe de Estado os colocar em vigência na ordem interna, por força de Decreto.

Nesta esteira, pode-se afirmar que o tratado deve ultrapassar três momentos distintos: o primeiro de eficácia internacional, quando o Chefe de Estado ou seus representantes, os chamados plenipotenciários, assina o tratado no órgão internacional; o segundo de eficácia para o Estado, quando há a ratificação do tratado pelo Congresso Nacional e promulgação do Decreto Legislativo, comprometendo o país internacionalmente; por fim, eficácia dentro do Estado, quando o Decreto Legislativo é promulgado por força de Decreto presidencial e o tratado passa a incorporar o *corpus iuris* brasileiro.

Não há qualquer previsão legal para essa intervenção do Presidente da República, configurando-se como uma prática jurídica adotada em *terrae brasilis*.

O artigo 84, inciso VIII, da CF/88¹⁵⁶ dá ao presidente poder para celebrar tratados. Alie-se a isso, a previsão constitucional do artigo 49, inciso I¹⁵⁷, que confere poderes ao Congresso Nacional para resolver definitivamente acerca de

convencionado pelo agente signatário. Geralmente, só ocorre a ratificação depois que o tratado for aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde essa faculdade é do Congresso Nacional”. ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

¹⁵⁵ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁵⁶ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁵⁷ Cf. supra nota de rodapé 155.

tratados internacionais. Então, como já explanado, para que o chefe do Executivo assine um instrumento internacional qualquer, imperioso que ele esteja de acordo com os termos da tratativa que lhe é apresentada. Prescindível e absolutamente repetitiva, assim, nova manifestação do presidente quando da assinatura do Decreto que publica o Decreto Legislativo.¹⁵⁸ Em sentido dissonante, há quem entenda legítima a intervenção presidencial, sob o argumento de que incumbe ao presidente, nos termos do artigo 84, inciso IV, da CF/88¹⁵⁹ publicar as leis e expedir decretos para sua fiel execução. Nesse dispositivo constitucional o termo “lei” estaria sendo empregado em sentido lato, portanto, a competência presidencial abarcaria os tratados internacionais.¹⁶⁰

O Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu alguns julgamentos perfilados com a segunda corrente exposta, ou seja, no sentido de que somente após a publicação do Decreto presidencial é que o tratado internacional poderá ser exigido internamente.¹⁶¹

É o que ocorreu, por exemplo, no conhecido caso do Protocolo de Medidas Cautelares firmado entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. Embora o texto do tratado o considerasse vigente trinta dias após o depósito do segundo termo de ratificação, condição já cumprida naquele momento pelos países, o STF entendeu pela sua inaplicabilidade interna, dada a ausência do Decreto emanado pelo Presidente da República.¹⁶²

¹⁵⁸ “Vê-se, assim, que a competência do Presidente da República, estabelecida de forma *privativa*, é a de celebrar tratados, porém sujeitos a referendo do Congresso Nacional, ao qual cabe a competência *exclusiva* de resolver *definitivamente* sobre tratados. Assim, firmado o tratado, esgota-se a competência do Presidente, cabendo ao Congresso o poder de resolver sobre ele de *forma definitiva*, ratificando-o ou não. E, se o ratificou por meio de Decreto Legislativo, tal ratificação aperfeiçoa-se no plano interno, com plena obrigatoriedade de sua observância, cabendo ao Presidente apenas a responsabilidade de dar cumprimento à decisão do Congresso e, assim, executar a formalidade externa de depositar o instrumento de ratificação”. MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 77. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. Op. cit., p. 322-323. REZEK, Francisco. Op. cit., p. 79.

¹⁵⁹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁶⁰ Cf. FRAGA, Mirtô. Op. cit., p. 62-63. DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. Op. cit., p. 100-101.

¹⁶¹ “Ao examinar o processo de ratificação dos tratados e o momento em que se torna obrigatório para a comunidade nacional, o STF tem entendido que o tratado, mesmo que ratificado pelo Congresso e ainda que o instrumento de ratificação tenha sido depositado no exterior, como previsto no tratado, somente adquire vigência na ordem interna, após a promulgação de decreto, pelo Presidente da República, colocando-o em vigor.” MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 66.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 8.279 da República Argentina, 17 jun. 1998. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28carta+rogatoria+8279%29&baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/prj3ckq>>. Acesso em: 02 out. 2013.

As medidas cautelares, geralmente, por resultarem em atos de coerção determinados por sentença judicial, deviam, em tempos idos, ser objeto de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, assim como referida Corte deveria determinar o cumprimento das cartas rogatórias objetivando providências judiciais, o chamado *exequatur*¹⁶³, necessário para dar efetividade no país, de ato de autoridade pública estrangeira.

O Protocolo referido, dentro do quadro de cooperação judiciária entre os Estados partícipes, determinava a produção de efeitos imediatos nestes países, independentemente de homologação, das sentenças judiciais oriundas dos Estados-membros do protocolo. Enfim, o cumprimento do Protocolo sobre Medidas Cautelares não exigia qualquer procedimento do Brasil no plano internacional, apenas na esfera interna, qual seja, o de conceder o *exequatur* a rogatórias solicitadas por qualquer dos países dele signatários. Apesar disso, o STF recusou o cumprimento da Carta Rogatória nº. 8.279 expedida pela República Argentina, de 4 de maio de 1998, alegando a não publicação do Decreto presidencial.

José Carlos de Magalhães criticou fortemente tal posicionamento, pois, não se pode confundir publicidade feita pelo Executivo com vigência, vez que esta se configura pelo término do procedimento de ratificação do tratado, com o depósito ou troca do instrumento respectivo. Além do mais, o que obriga é a Constituição e não a praxe interna, “[...] desconhecida dos demais países que contratam com o Brasil e que, em boa-fé, acreditam que, estando o país obrigado no plano internacional, pela ratificação aperfeiçoada, podem valer-se das disposições acordadas”¹⁶⁴.

Logo após esse caso houve a publicação do Decreto presidencial nº. 2.626, em 15 de junho de 1998, promulgando o Protocolo de Medidas Cautelares.¹⁶⁵

Após a passagem pelas informações sobre a incorporação, pelo processo de ratificação dos tratados e pelos debates existentes, é necessário investigar a outra

¹⁶³ Previsões, à época, no artigo 102, inciso I, alínea h, da CF/88. Após a Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, tais competências foram transferidas ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea i, da CF/88. “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁶⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 79.

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1990. Promulga o Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2626.htm>. Acesso em: 02 out. 2013.

margem da temática: uma vez ratificados e em vigor, qual a posição hierárquica que os tratados internacionais assumem no ordenamento jurídico?

2.1.2. (In)definição da posição hierárquica dos tratados na ordem jurídica interna

A interação entre direito internacional e direito interno não se encontra detalhadamente disciplinada pelo texto original da Constituição Federal de 1988 e pelos demais dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Diante deste quadro, a jurisprudência adquiriu importância em relação à incorporação dos tratados, e, em especial, no que tange à definição da estatura jurídica interna de tais instrumentos normativos internacionais.

Por força do julgamento proferido no dia 3 de dezembro de 2008 no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP¹⁶⁶, o STF alterou seu entendimento frente à questão do posicionamento hierárquico dos tratados no plano interno, em especial os tratados de direitos humanos, tema que instigava diversos debates dos juristas brasileiros há longos anos. Todavia, antes de descer às minúcias e verificar a posição contemporânea, faz-se necessário apresentar um histórico do que se havia até esse *decisum* paradigmático.

Nesta quadra, a partir de um corte temporal e metodológico, o que se verifica é que desde 1977 o STF equipara juridicamente o tratado internacional à lei ordinária federal. Aquele apresenta a mesma hierarquia que esta.

Tal posicionamento foi por aqui adotado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE¹⁶⁷, que teve como relator o ministro Xavier de Albuquerque. O caso versava sobre a colisão entre o Decreto-lei n. 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória na repartição fiscal, sob pena de nulidade, com a Convenção de Genebra - Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, vigente no Brasil e que não continha tal previsão. O embate, então, circundava a pretensão de inconstitucionalidade do decreto-lei por ferir tratado.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 03 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 17 out. 2013.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, 01 jun. 1977. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28recurso+extraordinario+80004+sergipe%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nfazorf>>. Acesso em: 02 out. 2013.

Este julgamento tornou-se referência no estudo dos tratados internacionais no Brasil, pois, mesmo decidido por maioria contra apenas um voto, justamente o do relator ministro Xavier de Albuquerque, os votos vencedores apresentaram fundamentos tão díspares que não restou nítido o que realmente prevaleceu¹⁶⁸, mas, também, por admitir a possibilidade dos tratados serem modificados por normas internas que fossem posteriores ao mesmo.

Entendeu-se que poderia haver colisões entre as normas de direito internacional e as normas de direito interno, devendo ser aplicada a máxima “*lex posteriori derogat priori*”, ou seja, lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível, pois não havia qualquer critério expresso na Constituição, prevalecendo, pois, a última vontade do legislador.¹⁶⁹ A linha mestra desenvolvida foi a de que a Constituição da República estabeleceu o processo legislativo e nele não constou o tratado, assim como não indicou sua eventual estatura jurídica acima da lei ordinária. A exceção única seria aquela trazida pelo Código Tributário Nacional¹⁷⁰, que confere superioridade do tratado sobre a lei e que prevalece por se tratar de lei complementar à Constituição.

Haveria, assim, paridade entre o tratado internacional e a lei ordinária e se o primeiro revoga a segunda, por ser a ela posterior, o inverso seria igualmente válido, independentemente de o país continuar a obrigado a cumprir o tratado no plano global, por não tê-lo denunciado.

Por este ângulo, de acordo com o entendimento do STF, o país permaneceria obrigado internacionalmente, vez que ratificou um tratado em vigor e

¹⁶⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 58 e seguintes.

¹⁶⁹ Cf. “De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça — sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional. [...] Entenderam as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.” REZEK, Francisco. Op. cit., p. 101. “A Corte, deixando de lado precedentes e manifestações doutrinárias de autores brasileiros, de que a lei não pode modificar tratado em vigor, preferiu ater-se à noção de que não há hierarquia constitucional entre tratado e lei e, sendo assim, um revoga o outro. O fato de o tratado obrigar o Estado na ordem internacional e a forma de sua revogação dar-se por meio de denúncia, não sensibilizou o Tribunal.” MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 58.

¹⁷⁰ “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.” BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

não o denunciou na forma prevista pelo próprio instrumento ou, se omissa essa previsão, pela forma da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, porém, no plano doméstico, se lei ordinária futura dispor de maneira distinta do tratado, derogá-lo-ia e haveria a perda total de seus efeitos.

Contudo, esta tendência brasileira representava um verdadeiro retrocesso nesta matéria¹⁷¹. É possível arguir fundamentos para criticar a racionalidade da decisão do STF.

O entendimento firmado demonstrava indiferença diante das conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autorizava o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional, os quais havia se comprometido a cumprir de boa-fé. Além do mais, a decisão violava o artigo 27 da Convenção de Viena de 1969, que preceitua que não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado.

Não faz sentido um país, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratificar um tratado e obstar seu cumprimento posteriormente. E não apenas. Vale dizer que o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Diante das disposições do Direito Internacional Público, somente este ato implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional.

Portanto, na hipótese da inexistência do ato da denúncia e descumprimento do tratado, o que ocorreu com a decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, o Estado cometeu ilícito internacional, persistindo sua responsabilidade nesta dimensão.

Apesar da tese da paridade entre tratado e lei federal ter sido firmada pelo STF nos idos de 1977, destarte, anteriormente à Constituição de 1988, e, ainda, referir-se a tema de direito comercial, qual seja, o conflito entre a Convenção de Genebra — Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias — e o Decreto-lei n. 427, de 1969, vislumbra-se ter sido iterada pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1995, logo, já sob a égide da Constituição vigente, quando julgou notório caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel.

¹⁷¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Op. cit., p. 70.

A vigência no Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁷², também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, levantou ampla controvérsia sobre a possibilidade de manutenção da prisão do depositário infiel. Isto porque a Convenção adrede vedava a prisão civil por dívida, a exceção do alimentante omissa, conforme se verifica em seu artigo 7º, § 7º¹⁷³, porém, a reclusão é permitida pela CF/88, especificamente em seu artigo 5º, inciso LXVII¹⁷⁴, bem como pela legislação infraconstitucional brasileira, a exemplo do Decreto-lei n. 911/69.

Ao enfrentar a questão do impacto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no direito brasileiro, no julgamento do Habeas Corpus n. 72.131/RJ, em 22 de novembro de 1995, o STF frustrou aqueles que esperavam posição distinta da Corte, pois, em votação não unânime¹⁷⁵, reafirmou que os diplomas normativos de natureza internacional ingressam na ordem jurídica nacional com o mesmo status de legislação ordinária e os possíveis conflitos daí advindos deveriam ser resolvidos através da máxima que lei posterior revoga a lei anterior. Desta maneira, se a CF/88 está em contraste com a Convenção, a ela sobrepõe-se devido ao seu status. Ademais, ressaltou que o Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não poderia também revogar uma legislação ordinária interna com caráter especial¹⁷⁶.

Para sedimentar o até agora exposto sobre o entendimento do STF acerca da hierarquia dos tratados internacionais na ordem doméstica, vale a leitura de

¹⁷² O Brasil aderiu à referida Convenção em 25 de setembro de 1992 e ela foi incorporada ao direito positivo interno pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

¹⁷³ “Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal. [...] VII. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 15 out. 2013.

¹⁷⁴ “[...] LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁷⁵ Vencidos os ministros Marco Aurélio de Mello, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ, 22 nov. 1995. Ementa: “Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 15 out. 2013.

determinados trechos do voto do ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.131/RJ¹⁷⁷.

Em outros casos posteriores o Supremo Tribunal Federal apresentou a mesma linha de entendimento.

A questão é que o Pacto de San José da Costa Rica é tratado internacional que versa sobre matéria de direitos humanos, o que conduz a uma ampliação do debate.

Ao ser promulgada em 1988, a constituição brasileira estabeleceu a aplicação imediata dos direitos fundamentais¹⁷⁸ e a redação do seu artigo 5º, § 2º¹⁷⁹, relacionada a incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento

¹⁷⁷ “Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...] [A] ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica — cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas — não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual [...]. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. [...] Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil — à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) — houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. [...] Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição — que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) — o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. [...] A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, *b*), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ, 22 nov. 1995. Trechos do voto do ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹⁷⁸ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] Parágrafo 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁷⁹ “[...] § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

jurídico nacional, possibilitou várias interpretações e se transformou em assunto extremamente controverso.

Mesmo assim, desde logo, é possível concluir que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto para disciplinar os tratados. Este sistema caracteriza-se por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados tradicionais, outro aplicável aos tratados de direitos humanos, além do regramento específico dos tratados em matéria tributária.¹⁸⁰

Enquanto os tratados tradicionais apresentam hierarquia infraconstitucional, de acordo com os pormenores anteriormente vistos nesse estudo, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, apresentam hierarquia divergente doutrinariamente, por força da interpretação do art. 5º, § 2º, da CF/88. Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia destes tratados, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, porém supralegal; e, por fim, d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal, igualando-os aos tratados tradicionais.

Na doutrina pátria, destaca-se como expoente da primeira teoria o professor Celso Duvivier de Albuquerque Mello, que defende a proeminência das normas internacionais em relação às normas de direito interno. Segundo ele, ainda que confrontados com o texto constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos seriam preponderantes. Significa, portanto, afirmar que nem mesmo a emenda constitucional (EC) suprimiria a normativa internacional subscrita pelo Estado quando a matéria correspondesse aos direitos humanos.

A partir de uma perspectiva de natureza política, referido autor sustenta que mesmo o exercício do Poder Constituinte estaria, em certa medida, subordinado ao próprio Direito Internacional.¹⁸¹ Ao apresentar as teorias monista e dualista, que objetivam explicar as relações entre direito internacional e direito interno, critica as

¹⁸⁰ Cf. supra nota de rodapé 170.

¹⁸¹ "Inicialmente queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar da soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania relativa e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de Direito Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado". MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 20.

constituições brasileiras que ignoram o tema, deixando a resolução dos casos de conflitos de normas para a jurisprudência¹⁸².

Segundo os adeptos da posição hierárquica supraconstitucional dos tratados, consagrar a supremacia do direito internacional sobre a ordem interna, independentemente do mandamento doméstico possuir status constitucional, é observar adequadamente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que prevê que as disposições internas de um Estado não podem ser usadas por ele como justificativa para o inadimplemento de uma obrigação fundada em tratado, bem como a observância do disposto no artigo 11¹⁸³ da Convenção de Havana sobre Tratados, assinada em 1929 e ainda em vigor no Brasil.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello assevera que a sua posição “[...] é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional”¹⁸⁴.

A segunda teoria, que defende a hierarquia constitucional dos tratados, teve ampla difusão atribuída a Antônio Augusto Cançado Trindade e possui grande número de partidários, como os notáveis exemplos de Celso Lafer, Valério de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan. Destaca-se, ainda, que no STF, o ministro Carlos Velloso já havia demonstrado posição favorável a esta teoria no julgamento do famoso “caso Ellwanger”¹⁸⁵.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade, à semelhança de outras constituições latino-americanas, a CF/88 conferiu tratamento diferenciado aos direitos internacionalmente consagrados, em razão do caráter especial que possuem os tratados que abordam direitos humanos. Os direitos fundamentais que se

¹⁸² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Op. cit., p. 24.

¹⁸³ “Artigo 11. Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições”. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao_havana_tratados.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹⁸⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Op. cit., p. 27.

¹⁸⁵ Caso em que o Supremo Tribunal Federal negou pedido de *Habeas Corpus* de Sigfried Ellwanger, editor literário gaúcho, condenado por crime de racismo por propagar idéias anti-semitas em seus livros. Há interessantes contrapontos entre as garantias constitucionais de liberdade de manifestação do pensamento e vedação da prática de racismo. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424/RS, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Habeas+Corpus+82424+rio+grande+do+sul%29%28%40JULG+%3E%3D+20030910%29%28%40JULG+%3C%3D+20030920%29%28PLENO%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pqnceam>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

encontram previstos no instrumento normativo internacional passam a agregar o rol dos direitos constitucionalmente consagrados e, assim, tornam-se exigíveis de plano¹⁸⁶.

Adotando linha similar, Flávia Piovesan entende que atribuir aos tratados internacionais natureza constitucional é conferir máxima efetividade às normas constitucionais e promover interpretação que se coaduna com a ordem e principiologia constitucional.¹⁸⁷

O conteúdo dessa última teoria vinha sendo bem aceito¹⁸⁸, até que a matéria foi retomada pela Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que promoveu a chamada “reforma do Judiciário”. Com o intuito de responder a celeuma doutrinária e jurisprudencial instaurada, concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a citada emenda constitucional introduziu o § 3º¹⁸⁹ no art. 5º da CF/88.

Na opinião de Celso Lafer este parágrafo pode ser considerado como uma “[...] lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e

¹⁸⁶ “O disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 498.

¹⁸⁷ “A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, no dizer de Jorge Miranda, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê.” PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 58.

¹⁸⁸ EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 10, n. 90, ed. esp., p. 01-34, abr-maio, 2008, p. 8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev90.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.

¹⁸⁹ “[...] § 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 à Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º.¹⁹⁰ Enfim, a inserção somente pretendia esclarecer o que já existia no texto constitucional.

Contudo, não ocorreu a almejada pacificação do tema. Ao contrário, houve manifestações dissonantes, como, por exemplo, o que ocorreu no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito, outra vez, da prisão do depositário infiel.

No julgamento, do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 18.799/RS¹⁹¹, publicado em 09 de maio de 2006, cujo relator foi o ministro José Delgado, foi afastada a possibilidade de prisão do depositário infiel, sob o argumento de que o Pacto de San José da Costa Rica, tratado concernente a direitos humanos, foi assimilado pela ordem jurídica brasileira como norma de hierarquia constitucional. De outro lado, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 19.975/RS¹⁹², tendo como relator o ministro Teori Albino Zavascki, em 21 de setembro de 2006, foi admitida a prisão, pois o Pacto de San José incorporou-se ao direito interno como lei ordinária, na medida em que não foi aprovado com o quórum exigido pelo artigo 5º, § 3º, da CF/88.

A guinada jurisprudencial ocorreu em sessão plenária do STF realizada no dia 3 de dezembro de 2008, quando, enfrentando novamente a questão da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343-1/SP, RE 349.703/RS, HC 87.585/TO e HC 92.566/SP), a Corte superou aquele antigo posicionamento e atribuiu uma estatura especial aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que foram ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A partir daí foi sepultada a hipótese de prisão civil do depositário infiel no Brasil, sendo editada, inclusive, a Súmula Vinculante n. 25, em 16 de dezembro de

¹⁹⁰ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 16.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 18.799/RS, 09 maio 2006. Ementa: “Constitucional. Processual penal. Recurso Ordinário em habeas corpus. Execução fiscal. Depositário infiel. Penhora sobre o faturamento da empresa. Constrangimento ilegal. Emenda Constitucional nº 45/2004. Pacto de São José da Costa Rica. Aplicação Imediata. Ordem concedida. Precedentes”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=18799&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 out. 2013.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 19.975/RS, 21 set. 2006. Ementa: “Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Prisão civil de depositário infiel. Alienação das cotas da sociedade pelo depositário. Transferência do encargo atrelada à autorização judicial. Possibilidade de decretação da prisão mesmo após o advento da EC 45/2004, que introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal. Penhora em execução fiscal. Falência superveniente. Súmula 305/STJ. Não incidente na hipótese dos autos”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=19975&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 out. 2013.

2009, assentando ser “[...] ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”¹⁹³.

O debate na sessão circundou duas posições bastante distintas, capitaneadas pelo ministro Celso de Mello, que defendia a incorporação com status constitucional dos tratados de direitos humanos, e pelo ministro Gilmar Mendes, defensor da tese da supralegalidade.

O ministro Celso de Mello reavaliou radicalmente seu próprio entendimento sobre a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos¹⁹⁴ e, amparado na doutrina dos já mencionados Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Lafer, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, conferiu status constitucional aos tratados aprovados antes da EC n. 45/2004.

De acordo com seu posicionamento, os tratados internacionais de conteúdo estranho à proteção de direitos humanos possuiriam status de lei; já aqueles tratados que versam sobre este tema, dividir-se-iam em três situações: a) os celebrados ou aderidos pelo Brasil antes da promulgação da Constituição de 1988, revestem-se de caráter constitucional, pois foram recebidos nesta condição pelo § 2º do artigo 5º da CF/88; b) os que foram celebrados ou aderidos pelo Brasil após a promulgação da Constituição de 1988 e anteriormente à promulgação da EC n. 45/2004, possuiriam caráter materialmente constitucional e integram o chamado bloco de constitucionalidade brasileiro¹⁹⁵; e, por fim, c) os que forem internalizados posteriormente à promulgação da EC n. 45/2004, desde que observem o rito qualificado previsto no artigo 5º, § 3º, da CF/88, possuirão caráter material e formalmente constitucional.¹⁹⁶

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 25*. “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 17 out. 2013.

¹⁹⁴ Cf. supra nota de rodapé 177.

¹⁹⁵ “A noção de direitos fundamentais deve contemplar uma visão inclusiva de todas as posições jurídicas relacionadas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram por seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material) integradas expressamente ao texto da Constituição e tornadas indisponíveis aos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por sua substância e importância, possam alcançar-lhes equiparação, tornando-se parte da Constituição material, possuindo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).” SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

¹⁹⁶ “Após longa reflexão sobre o tema, [...], julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculadas), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito

A despeito disso, prevaleceu a tese do ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual sustentou a natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Tais instrumentos normativos estariam em posição hierárquica superior às normas infraconstitucionais, contudo, inferior ao texto constitucional.

A votação foi apertada, por maioria de cinco votos contra quatro. Acompanharam Gilmar Mendes, os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Carlos Ayres Britto. De outro lado, além de Celso de Mello, acolheram a tese da constitucionalidade os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Os ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio expressaram a desnecessidade do enfrentamento desta questão para chegarem à conclusão em torno da inaplicabilidade da prisão civil do depositário infiel.

É interessante notar que Gilmar Mendes não promoveu uma novidade jurisprudencial dentro do STF, mas resgatou a tese da supralegalidade, anteriormente abordada pelo então ministro Sepúlveda Pertence, em sessão realizada no dia 29 de março de 2000, durante o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785/RJ¹⁹⁷, que envolvia o alcance interpretativo do

de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico -- constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) -- da "prevalência dos direitos humanos" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. [...] Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição [...]. É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585/TO, 12 mar. 2008. Trechos do voto do ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2013.

¹⁹⁷ "Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48)". E prosseguiu: "Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque — alçados ao texto constitucional — se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p.

princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

De toda sorte, em seu referenciado voto-vogal prolatado no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP¹⁹⁸, o ministro Gilmar Mendes envidou esforços no intuito de rechaçar pontualmente, cada uma das teses acerca da definição da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *En passant*, dada a amplitude do voto, seguem os principais pontos.

À tese que preconizava a preponderância dos tratados internacionais até mesmo em relação às normas constitucionais, denominada supraconstitucionalidade, asseverou que ela é inadequada à realidade do Estado brasileiro. Isto porque nosso sistema é regido pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Portanto, sua adoção representaria obstáculo ao controle de constitucionalidade destes diplomas internacionais, o que não se coaduna com a própria competência do Supremo Tribunal Federal para exercer este controle, nos termos atribuídos pela Constituição em seu artigo 102, inciso III, alínea b¹⁹⁹.

Em relação à tese da constitucionalidade, Gilmar Mendes fundamentou que ela não poderia ser acolhida em razão da inserção do § 3º ao artigo 5º. Para ele, isto significou uma manifestação clara de que não se pode atribuir estatura constitucional

255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim — aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em *Arquivos de Direitos Humanos*, 2000, 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.), *Os Direitos Humanos e o Direito Interno*) — a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas — até, se necessário, contra a lei ordinária — sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 87.585/TO, 29 mar. 2000. Trechos do voto do ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 17 out. 2013.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 03 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 17 out. 2013.

¹⁹⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

àqueles tratados ratificados pelo Brasil anteriormente à mudança promovida pela EC n. 45/2004, que não foram submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional. Além disso, indicou outras inconveniências, ao seu ver, da adoção da referida tese, tais como: a exigência de que o STF realizasse a árdua missão de distinção, dentre os tratados já ratificados, quais seriam de direitos humanos e quais de outra ordem; em relação ao controle abstrato de constitucionalidade, em que vigora a regra da *causa petendi* aberta, obrigaria o STF a aplicar estes tratados como parâmetro de controle sempre que houvesse necessidade, ainda que não fossem invocados pelas partes; ensejaria problemas sobre a revogação de normas constitucionais por tratados, etc.

Por outro lado, apontou que o acréscimo do § 3º ao artigo 5º da CF/88, indicava a necessidade de revisão da jurisprudência predominante do STF e a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais, visto que a reforma constitucional destacou o caráter especial e o *locus* privilegiado que os tratados de direitos humanos devem ter no ordenamento jurídico interno.

Como resultado dessa fundamentação teórica, o ministro optou pela vertente da suprallegalidade, segundo ele, consagrada nas Constituições da Alemanha, França e Grécia. Assim, os tratados internacionais possuiriam a força de cessar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ele conflitante. Ao final, consignou que não há qualquer óbice ao legislador de submeter os diplomas internacionais de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação do art. 5º, § 3º, da CF/88 para lhes conferir status de emenda constitucional.

Entretanto, vale o registro que o entendimento jurisprudencial do STF pode ser alterado tão logo enfrente novamente a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados antes da EC n. 45/2004, posto que houve profunda alteração em seus quadros. Será necessário verificar o entendimento de Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, os novos ministros que integram a Corte²⁰⁰, além de Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que não expressaram suas posições na votação anterior.

²⁰⁰ A relação dos ministros que atualmente compõem o STF encontra-se disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 17 out. 2013.

2.2. A Organização Internacional do Trabalho e a dispensa arbitrária

Verificado o relacionamento brasileiro com os tratados internacionais, é necessário apresentar parte do arcabouço teórico relacionado à Organização Internacional do Trabalho. Não apenas porque essa agência especializada das Nações Unidas tem por missão histórica promover oportunidades de acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade,²⁰¹ mas, precipuamente, porque referido organismo possui uma normativa diretamente vinculada à questão das dispensas arbitrárias: a Convenção n. 158.

2.2.1. Breve panorama da OIT e sua produção normativa

A Organização Internacional do Trabalho foi criada no ano de 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim oficialmente à Primeira Guerra Mundial. Ainda neste ano, durante o mês de outubro, a OIT celebrou a sua primeira Conferência Internacional do Trabalho, na cidade de Washington, já adotando seis convenções. O Brasil está entre os seus membros fundadores e participa ativamente desde esta primeira reunião.²⁰²

Vale destacar que, entre outras coisas, o Tratado de Versalhes também anexou em sua Parte I o Pacto da Liga das Nações²⁰³. A OIT e a Liga das Nações possuíam uma ligação estreita, pois os custos de funcionamento da primeira foram

²⁰¹ Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 23 out. 2013.

²⁰² Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 23 out. 2013.

²⁰³ A Liga das Nações foi uma organização internacional criada em abril de 1919, quando a Conferência de Paz de Paris adotou seu pacto fundador, posteriormente inscrito em todos os tratados de paz. A idéia de criar um organismo destinado à preservação da paz e à resolução dos conflitos internacionais por meio da mediação e do arbitramento já havia sido defendida por alguns estadistas, ainda no curso da Primeira Guerra Mundial, especialmente o presidente dos Estados Unidos Woodrow Wilson. Contudo, a recusa do Congresso estadunidense em ratificar o Tratado de Versalhes acabou impedindo que os Estados Unidos se tornassem membro do novo organismo. Não possuindo forças armadas próprias, o poder de coerção da Liga das Nações baseava-se apenas em sanções econômicas e militares. Vale destacar que a Liga não proibia o uso da força em direito internacional, o que somente seria efetivado, mais tarde, com a ONU, tanto que se revelou impotente para bloquear, por exemplo, a invasão japonesa da Manchúria (1931), a agressão italiana à Etiópia (1935) e o ataque russo à Finlândia (1939). Em abril de 1946, a Liga das Nações dissolveu-se, transferindo as responsabilidades que ainda mantinha para a recém-criada Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos20/Centenariolndependencia/LigaDasNacoes>>. Acesso em: 22 out. 2013.

incluídos no orçamento geral da última e, além disso, todos os países que assinaram o Pacto da Liga tornaram-se membros da organização trabalhista. Contudo, nada impedia que um país deixasse de ser membro de uma delas e permanecesse filiado à outra. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o Brasil em 1926, que deixou a Liga e permaneceu na OIT.

Desde a sua criação, a OIT assenta seus alicerces no entendimento que uma paz universal e duradoura só poderia fundamentar-se na existência de justiça social. Assim, até o início da Segunda Guerra Mundial no ano de 1939, a Organização Internacional do Trabalho já havia editado 67 convenções, 66 recomendações e realizado, através de seus funcionários, diversas inspeções nos países-membros.²⁰⁴

Terminada a Segunda Guerra em 1944, a OIT vislumbrou a necessidade de realização de uma nova Conferência para guiar uma nova fase da organização. Assim, é reunida a 26ª Conferência da OIT na Filadélfia, Estados Unidos, onde é firmada a Declaração da Filadélfia²⁰⁵, que serviu, inclusive, de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração da Filadélfia de 1944 firmou os fins e objetivos da OIT e apresenta alguns pontos marcantes, tais como a liberdade de expressão e associação para o progresso, o não tratamento do trabalho como mercadoria, a constituição da pobreza como ameaça ao desenvolvimento mundial, o progresso material e espiritual como direito de todos os seres humanos.²⁰⁶

O final da guerra também marcou o nascimento da Organização das Nações Unidas (ONU), que possuía o objetivo de manter a paz por meio do diálogo entre os países. A OIT tornou-se então, a sua primeira agência especializada, sendo a única com uma estrutura tripartite, pois é composta de representantes de governos, organizações de empregadores e de trabalhadores.²⁰⁷

²⁰⁴ Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 23 out. 2013.

²⁰⁵ O texto integral em português da Declaração da Filadélfia encontra-se disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/legis_jur/sumario/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Filad%C3%A9lfia.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

²⁰⁶ “Para poder alcançar estes objetivos genéricos, a Declaração da Filadélfia lista pressupostos básicos de sua atuação trabalhista. Esta deve buscar o pleno emprego, o aumento do nível de vida, a formação profissional dos trabalhadores, a remuneração digna com o estabelecimento de um piso salarial mínimo, a possibilidade de negociar coletivamente os contratos de trabalho, a extensão da seguridade social e previdenciária, a participação de empregados e empregadores na elaboração e implementação de medidas sócio-econômicas, proteção da infância e da maternidade e um adequado sistema de saúde.” SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. Op. cit., p. 162.

²⁰⁷ Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 23 out. 2013.

Dada sua importância, em 1969, ano do seu 50º aniversário, a organização recebeu o Prêmio Nobel da Paz.²⁰⁸ Desde a sua fundação, está localizada na cidade suíça de Genebra e hoje é composta por 185 países²⁰⁹, possuindo escritórios em todos os continentes.

Ainda que brevemente, é pertinente verificar que a OIT possui uma estrutura formada por uma Assembléia ou Conferência Geral, por um Conselho de Administração e um Secretariado permanente, localizado em Genebra, conhecido como Repartição Internacional do Trabalho (BIT²¹⁰).²¹¹

A Conferência Internacional do Trabalho reúne-se, ao menos, anualmente e cada país membro é representado por quatro delegados, sendo que dois representam o Estado, um representa os empregadores e o último representa os trabalhadores.²¹² Trata-se de um fórum internacional onde é debatida a política social mundial, com a discussão de diversos temas ligados ao trabalho, adoção e revisão de normas internacionais do trabalho e aprovação do programa de trabalho e orçamento da OIT, financiado por seus Estados-membros.

Cada uma das delegações faz um relato da situação laboral e social de seu país e as percepções sobre os problemas podem vir a ser manifestadas de modo diverso no interior de cada delegação nacional. O trabalho da Conferência é essencialmente normativo e de controle, sendo que as normas emitidas podem adquirir a forma de convenções ou recomendações.

O Conselho de Administração atua como órgão executivo da organização, incumbindo-lhe a sua direção e, entre suas funções mais importantes, destacam-se a nomeação do Diretor Geral do BIT e o controle das atividades deste órgão, além da elaboração de uma proposta de programa e orçamento bienal. Este Conselho renova-se a cada três anos e é composto por cinquenta e seis membros, sendo vinte e oito representantes dos Estados, quatorze dos empregadores e quatorze dos empregados.²¹³

²⁰⁸ Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/>. Acesso em: 23 out. 2013.

²⁰⁹ Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>>. Acesso em: 23 out. 2013.

²¹⁰ Sigla originária da expressão francesa "*Bureau International du Travail*".

²¹¹ Cf. art. 2º da Constituição da OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

²¹² Cf. art. 3º da Constituição da OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

²¹³ Cf. art. 7º da Constituição da OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

Finalmente, o BIT é dotado de um papel administrativo, de apoio técnico e organizado por departamentos. É onde se concentram a maioria das atividades de administração, de pesquisa, de produção de estudo e de publicações, de reuniões de Comissões e Comitês, de reuniões tripartites setoriais, etc.²¹⁴ Possui, basicamente, as funções de divulgar as informações sobre o mundo do trabalho através de publicações periódicas e relatórios; preparar os textos das convenções e recomendações; prestar assistência legislativa aos países membros, quando solicitada; preparar tecnicamente a ordem do dia das conferências; e, zelar pela execução e aplicação das convenções firmadas pelos países membros.

Como já adiantado, primordialmente, a atividade normativa da OIT consiste na elaboração de convenções e recomendações internacionais do trabalho, com o objetivo de promover justiça social entre os Estados e de modo a evitar a concorrência desleal entre eles.²¹⁵ A Conferência Internacional do Trabalho, por autorização da Constituição da própria OIT, poderá adotar, ainda, resoluções, o que denota que os trabalhos da Conferência são essencialmente normativos.

À exceção das resoluções, o conjunto das outras duas categorias de normas é denominado Código Internacional do Trabalho, figurando as resoluções e outros documentos como seus anexos.²¹⁶

Importante, neste passo, analisar as principais diferenças entre as principais normas emanadas da Organização: convenções e recomendações.

As convenções da OIT podem ser definidas como sendo tratados internacionais “[...] multilaterais abertos, de natureza normativa, elaborados sob os auspícios da Conferência Internacional do Trabalho, a fim de regulamentar o trabalho no âmbito internacional e também outras questões que lhe são conexas”.²¹⁷ Não possuem destinatário certo, estando abertas à ratificação ou à adesão dos países-membros da OIT, ou ainda, daqueles que futuramente tornar-se-ão partes da Organização.

²¹⁴ Disponível em: < <http://www.oit.org.br/presentation>>. Acesso em: 23 out. 2013.

²¹⁵ “A normatização emanada da OIT se concretiza em recomendações ou convenções. As recomendações são orientações aos Estados-membros, constituindo metas a serem atingidas. As convenções visam a criar normas obrigacionais para os Estados-membros, que porventura vierem a ratificá-las.” MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 8. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2013.

²¹⁶ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 176.

²¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 39, n. 152, Julho-Agosto de 2013, p. 13.

São aprovadas pela maioria de dois terços na Conferência e colocadas à disposição dos países membros. Os Estados ficam, assim, obrigados a colocar em discussão interna o texto das convenções, em um processo que pode estender-se por doze até dezoito meses, a partir do término da sessão da Conferência.²¹⁸

Geralmente, os textos são submetidos aos Parlamentos nacionais para discussão e aprovação. O modo de internalização das normas, ou seja, administrativamente ou via legislativo, é definido pelos próprios Estados.

Esta obrigatoriedade de submissão do texto das convenções aos seus parlamentos não implica em ratificação. Os Estados possuem autonomia para a decisão. Porém, após a ratificação os textos devem ser aplicados. A OIT exerce um controle neste sentido, por meio de visitas de seus técnicos e pela elaboração de relatórios, cabendo destacar que a OIT reconhece que as condições objetivas nas quais se encontram os trabalhadores do mundo são bastante diversas.

Por sua vez, as recomendações são instrumentos internacionais adotados também pela Conferência Internacional do Trabalho, porém, despidos da natureza de tratados e são utilizadas sempre que matéria nelas contida ou algum dos seus aspectos, não se prestar, naquele momento, para a formalização de uma convenção.²¹⁹ São adotadas, por exemplo, pelo fato das disposições aprovadas pela Conferência da OIT não terem contado com número suficiente de adesões. Não implicam em qualquer obrigatoriedade para os Estados, posto que não são dotadas de efeito vinculante. Possuem, portanto, o caráter de aconselhamento e não de imposição. Entretanto, a redação, edição e divulgação das recomendações criam um ambiente favorável ao encaminhamento de soluções que, porém, originam-se na vontade dos Estados.

Tanto as convenções quanto as recomendações não trazem em seu bojo mecanismos de sanção, como se verifica nas normas de direito interno, ou seja, mesmo que estipulem obrigações de direito internacional para os Estados signatários, o seu descumprimento não enseja a aplicação de uma sanção específica pela OIT.²²⁰ Subsiste, então, a regra geral de direito internacional que o

²¹⁸ Cf. art. 19 da Constituição da OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

²¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. Op. cit., p. 13.

²²⁰ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-15/entrevista-lelio-bentes-ministro-tst-perito-oit>>. Acesso em: 23 out. 2013.

cumprimento de obrigações internacionais permanece nas mãos das soberanias estatais.

Essas duas espécies normativas abordam, principalmente, os seguintes temas: direitos humanos fundamentais; emprego; política social; administração do trabalho; relações de trabalho; condições de trabalho; seguridade social; trabalho de mulheres, crianças, migrantes e indígenas; categorias especiais de trabalhadores.²²¹

Em virtude da especificidade do presente estudo, a partir daqui, o foco será exclusivamente dirigido às convenções internacionais do trabalho provenientes da OIT.

No que toca ao conteúdo, diferentemente dos tratados internacionais firmados entre Estados, que, de um modo geral, visam à concessão de vantagens recíprocas, as convenções da OIT têm por meta a universalização das normas de proteção ao trabalho e sua incorporação ao direito interno dos Estados-membros.²²²

Tais convenções são denominadas de “[...] *tratados-lei* ou *tratados-normativos*, que têm por objetivo fixar normas gerais de direito internacional público pela vontade paralela das partes”²²³, alterando ou ratificando costumes adotados entre os Estados. Esses tratados são próprios da expansão do direito internacional verificada no decorrer do século XX.

Em oposição, não se pode descartar a possibilidade dos Estados celebrarem os chamados *tratados-contrato*, pactuados entre si e que geram obrigação somente para as partes, naqueles moldes clássicos, com feixe temático também relacionado à proteção internacional do trabalho. Como exemplo, cite-se o Tratado de Itaipu celebrado entre o Brasil e o Paraguai em 26 de abril de 1973, versando sobre a aplicação de normas trabalhistas e previdenciárias às relações de emprego na usina hidrelétrica de Itaipu.

Posteriormente à adoção na Conferência Internacional do Trabalho da OIT, as convenções seguem trâmite interno similar a qualquer outro tratado internacional celebrado pelo Brasil. A diferença que pode ser observada trata-se da dispensa da formalidade da assinatura, pois a Conferência adota as convenções do trabalho e o

²²¹ Disponível em: <<http://www.oit.org.br/>>. Acesso em: 23 out. 2013.

²²² SUSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002, vol. 2, p. 1491.

²²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. Op. cit., p. 15.

que garante a veracidade do texto são apenas as assinaturas do Presidente e do Secretário-Geral da Conferência.²²⁴

Então, deverão respeitar as regras gerais do direito dos tratados e as normas internas brasileiras previstas na Constituição relacionadas à sua celebração, em especial, o artigo 84, inciso VIII²²⁵, que trata da competência do Presidente da República para concluir tratados, e o artigo 49, I²²⁶, que trata da competência do Congresso Nacional para referendá-los.

Contudo, em face das disposições constantes nos artigos da Constituição da OIT²²⁷, a integração das suas convenções no direito interno brasileiro apresenta algumas peculiaridades, que causam divergências doutrinárias.

O artigo 19, § 5º, letra b, da Constituição da OIT assim dispõe:

“Artigo 19.

[...]

5. Tratando-se de uma convenção:

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

De outro lado, a letra “d” do mesmo dispositivo prevê que:

“d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção;”

A leitura das disposições acima transcritas conduz ao raciocínio que os Estados-partes contraem a obrigação de submeter as convenções da OIT à autoridade competente, indicada pelo seu direito doméstico para a aprovação de tratados. Tal compromisso persistiria ainda quando os delegados estatais participantes da Conferência tenham votado contra a adoção da convenção, não

²²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. Op. cit., p. 16-17.

²²⁵ Cf. supra nota de rodapé 284.

²²⁶ Cf. supra nota de rodapé 155.

²²⁷ Organização Internacional do Trabalho. Constituição. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 24 out. 2013.

tenham participado da reunião ou na hipótese do Estado ter ingressado posteriormente na OIT²²⁸.

No Brasil, a autoridade competente mencionada pelo dispositivo referido é o poder legislativo, pois é o único órgão com função típica de legislar, a fim de dar efeitos à aplicação da convenção internacional do trabalho.²²⁹ Essa conclusão é obtida à luz do texto constitucional, pois a União detém a competência para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (art. 21, I)²³⁰ e legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I)²³¹, cabendo ao Congresso Nacional não somente dispor sobre as matérias de competência da União (art. 48, caput)²³², mas, exclusivamente, resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I)^{233, 234}.

Não se pode olvidar que a decisão primeira por obrigar o Estado brasileiro em matéria de direito internacional está nas mãos do poder executivo (art. 84, VIII)²³⁵. Logo, a análise do Congresso somente é realizada após a assinatura do tratado pelo Executivo, o que autoriza a afirmação que há uma conjunção de vontades destes dois poderes nesse processo de incorporação dos tratados internacionais.

Especificamente, as convenções da OIT têm processualística diferente, vez que a manifestação do Executivo ocorre, de certo modo, após a do Legislativo. O poder executivo firma o tratado sem a assinatura do Presidente da República e a convenção segue para a análise do Congresso Nacional. Caso aprovada, o chefe do Executivo a promulga, dando aí concretude ao artigo 84, VIII, da CF/88.

²²⁸ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Internacional do Trabalho*. Op. cit., p. 195.

²²⁹ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. Op. cit., p. 19. CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTR, 2010, p. 72.

²³⁰ “Art. 21. Compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²³¹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²³² “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União [...]” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²³³ Cf. supra nota de rodapé 155.

²³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. Op. cit., p. 19.

²³⁵ Cf. supra nota de rodapé 284.

A dúvida que pode ser suscitada tange a aparente obrigatoriedade das convenções do trabalho serem ratificadas pelo Presidente da República, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, diante do texto do artigo 19, § 5º, b, da Constituição da OIT, ou se a ratificação seria um ato discricionário.

Para Celso Duvivier de Albuquerque Mello²³⁶, apesar da Constituição da OIT não ser expressa, depois de referendada a convenção pelo Legislativo, não haveria possibilidade de escolha do chefe do Executivo, mas somente a obrigação da ratificação. Seria essa uma consequência lógica. É esta também a posição defendida por Valério de Oliveira Mazzuoli²³⁷.

Se o tratado constitutivo da OIT estipula que o Presidente da República é obrigado a submeter a convenção internacional do trabalho ao Parlamento de seu país, uma vez que o poder legislativo a aprova, não há de ser discricionária a posterior ratificação, mas sim obrigatória, sob pena de tornar inócua as disposições constantes no artigo 19, § 5º, d, da Constituição da OIT.

Isto não significa dizer que o Estado se veja obrigado a ratificar toda e qualquer convenção internacional do trabalho. Basta que o Poder Legislativo as rejeitem. Assim, a ratificação permanece como ato discricionário do Estado, porém, deixa de sê-lo por parte do Poder Executivo.

Na hipótese do Congresso Nacional não concordar com a plenitude dos termos da convenção, seu texto poderá servir de orientação para ações governamentais ou mesmo a edição de outra lei similar. Então, não haverá a ratificação do tratado, salvo se o próprio instrumento possibilitar sua aprovação e ratificação parcial.

Uma vez ratificadas, as convenções deverão ser depositadas junto à Repartição Internacional do Trabalho²³⁸, o BIT, tornando-se obrigatória somente àqueles Estados-membros que a ratificaram.

²³⁶ “[...] principalmente, levando-se em consideração a natureza social destas convenções e ainda ser o nosso século caracterizado pelo conflito social que só tende a se agravar”. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Op. cit., p. 280.

²³⁷ “Portanto, somos da opinião de que, uma vez submetidas ao Congresso Nacional para aprovação, e uma vez aprovadas por este, as convenções internacionais do trabalho deverão ser obrigatoriamente ratificadas pelo Presidente da República, segundo a melhor exegese do art. 19, § 5º, b e d, da Constituição da OIT”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine*. Op. cit., p. 21

²³⁸ Cf. art. 20 da Constituição da OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 24 out. 2013.

Como os demais tratados ratificados pelo Brasil, as convenções internacionais do trabalho também necessitam passar por aquela praxe já discutida da promulgação por decreto presidencial. Este instrumento indicará o número do Decreto Legislativo do Congresso Nacional que aprovou a convenção e a data do registro de sua ratificação no BIT. Após isso, as convenções serão publicadas no Diário Oficial da União.²³⁹

Por se caracterizarem como tratados internacionais que versam sobre direitos humanos²⁴⁰, para que adquiram hierarquia de norma constitucional formal e material, basta que as convenções sejam aprovadas pelo quórum qualificado estabelecido no artigo 5º, § 3º, da CF/88²⁴¹.

Não se pode perder de vista aquela discussão acerca da definição da posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da EC nº 45/2004.

É certo que, em razão da posição adotada pelo STF, a partir do acolhimento do voto-vogal do ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP²⁴², hoje, os referidos tratados e, por conseguinte, as convenções da OIT, possuem o status de normas supralegais, ou seja, adquirem posição hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais, mas inferior às do texto constitucional.

Contudo, como tal entendimento poderá ser revisto assim que o STF enfrentar a questão novamente, é que o mundo do direito do trabalho poderá sofrer um giro copernicano²⁴³, caso seja acolhida aquela tese da constitucionalidade, que, a mim, parece mais acertada.

²³⁹ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Internacional do Trabalho*. Op. cit., p. 213.

²⁴⁰ Cf. DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectivas de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. *Revista TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 59-76, Julho-Setembro 2011. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/26896/003_delgado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 out. 2013. WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. 431f. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://revista.unibrasil.com.br/index.php/re_tdu/article/viewFile/138/157>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁴¹ Cf. supra nota de rodapé 189.

²⁴² Cf. supra nota de rodapé 198.

²⁴³ Nicolau Copérnico, astrônomo e matemático polonês que viveu entre 1473 a 1543, promoveu uma verdadeira reviravolta na astronomia ao desenvolver a teoria do Heliocentrismo, que colocou o sol como centro do sistema solar, contrariando a teoria Geocêntrica, que pressupunha a Terra em tal lugar.

Isto se dá devido à regra insculpida no artigo 5º, § 2º, da CF/88, que promove a abertura da nossa Constituição aos outros direitos porventura nela não inscritos, mas que se alinham ao seu regime e principiologia. Assim, os tratados discutidos já seriam materialmente constitucionais.²⁴⁴

O quórum previsto no parágrafo 3º do artigo 5º constituir-se-ia como regra meramente procedimental, permitindo que os direitos humanos objetos de tratados internacionais adquiram na ordem jurídica nacional também a natureza de normas formalmente constitucionais, pois, materialmente já o são. Nesta hipótese, os tratados de direitos humanos e as convenções da OIT poderiam até mesmo, possuir os efeitos formais de emendas constitucionais, caso fossem aprovados pelo Congresso Nacional, por maioria de três quintos e em dois turnos.

De um modo ou de outro, o que não se pode deixar de reconhecer é que as convenções internacionais do trabalho emanadas da OIT detém hierarquia superior às leis ordinárias, por serem consideradas normas de direitos humanos, o que importa em repercussão na aplicação prática de diversos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Por fim, compete apontar que até outubro de 2013, o Brasil já era signatário de 81 convenções da OIT que ainda vigoram, as quais versam sobre os mais variados e importantes temas para o cenário jurídico do trabalho.²⁴⁵ Podem-se citar como exemplos: n. 6 - trabalho dos menores na indústria; n. 12 - indenização por acidente do trabalho na agricultura; n. 14 – repouso semanal na indústria; n. 26 – métodos de fixação de salários mínimos; n. 98 – direito de sindicalização e de negociação coletiva; n. 100 – igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor; n. 102 – normas mínimas da seguridade social; n. 103 – amparo à maternidade (revista); n. 105 – abolição do trabalho forçado; n. 111 – discriminação em matéria de emprego e ocupação; n. 127 – peso máximo das cargas; n. 135 - proteção de representantes de trabalhadores; n. 138 - idade mínima para admissão; n. 140 - licença remunerada para estudos; n. 144 -

²⁴⁴ Cf. LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 16. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed. rev. e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴⁵ São as seguintes Convenções: n. 6, 11, 12, 14, 16, 19, 21, 22, 26, 29, 42, 45, 53, 80, 81, 88, 89, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 111, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 124, 125, 126, 127, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 152, 154, 155, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 174, 176, 178, 182, 185. Os textos integrais, juntamente com os respectivos anos de adoção na OIT e de ratificação no Brasil, encontram-se disponíveis em: <<http://www.oit.org.br/convention>>. Acesso em 23 out. 2013.

consultas tripartites sobre normas internacionais do trabalho; n. 148 - contaminação do ar, ruído e vibrações; n. 154 - fomento à negociação coletiva; n. 155 - segurança e saúde dos trabalhadores; n. 159 - reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes; n. 162 - utilização do amianto com segurança; n. 167 - convenção sobre a segurança e saúde na construção; n. 168 - promoção do emprego e proteção contra o desemprego; n. 182 - convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação; n. 185 - convenção sobre os documentos de identidade da gente do mar (revista).

Da lista completa de convenções ratificadas ainda em vigor, não se confere aquela diretamente atrelada à problemática das dispensas arbitrárias, a Convenção n. 158, posto que, apesar de ratificá-la, em curtíssimo espaço de tempo o Brasil promoveu sua denúncia. Segue no tópico abaixo a análise do seu conteúdo.

2.2.2. Traços gerais da Convenção n. 158

Refletindo o conteúdo das normas traçadas pela sua Recomendação n. 119²⁴⁶, que havia sido aprovada no ano de 1963 e adotava proposições sobre o término da relação de trabalho, a Organização Internacional do Trabalho, em 22 de junho de 1982, na 68ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, aprovou a Convenção n. 158²⁴⁷.

Objetivamente, pode-se afirmar que a finalidade primordial da elaboração desse instrumento normativo internacional foi a de regular a dispensa dos trabalhadores. Assim, introduziu alterações para melhor definir conceitos e dar mais eficácia aos procedimentos relativos ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador²⁴⁸.

Além disso, segundo o próprio texto introdutório da Convenção n. 158, a Conferência da OIT levou em conta os graves problemas que surgiram no tocante ao término da relação de emprego, conseqüência das dificuldades econômicas e

²⁴⁶ Cf. Organização Internacional do Trabalho. Recomendação n. 119. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312457:NO>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁴⁷ Cf. Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁴⁸ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 210.

das mudanças tecnológicas ocorridas em diversos países durante o período compreendido entre a Recomendação n. 119 e a Convenção n. 158.

Vale destacar que a referida Convenção foi complementada pela Recomendação n. 166 da OIT²⁴⁹, aprovada na mesma Conferência, que prevê medidas para evitar a dispensa de empregados e uma participação efetiva das autoridades competentes para a solução de problemas.

E a Convenção cumpriu sua finalidade duplamente, pois, de um lado, o empregado ficou resguardado de qualquer dispensa arbitrária, ou seja, de uma terminação injustificada de sua relação de trabalho, e, de outro, o empregador permaneceu com o direito de levar a cabo o contrato a partir da ocorrência de uma causa justificadora.

Nesta esteira, é possível concluir que a Convenção n. 158 extinguiu o direito potestativo do empregador de despedir, já que a adoção dos seus preceitos implica na perda da possibilidade de extinguir de maneira unilateral e com o simples uso do livre-arbítrio, uma relação trabalhista de duração indeterminada.²⁵⁰

O ponto central das alterações encontra-se no artigo 4º da Convenção²⁵¹, que cria a necessidade de uma justificação para a dispensa de empregados.²⁵²

Entretanto, antes da abordagem específica da causalidade para a demissão, é preciso verificar o alcance e alguns aspectos estruturais desse instrumento normativo internacional.

A Convenção n. 158 da OIT, de acordo com o disposto em seu artigo 2º²⁵³, não abrange todas as categorias de empregados. É possível citar como excluídos da

²⁴⁹ Cf. Organização Internacional do Trabalho. Recomendação n. 166. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁵⁰ BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. A Convenção 158 da OIT. In: Mannrich e Robortella. *Questões atuais de direito do trabalho e processual do trabalho*. São Paulo, 13/11/1996, p. 11.

²⁵¹ “Art. 4 - 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.” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁵² MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 422.

²⁵³ “Art. 2 - 1. A presente convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas. 2. Todo Membro poderá excluir da totalidade ou de algumas das disposições da presente convenção as seguintes categorias de pessoas empregadas: a) os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa; b) os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável; c) os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em:

aplicação convencional das normas: a) trabalhadores contratados por tarefa ou prazo determinado; b) trabalhadores sujeitos a contrato de experiência; c) servidores públicos, quando a proteção assegurada pela lei nacional seja equânime ou superior àquela prevista na Convenção; d) trabalhadores sujeitos a regras especiais, tais como: d.1) aprendizes, d.2) marítimos, d.3) domésticos, d.4) exercentes de cargos de confiança.²⁵⁴

Cumprir frisar que este mesmo artigo 2º não faz expressa referência aos domésticos e funcionários públicos. Porém, conclui-se que estão excluídos, uma vez que o artigo 2.1 estabelece a aplicação da norma em todas as “áreas de atividade econômica”, referindo-se a “todas as pessoas empregadas”.²⁵⁵

Estruturalmente, a Convenção foi dividida em quatro partes.

A primeira e menor das partes abrange tão somente os três primeiros artigos. Foi reservada para definições, área e métodos de aplicação, entre outras disposições gerais.

Merece destaque a previsão do artigo 1º, que estipula que as normas convencionais devem ser efetivadas por meio das legislações nacionais ou, ainda, por contratos coletivos, laudos arbitrais e sentenças judiciais, levando em consideração a prática nacional. Portanto, verifica-se uma flexibilização da Convenção quanto à sua forma de aplicação, possibilitando a adequação da prática adotada pelos vários países²⁵⁶.

A segunda parte, que abrange do quarto ao décimo segundo artigo, é fundamental, sendo, inclusive, dividida em cinco seções, a saber: seção A - justificação do término; seção B - procedimentos prévios ao término por ocasião deste; seção C - recurso contra o término; seção D - prazo de aviso prévio; seção E - indenização por término de serviços e outras medidas de proteção dos rendimentos.

Dividida em duas novas seções, a terceira parte da Convenção trata das dispensas vinculadas ao empregador, que surgem de fatores econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Para efetuar a dispensa baseado em tais motivos, deve o empregador realizar consulta prévia aos representantes dos

<<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁵⁴ BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. A Convenção 158 da OIT. Op. cit., p. 14-15.

²⁵⁵ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 428.

²⁵⁶ Ibidem, p. 210.

trabalhadores, além de notificar a autoridade administrativa competente informando-a sobre as causas das dispensas e o número de empregados atingidos.

Os representantes dos trabalhadores que deverão ser consultados pelos empregadores, conforme o art. 13.3²⁵⁷, são aqueles representantes sindicais ou os eleitos pelos trabalhadores livremente, nos moldes da Convenção 135 da OIT, de 1971.

O objetivo é tomar medidas necessárias para atenuar as conseqüências adversas das dispensas²⁵⁸, já que haveria, ao menos em tese, a obrigatoriedade da prestação de informações para que as dispensas fossem efetivadas.

A comunicação deverá abranger algumas informações, tais como o número de empregados atingidos, a categoria a que pertencem, a explanação detalhada do motivo da dispensa, a época do término da relação de trabalho, etc.²⁵⁹

Merece especial destaque, muito embora não seja o foco do presente estudo, a questão da dispensa coletiva, tormentosa, em especial em nosso país²⁶⁰. Isto porque teve importante sementeira a partir da disposição contida no artigo 13.2²⁶¹ da Convenção n. 158, que indicou uma limitação às dispensas quando o

²⁵⁷ “Art. 13.3. Para os efeitos do presente artigo, a expressão ‘representantes dos trabalhadores interessados’ aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou as práticas nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os representantes dos trabalhadores, 1971” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁵⁸ “A Convenção introduz duas novidades relativas à consulta. Primeiramente, seu objetivo é tomar as medidas necessárias para evitar ou limitar as dispensas ou atenuar suas conseqüências adversas. Em segundo lugar, destina-se a informar os representantes dos trabalhadores, comunicando-lhes, em tempo razoável, o motivo da dispensa, o número de empregados envolvidos e respectiva categoria e época de sua ocorrência”. MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 214.

²⁵⁹ “Art. 14 - 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever terminos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos terminos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses terminos.” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁶⁰ [...] [A]s dispensas coletivas não têm contado, na tradição infraconstitucional brasileira, com dispositivos legais regulamentadores. No Brasil, hoje, curiosamente, a lei não se contenta em considerar como ato afirmativo da individualidade do empregador a ruptura unilateral dos contratos de trabalho; até mesmo a dispensa maciça, coletiva, causadora de graves lesões sociais, é descurada pelo Direito do Trabalho do país. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1157.

²⁶¹ “Art. 13.2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.” Organização Internacional do Trabalho.

número de empregados atingidos representar uma porcentagem determinada em relação ao total do pessoal, aliada às disposições da Recomendação n. 166 da OIT²⁶².

Finalmente, a quarta e última parte da Convenção n. 158 ficou reservada para disposições de caráter geral, acerca da ratificação do instrumento, sua obrigatoriedade, a entrada em vigor no plano internacional, possibilidade e prazo de denúncia, entre outras.

Visto isso, pavimentam-se os caminhos para se chegar ao local pretendido: a necessária justificativa válida do empregador para promover as demissões de seus empregados. Para tanto, é preciso analisar mais detidamente a segunda parte da Convenção n. 158 da OIT.

Já de início, o artigo 4º²⁶³ veda o término do contrato, a menos que exista uma causa justificada²⁶⁴, ou seja, impede a denúncia vazia do pacto laboral.

As causas que autorizam a terminação contratual estão ligadas à capacidade ou conduta do trabalhador ou com as necessidades de funcionamento da empresa.²⁶⁵ Na primeira hipótese, as causas justificadoras devem estar vinculadas às características do empregado no trabalho ou meio-ambiente do trabalho. No caso de necessidade da empresa há a vinculação às questões organizacionais e/ou técnicas ou econômicas. Seriam motivos que podem ser definidos negativamente, ou seja, causas decorrentes de necessidades econômicas, tecnológicas, estruturais ou semelhantes que vedariam o bom funcionamento do estabelecimento e, portanto, desvinculadas da pessoa do trabalhador.

Já o artigo 5º apresenta uma lista de motivos que não poderão ser considerados causas que justificam a dispensa do trabalhador, tais como a filiação a sindicato; tornar-se candidato a representante dos empregados ou ter atuado nessa condição; apresentação queixa ou reclamação contra empregador por suposta violação de direitos e, também, recorrer à autoridade administrativa competente;

Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9mino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁶² Cf. supra nota de rodapé 249.

²⁶³ Cf. supra nota de rodapé 251.

²⁶⁴ “A norma em foco não cogita da estabilidade absoluta. Ela genericamente impõe limitações ao poder patronal de despedir empregados sem uma causa justificada, seja por incapacidade profissional ou ato faltoso, seja por comprovada necessidade patronal.” ALLY, Raimundo Cerqueira. Garantia de emprego e a Convenção 158 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 94, Abril-Junho de 1996, p. 29.

²⁶⁵ OLIVEIRA, Oris de. A despedida coletiva na Convenção 158 da OIT e no Direito brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 94, Abril-Junho de 1996, p. 54.

causas discriminatórias relacionadas à raça, cor, sexo, estado civil, religião, opinião política, ascendência nacional, etc.²⁶⁶

Na mesma linha é a redação do artigo 6^o²⁶⁷, que desconsidera causa justificadora a ausência temporária do trabalho por motivo de enfermidade ou lesão. Há, aqui, omissão quanto aos conceitos de enfermidade, lesão ou ausência temporal, ficando tal tarefa a cargo das legislações nacionais²⁶⁸.

A Recomendação n. 166 da OIT amplia essa lista de motivos, apontando-se, entre eles, os seguintes: a) idade, não devendo a avaliação da capacidade para o trabalho levar em conta fatores a ela vinculados; b) serviço militar; c) outras obrigações de cunho cívico, de acordo com a legislação e prática nacional, como, no caso brasileiro, da participação com o voto nas eleições; etc.²⁶⁹

Ainda na segunda parte da Convenção n. 158, porém em sua seção B, o artigo 7^o²⁷⁰ assegura ao trabalhador o direito de se defender das acusações que lhe são atribuídas antes do término da relação contratual.

Com efeito, inaugurando a seção C, o artigo 8^o garante ao empregado o direito de recurso a um órgão neutro, quer um tribunal ou árbitro, caso possua o desejo de analisar a justificativa dada pelo empregador e rever sua demissão. A

²⁶⁶ “Art. 5 - Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes: a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho; b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade; c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes; d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social; e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁶⁷ “Art. 6 - 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho. 2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁶⁸ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 212.

²⁶⁹ “Art. 5. Además de los motivos mencionados en el artículo 5 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, los siguientes tampoco deberían constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: (a) la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación; (b) la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de obligaciones cívicas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.” Organização Internacional do Trabalho. Recomendação n. 166. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁷⁰ Para a leitura completa dos artigos da Convenção n. 158 mencionados na presente página (arts. 7, 8, 9, 10, 11 e 12), cf. supra nota de rodapé 247.

fixação do prazo para interposição do recurso foi atribuída aos países signatários da Convenção.

O artigo 9º traz regra de índole processual, na medida em que atribui ao empregador o ônus da prova quanto à causa que motiva a dispensa do empregado.

Já o artigo 10 traz que, caso os órgãos encarregados de rever a causa apontada como justificadora da demissão entendam que o fim do contrato não é plausível, poderão determinar se o empregado retornará ao seu posto (reintegração ou readmissão), receberá indenização adequada ou outra reparação que seja apropriada.

A seção D, composta somente pelo artigo 11, trata exclusivamente do aviso prévio. Prevê que este terá duração razoável e poderá ser substituído por uma indenização, a menos que o empregado tenha praticado uma falta grave. Evidentemente, em tais condições, não seria conveniente exigir que o empregador permanecesse a empregar o funcionário no curso do aviso.

Por fim, a seção E, última da segunda parte da Convenção, em seu artigo 12, garante ao empregado uma indenização por término do contrato de trabalho, devida pelo empregador ou por um fundo cotizado por empregadores, cujo valor levará em conta o tempo de serviço e o valor do salário, exceto na ocorrência de falta grave. Alternativamente, estão previstas prestações similares, como o recebimento de prestações de seguro desemprego e benefícios por velhice ou invalidez, na forma da previdência social.

Necessário ressaltar que a Recomendação n. 166 da OIT, ratificada pelo Brasil, amplia as medidas para que se evite ou limite as dispensas, acrescentando a possibilidade de estabelecimento de jornada de trabalho em regime de tempo parcial, com a conseqüente compensação salarial, e aposentadoria antecipada. Traz, ainda, que os dispensados têm prioridade nas futuras contratações.²⁷¹

²⁷¹ “Art 22. Cuando se estime que una reducción temporal de la duración normal del trabajo podría evitar o limitar las terminaciones de la relación de trabajo debidas a dificultades económicas pasajeras, convendría tomar en consideración el otorgamiento de una compensación parcial por la pérdida de los salarios correspondientes a las horas normales no trabajadas, financiada según métodos adecuados conformes a la legislación y la práctica nacionales.” “Art. 24.1 Los trabajadores cuya relación de trabajo se haya dado por terminada por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos deberían gozar de cierta prioridad para ser readmitidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores con calificaciones comparables, a condición de que hubieran indicado su deseo de ser readmitidos dentro de cierto plazo a partir de la terminación.” Organização Internacional do Trabalho. Recomendação n. 166. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO>. Acesso em: 30 out. 2013.

Então, é possível verificar três modalidades de indenização previstas na Convenção n. 158: pelo término do emprego; pela terminação injustificada; e, indenização compensatória e substitutiva do aviso prévio.²⁷² Os critérios de apuração dos valores dessas indenizações são variáveis, podendo-se citar o valor do salário e o tempo de serviço, no entanto.

Assim, abordados os principais traços da Convenção n. 158, imprescindível verificar as particularidades da relação do referido tratado com o ordenamento jurídico brasileiro, pois, apesar de seu curto período de vigência, suscita, ainda hoje, intensas discussões.

²⁷² MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 213.

3. POSSÍVEIS ITINERÁRIOS PARA O DEBATE SOBRE A DESPEDIDA ARBITRÁRIA NO BRASIL

Verificado o relacionamento brasileiro com os tratados internacionais e o arcabouço teórico pertinente à Organização Internacional do Trabalho, notadamente, a Convenção n. 158, vinculada essencialmente à questão das dispensas arbitrárias, é necessário apresentar o histórico singular do referido instrumento normativo no Brasil, pois, ainda hoje, suscita intensas discussões e, ao menos parte delas, já chegou até o STF.

Este capítulo buscará, também, promover uma aproximação entre todo o conhecimento até aqui sedimentado, ou seja, entre aquelas dimensões constitucional e internacional, com o fim de articular alguns argumentos aptos a dilatar o debate em torno das despedidas arbitrárias, inclusive, fornecerá dados estatísticos sobre as demissões no país para promover um choque de realidade e evidenciar a urgência da discussão.

3.1. Convenção n. 158 da OIT: encontros e desencontros em *terrae brasilis*

Após sua aprovação em 22 de junho de 1982, na 68ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, a Convenção n. 158 entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985, depois de efetivadas duas ratificações junto à Organização.²⁷³

Conforme já exposto no capítulo antecedente, nos termos do art. 49, inciso I, da CF/88²⁷⁴, o tratado, por si só, não é fonte de direito interno. Ele cria uma

²⁷³ A Convenção n. 158 dispôs em seu artigo 16.2 que sua vigência nos Estados-membros ocorreria doze meses após sua vigência internacional. Cf. “Art. 16. 2. Entrará em vigor doze meses após serem registradas pelo Diretor-Geral, as ratificações por parte de dois Membros.” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9mino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁷⁴ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao

obrigação internacional para o Estado que o celebrou, mas somente se torna norma de direito interno quando cumpridas as formalidades estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, pode-se afirmar que a ratificação da Convenção implica na obrigatoriedade para o Estado-membro da OIT, de introduzir o texto respectivo na ordem estatal, efeito que fica subordinado à expedição de um ato jurídico interno, apto a transformar a Convenção em regra interna obrigatória²⁷⁵.

Logo, a vigência de uma convenção no âmbito internacional difere de sua vigência no âmbito interno dos Estados-membros da OIT.²⁷⁶

Na hipótese primeira, para que uma Convenção tenha vigência, exige-se decurso de prazo de doze meses, contado a partir da ratificação de, no mínimo, dois Estados-membros. Estas regras poderão variar de acordo com o texto de cada instrumento normativo específico, visto serem estipulações mínimas gerais.²⁷⁷

Ratificada a Convenção, a denúncia somente poderá ser efetivada daí a dez anos.²⁷⁸ Portanto, a denúncia corresponde a um aviso-prévio²⁷⁹ do Estado-membro, informando que, a partir daquela data ou de uma data contada a partir do prazo estipulado no instrumento internacional, a norma não terá mais aplicação no seu ordenamento jurídico.

No Brasil, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional, em junho de 1988, o texto da Convenção 158 da OIT, por meio da mensagem presidencial n. 261 de 1988, com parecer favorável à sua ratificação da Comissão Tripartite instituída pelo Ministro do Trabalho.²⁸⁰ Houve a aprovação do Congresso pelo Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992²⁸¹.

patrimônio nacional;". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁷⁵ ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da ratificação da Convenção n. 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. *Repertório de IOB jurisprudência*, n. 5, 1996, p. 78.

²⁷⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. Op. cit., p. 17.

²⁷⁷ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 419.

²⁷⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. Op. cit., p. 17.

²⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137.

²⁸⁰ BRASIL. Diário do Congresso Nacional. Brasília, DF, 29 jun. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29JUN1988.pdf#page=8>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁸¹ BRASIL. Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992. Aprova o texto da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. *Diário Oficial da União, Seção 2*, Brasília, DF, 17 set. 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-68-16-setembro-1992-358557-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

Cabe lembrar que depois de ratificadas, as convenções precisam ser depositadas no BIT da OIT e um ano após este depósito é que a convenção entrará em vigor no Estado-membro²⁸². Cumprindo tal exigência, o Brasil somente fez o depósito da ratificação em 05 de janeiro de 1995²⁸³, ou seja, quase dois anos e meio após a aprovação pelo Congresso Nacional. Assim, a Convenção n. 158 passou a vigorar para o Brasil em 05 de janeiro de 1996.

Em atenção ao artigo 84, inciso IV, da CF/88²⁸⁴, a referida convenção foi promulgada pelo Decreto 1.855, de 10 de abril de 1996.²⁸⁵ Momento significativo este, pois, implica no início da vigência da Convenção em tela no ordenamento jurídico brasileiro.²⁸⁶ Este decreto também teve a função de conferir publicidade ao conteúdo da Convenção.

Destarte, é inegável que a Convenção n. 158 da OIT adquiriu plena vigência no Brasil. Porém, desde o início de sua inclusão ao *corpus iuris* nacional, a Convenção enfrentou diversos opositores. Sua aplicação às demandas judiciais resultou na reintegração de empregados despedidos sem justa causa, motivando protestos da classe empresarial.²⁸⁷

Desta maneira, houve o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº. 1.480-3/DF²⁸⁸ perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e a Confederação Nacional do Transporte (CNT), visando à declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68/1992 e

²⁸² “Art. 16 - 1. A presente Convenção obrigará somente os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral. 2. Entrará em vigor doze meses após serem registradas pelo Diretor-Geral, as ratificações por parte de dois Membros. 3. Posteriormente esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após a data de registro de sua ratificação.” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁸³ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 436.

²⁸⁴ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸⁵ BRASIL. Decreto nº 1.885, de 10 de abril 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 abr. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm>. Acesso em: 11 mar. 2013.

²⁸⁶ Cf. “Portanto, sem que a Convenção 158 seja promulgada ela não será executória na ordem interna, o que inviabiliza, por enquanto, sua invocação perante a Justiça do Trabalho”. ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da ratificação da Convenção n. 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. Op. cit., p. 78. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Reflexos da Convenção 158 da OIT sobre as dispensas individuais. *Trabalho & doutrina*, n. 11, dez. 1996, p. 4. MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 438.

²⁸⁷ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 458.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, 04 set. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

do Decreto n. 1.855/1996, sob o fundamento de que a Convenção n. 158 era incompatível com o artigo 7º, inciso I, da CF/88²⁸⁹. Decidindo cautelarmente, pela maioria de seus ministros e na conformidade do voto do Relator, ministro Celso de Mello, o STF reconheceu que a Convenção satisfaz os requisitos constitucionais de incorporação dos tratados, mas declarou o caráter meramente propositivo do instrumento normativo internacional.

Antes mesmo do julgamento do mérito desta ação, já em 20 de novembro de 1996, o Brasil optou por denunciar a Convenção n. 158 e realizou o registro da denúncia perante a OIT, tornando-a pública por meio do Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996²⁹⁰. Assim, a ação no STF foi extinta, pois perdeu seu objeto.

É interessante observar que as principais razões para a denúncia foram econômicas, pois o governo brasileiro, receoso de que o capital estrangeiro se retirasse do país, optou pela denúncia.²⁹¹ Ocorreu sob a alegação de que a manutenção da Convenção geraria desconforto, vez que a norma impunha limites ao direito do empregador de despedir e isso fomentaria a intervenção estatal em um movimento contrário à modernização da economia brasileira. É o que se pode depreender da exposição de motivos do Ministro do Trabalho à época, Paulo Paiva, aconselhando a denúncia²⁹².

²⁸⁹ “Art. 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;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁹⁰ BRASIL. Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cciv/il_03/decreto/1996/d2100.htm>. Acesso em: 11 mar. 2013.

²⁹¹ Cf. MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 458. “Ora, essa caracterização de garantia no emprego do Direito Comparado demonstra que existem outros interessados e que no Brasil não entre em vigor a Convenção 158. É que, frente à globalização, é muito melhor investir o capital estrangeiro em empresas no Brasil, cuja mão-de-obra, além de ser mais barata e numerosa, não tem garantia nenhuma no emprego, podendo ser o empregado afastado do trabalho por alguns trocados de dólares, o que se chama no Brasil *indenização compensatória*”. MACIEL, José Alberto Couto. Vigência da Convenção 158 da OIT. *Trabalho & Doutrina*, n. 11, dez. 1996, p. 22.

²⁹² “Despertam especial preocupação as disposições da Parte III, Artigos 13 e 14, que regulam o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos [...]. Tais preceitos traduzem abandono do modelo juslaboralista nacional e, sem embargo de possíveis vantagens da inovação, surge o inevitável receio de que o rompimento do vínculo de trabalho por motivos ligados à atividade da empresa, preste-se para a elevação vertiginosa das rescisões contratuais que não geram pagamento de tradicionais direitos rescisórios do empregado. De fato, poucas empresas nacionais ou internacionais, no contexto da acirrada competitividade que se impôs sobre a economia mundial, deixam de ter motivos econômicos ou tecnológicos ou ainda estruturais para dispensar trabalhadores. [...] Ante o empenho de modernizar a legislação trabalhista, situado no objetivo maior do Governo Federal de otimizar produtividade e qualidade no âmbito das empresas, e negociação entre estas e seus empregados, a Convenção 158 da OIT tem inspirado movimento

Entretanto, a validade da denúncia promovida pelo Decreto 2.100/96 é objeto de profícuas discussões.

Tanto que em 17 de junho de 1997 foi ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade n. 1625²⁹³ pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), com o intuito de se obter a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96. Argumentou-se no sentido que o procedimento da denúncia da Convenção n. 158 é materialmente inconstitucional, pois teria violado expressamente a previsão do artigo 49, inciso I, da CF/88²⁹⁴.

Os primeiros votos foram do ministro relator Maurício Corrêa e do ministro Carlos Ayres Britto²⁹⁵, hoje aposentados, julgando parcialmente procedente o pedido da ação. Em sessão plenária realizada no dia 02 de outubro de 2003, concluíram que a validade do Decreto 2.100/96 e, conseqüentemente, da denúncia da Convenção, estaria condicionada ao referendo do Congresso Nacional, o que não ocorreu. Somente, a partir daí, é que a denúncia produziria eficácia plena.

Após cerca de dois e meio é que o julgamento foi retomado pela Corte.

Na sessão plenária de 29 de março de 2006, em voto-vista²⁹⁶, o ministro Nelson Jobim, também hoje aposentado, divergindo dos votos anteriores, julgou improcedente o pedido, defendendo a manutenção do decreto presidencial.

Para ele, o chefe do poder executivo, por representar a União na ordem internacional pode, isoladamente e sem qualquer anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais. Além do mais, destacou que

oposto, que fomenta a intervenção estatal e reduz o círculo de mobilidade dos interlocutores. [...] É preciso que a adesão a tratados e a outros ditames da ordem jurídica internacional seja precedida de uma avaliação prospectiva do comportamento econômico e político do País ante a comunidade internacional ou perante os seus parceiros regionais. Nesse ponto, ressalta-se que no Mercosul, somente o Brasil aderiu a esta Convenção, procedimento aliás só ocorrido, em toda a América, pela Venezuela. Tal análise, porém, não deve ser única, mas reiterada periodicamente, para que a constante alteração das circunstâncias não isole ou escravize a Nação por conta de compromissos assumidos no passado, os quais, se puderem ter algum apelo positivo ao momento de sua assunção, representam, depois, obstáculos ao bom desenvolvimento das diretrizes governamentais". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

²⁹⁴ Cf. supra nota de rodapé 274.

²⁹⁵ Síntese das sessões plenárias disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1625&processo=1625>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

²⁹⁶ Para uma consulta do teor do voto do ministro Nelson Jobim, conferir o Informativo n. 421 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo421.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

no ato de aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, está englobada a aceitação, ainda que tácita, da possibilidade do Executivo realizar a denúncia e que essa, no caso, foi feita com base na previsão expressa do artigo 17²⁹⁷ da própria convenção. Nesta mesma sessão, pediu vista dos autos o ministro Joaquim Barbosa²⁹⁸.

Após espera de mais de 3 anos, o julgamento foi retomado na sessão realizada no dia 03 de junho de 2009. O ministro proferiu voto abrindo nova vertente no caso, visto que se pronunciou julgando totalmente procedente o pedido e declarando a inconstitucionalidade do decreto presidencial. Assim, a Convenção n.158 estaria em pleno vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Várias são as questões abordadas²⁹⁹ pelo ministro para sustentar que o poder executivo não poderia efetuar a denúncia sem a participação do poder legislativo. Porém, duas saltam aos olhos:

a) que o próprio decreto legislativo n. 68/1992, que aprovou a convenção, sujeita a revisão da matéria à apreciação pelo Congresso Nacional³⁰⁰.

b) a Convenção n. 158 da OIT não é tratado internacional comum, mas versa sobre direitos humanos. Assim, seria possível a aplicação do artigo 5º, § 3º, da CF/88, introduzido pela EC n. 45/2004. Embora o decreto que incorporou a Convenção ao direito brasileiro seja de 1996, ainda que não se admitisse a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC n. 45/2004 adquiram status

²⁹⁷ “Art. 17 - 1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da vigência da Convenção, por meio de um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após haver sido registrada. 2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e que no prazo de um ano após o termo do período de dez anos, mencionado no parágrafo precedente, não houver feito uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, ficará ligado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao termo de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.” Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

²⁹⁸ Cf. supra nota de rodapé 295.

²⁹⁹ Para uma consulta sintetizada dos principais pontos do voto do ministro Joaquim Barbosa, conferir o Informativo n. 549 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

³⁰⁰ “Art. 1º. [...] Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.” BRASIL. Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992. Aprova o texto da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. *Diário Oficial da União, Seção 2*, Brasília, DF, 17 set. 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decreto-legislativo-68-16-setembro-1992-358557-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

constitucional, seria razoável defender que possuíssem natureza supralegal. Nesse sentido, concluir-se-ia não ser possível a denúncia da Convenção pelo Poder Executivo sem a intervenção do Congresso Nacional. Admitir o inverso configuraria permissão para que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo, e, ainda, que o Poder Executivo, por vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.

Vale destacar que em seu voto, o ministro Joaquim Barbosa fez menção à possibilidade de aceitação da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, antes que houvesse sido proferido aquele voto referenciado do ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. No entanto, Barbosa citou que a posição supralegal já era defendida pelos ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes.³⁰¹

Interessante, ainda, que o ministro asseverou que a denúncia gerou uma situação *sui generis*, porque foi inválida no plano interno e não no externo³⁰². Desse modo, ao Presidente da República restariam duas opções: solicitar autorização ao Congresso Nacional e editar um novo decreto, com a finalidade da denúncia produzir efeitos internamente; ou ratificar novamente a Convenção n. 158 para que a denúncia deixe de existir no plano global.

Nessa sessão de julgamento, houve o pedido de vista da então ministra Ellen Gracie³⁰³. Como esta se aposentou, os autos foram encaminhados em 27 de março de 2012 para o gabinete da ministra Rosa Weber³⁰⁴. Dada sua formação e histórico de atuação na área trabalhista, além de ter sido ministra do Tribunal Superior do Trabalho (TST) antes do ingresso no STF, será importante verificar o

³⁰¹ Para maiores informações, cf. supra notas de rodapé 197 e 198.

³⁰² É importante frisar que a ADI 1625 discute somente a possibilidade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT ser promovida unilateralmente pelo Presidente da República. Possivelmente, o voto do ministro Joaquim Barbosa afirma que a denúncia foi válida no plano externo porque, como a ação não debate a questão da tempestividade da denúncia, trazida pelo artigo 17 da Convenção, tal aspecto não foi analisado. Este outro ponto crítico da denúncia será abordado logo adiante no presente estudo.

³⁰³ Cf. supra nota de rodapé 295.

³⁰⁴ Os deslocamentos do processo físico da ADI 1625, desde o seu ajuizamento, encontram-se disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=1675413>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

posicionamento da referida ministra quando proferir seu voto, o que não ocorreu até o momento³⁰⁵.

É fundamental que ocorra o julgamento da ADI n. 1625, que já se arrasta por mais de 16 anos no Supremo, dada sua importância e alcance para a proteção dos direitos humanos³⁰⁶ no Brasil.

No âmbito doutrinário, também se encontram duras críticas à denúncia unilateral, perpetrada ao livre talante do Presidente da República.

Como exemplo, cite-se a posição de Márcio Túlio Viana, para quem a denúncia foi inconstitucional, posto que o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciar a Convenção 158, mediante decreto, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. “Se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais, como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los?”³⁰⁷ Na mesma linha, Jorge Luiz Souto Maior afirma que “[a] denúncia, portanto, fora ato inconstitucional que não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame”³⁰⁸.

O artigo 84 da CF/88, que dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República, autoriza-o a expedir decretos, nos termos dos incisos IV e VI³⁰⁹. No primeiro caso, para que haja a fiel execução das leis e no segundo, a dispor apenas sobre dois assuntos, que não possuem, de modo algum, relação com a denúncia dos tratados internacionais.

Neste aspecto, não há como deixar de registrar uma curiosidade muito bem apontada por Jorge Luiz Souto Maior³¹⁰, qual seja, a de que, em regra, todo decreto do Presidente da República inicia-se com a expressão “O Presidente da República no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV, do art. 84 da Constituição Federal” ou “no uso da atribuição que lhe confere o inciso VI, (alínea “a” ou “b”) do art. 84 da

³⁰⁵ Data de referência: 19 nov. 2013.

³⁰⁶ BORGES, Daniel Damásio. O direito ao trabalho – Reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 590.

³⁰⁷ VIANA, Márcio Túlio. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 128-129.

³⁰⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 11.

³⁰⁹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar em aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³¹⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 11.

Constituição Federal", decreta... Porém, o Decreto n. 2.100/96³¹¹ apenas mencionou que o Presidente da República tornava público que a Convenção n. 158 da OIT deixaria de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, tendo em vista que havia ocorrido sua denúncia por Nota do Governo brasileiro à OIT, sem qualquer menção aos incisos do artigo 84 da CF/88.

Contudo, não é só a questão constitucional que permeia a discussão sobre a validade da denúncia, mas, também, uma de ordem formal, pois teria sido efetivada intempestivamente.

O debate, neste ponto, cinge-se ao conteúdo dos artigos 16³¹² e 17³¹³ da Convenção n. 158. O primeiro prevê que o início da vigência da Convenção, no plano interno do país-membro, ocorreria 12 meses após o registro junto à OIT, da ratificação por ele efetuada. Ao seu turno, o último artigo traz que o país que a tiver ratificado, poderá efetuar a denúncia somente após 10 anos da sua entrada em vigor.

Então, como o Estado brasileiro efetuou o depósito da ratificação em 05 de janeiro de 1995³¹⁴, a Convenção passou a vigorar, no plano doméstico, em 05 de janeiro de 1996. Desta feita, a denúncia somente poderia ter sido realizada a partir de janeiro de 2006, o que não foi observado, visto que efetuada já em 20 de dezembro de 1996³¹⁵.

Mesmo que se, por outro viés interpretativo, a contagem do decênio para a denúncia fosse efetuada a partir da vigência da Convenção n. 158 no âmbito internacional, ou seja, a partir de 23 de novembro de 1985³¹⁶, persistiria o vício formal.

A Convenção poderia ser alvo de denúncia após dez anos do início de sua vigência, o que deveria ser efetivado durante os 12 meses subseqüentes a cada decênio³¹⁷. Então, observadas tais disposições e a vigência no plano internacional, só poderia ter sido denunciada até 22 de novembro de 1996³¹⁸. O decreto de

³¹¹ Cf. supra nota de rodapé 290.

³¹² Cf. supra nota de rodapé 282.

³¹³ Cf. supra nota de rodapé 297.

³¹⁴ Cf. supra nota de rodapé 283.

³¹⁵ Cf. supra nota de rodapé 290.

³¹⁶ Cf. supra nota de rodapé 273.

³¹⁷ Cf. supra nota de rodapé 297.

³¹⁸ BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. A Convenção nº 158 – proteção contra a despedida injustificada. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 11, dez. 1996, p. 12.

denúncia (Decreto n. 2.100/96) é de 20 de dezembro de 1996 e foi publicado no Diário Oficial da União apenas em 23 de dezembro daquele ano.

A propósito, destaque-se que a denúncia, de acordo com o texto do próprio decreto, somente produziria seus efeitos a partir de 20 de novembro de 1997. Isto se dá em razão do governo brasileiro ter registrado a denúncia da Convenção à OIT, mediante carta, em 20 de novembro de 1996, atendendo, pois, ao que dispõe a parte final do artigo 17.1³¹⁹.

Portanto, ainda que alterado o ângulo analítico, é possível afirmar que a denúncia foi efetivada a destempo.

Para a fundamentação da ausência de vício, restaria uma única opção: considerar a contagem do decênio a partir da vigência internacional e afirmar que o registro da carta de denúncia perante a OIT, realizado em 20 de novembro de 1996, deu-se antes daquele termo final permitido, ou seja, 22 de novembro de 1996. Porém, em um exercício de possibilidades argumentativas, buscando conferir amplitude ao debate, é cabível refletir se bastaria o registro da denúncia dentro do prazo convencional ou se necessário também que a publicação do Decreto 2.100/96, produzindo os efeitos internos da denúncia, respeitasse tal prazo.

O fato é que não é sequer correta esta interpretação do prazo para denúncia iniciar com a vigência internacional da Convenção, pois o prazo de 10 anos conta-se a partir “de cada ratificação”³²⁰.

Afigura-se, assim, indiscutível que a denúncia da Convenção n. 158 da OIT deu-se de modo totalmente irregular, não sendo capaz de produzir a perda da vigência de tal diploma normativo em nosso ordenamento jurídico, sujeitando o Brasil, inclusive, a sanções no âmbito internacional.

Tamanho foi o desrespeito jurídico praticado com a realização da denúncia que “Arnaldo Süssekind não aceitou o autoritarismo praticado em plena democracia, quando, ao arrepio das normas legais vigentes, a Comissão Permanente de Direito do Trabalho, que integrava, não foi ouvida, e dela se afastou”³²¹.

Para além dos debates jurídicos sobre constitucionalidade e vícios formais, as demissões imotivadas geram conseqüências econômicas e sociais. Portanto, a

³¹⁹ Cf. supra nota de rodapé 297.

³²⁰ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Convenções da OIT*. São Paulo: Ltr, 1994, p. 39.

³²¹ AROUCA, José Carlos. A garantia do emprego vinte anos depois. In: FREITAS, Marco Antônio de; MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. (Coord.). *Direitos Sociais na Constituição de 1988 – Uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008, p. 246.

discussão da vedação às dispensas arbitrárias no Brasil não poderia passar ao largo de tais questões e é a partir da apresentação de dados estatísticos, que se buscará demonstrar a importância desses elementos na próxima seção do texto.

3.2. Relevância do impacto socioeconômico na discussão

De início, cabe recordar que ao demitir sem justa causa, o empregador deverá pagar ao empregado verbas relacionadas ao término da relação contratual, como o aviso prévio e a multa de 40% sobre o saldo do FGTS³²², e ainda deverá liberar as guias para saque desse fundo e as guias para recebimento do benefício do seguro-desemprego, se for o caso do empregado. Além disso, o empregador quitará outras verbas que o funcionário receberia independentemente da cessação contratual, como, por exemplo, parcelas de férias e décimo terceiro salário.

Deste modo, é preciso analisar os números relacionados com a rotatividade e demissão de empregados no Brasil, para que seja possível observar o gasto financeiro com a perpetração das dispensas arbitrárias.

Nos últimos três anos, o índice de rotatividade de pessoal, denominado *turnover*, aumentou em 82% nas companhias brasileiras, enquanto no mundo todo esse número foi de 38%.³²³ E tende a aumentar em 2014.³²⁴

Todavia, em relação ao tema estudado, este índice só viabiliza uma análise parcial, já que apresenta a mobilidade da mão-de-obra de modo geral. Aponta tanto a saída de funcionários por iniciativa da empresa quanto as demissões voluntárias, ou seja, o índice não delimita o número de empregados demitidos e aqueles que pediram demissão, por exemplo, para integrar o quadro de outras empresas ou se lançarem como autônomos, empreendedores, etc.

³²² "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." BRASIL. Constituição (1988). Ato das disposições constitucionais transitórias. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³²³ No Brasil, rotatividade de pessoal cresceu 82%. *Exame.com*. São Paulo. 23 out. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/gestao/noticias/no-brasil-turnover-cresce-o-dobro-da-media-mundial>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

³²⁴ Rotatividade de funcionários deve aumentar em 2014, diz estudo. *Portal G1*. São Paulo. 17 jul. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2013/07/rotatividade-de-funcionarios-deve-aumentar-em-2014-diz-estudo.html>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

Logo, também é necessário buscar índices diversos, provenientes de órgãos distintos, para que se possa averiguar as estatísticas que contribuem para a compreensão da questão das dispensas arbitrárias.

Esta verificação pode ser iniciada com a observação dos dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), que foi criado pelo Governo Federal por meio da Lei n. 4.923/65³²⁵, instituindo o registro permanente de admissões e dispensa de empregados, sob o regime da CLT. Este cadastro, ao mesmo tempo em que auxilia a tomada de decisões governamentais, ampara a elaboração de pesquisas e projetos ligados ao mercado de trabalho, além de ser utilizado pelo Programa de Seguro-Desemprego, para a conferência dos dados referentes aos vínculos trabalhistas.³²⁶

Segundo dados daí³²⁷ extraídos, no período compreendido entre setembro de 2012 e setembro de 2013, houve estabilidade geral do nível de emprego nos diversos setores da economia brasileira.

Tabela 1 - Evolução dos níveis de emprego, no Brasil, por setor de atividade econômica, de Setembro de 2012 a setembro de 2013

EM 12 MESES ***				
SETORES	TOTAL ADMIS.	TOTAL DESLIG.	SALDO	VARIAC. EMPR %
EXTRATIVA MINERAL	57.325	54.652	2.673	1,18
INDÚSTRIA DE TRANSFORMAÇÃO	4.006.692	3.906.878	99.814	1,19
SERV INDUST DE UTIL PÚBLICA	110.893	105.803	5.090	1,33
CONSTRUÇÃO CIVIL	2.858.929	2.793.604	65.325	2,01
COMÉRCIO	5.313.910	5.002.231	311.679	3,56
SERVIÇOS	8.369.017	7.852.713	516.304	3,18
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	117.154	120.137	-2.983	-0,33
AGROPECUÁRIA	1.227.855	1.241.184	-13.329	-0,78
TOTAL	22.061.775	21.077.202	984.573	2,47

FONTE: MTE-CADASTRO GERAL DE EMPREGADOS E DESEMPREGADOS-LEI 4923/65

*** Resultados acrescidos dos ajustes; a variação relativa toma como referência os estoques do mês atual e do mesmo mês do ano anterior, ambos com ajustes.

³²⁵ BRASIL. Lei nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965. Institui o Cadastro Permanente das Admissões e Dispensas de Empregados, Estabelece Medidas Contra o Desemprego e de Assistência aos Desempregados, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jan. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4923.htm>. Acesso em: 07 nov. 2013.

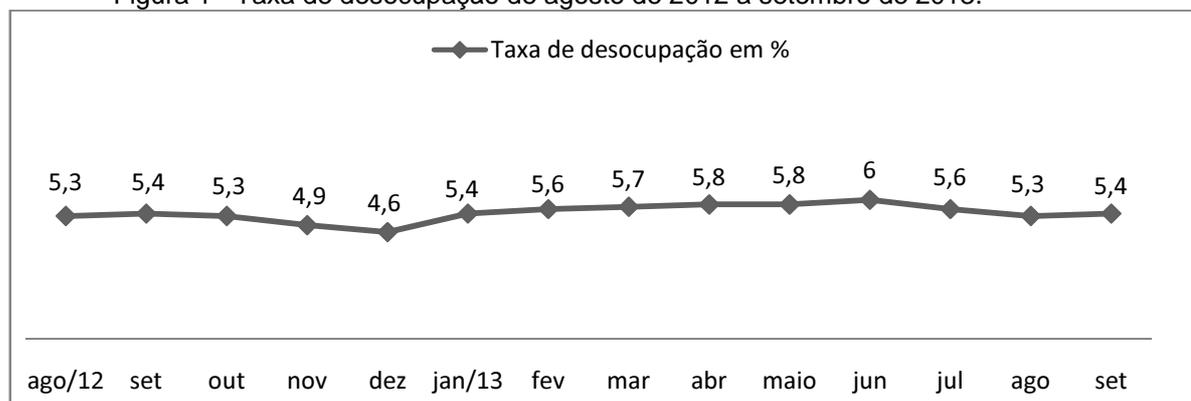
³²⁶ Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/caged/>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

³²⁷ Cf. dados disponíveis no site do Ministério do Trabalho e Emprego <<http://bi.mte.gov.br/eec/pages/consultas/evolucaoEmprego/consultaEvolucaoEmprego.xhtml#relatoriOSetor>>.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) é responsável pela produção da denominada Pesquisa Mensal de Emprego (PME), que traz indicadores mensais sobre a força de trabalho. É realizada nas regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre e tem os domicílios como unidade de coleta. A pesquisa abrange informações referentes à condição de atividade, condição de ocupação, rendimento médio nominal e real, posição na ocupação, posse de carteira de trabalho assinada, entre outras, e, a partir dela, é possível avaliar tendências do mercado de trabalho.³²⁸

Na última PME³²⁹, realizada em setembro 2013, observou-se que a taxa de desocupação geral ficou estável tanto na comparação mensal (agosto de 2012) quanto na anual (setembro de 2012). Este indicativo, chamado também de taxa de desemprego aberto, representa o percentual das pessoas desocupadas em relação às pessoas economicamente ativas. Por sua vez, a população economicamente ativa é composta pelas pessoas de 10 a 65 anos de idade que foram classificadas como ocupadas ou desocupadas na semana de referência da pesquisa³³⁰, ou seja, abrange todo o potencial de mão-de-obra com que o setor produtivo pode contar.

Figura 1 - Taxa de desocupação de agosto de 2012 a setembro de 2013.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego. (elaboração própria)

³²⁸ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/default.shtm>. Acesso em: 11 nov. 2013.

³²⁹ IBGE. Pesquisa Mensal de Emprego. Para a íntegra da pesquisa cf. <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fazciculo_indicadores_ibge/2013/pme_201309pubCompleta.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.

³³⁰ Esses conceitos são dados pelo próprio IBGE e se encontram disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoadevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

Como os dados até agora apresentados limitam-se aos últimos 12 meses, é preciso avaliar informações de níveis de empregabilidade que abranjam lapso temporal mais extenso, a fim de se verificar o comportamento do mercado de trabalho nos últimos anos.

A própria PME³³¹ mencionada também traz essa informação. O gráfico a seguir mostra a evolução da taxa de desocupação naquelas seis regiões metropolitanas, considerando o mês de setembro dos anos de 2002 a 2013.

Figura 2 - Taxa de desocupação nos meses de setembro, de 2002 a 2013.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego. (elaboração própria)

Da mesma maneira, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), fundação pública federal vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República,³³² elaborou uma pesquisa sobre os índices de desemprego e, compilando os dados da PME do IBGE, apresentou o resultado³³³ de cada mês da última década. É possível verificar uma franca queda nas taxas de desocupação.

³³¹ Cf. supra nota de rodapé 329.

³³² Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1226&Itemid=68>. Acesso em: 11 nov. 2013.

³³³ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=19936&Itemid=3>. Acesso em: 11 nov. 2013.

Tabela 2 – Taxa de desemprego no Brasil (Em %)

Ano	Jan.	Fev.	Mar.	Abr.	Mai.	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Out.	Nov.	Dez.	Média
2002			12,9	12,5	11,9	11,6	11,9	11,7	11,5	11,2	10,9	10,5	11,7
2003	11,2	11,6	12,1	12,4	12,8	13,0	12,8	13,0	12,9	12,9	12,2	10,9	12,3
2004	11,7	12,0	12,8	13,1	12,2	11,7	11,2	11,4	10,9	10,5	10,6	9,6	11,5
2005	10,2	10,6	10,8	10,8	10,2	9,4	9,4	9,4	9,6	9,6	9,6	9,6	9,9
2006	9,2	10,1	10,4	10,4	10,2	10,4	10,7	10,6	10,0	9,8	9,5	8,4	10,0
2007	9,3	9,9	10,1	10,1	10,1	9,7	9,5	9,5	9,0	8,7	8,2	7,4	9,3
2008	8,0	8,7	8,6	8,5	7,9	7,8	8,1	7,6	7,6	7,5	7,6	6,8	7,9
2009	8,2	8,5	9,0	8,9	8,8	8,1	8,0	8,1	7,7	7,5	7,4	6,8	8,1
2010	7,2	7,4	7,6	7,3	7,5	7,0	6,9	6,7	6,2	6,1	5,7	5,3	6,7
2011	6,1	6,4	6,5	6,4	6,4	6,2	6,0	6,0	6,0	5,8	5,2	4,7	6,0
2012	5,5	5,7	6,2	6,0	5,8	5,9	5,4	5,3	5,4	5,3	4,9	4,6	5,5
2013	5,4	5,6	5,7	5,8	5,8	6,0	5,6						5,7

Fonte: IBGE/PME. Elaboração: Ipea/Dimac/Gecon.

Vale destacar que este instituto publica, em regra, trimestralmente, a chamada Carta de Conjuntura, analisando a atividade econômica, mercado de trabalho, inflação, finanças públicas, entre outros itens macroeconômicos no Brasil. Em sua última edição, a Carta de Conjuntura nº. 20³³⁴, publicada em setembro de 2013, trouxe informações relevantes sobre o mercado de trabalho.

Dentre elas, pode-se destacar que a redução significativa do desemprego verificada desde 2009, foi possível porque houve um aumento da ocupação num ritmo superior ao do crescimento da população economicamente ativa. Enfim, a criação de empregos deu-se de maneira mais acelerada do que a expansão da força de trabalho.³³⁵

Todavia, mesmo frente à baixa ociosidade da ocupação as porcentagens dos reajustes salariais vêm se tornando menores ao longo do ano.³³⁶

Além disso, segundo o IPEA, se os dados da PME do IBGE revelam a manutenção da ocupação em patamar favorável, os dados extraídos do CAGED do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) apontam para uma redução do ritmo de criação de novas vagas no mercado formal, em virtude do baixo dinamismo da atividade econômica. Em julho de 2013 foram criados 41,5 mil postos de trabalho com carteira assinada, ao passo que no mesmo período do ano anterior foram criados 142,5 mil postos. Houve uma queda expressiva no comparativo do

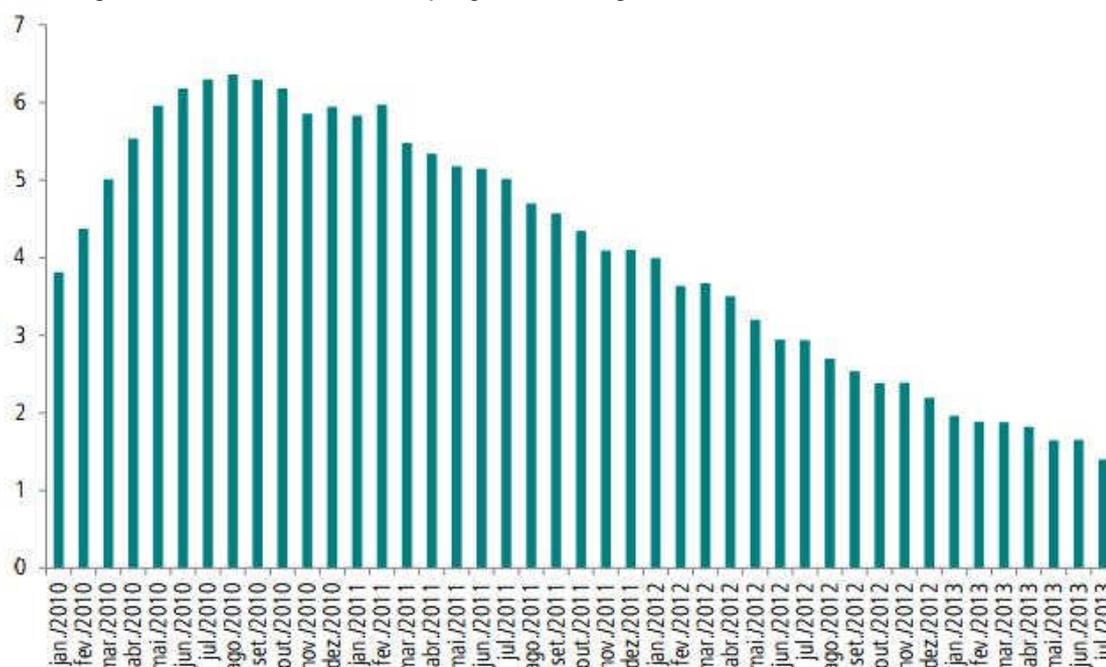
³³⁴ IPEA. Carta de Conjuntura nº. 20. Para a íntegra do texto cf. <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/130926_carta_conjuntura_20_preliminar.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.

³³⁵ Ibidem, p. 29.

³³⁶ Ibidem, p. 31.

acumulado dos últimos doze meses, pois o montante de vagas criadas recuou de 667,5 mil para 566,5 mil novas vagas.

Figura 3 – Saldo de novos empregos formais gerados. Em %



Fonte: MTE/CAGED. Elaboração: Ipea/Dimac/Gecon.

Como conseqüência deste arrefecimento, o cenário também se mostra menos favorável ao aumento do consumo das famílias, pois, como visto, embora a taxa de desemprego mantenha-se em níveis baixos, a taxa de crescimento da população ocupada foi reduzida, o que também ocorreu com a geração de empregos formais. Possivelmente, isso é reflexo da desaceleração do setor de serviços, o maior gerador de empregos nos últimos anos.³³⁷

A partir de estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), o MTE apresentou os principais resultados, obtidos até o ano de 2009, sobre a movimentação contratual no mercado de trabalho formal e rotatividade no Brasil. Em síntese, concluiu que o mercado formal é marcado por uma forte flexibilidade contratual; aproximadamente 2/3 dos vínculos são desligados antes de atingirem um ano de trabalho e o tempo médio no emprego formal é de cerca de 4 anos; cresce anualmente o número total de vínculos, mas também o volume de desligamentos, gerando uma relação linear entre o total de desligados no ano; a remuneração média das admissões é inferior à remuneração

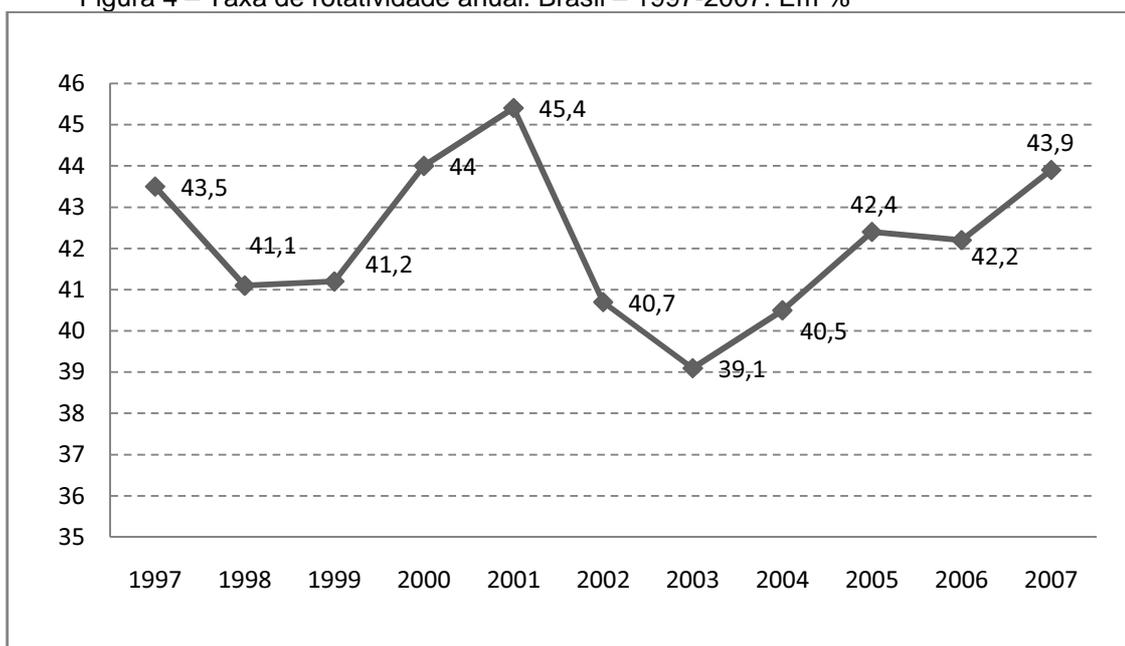
³³⁷ IPEA, Carta de Conjuntura nº. 20, p. 8.

média dos desligamentos, com algumas variações setoriais; os pequenos e médios estabelecimentos podem apresentar altas taxas de rotatividade, embora não sejam os principais responsáveis pela maior parte dos contratos rompidos, visto que somente em 2009, cerca de 6% dos estabelecimentos foram responsáveis por 62% das demissões; praticamente não existe limitação à demissão no Brasil.³³⁸

Em março de 2008, o DIEESE elaborou a Nota Técnica nº. 61³³⁹, tratando especificamente da possibilidade de adoção pelo Brasil da Convenção n. 158 da OIT, que traz a garantia contra dispensa imotivada. Porém, o que convém destacar é que esta pesquisa incluiu uma simulação do impacto econômico das dispensas sem justa causa no país.

Inicia enfatizando que um mínimo de taxa de rotatividade de mão-de-obra é aceitável em qualquer mercado de trabalho, entretanto, no caso brasileiro, a taxa se manteve acima de 40% durante quase toda a última década.

Figura 4 – Taxa de rotatividade anual. Brasil – 1997-2007. Em %



Fonte: MTE. CAGED e RAIS.

Elaboração: DIEESE. Obs.: Foram excluídos os trabalhadores estatutários do estoque de trabalhadores.

³³⁸ Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812D0A02C0012D0A2802AB3852/relatorio_anual2007.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2013.

³³⁹ DIEESE. Nota Técnica nº. 61. A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada. Março de 2008. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2008/notatec61RatificacaoConvencao158rev.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2013.

Além disso, a pesquisa informou que dos 12,7 milhões de empregados desligados no ano de 2007, ano anterior à pesquisa e com os dados já consolidados, cerca de 59,4%, ou seja, 7,56 milhões, foram demitidos sem justa causa.³⁴⁰ É o que aponta a tabela que segue:

Tabela 3 – Movimentação dos trabalhadores por tipo de desligamento. 2007

Trabalhadores Desligados	Nº absolutos	%	Média Salarial
Desligamento por demissão sem justa causa	7.560.676	59,42%	R\$ 742,24
Desligamento por demissão com justa causa	148.684	1,17%	R\$ 622,57
Desligamento por término de contrato	1.993.427	15,67%	R\$ 570,92
Desligamento a pedido	2.700.003	21,22%	R\$ 715,72
Desligamento por aposentadoria	21.705	0,17%	R\$ 1.471,23
Desligamento por morte	38.432	0,30%	R\$ 950,46
Término de contrato de trabalho por prazo determinado	260.970	2,05%	R\$ 603,37
Total	12.723.897	100,00%	R\$ 707,39

Fonte: MTE. Caged
Elaboração: DIEESE

Assim, a facilidade pra a promoção da dispensa de trabalhadores contribui para que as empresas utilizem a rotatividade como modo de redução dos custos salariais. Desligam-se aqueles que recebem maiores salários para contratar outros por menores salários. No triênio 2005-2007, o salário médios dos trabalhadores admitidos foi inferior ao dos desligados em 11,42%; 11,06% e 9,15%; respectivamente.³⁴¹

A dispensa imotivada também gera conseqüência para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), pois é com seu orçamento que o Estado realiza o pagamento do seguro-desemprego. No ano de 2006, foram emitidos R\$ 10,3 bilhões; em 2007, R\$ 12,2 bilhões e em 2008, R\$ 13,2 bilhões.³⁴²

Tendo por base estas informações, a pesquisa do DIEESE procura demonstrar o montante gasto no Brasil em 2007³⁴³ com as dispensas de trabalhadores sem justificação.

a) Aviso prévio: foram demitidos ao longo do ano 7,56 milhões de trabalhadores sem justa causa. Como a média de salários desses trabalhadores foi

³⁴⁰ DIEESE. Nota Técnica nº. 61, p. 5.

³⁴¹ Ibidem, p. 5.

³⁴² Ibidem, p. 5-6.

³⁴³ Ibidem, p. 7-8.

de R\$ 742,24, seria idêntico o valor médio de aviso prévio pago a cada empregado demitido, atingindo, portanto, o total anual de R\$ 6,06 bilhões, incluindo os 8% do FGTS.

b) Multa do FGTS: considerando que o montante de saque do FGTS no ano foi de R\$ 29,68 bilhões e que 67,2% foram sacados devido à dispensa sem justa causa, atinge-se um total de R\$ 19,95 bilhões. Como o empregador paga 50% de multa (40% ao empregado e 10% de encargos ao Estado) sobre o valor do saque, estima-se um total pago de multa do FGTS no importe de R\$ 9,97 bilhões.

Portanto, somando tais números, estima-se que as empresas tiveram um custo total de R\$ 16,03 bilhões com as demissões sem justa causa. É necessário observar que este cálculo não apura o valor de redução obtido pelas empresas com a rotatividade de pessoal, ou seja, com a demissão de funcionários e a contratação de outros com salários inferiores. Com efeito, também não aponta os gastos que não oneram o empregador, como aqueles relativos ao seguro-desemprego.

A conjuntura econômica mundial não é animadora, tanto que durante reunião do Conselho de Administração da OIT, os delegados discutiram a contribuição que as políticas sociais e de emprego podem dar à recuperação econômica e ao crescimento sustentável. A propósito, o Diretor Geral da OIT, Guy Ryder, noticiou que a situação mundial do emprego permanecerá pressionada, dado a persistente fraqueza da recuperação econômica dos países. E, para tanto, amparou-se nos dados publicados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) em outubro, que revisou os números relativos ao crescimento mundial, de 3,2% previstos para 2013 para 2,9%, a taxa mais baixa desde 2010. As estimativas para 2014 também foram rebaixadas de 3,8% para 3,6%. Ryder ainda assinalou que há previsão de que os níveis de desemprego entre os jovens continuem altos em várias regiões e que o trabalho informal continue aumentando, contribuindo para o aumento das desigualdades em muitos países. De outro lado, apontou que diversos países emergentes ou em desenvolvimento demonstraram maior resistência em relação a crises anteriores.³⁴⁴

Após todas estas considerações e análises dos indicativos de institutos diversos sobre rotatividade, emprego e renda, diversificada propositadamente para

³⁴⁴ Organização Internacional do Trabalho. Guy Ryder: emprego mundial está pressionado pela fraca recuperação econômica. 28 out. 2013. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/guy-ryder-emprego-mundial-esta-pressionado-pela-fraca-recuperacao-economica>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

atingir maior confiabilidade e tentar conferir uma visão abrangente do problema, o que se pode observar é que os estudos econômicos costumam levar em consideração somente os custos, mas não apontam quais seriam os aspectos positivos que uma legislação de proteção ao emprego, tal qual a Convenção n. 158 da OIT, poderia fornecer. De outro lado, o enfoque na realidade financeira que advém da perpetuação das dispensas arbitrárias, desvela o quão é importante o debate desta matéria no Brasil.

Assim, ultrapassada esta etapa, é necessário verificar os argumentos daqueles que são favoráveis ou contrários à adoção da Convenção, assim como sua compatibilidade com a Constituição brasileira, que possui preceitos que protegem o empregador e o empregado.

3.3. Hermenêutica constitucional: um debate sobre a proteção da empresa e do trabalhador na CF/88

À época em que a Convenção n. 158 da OIT entrou em vigor no Brasil, houve debate doutrinário sobre a aplicação de suas disposições antes da promulgação daquela lei complementar mencionada pelo artigo 7º, inciso I, da CF/88³⁴⁵, que traz a proteção contra a despedida arbitrária.

Alguns juristas sustentaram que havia incompatibilidade entre a Convenção e a Constituição Federal, na medida em que a primeira regulava matéria de competência privativa de lei complementar. Nesta linha, Arion Sayão Romita, por exemplo, afirmou que a Convenção não poderia ser executada enquanto não existisse a lei complementar para regulá-la³⁴⁶. Segundo Francisco Antônio de Oliveira, o conteúdo da Convenção deveria ser regulamentado internamente para que as regras ali previstas possuam efetividade³⁴⁷.

³⁴⁵ Cf. supra nota de rodapé 289.

³⁴⁶ “Se a Constituição Federal determina que a proteção contra a despedida arbitrária ou sem a justa causa deve provir de lei complementar, injurídica será a afirmação de que ela já está regulada pela Convenção 158. A Convenção Internacional ratificada não substitui a lei complementar, que tem previsão constitucional específica: CF, arts. 59, II e 69.” ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da ratificação da Convenção n. 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. Op. cit., 78.

³⁴⁷ “A aplicação depende, pois, de normas definitivas posto que não haverá a possibilidade de prestigiar a Convenção ‘tão inteiramente como nela se contém’, na forma perseguida pelo Decreto do

Em quadra diversa, Cássio Mesquita Barros Júnior declarou que “a intenção constitucional de ter a matéria de proteção à dispensa arbitrária ou sem justa causa regulamentada por lei complementar é atendida, até de forma superior, pela adoção de tratado internacional”³⁴⁸. Marcelo José Ladeira Mauad sustentou a imediata aplicação de todos os dispositivos da Convenção, já que a falta de regulamentação de eventual matéria não poderia ser invocada como fato impeditivo para tanto³⁴⁹. No mesmo passo, Francisco das Chagas Lima Filho defendeu sua imediata aplicabilidade³⁵⁰.

Jorge Luiz Souto Maior defende que a Convenção n. 158 e a Constituição brasileira coadunam-se, vez que o artigo 7º, inciso I, veda a dispensa arbitrária e o que faz o instrumento internacional é exatamente o mesmo.³⁵¹

É fato que a Constituição determina que a proteção da relação de emprego se dará com a edição de lei complementar, que necessita de aprovação por quórum diferenciado³⁵² e, também, que o texto da Convenção não fora aprovado em Lei complementar. Porém, mais uma vez, segundo Jorge Luiz Souto Maior, a inexistência da mencionada lei complementar não retira a validade do preceito constitucional. Este se destina a estabelecer o princípio de que a despedida arbitrária deve ser coibida e que a sua aplicação não depende de uma norma positiva que o regule. Além do mais, a lei complementar poderia, no máximo, regular o preceito constitucional, mas não impedir sua eficácia. A aspiração do constituinte de impedir a dispensa arbitrária foi, sem sombra de dúvida, manifestada e não seria uma lei complementar ou a falta dela que poderia, simplesmente, anulá-la.³⁵³

Também é esta a posição defendida por José Alberto Couto Maciel, para quem a lei complementar somente regularia a indenização compensatória, não a garantia ao emprego.³⁵⁴

Executivo.” OLIVEIRA, Francisco Antônio. Da aplicação da Convenção 158 da OIT no processo do trabalho. *Trabalho & doutrina*, n. 11, dez. 1996, p. 18-19.

³⁴⁸ BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. A Convenção 158 da OIT. Op. cit., p. 21.

³⁴⁹ MAUAD, Marcelo José Ladeira. As dispensas coletivas diante da Convenção OIT 158. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 94, Abril-Junho de 1996, p. 66.

³⁵⁰ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Aplicação da Convenção 158 da OIT no Direito do Trabalho brasileiro. *Repertório de IOB jurisprudência*, n. 15, 1996, p. 264.

³⁵¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 11.

³⁵² “Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁵³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 11-12.

³⁵⁴ MACIEL, José Alberto Couto. Op. cit., p. 23.

Posto isso, não cabe argüir que em virtude da lei complementar exigir quorum de maioria absoluta, a aplicação da Convenção restaria prejudicada, até mesmo porque a formação de um tratado internacional exige muito mais formalidades que uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento internacional no que toca a matéria por ele tratada.

Com especial relevo, acrescenta-se que o artigo 5º, § 2º, da CF/88³⁵⁵ estabelece que os tratados internacionais são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição. Logo, este dispositivo se sintoniza com a noção de que em matéria de direitos humanos, se houver mais de uma norma aplicável, considera-se a norma mais benéfica para a pessoa.

Há que se destacar que como se tratam de experiências advindas de realidades, culturas e povos distintos, os tratados internacionais trazem novos paradigmas sociais. Portanto, aqueles que contêm disposições sobre direitos humanos em seu bojo, não podem ficar subjugados à legislação interna dos países, com hierarquia jurídica equânime à legislação infraconstitucional.³⁵⁶

A propósito, forçoso rememorar que o artigo 4º, inciso II, da CF/88³⁵⁷ previu que, nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos.

E o status de regulação jurídica pertencente aos direitos humanos não pode ser negado ao direito do trabalho.³⁵⁸ Tanto que normas de proteção do trabalho podem ser encontradas em diversos tratados e declarações internacionais de direitos humanos, a começar pela mais difundida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.³⁵⁹

³⁵⁵ “[...] Parágrafo 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁵⁶ Assume-se aqui esse posicionamento, embora ainda seja objeto de divergências doutrinárias.

³⁵⁷ “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos;”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁵⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 12.

³⁵⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, traz disposições sobre o trabalho em seus artigos XXIII e XXIV. “Artigo XXIII. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses. Artigo XXIV. Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação

Então, em uma visão internacional, o direito do trabalho configura-se como uma faceta até mais perceptível dos direitos humanos, dada sua massiva aplicação. No direito interno brasileiro não é diferente, de sorte que são vários os dispositivos constitucionais que sobrelevam o trabalho. O artigo 1º, inciso IV, da CF/88³⁶⁰ consagrou como um dos fundamentos da República o valor social do trabalho. O artigo 3º, incisos III e IV³⁶¹, trouxe como objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, assim como a promoção do bem de todos, objetivos que a difusão do trabalho pode contribuir para o alcance. O artigo 170³⁶² previu que a ordem econômica também deve ser fundada na valorização do trabalho humano, assegurando a todos existência digna. Os artigos 7º e 8º, que trazem diversas normas de índole trabalhista, estão topograficamente inseridos na Constituição no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais.

Destarte, não pode pairar dúvida que um instrumento internacional ratificado pelo Brasil, que traz questão pertinente ao direito do trabalho, logo, inserido na órbita dos direitos humanos, deva ser aplicado internamente. A mim, como já expressado anteriormente, os dispositivos destes tratados devem ser tomados como normas constitucionais, por força do artigo 5º, § 2º, da CF/88³⁶³.

No entanto, o STF, como visto, após um giro interpretativo, hoje entende que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ratificados anteriormente à EC n. 45/2004 e que, portanto, não tenham se submetido à sistemática constitucional prevista no artigo 5º, § 3º³⁶⁴, possuem estatura jurídica supralegal.

É exatamente o caso da Convenção n. 158 da OIT. A partir desta constatação pode-se afirmar que as disposições da Convenção possuem total validade e não colidem de qualquer modo com a Constituição, na medida em que o instrumento internacional possuiria status maior que a lei complementar a ser editada para a regulamentação das dispensas arbitrárias.

razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas." Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 18 nov. 2013.

³⁶⁰ Cf. supra nota de rodapé 126.

³⁶¹ Cf. supra nota de rodapé 27.

³⁶² Cf. supra nota de rodapé 84.

³⁶³ Cf. supra nota de rodapé 179.

³⁶⁴ Cf. supra nota de rodapé 189.

A revisão da posição do STF já traz um alento, porém, se os referidos tratados internacionais ganhassem estatura de normas constitucionais, poderiam atingir maior eficácia, pois, juridicamente, modificariam as normas em desacordo com eles e, socialmente, seriam ferramenta de auxílio para a transformação da realidade do país a eles sujeitos.

Em 20 de fevereiro de 2008, o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, apresentou a Mensagem n. 59/2008³⁶⁵ ao Congresso Nacional submetendo o texto da Convenção n. 158 da OIT à consideração dos membros do Poder Legislativo. A mensagem estava acompanhada da exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores, Celso Luiz Nunes Amorim, contendo breve relato sobre a ratificação e denúncia do instrumento internacional pelo Brasil.

A mensagem já passou por diversas comissões temáticas, tais como a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN), a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), sendo que está paralisada nesta última desde o final de 2011, embora possua prioridade no seu regime de tramitação.³⁶⁶ É interessante a leitura dos pareceres e votos dos deputados, pois revela que, além de múltiplos os argumentos contrários ou favoráveis à ratificação, o debate encontra-se limitado às opções políticas prévias.

Este entrave à discussão também é extraído da leitura dos depoimentos³⁶⁷ de alguns representantes de órgãos de classe, colhidos em audiência pública realizada em abril de 2008 para o debate sobre a ratificação da Convenção n. 158.

Com posicionamentos contrários à adoção do tratado internacional, é possível citar o Sr. Flávio Roberto Sabbadini (representante da Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo – CNC), do Sr. Rodolfo Tavares (representante da Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária - CNA), do Sr. Narciso Figueira Júnior (representante da Central Nacional dos Trabalhadores –

³⁶⁵ BRASIL. Mensagem 59/2008. Texto integral disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=539004&filename=MSC+59/2008>. Acesso em: 18 nov. 2013.

³⁶⁶ Os principais dados sobre a Mensagem 59/2008, bem como todas as informações de tramitação, encontram-se disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

³⁶⁷ Para a análise dos depoimentos cf. VASCONCELLOS, Andréa. *Dispensa Imotivada – Análise à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 81-108.

CNT) e do Sr. José Maria Riemma (representante da Confederação Nacional das Instituições Financeira).

Em apertada síntese, os principais argumentos destes é que a ratificação da Convenção n. 158 da OIT criaria, na prática, um regime de estabilidade para os empregados da iniciativa privada, impondo maiores institutos protecionistas, que trariam prejuízo à competitividade da economia brasileira. Dada a inflexibilidade de gestão, o empresariado possuiria dificuldade de sobrevivência num mundo globalizado, aumentando o desemprego e, conseqüentemente, a informalidade. Além disso, a Convenção se encontra defasada, já que é do ano de 1982.

De lado oposto, ou seja, dentre aqueles que são favoráveis à Convenção, encontram-se, por exemplo, o Sr. Joilson Cardoso (representante da Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil - CTB), da Sra. Paula Polcheira (representante do Ministério do Trabalho), do Sr. Ricardo Patah (Presidente da União Geral dos Trabalhadores - UGT), do Sr. Carlos Henrique Oliveira (representante da Central Única dos Trabalhadores - CUT), do Sr. Herbert Passos (representante da Força Sindical).

Para eles, o objetivo do tratado não é conferir estabilidade indistinta aos trabalhadores, mas dar segurança a ambas as partes na demissão. Não haveria empecilho para a dispensa do mau empregado, pois o empregador possuiria meios para a justificativa da dispensa relativos à capacidade e conduta do trabalhador, além daqueles motivos relacionados ao desempenho empresarial. Com a redução das demissões, menor também seriam os índices de rotatividade no emprego, logo, os salários dos trabalhadores aumentariam, já que a rotatividade é usada como manobra para contratação de novos funcionários com salários inferiores àqueles dos demitidos.

Há que se aguardar o desfecho da tramitação da Mensagem n. 59/2008 no Congresso Nacional e o julgamento da ADI n. 1625 no STF para a ciência do futuro da Convenção no Brasil.

A questão é que tanto o disposto no artigo 7º, inciso I, da CF/88³⁶⁸ quanto aquelas normas da Convenção n. 158 da OIT objetivam “[...] afastar a mera descartabilidade da pessoa do trabalhador, num regime de desemprego estrutural,

³⁶⁸ Cf. supra nota de rodapé 69.

mediante a singela exigência de que o empregador demonstre a razão da despedida³⁶⁹.

Jorge Luiz Souto Maior afirma veementemente que tanto não há óbice constitucional para a aplicação da Convenção n. 158 no Brasil, como o respeito às suas normas e aos princípios que encerra é de se exigir³⁷⁰, e desafia que cada um, pensando na estabilidade no emprego que almeja ou felizmente já detém, que conteste essa declaração!

Na contramão, até se pode alegar que a Convenção n. 158 da OIT não é a tábua de salvação ou o último recurso para solucionar uma situação que aflige os trabalhadores, qual seja, a incerteza de um trabalho formal no amanhã, pois, evidentemente, o desemprego é causado por uma série de situações, conjunturas e fatores, dentre os quais, alguns de ordem econômica que escapam até mesmo ao controle do empregador.

Talvez, até mesmo por isso, que não é tão extenso o número de países que ratificaram a Convenção. Até o momento³⁷¹ são trinta e seis países signatários. Destaque-se que entre todas as ratificações somente houve uma denúncia, justamente a brasileira.³⁷²

Sobre os Estados que ratificaram a Convenção, vale conferir o parecer do deputado Júlio Delgado (PSB-MG), dado na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional³⁷³ pela rejeição do tratado. Segundo ele, os países que a adotaram dividem-se, basicamente, em dois grupos: de um lado, países com economia fraca, baixo nível de desenvolvimento, alta taxa de desemprego e que por não possuírem mecanismos de proteção, adotaram o instrumento da OIT, como, por exemplo, o Gabão, Camarões e Sérvia; no outro vértice estão países europeus que possuem economia forte e elevada renda *per capita*. O Brasil se encontra entre os dois

³⁶⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 327.

³⁷⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 15.

³⁷¹ Data de referência: 21 nov. 2013.

³⁷² Os países em que a Convenção n. 158 encontra-se em vigor são: Antígua e Barbuda, Austrália, Bósnia e Herzegovina, Camarões, Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Etiópia, Macedônia, Finlândia, França, Gabão, Lesoto, Letônia, Luxemburgo, Malawi, Marrocos, Montenegro, Namíbia, Níger, Papua Nova Guiné, Portugal, República Centroafricana, República da Moldávia, República Democrática do Congo, Santa Lúcia, Sérvia, Suécia, Turquia, Suécia, Ucrânia, Uganda, Venezuela, Iêmen e Zâmbia. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX_PUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312303>. Acesso em 30 out. 2013.

³⁷³ Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Parecer pela rejeição. Relator Deputado Júlio Delgado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=571982&filename=PRL+1+CREDN+%3D%3E+MSC+59/2008>. Acesso em: 18 nov. 2013.

extremos, pois não comunga com a falta de garantias trabalhistas dos países africanos e nem possui a riqueza dos países europeus, que possuem instituições altamente desenvolvidas, além do mais, o Brasil conta com uma população numerosa, que continua crescendo, portanto, necessita gerar um grande número de empregos anualmente.

Incumbe apontar que a OIT elaborou um estudo no ano de 2009 justamente sobre a Convenção n. 158 e os países que a adotaram.³⁷⁴ Foi dividido em quatro partes e as que interessam ao presente trabalho são as duas últimas. Na terceira parte da pesquisa, a OIT fez observações sobre a jurisprudência, em matéria de despedida, de alguns países que a ratificaram e dos que assim não procederam. Já na quarta parte, realizou uma análise do impacto econômico da dispensa de empregados e das repercussões da adoção de uma legislação de proteção ao emprego.

Em relação à jurisprudência, a OIT concluiu que a Convenção foi citada como referência por tribunais de vários países para amparar suas decisões, considerando-a: a) como uma norma de aplicação direta nos sistemas jurídicos internos; b) uma ferramenta para a interpretação da legislação nacional; c) um instrumento proveitoso para reforçar a aplicação do direito interno; d) uma fonte de direito.³⁷⁵

No que tange à perspectiva econômica, observou que a Convenção é dotada de flexibilidade a ponto de admitir que cada Estado-membro determine os requisitos necessários para lhe dar efetividade, ajustando-a conforme as características do seu respectivo mercado de trabalho. E assinalou que seis dos países que ratificaram a Convenção, constam entre os trinta e cinco primeiros países onde existe uma maior facilidade para a celebração de negócios, de acordo com a classificação *Doing Business Economy Rankings*, elaborada em 2008 pelo

³⁷⁴ Organização Internacional do Trabalho. *Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación num. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_171432.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

³⁷⁵ “*Estos ejemplos del derecho jurisprudencial sólo se refieren a unos pocos países que recurrieron a las disposiciones del Convenio núm. 158 pero aun así son ilustrativos de la influencia del Convenio más allá de los Estados ratificantes. El Convenio fue citado como referencia por tribunales nacionales, en muchos casos teniendo en cuenta la manera en que éste, o los principios plasmados en él, se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional. El Convenio fue utilizado por los tribunales para sustentar sus resoluciones por considerar que es i) una norma de aplicación directa en los sistemas jurídicos; ii) un aporte para interpretar la legislación nacional; iii) un instrumento útil para reforzar la aplicación del derecho nacional, y iv) una fuente de derecho.*” Ibidem, p. 24.

Banco Mundial. Assim, é possível considerar que o referido tratado internacional não se constitui como uma barreira para os negócios.³⁷⁶

Logo, a extensa pesquisa realizada pela OIT refuta aqueles argumentos contrários à adoção da sua Convenção n. 158.

Com a finalidade de continuar a investigação e contribuir para o debate, é interessante informar que antes mesmo da realização da pesquisa da OIT acima abordada, no âmbito brasileiro, em novembro de 2007, foi realizada a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), com a intenção de discutir temas ligados ao judiciário trabalhista. Foram aprovados setenta e nove enunciados que, embora não possuam força normativa, indicam o posicionamento dos juízes em vários assuntos.

Dentre os enunciados, o segundo, parte I³⁷⁷, busca garantir aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária e o terceiro, parte II³⁷⁸, traz que mesmo aquelas convenções não ratificadas devem servir como fonte de interpretação da legislação brasileira e, também, como referência para reforçar decisões judiciais baseadas na lei nacional.

³⁷⁶ “[...] se puede considerar que el Convenio permite que cada Estado Miembro determine los requisitos específicos y necesarios para dar efecto a sus disposiciones, ajustándose a las características del respectivo mercado de trabajo. En este sentido, cabe señalar que seis de los países que ratificaron el Convenio figuraron entre los 35 primeros países donde existe una mayor facilidad para hacer negocios, según la clasificación Doing Business Economy Rankings del Grupo del Banco Mundial (2008) 91. Por consiguiente, se puede considerar que el Convenio no resulta un obstáculo para hacer negocios, sino que es más bien un elemento clave para un enfoque integrado que refuerce tanto la flexibilidad como la seguridad del mercado del trabajo si se lo incorpora en un programa equilibrado de reformas elaboradas y aplicadas con la participación de los interlocutores sociales.” Organización Internacional del Trabajo. Op. cit., p. 30.

³⁷⁷ “2. DIREITOS FUNDAMENTAIS. FORÇA NORMATIVA. I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.” Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=121200&infobase=sumulas.nfo&jump=Enunciado%20079%2fAnamatra%2fJornadaJTrabalho&softpage=Document42>. Acesso em: 19 nov. 2013.

³⁷⁸ “3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS. [...] II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.” Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=121200&infobase=sumulas.nfo&jump=Enunciado%20079%2fAnamatra%2fJornadaJTrabalho&softpage=Document42>. Acesso em: 19 nov. 2013.

Segundo Márcio Túlio Viana, o vento eivado de contexto econômico e político conduz o barco da Convenção n. 158 a mares desconhecidos, mas não ao terreno jurídico brasileiro.³⁷⁹ Porém, adverte que, mesmo sem ela, já seria possível coibir as dispensas arbitrárias, quer pela utilização dos direitos humanos em geral, quer pelos princípios constitucionais, pelo uso do artigo 7º, inciso I da CF/88, ou mesmo nos princípios do Código Civil.³⁸⁰

É curioso notar que se preservam as formalidades, pois ainda não há legislação complementar que regule a vedação às dispensas arbitrárias, porém, o descumprimento corriqueiro do comando constitucional que as coíbe é admitido até com certa naturalidade.³⁸¹

É difícil fincar os pés em terra de dúvida e arquitetar o porvir. Os projetos futuros de qualquer cidadão dependem, necessariamente, de uma segurança mínima no presente.

Se o trabalhador pode ampliar seus esforços devido ao medo de perder seu posto de trabalho, pode, por outro lado, reduzir sua produtividade por se sentir acuado. Em situações idênticas, os homens possuem comportamentos distintos.

Todavia, se há um ambiente em que as dispensas são sempre lastreadas, possuem motivos claros e conhecidos para serem efetivadas, o empregado sem medo, mesmo durante a relação de emprego, terá a faculdade de acesso mais real à Justiça, contrariamente ao cenário atual, em que possui o receio de perder seu emprego.

Deste modo, até o instituto da prescrição no direito do trabalho adquiriria lógica e o trabalhador deixaria de se fazer cúmplice involuntário da perda de seus

³⁷⁹ VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. *Revista Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_76/Marcio_Viana.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2010, p. 237.

³⁸⁰ VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT, Op. cit., p. 44.

³⁸¹ "Impossível não reparar que, em nome do absoluto zelo pela reserva constitucional à lei complementar, não se vê qualquer inconstitucionalidade em perpetuar o descumprimento, não da forma legislativa, mas do próprio conteúdo comandado, vale dizer, da proteção em face da despedida arbitrária. Sequer haveria mora do legislador complementar. Ou seja, entre a tarefa constitucionalmente determinada, essencial à efetivação de um direito fundamental das pessoas que trabalham, e a competência para cumpri-la, afirma-se implicitamente a total hierarquia da regra de competência. Esta normatividade constitucional, relegando-se à insignificância o comando de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, inscrita no artigo 5º, § 1º, da Constituição." WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. Op. cit., p. 329-330.

direitos.³⁸² Os acordos judiciais também poderiam ser mais bem negociados, pois o empregado poderia manter, enquanto negocia, a sua principal ou única fonte de renda.

Assim, coibir aquelas demissões que não possuem uma motivação transparente e explícita, significa reestruturar toda uma noção já edificada de Direito do Trabalho no Brasil e assentada no arbítrio do empregador.³⁸³

A criatura é quem serve o criador.³⁸⁴ O homem deve se tornar senhor da economia, sua obra. Porém, não nos enganemos. A Convenção n. 158 não é uma *tenda dos milagres*³⁸⁵, mas somente uma ferramenta que pode amenizar os efeitos sociais de um mundo econômico cada vez mais globalizado e um mercado de trabalho cada vez mais exigente.

Enfim, a discussão sobre a vedação às despedidas arbitrárias não se insere naquela mera oposição entre trabalho e capital, mas é algo que pode transformar a realidade do mundo do trabalho. É uma questão dotada de complexidade porque passa pelas tensões entre um texto constitucional e os influxos transformadores da ordem jurídica que este texto busca conservar.

³⁸² A prescrição no direito do trabalho brasileiro limita, em regra, que o empregado receba apenas os direitos relativos aos últimos cinco anos do contrato de trabalho. O paradoxo reside no fato de que ele se vê impossibilitado de ajuizar qualquer ação judicial durante o curso do contrato, vez que poderá perder seu emprego sem qualquer justificativa do empregador. Então, a demissão pode ser utilizada como instrumento de retaliação. Surrealmente, aqueles trabalhadores com longo “tempo de casa”, ao serem desligados, receberão apenas os direitos de cinco anos de trabalho. “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁸³ “Ora, proibir a demissão arbitrária será negar o direito ao arbítrio, a pagar um certo valor e demitir quem quiser, é considerar que o empregado está inserido no contexto empresarial pela própria força de trabalho, enfim, é mudar toda uma noção de Direito do Trabalho estruturada sobre o arbítrio em nosso país. Admitir a vigência da Convenção 158 é aceitar que no Brasil passe a vigorar um sistema legal de acordo com o dos países socialmente mais avançados.” MACIEL, José Alberto Couto. Op. cit., p. 22.

³⁸⁴ “Numa palavra, o sujeito deve poder levar ao mercado os seus atributos. O capital/sujeito é assim constituído pelos “atributos” de sua personalidade, isto é, o que dá ao sujeito de direito existência social: o seu nome, o seu direito moral, a sua honra, a sua imagem, a sua vida privada... e no mesmo momento em que este *capital está formado*, ele *produz as condições da sua circulação*. A pessoa humana é proprietária dela própria e portanto dos seus atributos”. EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*. Coimbra: Centelha, 1976, p. 96.

³⁸⁵ Alusão ao romance do escritor brasileiro Jorge Amado, publicado em 1969.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como Hefesto³⁸⁶ forjava os metais com seu martelo, tenaz e bigorna, para a elaboração de boa parte dos equipamentos magníficos dos deuses gregos, o que se espera de uma etapa conclusiva é a junção dos diversos elementos anteriores, alguns brutos por estarem ainda isolados, outros moldados em partes que não refletem o conjunto, para se obter um resultado, um produto derradeiro. Este trabalho de juntar, fundir e formar possui a finalidade de apresentar um todo mais harmônico, meticulosamente elaborado, de maneira a ser mais proveitoso e relevante do que aquelas partes soltas.

É compreensível que o início desta tarefa se dê com a assertiva de que a omissão na elaboração da lei complementar que regulamentaria as dispensas arbitrárias, nos moldes determinados pela Constituição brasileira de 1988³⁸⁷, traz conseqüências para o mundo do trabalho, tanto para a empresa quanto para o empregado.

Viu-se até aqui que a CF/88 é uma constituição que possui dispositivos que servem como balizas para a política econômica e social, ou seja, possui a preocupação de fixar fins e tarefas para o Estado, aproximando-o da sociedade. Não que haja a substituição da política, mas a sua sujeição à fundamentação constitucional.

Neste passo, há trecho constitucional reservado ao trato da ordem econômica e financeira, que se fundamenta em duas grandes pilstras: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Todavia, este espaço não representa um cômodo recluso da Constituição, mas, ao contrário, comunica-se com os seus demais lugares. Tanto que a dimensão desta ordem econômica somente pode ser apreendida se interpretada em conjunto com os outros dispositivos constitucionais. Além do mais, entre os fundamentos da própria República Federativa do Brasil encontram-se os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

³⁸⁶ Deus da mitologia grega que representava os ferreiros, escultores e artesãos, devido ao uso da tecnologia.

³⁸⁷ Cf. artigo 7^a, inciso I, CF/88.

O que se deve destacar é que estes fundamentos não se encontram em relação de oposição, mas devem ser analisados a partir de uma perspectiva de complementação e cessão mútua de espaço, condicionada, invariavelmente, ao cumprimento dos objetivos fundamentais que a Constituição elegeu e daquela finalidade da normatização da ordem econômica, a de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Além dessa primeira dimensão interna, a análise da temática das dispensas arbitrárias tangenciou também uma abordagem de dimensão internacional. Verificou-se como se dá o relacionamento brasileiro com os tratados internacionais, o processo de incorporação destes e a posição hierárquica que adquirem no ordenamento jurídico brasileiro. E isto foi necessário porque há tratado internacional que regulamenta expressamente a questão: a Convenção n. 158, normativa oriunda da Organização Internacional do Trabalho, da qual o Brasil é Estado-membro desde a sua fundação. O referido instrumento internacional busca desestimular a prática daquelas demissões efetuadas pelas empresas sem a apresentação de causas concretas e claras, ou seja, aquelas dispensas imotivadas, dotadas de alta carga de subjetividade.

Entretanto, como visto, a Convenção n. 158 possui história singular na ordem jurídica brasileira, dada sua ratificação e célere denúncia. Por ter sido retirada do *corpus iuris* nacional unilateralmente, por ato do Presidente da República, motivou o ajuizamento em 1997 da ação direta de inconstitucionalidade n. 1625, que ainda hoje se arrasta pelo STF. A propósito, outro aspecto crítico da denúncia refere-se à sua intempestividade.

É importante destacar que aquela antiga noção de que o Estado possui poder de dispor como bem entender dentro de suas fronteiras, já que é detentor de soberania absoluta, vai cedendo espaço ao desenvolvimento da ordem internacional, que busca integrar-se com as ordens nacionais e com valores comuns a toda humanidade. Logo, se o Estado compromete-se na ordem internacional firmando um tratado, compromete também a comunidade que lhe delegou autoridade para tanto.³⁸⁸ As fronteiras entre o direito internacional e o direito interno encontram-se cada vez mais fluidas.

³⁸⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 62-63.

Promovendo, enfim, um cruzamento entre as dimensões interna e internacional, foi preciso firmar que temas ligados ao direito do trabalho constituem uma faceta importante dos chamados direitos humanos, como é o caso da Convenção n. 158 da OIT. Assim, o debate atingiu outro patamar, vez que a Constituição brasileira reserva local privilegiado no ordenamento jurídico aos tratados internacionais que possuem disposições sobre direitos humanos, especialmente após a EC n. 45/2004.

Apesar de hoje o STF entender que estes tratados, incorporados antes da referida emenda constitucional, possuem status supralegal, uma releitura do artigo 5º, § 2º, da CF/88 ampara a tese de que tratados de direitos humanos deveriam ser entendidos como normas constitucionais. Essa posição, aliás, busca promover uma aproximação entre as ordens interna e internacional, sem uma divisão absolutamente estanque.

Independentemente, deve ficar claro que há compatibilidade entre os dispositivos da Convenção n. 158, que vedam a prática das dispensas arbitrárias, e o artigo 7º, inciso I, da CF/88, que traz exatamente a mesma proibição, contudo, ainda hoje não regulamentado e, portanto, carente de efetividade³⁸⁹.

Com efeito, a Constituição deve ser encarada como um projeto aberto, pertencente a toda a comunidade política e a sua interpretação/aplicação se realiza em cada evento singular, próprio, único e irrepetível do cotidiano. Portanto, o STF deve afirmá-la como ponto de partida da ordem política e social. Como documento que define a contenção do poder e também o seu exercício, as tarefas de guarda e respeito à Constituição devem ser atividades que se relacionam a todos aqueles que são destinatários de suas normas e que, a um só tempo, darão significância normativa aos seus preceitos. Enfim, ela deve ser visualizada como condição de

³⁸⁹ “E realmente, o Direito Constitucional é vida – ou é vida ou não é nada! De outra vertente, mesmo autores que, no campo da teoria jurídica, adotaram posturas mais formalistas, como, por exemplo, Norberto Bobbio, no correr da última década do século XX já denunciavam a história do Direito Constitucional como “uma história de promessas não-cumpridas”. A denúncia de Bobbio delinea o horizonte do desafio posto a nós, constitucionalistas e jusfilósofos do final do século XX, início do XXI: sem abrir mão do conhecimento crítico acerca das inegáveis possibilidades de usos abusivos do Direito em geral, do Constitucional em especial, resgatar, em um contexto de racionalidade que se sabe limitada, e reencantamento com o Direito e com a Democracia; enfim, com os direitos fundamentais e com o constitucionalismo. Exatamente por isso, a atual doutrina do Direito em geral e, em especial, o Direito Constitucional, sejam uma efetividade viva, ou seja, que se traduzam na vivência cotidiana de todos nós”. CARVALHO NETO, Menelick de. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 40.

possibilidade para a afirmação da ordem democrática, ou seja, há em seu interior uma relação entre constitucionalismo e democracia³⁹⁰.

O papel da Constituição é buscar segurança e impor limites às mudanças, reagindo àquelas não permitidas. Ao contrário, a democracia significa transformação, logo, risco, pois a sociedade encontra-se em mutação permanente. Esta dicotomia entre estabilidade e mudança, segurança e risco, representa a equação do constitucionalismo democrático moderno. Uma tensão permanente entre democracia e constituição.³⁹¹

Infelizmente, o Legislativo no Brasil ainda não percebeu que, em uma democracia, tem papel de protagonista sobre temas polêmicos que afligem a sociedade, mantendo-se refratário e passivo frente à elaboração de leis sobre alguns assuntos inquietantes ou impopulares. Os parlamentares não se deram conta da necessidade de se posicionarem. Nossos partidos políticos não “tomam partido”.³⁹²

Daí que no jogo político, além do habitual crescimento do chefe do Executivo sobre o Legislativo, assiste-se, recentemente, o crescimento do Judiciário, que exige dos parlamentares a regulamentação de dispositivos constitucionais para a concretização de certos direitos fundamentais, quando ele próprio não o faz provisória ou definitivamente.

O Parlamento precisa despertar de sua letargia, abdicar do papel cômodo de coadjuvante e retomar o posto que a Constituição lhe atribuiu: o de grande local de debate e de formação da vontade pública. Só assim, poderá assumir a centralidade na formulação de *políticas* e se tornar uma caixa de ressonância das demandas sociais.³⁹³ Deste modo, é ao Legislativo que incumbe dar efetividade à vedação às dispensas arbitrárias.

Esse apanhado geral se faz para demonstrar que é difuso o horizonte brasileiro quanto às demissões imotivadas. Está-se diante de um terreno de possibilidades e não de certezas. A construção de um improvável futuro passa a ser obra de cada trabalhador, diante da incerteza da sociedade. Tudo é mutante, fugaz

³⁹⁰ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008, p. 98.

³⁹¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. *In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords.).* *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 93-94.

³⁹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Op. cit.*, p. 108.

³⁹³ *Ibidem*, p. 22.

e instável. Os planos em longo prazo se fazem sempre mais curtos. Nada para amanhã! Vive-se a hipertrofia do presente, que deve comportar a busca incessante pelo novo. O espírito desinquieto dita que é preciso mudar: novos sabores, cheiros, sons, crenças, idéias, políticas, sonhos, máquinas, pessoas. Rompe-se com o antigo e se festeja o novo, porque tudo se altera e envelhece mais rapidamente do que antes.

A empresa aspira não só por novos produtos, mas por um novo empregado, mesmo que seja fisicamente idêntico. Esse trabalhador deve ser adaptável e líquido, o que também pode significar precário e efêmero. A experiência desqualifica, pois recorda velhas rotinas, apegos, modos. O empregado se torna um engenheiro de obras feitas, preterido se incapaz de se reciclar e de possuir o dinamismo moderno. Do durável ao descartável.

Neste contexto, torna-se possível compreender que o debate sobre as demissões arbitrárias de empregados adquire cada vez mais sentido e relevância. E é a construção do caminho argumentativo desta pesquisa, tijolo a tijolo, que autoriza tal afirmação.

Um regramento mínimo de garantia contra a dispensa arbitrária ou imotivada traduz-se na tentativa de buscar equilíbrio entre um austero sistema de estabilidade, que impede as dispensas, exceto aquelas por “justa causa”, e um sistema aberto como o brasileiro, que garante demasiada liberdade do empregador na dispensa do empregado.

Mesmo na ausência de “justa causa”, algumas situações devem legitimar as demissões, tais como causas decorrentes de necessidades econômicas, tecnológicas, estruturais ou semelhantes, que vedariam o bom funcionamento da empresa. No entanto, não se pode perder de vista o sentido social da proteção e segurança do emprego, a menos que se queira relegá-lo às forças econômicas.

Assim, o que permeia o tema é a busca do equilíbrio entre as exigências do econômico e as necessidades do social. Porém, o debate deve ser ampliado, o que aqui se buscou, para além da oposição capital *versus* trabalho.

Liberdade para a dispensa e segurança no emprego não são conceitos absolutamente opostos, mas sim, complementares, e o fundamento pode ser encontrado num nível de proteção adequado que mantenha tanto o bem-estar social quanto o comportamento eficaz das empresas. Portanto, é possível enxergar a regulamentação das dispensas arbitrárias como uma espécie de ponte entre o

passado, o presente e o futuro, um elemento chave que integra e reforça, simultaneamente, a flexibilidade e a segurança do mercado de trabalho, promovendo a participação balanceada dos interlocutores sociais.

Neste sentido, não há um modelo institucional que se ajuste a todos os países e situações e seja, em longo prazo, superior aos demais. Tanto que a Convenção n. 158 da OIT permite que cada Estado-membro determine os requisitos específicos e necessários para dar efeito às suas disposições. O fato é que seus princípios básicos representam bem o equilíbrio entre os interesses dos empregadores e dos trabalhadores e, talvez, a maior difusão de informações a seu respeito possa contribuir para seu reconhecimento pelas partes interessadas e, ainda, auxiliar em sua aplicação.

Cabe enfatizar que toda a pesquisa não se orientou pelo levante de bandeiras políticas ou opções prévias, mas, ao contrário, o que se buscou foi promover um alerta para a importância do debate sobre as despedidas arbitrárias no Brasil. Não apenas um debate acadêmico, marcado pelas inúmeras nuances jurídicas que rodeiam o tema, mas uma discussão que extrapolasse esses limites e apontasse a relevância prática do problema.

Portanto, a última imagem a ser registrada é que por mais que essas considerações representem o final de uma jornada, não possuem a pretensão de exaurir o debate, até mesmo porque o mundo do trabalho sempre estará em transformação. Essa conclusão se situa apenas no *início do conhecimento*³⁹⁴.

³⁹⁴ MORIN, Edgar. O paradigma perdido; a natureza humana. 4. ed. Mira-Sintra: Europa-América, s.d. p. 212.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABLIJ – ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALLY, Raimundo Cerqueira. Garantia de emprego e a Convenção 158 da OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 94, p. 24-39, Abril-Junho de 1996.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 92, p. 221-240, 1986.

AROUCA, José Carlos. A garantia do emprego vinte anos depois. In: FREITAS, Marco Antônio de; MONTESSO, Cláudio José; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. (Coord.). *Direitos Sociais na Constituição de 1988 – Uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101-125.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2.

BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. A Convenção 158 da OIT. In: Mannrich e Robortella. *Questões atuais de direito do trabalho e processual do trabalho*. São Paulo, 13/11/1996.

_____. A Convenção nº 158 – proteção contra a despedida injustificada. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 11, dez. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 7.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: IBDC, 2000.

BELMONTE, Alexandre Agra. Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões. Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007.

BELTRÃO, Demétrius Amaral. Contribuições de intervenção no domínio econômico. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, p. 39-41, 2007.

BENKO, Georges. *Economia, espaço e globalização na aurora do século XXI*. 3. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2002.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os direitos sociais e as constituições democráticas brasileiras: breve ensaio histórico. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Orgs.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 505-524.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. v. 142. a. 36. abr-jun. 1999.

_____. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 457-467, 2007.

_____. *Petróleo, recursos minerais e apropriação do excedente – A soberania econômica na Constituição de 1988*. Tese para o concurso de professor titular. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010.

BORGES, Daniel Damásio. O direito ao trabalho – Reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Líliliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 579-599.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei complementar nº. 8/2003 de 18 de fevereiro de 2003. Define o justo motivo objetivo autorizativo e o justo motivo subjetivo autorizativo para despedida do empregado, sendo o primeiro por dificuldade econômica do empregador e o segundo por indisciplina ou insuficiência no desempenho do empregado; regulamentando a Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104504>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992. Aprova o texto da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre o Término

da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Seção 2, Brasília, DF, 17 set. 1992. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-68-16-setembro-1992-358557-pu_blicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 mar. 2013.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-496-17-julho-2009-589661-publicacaooriginal-114586-pl.html>>. Acesso em: 01 out. 2013.

BRASIL. Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm>. Acesso em: 11 mar. 2013.

BRASIL. Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1990. Promulga o Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2626.htm>. Acesso em: 02 out. 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 01 out. 2013.

BRASIL. Diário do Congresso Nacional. Brasília, DF, 29 jun. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29JUN1988.pdf#page=8>>. Acesso em: 30 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965. Institui o Cadastro Permanente das Admissões e Dispensas de Empregados, Estabelece Medidas Contra o Desemprego e de Assistência aos Desempregados, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jan. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4923.htm>. Acesso em: 07 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o programa do seguro-desemprego, o abono salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 maio 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 18.799/RS, 09 maio 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=18799&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 19.975/RS, 21 set. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=19975&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 8.279 da República Argentina, 17 jun. 1998. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28carta+rogatoria+8279%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/prj3ckq>>. Acesso em: 02 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ, 22 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585/TO, 12 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, 04 set. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, 01 jun. 1977. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28recurso+extraordinario+80004+sergipe%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nfazorf>>. Acesso em: 02 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 03 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 17 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 25*. “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 17 out. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra, Coimbra Ed., 2001.

_____. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Maria Amélia de. *Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia*. Salvador: Universidade Católica do Salvador, 2010. Disponível em: <http://tede.ucsal.br/tde_arquivos/4/TDE-2010-10-22T124554Z-161/Publico/MARIA%20AMELIA%20LIRA%20DE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2013.

CARVALHO, Maria de Lourdes. *A empresa contemporânea: sua função social em face das pessoas com deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A constituição mexicana de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 15 de abr. 2013.

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. (Orgs.). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTO FILHO, Eduardo Soares do; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho no Brasil*. Out. 2008. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%20Ren%20aul.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2013.

CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTR, 2010.

DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____; PORTO, Lorena Vasconcelos. O estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). *O Estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007, p. 19-30.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectivas de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. *Revista TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 59-76, Julho-Setembro 2011. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/26896/003_delgado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 out. 2013.

DERANI, Cristiane. *Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização*. Tese de livre-docência. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2000.

DIEESE. Nota Técnica nº. 61. A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada. Março de 2008. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2008/notatec61RatificacaoConvencao158rev.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2013.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*. Coimbra: Centelha, 1976.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 10, n. 90, ed. esp., p. 01-34, abr-maio, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev_90.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013

FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1990.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. Parecer publicado *in O Estado de São Paulo*, edição de 04.06.1989.

FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contratos de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FREYRE, Gilberto. *Sociologia*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1962.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporâneo*. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 33-35.

GOMES, Ângela Maria de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HOBBSAWM, Eric J. *Os trabalhadores: estudos sobre a história do operariado*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HORTA, Raul Machado. A Ordem Econômica na nova Constituição: problemas e contradições. *In: A Constituição brasileira – 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

IBGE. Pesquisa Mensal de Emprego. Para a íntegra da pesquisa cf. <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fazcic

ulo_indicadores_ibge/2013/pme_201309pubCompleta.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.

IPEA. Carta de Conjuntura nº. 20. Para a íntegra do texto cf. <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/130926_carta_conjuntura_20_preliminar.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.

JAMESON, Fredric. *A cultura do dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Vozes, 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra. Fundamentos de um constitucionalismo internacional. *In*: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 45-60.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KALLÁS FILHO, Elias. A constituição econômica de 1988: fundamentos, funções e enunciado-síntese. *In*: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 127-137.

KELLER, Werner. *O direito ao trabalho como direito fundamental – instrumentos de efetividade*. São Paulo: LTr, 2011.

KUHNLE, Stein. A globalização e o desenvolvimento das políticas sociais. *In*: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). *O Estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007, p. 87-102.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Aplicação da Convenção 158 da OIT no Direito do Trabalho brasileiro. *Repertório de IOB jurisprudência*, n. 15, p. 262-264, 1996.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACIEL, José Alberto Couto. Vigência da Convenção 158 da OIT. *Trabalho & doutrina*, n. 11, p. 20-23, dez. 1996.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. *In*: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 85-100.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 25, 2004. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2013.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARGARIDA, Silvânia Mendonça Almeida. *O direito do trabalho e o fenômeno da pejetização em sua origem, contextualização e conseqüências*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8824>. Acesso em: 03 jul. 2013.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho na ordem econômica na constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

MARX, Karl. *O Capital*. Livro III. vol. 2. São Paulo: Civilização Brasileira, 2008, p. 411-415.

MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. As dispensas coletivas diante da Convenção OIT 158. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 94, p. 61-73, Abril-Junho de 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 39, n. 152, p. 11-34. Julho-Agosto de 2013.

MEIRELLES, Edilton. *A constituição do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 269-277.

MERRIEN, François Xavier. O novo regime econômico internacional e o futuro dos estados de bem-estar social. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). *O Estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007, p. 119-159.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005,

MORAES, Filomeno. *Constituição Econômica Brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

MORIN, Edgar. *O paradigma perdido; a natureza humana*. 4. ed. Mira-Sintra: Europa-América, s.d.

MUYLAERT, Sérgio. A Constituição econômica e a busca do pleno emprego. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro, n. 67, p. 47-66, jul-dez, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Reflexos da Convenção 158 da OIT sobre as dispensas individuais. *Trabalho & doutrina*, n. 11, p. 3-7, dez. 1996.

_____. Curso de direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

No Brasil, rotatividade de pessoal cresceu 82%. *Exame.com*. São Paulo. 23 out. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/gestao/noticias/no-brasil-turnover-cresce-o-dobro-da-media-mundial>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

OLIVEIRA, Oris de. A despedida coletiva na Convenção 158 da OIT e no Direito brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 94, p. 49-60, Abril-Junho de 1996.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. Da aplicação da Convenção 158 da OIT no processo do trabalho. *Trabalho & doutrina*, n. 11, p. 16-20, dez. 1996.

Organização Internacional do Trabalho. Constituição. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 24 out. 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Guy Ryder: emprego mundial está pressionado pela fraca recuperação econômica. 28 out. 2013. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/guy-ryder-emprego-mundial-esta-pressionado-pela-fraca-recuperacao-economica>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

Organização Internacional do Trabalho. *Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación num. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_171432.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Recomendação n. 119. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312457:NO>. Acesso em: 30 out. 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Recomendação n. 166. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO>. Acesso em: 30 out. 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9m-ino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 30 out. 2013.

PERONE, Giancarlo. Direitos do trabalhador como indivíduo. Os direitos sociais. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coords.). *Os novos paradigmas do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed. rev. e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. t. II. Campinas: Bookseller, 2000.

PRADO, Ney. Os princípios do direito do trabalho e a economia informal. In: SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coords.). *Os novos paradigmas do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1991.

ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da ratificação da Convenção n. 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. *Repertório de IOB jurisprudência*, n. 5, p. 75-79, 1996.

_____. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

Rotatividade de funcionários deve aumentar em 2014, diz estudo. *Portal G1*. São Paulo. 17 jul. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2013/07/rotatividade-de-funcionarios-deve-aumentar-em-2014-diz-estudo.html>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 2a ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25-102

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

SCHNEIDER, Pe. Roque. *A fascinante Grécia: seus jogos olímpicos, seus heróis e sua mitologia*. São Paulo, Loyola, 2004.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado – vol. 6: Contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES FILHO, José. A convenção n. 158 da OIT e a questão relativa a constitucionalidade, em face do Direito Interno Brasileiro. In: BARROSO, Fábio Túlio; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti (Orgs.). *Direito do trabalho: valorização e dignidade do trabalhador no século XXI*. São Paulo: LTr, 2012, p. 145-161.

SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada. Cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição econômica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, p. 29-32, abr.-jul. 1989.

_____. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986.

_____. *Convenções da OIT*. São Paulo: Ltr, 1994.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002.

SUZUKI, Fábio Hiroshi. Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 32, n. 123, p. 7-52. Julho-Setembro de 2006.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. São Paulo, Método: 2011.

_____. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013.

TOFFLER, Alvin. *A empresa flexível*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

VASCONCELLOS, Andréa. *Dispensa Imotivada – Análise à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

VERSIANI, Maria Helena. Constituição de 1988: a voz e a letra do cidadão. *Revista Democracia Viva*, n. 40, Setembro de 2008, p. 66-75. Disponível em: <<http://issuu.com/ibase/docs/democracia-viva-40>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

VIANA, Márcio Túlio. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. *Revista Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 235-246, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_76/Marcio_Viana.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2010.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. 431f. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://revista.unibrasil.com.br/index.php/retdu/article/viewFile/138/157>>. Acesso em: 30 out. 2013.

ZAGO, Marina Fontão. Consistência das decisões do STF e de seus ministros em casos relacionados com a definição dos limites da livre iniciativa. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Orgs.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 545-559.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. *Empresa na ordem econômica – princípios e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.