

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e o direito brasileiro

Lorena Vasconcelos Porto*

SUMÁRIO: 1. Aprovação e ratificação. 2. Conteúdo da Convenção n. 158. 3. A Constituição Federal de 1988: art. 7o, inciso I. 4. A hierarquia constitucional da Convenção n. 158 da OIT. 5. A argüição da inconstitucionalidade da Convenção n. 158 perante o Supremo Tribunal Federal. 6. A invalidade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT. 7. Os tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/ 2004. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. Aprovação e ratificação

Em 22 de junho de 1982, a Conferência Internacional do Trabalho, assim denominada a Assembléia-Geral da OIT, reunida em sua 68a Sessão, na cidade de Genebra, aprovou a Convenção n. 158, relativa ao "Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador". [01] O referido tratado [02] entrou em vigor, no plano internacional, em 23 de junho de 1985, doze meses após o registro de sua ratificação, junto ao Diretor-Geral da OIT, por dois países-membros, em obediência ao parágrafo segundo de seu art. 16.

O Brasil, país integrante da OIT, com fundamento no art. 49, I, da Constituição Federal de 1988, submeteu a referida Convenção à apreciação do Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992. A Carta de Ratificação foi depositada junto ao Diretor-Geral da OIT em 05 de janeiro de 1995, passando a Convenção, por força de seu art. 16, a vigor, no plano interno, doze meses após essa data, isto é, em 05 de janeiro de 1996. Em 10 de abril desse ano, veio à luz o Decreto n. 1.855, que cuidou de promulgar a Convenção, dando a ela publicidade no território nacional.

2. Conteúdo da Convenção n. 158

Cuidaremos, nesse tópico, da análise dos principais dispositivos da Convenção n. 158, vez que não é possível de ser feita, na sede restrita desse artigo, um maior detalhamento de seu conteúdo.

Conforme expresso em seu próprio título, a Convenção versa sobre o "Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador". A referência a "empregador" limita a menção anterior à "relação de trabalho", esclarecendo que o tratado abrange as relações advindas de um contrato de emprego, o que é reafirmado por seu art. 2º.

Por outro lado, a alusão à "iniciativa do empregador", reiterada em seu art. 3º, revela que a Convenção exclui de sua abrangência hipóteses outras de cessação da relação empregatícia, tais como a demissão, a força maior, o *factum principis* e o *distrito*. Há situações, entretanto, que, não obstante a extinção do vínculo empregatício seja feita, formalmente, pelo obreiro, em verdade ela resulta de uma infração empresarial. É a hipótese denominada "rescisão indireta" ou "justa causa empresarial", prevista no art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Por motivo de equidade, deve-se considerá-la abrangida pelo tratado em comento [03].

A Convenção, nos termos de seu art. 2º, aplica-se aos empregados de entidades que exerçam atividade econômica. Sendo esta referente à produção de bens e serviços voltada ao mercado, alguns autores defendem restar excluído da incidência de suas normas o empregado doméstico [04], cujos serviços não podem ser utilizados por seu patrão com essa finalidade, consoante dispõe o art.1º da Lei n. 5.859/72. Por outro lado, são abrangidos os empregados de associações, mesmo que beneficentes, vez que essas visam à obtenção de lucro, mas com o objetivo de reinvesti-lo na consecução de seu objeto, não sendo ele apropriado pelos associados.

O país-membro, com vistas a melhor adaptar a Convenção à realidade nacional, pode excluir de sua regulamentação, total ou parcialmente, algumas situações e espécies de empregados (art. 2º). São mencionadas expressamente as hipóteses de pactuação a prazo determinado, como é o caso daquelas previstas no art. 443 da CLT, dentre as quais encontra-se o contrato de experiência, também referido pela Convenção. Mas esta cuida de afirmar que esse tipo contratual (a prazo determinado) deve restringir-se a situações excepcionais, como forma de impedir que se elida a proteção por ela assegurada.

Permite-se também a exclusão de categorias de obreiros que gozem de uma proteção equivalente ou superior à prevista na Convenção, por força de normas especiais a eles aplicáveis. Seria o caso, por exemplo, dos empregados públicos da Administração direta, autárquica ou fundacional, que, consoante entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência nacionais, têm direito à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal de 1988 [05].

Outra possibilidade de exclusão refere-se à natureza e à dimensão da empresa empregadora e às condições de emprego particulares de determinados trabalhadores, como os ocupantes de cargo ou função de confiança e os obreiros que já possuem os requisitos para se aposentar.

O cerne da Convenção, no entanto, encontra-se em seu art.4º, cujo enunciado segue transcrito:

"Artigo 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."

Condiciona-se, portanto, a validade da dispensa do empregado à existência de um motivo juridicamente relevante. Este pode estar relacionado à capacidade do trabalhador, isto é, à sua aptidão, habilidade ou qualificação técnica necessárias ao exercício de sua função. Pode também se referir ao seu comportamento, o que nos remete ao conceito de justa causa, isto é, às condutas obreiras, culposas ou dolosas, tipificadas em lei, que autorizam a resolução do contrato de trabalho pelo empregador [06]. Os motivos relacionados às necessidades empresariais são referenciados pelos arts. 13 e 14 da Convenção e serão melhor explicitados abaixo.

Em sendo o motivo da dispensa relacionado ao comportamento ou ao desempenho do trabalhador, o empregador deve conceder-lhe o direito de se defender previamente, conforme determinado pelo art. 7º da Convenção. A garantia do direito de defesa, assegurada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LV), somente poderá ser recusada se houver motivo razoável (e.g., cometimento de uma falta grave, como a agressão física ao patrão). A forma como será concretizado o exercício desse direito, na ausência de regulamentação legal a respeito, pode ser determinada pelo regulamento empresarial ou por instrumento normativo advindo da negociação coletiva.

O trabalhador que considere a sua dispensa injustificada, mesmo após ter se defendido perante o patrão, poderá questioná-la perante um organismo neutro, como um tribunal (art. 8º). Esse direito encontra-se assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna, que prevê a garantia do acesso ao Poder Judiciário. Tratando-se de controvérsia advinda de uma relação de emprego, a competência para dirimi-la é da Justiça do Trabalho (art. 114, caput, CF/88).

Poderá ser atribuído ao empregador o ônus de provar, perante o órgão julgador, a existência de um dos motivos inscritos no art.4º, como forma de legitimar a dispensa por ele efetuada, conforme preceitua o art. 9º. Esse dispositivo prevê ainda a possibilidade de a legislação nacional estabelecer a competência dos órgãos julgadores para analisar a suficiência dos motivos alegados pelo empregador para efetuar a dispensa em razão das necessidades de funcionamento da empresa. A existência desses motivos e o seu nexos causal com a despedida do trabalhador podem, obviamente, serem averiguados por tais órgãos. Mas é que, mesmo que existentes tais problemas, podem eles, eventualmente, ser solucionados de outra forma, não sendo necessário, para tanto, que se proceda às dispensas. É exatamente essa análise que o dispositivo faculta que seja atribuída aos órgãos julgadores.

São previstas providências a serem tomadas na hipótese de tais órgãos concluírem que a dispensa do trabalhador foi injustificada (art. 10). Assim, se a legislação nacional não permitir que seja invalidado o término e ordenada a reintegração do trabalhador, ou se esta, face às circunstâncias do caso concreto, não for aconselhável, será determinado o pagamento de uma indenização ou outra forma de reparação que seja adequada.

Os motivos que podem legitimar a dispensa do empregado, relacionados às necessidades da empresa, são, nos termos do art. 13 da Convenção, aqueles de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análoga. Em tais hipóteses, o empregado é dispensado não por ser ineficiente ou por ter praticado uma infração, mas porque o seu posto de trabalho foi extinto, por causas ligadas à própria empresa, à sua estrutura e funcionamento [07]. Exemplos desses motivos, de ordem econômica, seriam a recessão, a inflação, a limitação de crédito, a diminuição brusca da demanda, a perda de domínio do mercado, a limitação da produção, problemas de venda, distribuição, liquidez, a restrição de acesso à matéria prima. Os motivos tecnológicos estão geralmente relacionados à informatização e à robótica, enquanto que os estruturais, como o próprio nome revela, têm caráter mais abrangente, implicando uma transformação em segmentos significativos da empresa, em sua parte orgânica, finalística e relacional [08].

São previstos determinados procedimentos, que deverão ser adotados pelo empregador antes de proceder às despedidas fundadas nos motivos em comento. Menciona-se a consulta aos representantes dos trabalhadores, acompanhada de informações relativas às causas das dispensas que se pretende efetuar, bem como ao número e às categorias de trabalhadores envolvidos. Nessa oportunidade, poderão esses representantes negociar com a empresa medidas que possam evitar ou limitar as dispensas, e, caso sejam essas realmente necessárias, formas de se atenuar os males advindos aos obreiros despedidos.

Além da consulta supra mencionada, é prevista uma notificação escrita, feita pelo empregador à autoridade competente (v.g, um órgão do Governo), comunicando-a acerca das informações acima aludidas (motivos dos termos, trabalhadores envolvidos). O objetivo dessa notificação pode ser o de proporcionar que a autoridade em tela tente uma possível conciliação ou que tome medidas para ajudar os obreiros afetados. É ela de grande importância pelo fato de essas dispensas envolverem, em geral, vários trabalhadores, causando, assim, problemas econômicos e sociais à própria comunidade, além de aumentarem os gastos públicos, como os relativos ao seguro-desemprego.

A Convenção prevê que os procedimentos acima referidos poderão ser limitados às dispensas de, no mínimo, um certo número fixo de trabalhadores ou de um percentual em relação à totalidade de obreiros da empresa. Nada impede, entretanto, que sejam adotados em qualquer hipótese, mesmo se tratando da dispensa um único obreiro, como ocorre em alguns países [09]. Os demais aspectos pertinentes a tais procedimentos, como prazos, ordem em que são realizados, objetivos por eles pretendidos, bem como os critérios definidores de quais trabalhadores serão alvos da dispensa, poderão ser estabelecidos em lei ou mesmo através de instrumentos advindos da negociação coletiva.

3.A Constituição Federal de 1988: art. 7o, inciso I

Em 5 de outubro de 1988, é promulgada uma nova Constituição no Brasil, símbolo da restauração da ordem democrática no País, após três décadas de vigência do regime ditatorial militar. Logo em seu preâmbulo, anuncia os objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito por ela consagrado, dentre os quais o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça, a harmonia social e a construção de uma sociedade fraterna. Por outro lado, em seu art. 3o, a Carta Magna afirma constituírem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos. Aponta, portanto, para a necessidade de se buscar uma harmonização, um equilíbrio entre os interesses dos cidadãos, de modo a garantir que todos possam exercer os direitos constitucionalmente assegurados.

Ao elencar os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1o), menciona a dignidade da pessoa humana e, em um mesmo inciso, lado a lado, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Assegura, em seu art. 5o, o direito de propriedade, mas condiciona a sua proteção ao atendimento de uma função social (incisos XXII e XXIII).

Ao tratar da ordem econômica (art. 170), afirma que esta se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, na busca da justiça social. Ao enunciar os seus princípios, menciona a propriedade privada, a livre concorrência, a livre iniciativa, ao lado da função social da propriedade, da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego. Afirma também ser o primado do trabalho a base da ordem social, que tem por objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

A análise dos dispositivos constitucionais acima aludidos induz a conclusões importantes. Não resta dúvida que a Carta da República acolheu o modo de produção capitalista, pois garante a propriedade privada dos meios de produção e a livre iniciativa. Todavia, não ignora o fato de que, em uma economia capitalista, a grande maioria dos indivíduos não detém o domínio dos meios de produção, de forma que o trabalho constitui a sua fonte de subsistência. Assim sendo, a Carta Magna protege a atividade empresarial, assegura a ela a livre iniciativa, a propriedade privada, mas, por meio dela, deve-se propiciar que os indivíduos possam trabalhar, de forma a obter os recursos necessários à sua sobrevivência em condições dignas, pois que somente dessa forma poderá realizar-se a justiça social. É essa a harmonização buscada pela Constituição Federal, que explica a enunciação conjunta de princípios e objetivos aparentemente contraditórios. Pretende-se, portanto, a conciliação dos interesses dos trabalhadores e das empresas, do capital e do trabalho, em verdadeira síntese dessa relação dialética, de constante oposição [10]. Pois, como ensinava Aristóteles, a virtude está no equilíbrio.

É dentro desse contexto que se pode compreender a norma expressa no art. 7º, I, da Constituição Federal, que prevê, dentre os direitos assegurados aos trabalhadores, "a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos." Desse modo, é imperativo que haja um motivo juridicamente relevante, socialmente aceitável, para que seja válida a dispensa do trabalhador.

Percebe-se que a Convenção n. 158 da OIT e a Carta Magna de 1988 apontam no mesmo sentido: a proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada. Buscam, do mesmo modo, a conciliação entre o capital e o trabalho, o equilíbrio entre os interesses da empresa e os direitos do trabalhador, o desenvolvimento econômico e a justiça social [11]. Resta evidente, portanto, que Convenção em tela encontra-se em perfeita consonância com a Carta da República.

Importa destacar que o direito à proteção contra a dispensa imotivada é previsto pelas ordens jurídicas de vários países, como a Itália [12], a França [13] e a Alemanha [14]. É assegurado também pelo Tratado Constitucional Europeu, aprovado em Roma, no dia 29 de outubro de 2004, na parte relativa à "Carta dos Direitos Fundamentais", "in verbis":

"Artigo II-90 - Proteção em caso de dispensa injustificada

Todo trabalhador tem o direito à proteção contra toda dispensa injustificada, em conformidade ao direito da União e às legislações e práticas nacionais." [15]

4.A hierarquia constitucional da Convenção n. 158 da OIT

A Constituição Federal de 1988, ao elencar os princípios que devem reger a República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, afirma a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, III). Esse princípio relaciona-se intrinsecamente com a proteção da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III). Essas normas revelam o compromisso da Lei Maior com o estabelecimento de regras internacionais de proteção aos direitos da pessoa humana, imprescindíveis à sua dignidade. Tal comprometimento revela-se, de modo bastante claro, no art. 5º, §2º, da Carta Magna, in verbis:

"Art.5º.(...)

§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." (sem grifos no original)

O preceito acima transcrito, consoante nos revela Siqueira Júnior, vem expresso em nossos textos constitucionais desde a Carta Magna de 1891, mas a menção aos tratados internacionais é uma inovação implementada pela Constituição Federal de 1988 [16]. Esse grande avanço ético-jurídico partiu da proposta apresentada à Assembléia Nacional Constituinte por Antônio Augusto Cançado Trindade, ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos [17]. Esse dispositivo, em conjunto com outros preceitos da Carta Política (v.g, o Preâmbulo e os arts. 1o, II e III, 3o, I a IV, 4o, II), formam um verdadeiro sistema constitucional de proteção dos direitos humanos [18].

Esses direitos são caracterizados pela sua universalidade e indivisibilidade. São universais porque o único requisito exigido à sua titularidade é a condição de pessoa humana [19]. São indivisíveis porque interdependentes e inter-relacionados, de modo que o pleno gozo de um desses direitos pressupõe, necessariamente, o exercício dos demais. Como observado por Flávia Piovesan, "os direitos civis e políticos não podem ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade." [20].

Sendo, portanto, direitos inerentes a toda e qualquer pessoa, assumem uma dimensão internacional, na medida em que a sua tutela passa a ser de interesse não apenas de cada Estado em particular, mas de toda a comunidade internacional, o que se traduz na formulação de regras internacionais de proteção a esses direitos [21]. O Texto Constitucional de 1988 veio, portanto, acolher a moderna concepção da internacionalização da proteção dos direitos humanos, expressa, de modo evidente, em seu art. 5o, §2o.

Sendo atributos essenciais à pessoa humana, esses direitos devem ser interpretados da forma mais abrangente possível, abrindo-se também um espaço à sua constante ampliação, sobretudo em razão da velocidade, cada vez maior, das mudanças verificadas no mundo contemporâneo. Consciente disso, o legislador constituinte, ao traçar, no Texto Constitucional, o elenco dos direitos fundamentais, cuidou de fazê-lo de forma não taxativa ("numerus apertus"), de modo a permitir que aos expressamente consignados se reunissem outros, igualmente dignos de proteção. Logrou-se esse intento através do dispositivo em tela - art. 5o, §2o- conhecido como princípio da não identificação ou da cláusula aberta [22].

Desse modo, a partir do disposto nesse preceito constitucional, é possível reconhecer-se três grupos de direitos e garantias fundamentais: os direitos e garantias expressos na Constituição, que são aqueles explicitamente enunciados pela Carta Magna; os direitos implícitos, que se encontram subentendidos nas regras de garantias ou são decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior; e os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [23]. Esse mesmo entendimento é adotado por ilustres juristas como José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho [24].

Dessa forma, os direitos humanos expressos nos tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro são reconhecidos pela Constituição Federal como integrantes do elenco de direitos fundamentais por ela protegidos. E não poderia ser diferente, pois que o reconhecimento e a proteção desses direitos é matéria eminentemente constitucional, formando, ao lado das normas que regulam a estrutura e a organização do Estado, a constituição em seu sentido material [25]. Não há possibilidade, portanto, de se atribuir um outro status que não o constitucional às normas definidoras de direitos ou garantias fundamentais. Com efeito, não é sequer possível traçar uma hierarquia entre esses direitos, de modo a se afirmar que alguns deles sobrepõem-se aos outros, até mesmo porque, consoante já se afirmou, guardam entre si uma relação de interdependência.

Destarte, por força do mandamento contido no art. 5º, §2º, da Carta Magna, os tratados internacionais que veiculem normas protetivas dos direitos humanos são recepcionados, na ordem jurídica interna, com o status de normas constitucionais [26]. De fato, não há como conceber a existência de normas definidoras de direitos fundamentais situadas abaixo da Carta da República, no mesmo plano da legislação infraconstitucional. Caso assim se entendesse, admitir-se-ia a livre revogação dessas normas pelo legislador ordinário, o que é inaceitável. Esse entendimento é acolhido por Antônio Augusto Cançado Trindade que, consoante acima mencionado, foi o autor da redação do art. 5º, §2º, em proposta dirigida à Assembléia Nacional Constituinte [27].

Isto posto, importa analisar o conteúdo da Convenção no 158 da OIT, de modo a precisar a sua hierarquia na ordem jurídica interna. Consoante acima mencionado, esse instrumento normativo versa sobre a proteção da relação de emprego, que se encontra prevista expressamente no art. 7º, inciso I, da Carta Magna. Por garantir o direito ao trabalho, bem como por conferir eficácia aos demais direitos trabalhistas, essa proteção insere-se nos direitos do homem-trabalhador, os quais se situam entre os direitos sociais, previstos no Capítulo II ("Dos direitos sociais") da Constituição Federal de 1988. Esses direitos, por sua vez, ao lado dos direitos individuais, coletivos, à nacionalidade e políticos, formam o Título II da Carta Magna, intitulado "Dos direitos

e garantias fundamentais". Dessa forma, resta solar que a Convenção n. 158 é um tratado internacional que contém normas de proteção a direitos fundamentais [28]. Assim sendo, foi incorporada na ordem jurídica interna com o status constitucional, tornando-se parte integrante da Constituição Federal de 1988, por força de seu art. 5o, §2o [29].

Há que se observar que o art.5o, §2o, da Lei Maior, faz menção a "direitos" e "garantias", de modo a abranger todas as normas da Convenção n. 158 da OIT. Com efeito, as normas que tratam, por exemplo, da análise, pelo órgão julgador, da existência ou não de uma justificativa para a dispensa, encerram uma garantia, pois que são um meio destinado a assegurar o exercício e gozo de um direito, qual seja, o direito do trabalhador de não ser dispensado imotivadamente.

Desse modo, pelas razões acima expostas, pode-se afirmar que as normas da Convenção n. 158 têm status constitucional, sendo parte integrante da Constituição Federal de 1988.

5 A argüição da inconstitucionalidade da Convenção no 158 perante o Supremo Tribunal Federal

Em 08/07/1996, a Confederação Nacional do Transporte (CNT) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizaram, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1.480, com pedido de concessão liminar da tutela jurisdicional. Por meio dessa ação, requeriam a declaração da invalidez constitucional do Decreto Legislativo n. 68, de 16/09/1992, que aprovou a Convenção n. 158, e do Decreto n. 1.855, de 10/04/1996, que cuidou de promulgá-la.

A Suprema Corte, por maioria, concedeu a medida liminar requerida, suspendendo a eficácia dos diplomas normativos acima aludidos, até o julgamento final da ADIn. Entretanto, em 20 de dezembro de 1996, foi editado o Decreto n. 2.100, para tornar

público o registro da denúncia da Convenção em tela, efetuado pelo Brasil, junto ao Diretor-Geral da OIT, em 20 de novembro daquele mesmo ano. O referido diploma mencionava que, a partir de 20 de novembro de 1997, isto é, um ano após registrada a denúncia, a Convenção no 158 não estaria mais em vigor no País, consoante previsto pelo art. 17, parágrafo 1, desse tratado.

Em razão da mencionada denúncia, o Pretório Excelso julgou extinta a ADIn, em virtude da "perda superveniente de seu objeto". Todavia, cumpre analisar os argumentos contrários à constitucionalidade dos diplomas legais que aprovaram e promulgaram a Convenção n. 158, apontados pelo STF quando da concessão de medida liminar na ADIn n. 1.480.

Foram três, basicamente, os argumentos contrários à validade da Convenção n. 158, apreciados pela Suprema Corte. Primeiramente, afirmou-se que o objeto da Convenção é a regulamentação do art. 7º, I, da Carta Magna, e, pelo fato de esse dispositivo exigir que isso seja feito através de lei complementar, seria o referido tratado inválido, por desobediência a esse preceito constitucional. Com efeito, de acordo com entendimento consagrado pela Suprema Corte, o tratado internacional é incorporado à ordem jurídica interna com a hierarquia de lei ordinária, não podendo, portanto, regular matéria reservada à lei complementar. O segundo argumento refere-se ao art. 10 da Convenção, que prevê a possibilidade de o trabalhador despedido arbitrariamente ser reintegrado na empresa. Afirmou-se ser esse dispositivo contrário à forma de proteção assegurada pela Lei Maior, que é a indenização compensatória, mencionada expressamente no art. 7º, I, e no art. 10, I, do ADCT. Alegou-se, por fim, que a Convenção seria inaplicável, em razão do disposto em seu art. 1º, sendo, portanto, "mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno".

Dos três argumentos acima mencionados, apenas o segundo não foi aceito pelo STF, pois que este considerou que a Convenção n. 158, em seu art. 10, não impõe que os países-membro adotem a reintegração como resposta à invalidação da dispensa, podendo estes optar pelo pagamento de uma indenização. Os outros dois argumentos foram acolhidos pelo Pretório Excelso, no julgamento da liminar.

A Convenção dispõe, em seu art. 1º, que cada país poderá dar efeito às suas disposições, em seu plano interno, através da legislação, quando isso não for feito por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais, sentenças judiciais, ou outra forma adotada pela prática nacional. Em razão desse dispositivo, o Pretório Excelso afirmou que a Convenção não seria auto-aplicável, pois que ela própria estaria condicionando a

sua eficácia à regulamentação através da legislação nacional. Mas não é esse o sentido do preceito em comento.

O texto da atual Constituição da OIT, aprovado na 29ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Montreal, em 1946, dispõe, em seu art. 19, §3º:

"A Conferência deverá, ao elaborar uma convenção ou recomendação de aplicação geral, levar em conta os países que se distinguem pelo clima, pelo desenvolvimento incompleto da organização industrial ou por outras circunstâncias especiais relativas à indústria, e deverá sugerir as modificações que correspondem, a seu ver, às condições particulares desses países". [30]

Esse dispositivo revela que a atividade normativa da OIT, com vistas à preservação do seu caráter universal, procura levar em consideração a grande diversidade existente entre os seus Estados-membros, através de disposições dotadas de maior generalidade, denominadas "fórmulas de flexibilidade", as permitem que os instrumentos possam ser adaptados às peculiaridades dos países [31].

É nessa ordem de idéias que deve ser compreendido o art. 1º da Convenção n. 158. Por se tratar de um tratado multilateral, passível de ser ratificado e aplicado pelos diversos Estados-membros da OIT, a Convenção permite que estes regulamentem alguns de seus aspectos, para melhor adequá-la à realidade e às particularidades nacionais. Um exemplo é o art. 2º, que permite que o país-membro exclua algumas categorias de empregados, nos parâmetros ali fixados, de algumas ou de todas as disposições da Convenção. Essa permissibilidade não significa, de modo algum, ausência de eficácia, mas, ao contrário, será esta plena enquanto não vier a sofrer restrições, como ocorre com as normas de eficácia contida, cujo conceito foi acima explicitado. Nesse sentido, são os ensinamentos de Antônio Álvares da Silva:

"Evidentemente não é esta a intenção do artigo 1º. Ao se referir à legislação nacional e à negociação coletiva para 'dar efeito' às disposições, a Convenção quis referir-se às diferentes passagens de seu texto onde certos aspectos da matéria são relegados à legislação complementar dos estados-membros, com o objetivo de flexibilizar e harmonizar seus dispositivos com a legislação local. Não significa que a própria Convenção 158 fique dependendo de lei e que seus dispositivos autoaplicáveis – que

são todos, em nosso entendimento – não possam imediatamente entrar em vigência." [32]

Não podemos olvidar o princípio basilar de hermenêutica que prescreve que, frente a duas interpretações acerca de um dispositivo, deve-se optar por aquela que lhe confira maior efetividade. Esse princípio torna-se ainda mais imperativo no caso em tela, posto que a Convenção n. 158, por conter normas relativas a direitos e garantias fundamentais, tem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal. Acerca desse dispositivo, José Afonso da Silva tece os seguintes comentários:

"Sua existência só por si (...) estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. Por isso, revela-se, por seu alto sentido político, como eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica e social da Constituição." [33]

Outra norma de hermenêutica que deve ser invocada é o art. 5º do Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil. Esse dispositivo estabelece que a interpretação de um diploma legal deve atender aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum. Ora, a interpretação conferida pelo STF viola esse dispositivo, posto que, retirando eficácia da Convenção n. 158, contraria a sua finalidade, de fundamental importância ao bem-estar social, que é a proteção da relação de emprego contra as dispensas imotivadas. Nesse sentido, pode-se invocar, ainda, o princípio da norma mais favorável, que prescreve que a norma trabalhista deve ser interpretada no sentido mais favorável ao trabalhador [34].

Demonstrada a insubsistência do argumento supra explicitado, passemos à análise daquele eleito como fundamental pela Suprema Corte, para considerar inconstitucional a Convenção em tela: o da exigência de lei complementar pelo art. 7º, I, da Carta Magna, para regular a proteção ali prevista. O STF firmou entendimento, por meio de diversas decisões [35], no sentido de o tratado internacional, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República, ser incorporado à ordem jurídica interna com a hierarquia de lei ordinária. Sendo esse o status da Convenção n. 158, não poderia ela tratar de matéria reservada constitucionalmente à lei complementar, razão pela qual seria inválida, formalmente, frente à Carta Magna.

A decisão prolatada pela Suprema Corte recebeu duras críticas por parte de diversos autores. Afirmou-se que a equiparação do tratado internacional à lei ordinária não pode prosperar, posto inexistir qualquer norma constitucional expressa nesse sentido. Ao contrário, a Lei Maior, em seu art. 105, III, "a", aponta no sentido da equivalência entre o "tratado" e a "lei federal", aqui referida em sentido amplo, sem distinção entre lei ordinária e complementar. Assim, não haveria que se falar em inferioridade hierárquica do tratado em relação à lei complementar, podendo aquele, portanto, cumprir o papel reservado a esta.

Defendeu-se também a ausência de hierarquia normativa entre a lei ordinária e a lei complementar, uma vez que a diferenciação existente entre elas é apenas com relação ao quorum exigido para a sua aprovação, posto ser este qualificado com relação ao diploma complementar, nos termos do art. 69 da Lei Maior. A existência de uma formalidade mais rigorosa para a aprovação de lei complementar advém da necessidade de se conferir maior estabilidade a esse diploma, com relação a eventuais alterações, em virtude de ter ele a função de regular determinadas matérias de maior importância, sob a ótica constitucional. Ocorre que a Convenção n. 158 atenderia a esse escopo, na medida em que a sua denúncia, que equivaleria à revogação da lei, só poderia ser feita após dez anos de sua ratificação e, mesmo assim, só produziria efeitos após um ano de seu registro junto à OIT, consoante previsto por seu art. 17, parágrafo 1.

Demais disso, o tratado, por força do disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, cumpriria o mesmo papel por esta reservado às leis complementares, qual seja, o de integrar o conteúdo dos preceitos constitucionais, compondo o denominado bloco de constitucionalidade. Assim, o preceito constante do art. 7º, inciso I, ao mencionar a lei complementar, não excluiria a possibilidade de a matéria ser regulada através de um tratado internacional, que cumpre também o papel de integrar os dispositivos constitucionais. Essa exigência do diploma complementar dirigir-se-ia apenas ao legislador interno, que estaria jungido à edição dessa espécie normativa para regular validamente o preceito constitucional em análise.

Arguiu-se também, em favor da validade da Convenção em comento, o fato de ter sido ela aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 68/92, o que revela a sua "constitucionalidade implícita". Com efeito, caso fosse esse tratado contrário à Lei Maior, não teria recebido a aprovação do Congresso Nacional. Isso ocorreu com a Convenção n. 87 da OIT, que versa sobre a autonomia sindical, a qual não foi aprovada pelo Parlamento Nacional, por ser contrária à Carta Política [36].

Os argumentos acima expostos já seriam mais do que suficientes para rebater o entendimento adotado pelo STF, qual seja, o da inconstitucionalidade da Convenção n. 158. Todavia, há uma peculiaridade nesse tratado que nos leva a uma outra linha argumentativa, mais coerente e harmônica com as normas e o espírito da Constituição Federal de 1988.

Conforme supra demonstrado, a Convenção n. 158, sendo um tratado de proteção de direitos humanos, tem hierarquia constitucional. No momento em que ela foi ratificada pelo Brasil, tornou-se parte da Constituição Federal de 1988, o que conferiu contornos precisos à proteção contra as dispensas imotivadas, prevista em seu art. 7º, inciso I, tornando-a um direito de eficácia imediata.

Entretanto, a própria Convenção admite a restrição do alcance de algumas de suas normas (v.g, exclusão de alguns empregados da proteção contra a dispensa arbitrária), o que poderá ser feito através da legislação infraconstitucional. Esse é o papel a ser cumprido pela lei complementar referida pelo art. 7º, I, qual seja, o de limitar, no que for permitido, obviamente, a eficácia da proteção em tela, e não de conferir a ela efetividade, posto que esta já se faz presente.

Desse modo, torna-se claro o equívoco do entendimento adotado pelo STF. Não se pode falar que a Convenção n. 158 é inconstitucional por veicular matéria reservada à lei complementar pelo disposto no art. 7º, inciso I, da Carta Magna. Essa Convenção é parte integrante da Carta da República, integrando a proteção referida no aludido dispositivo constitucional. A lei complementar aí referida é que cuidará de regular alguns de seus aspectos, mas sempre em obediência ao disposto na Convenção, em razão de seu status constitucional.

6.A invalidade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT

Resta-nos, por fim, analisar a questão relativa à denúncia da Convenção n. 158 pelo Decreto n. 2.100/96.

Cumpra observar que em 19/06/1997, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) ajuizaram a ADIn n. 1.625, visando à declaração da inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/96. Por maioria de votos, o plenário do STF julgou a CUT parte ilegítima, excluindo-a do pólo ativo da ação. No julgamento do mérito, o Ministro Relator Maurício Corrêa e o Ministro Carlos Britto proferiram seus votos no sentido da procedência parcial da ação, por entenderem ser necessário o referendo do Congresso Nacional, por força do art. 49, I, da Carta Magna, para que a denúncia fosse eficaz.

O Ministro Nélson Jobim, no entanto, pediu vista dos autos em 09/10/2003, requerendo a renovação da mesma em 28/04/2004, o que foi acatado pelo presidente da Corte à época, Ministro Maurício Corrêa. Finalmente, em março de 2006, o então presidente do Tribunal, Ministro Nélson Jobim, na iminência de se aposentar do cargo, proferiu sua decisão, no sentido da improcedência da ação. O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, em 29/03/2006, requereu vista dos autos, os quais foram remetidos ao seu gabinete, sendo essa a situação existente no momento em que se escreve o presente trabalho.

Importa, primeiramente, expor uma diferença de fundamental importância existente entre os tratados internacionais, no que tange ao seu conteúdo [37]. A distinção é feita entre os tratados de proteção dos direitos humanos e os tratados ditos comuns ou tradicionais, que versam sobre outras matérias, diversas dessa temática. Essa diferenciação é de grande relevância na medida em que influi na determinação de sua hierarquia normativa e nas formalidades necessárias à sua denúncia.

Com relação à hierarquia normativa dos tratados, é tema já analisado, cabendo apenas observar-se que, no que tange aos tratados comuns, há importante corrente doutrinária que, discordando do entendimento do STF de que teriam o status de lei ordinária, afirmam que se situam abaixo da Constituição Federal e acima da legislação infraconstitucional [38]. Importa também observar que se costuma invocar alguns dispositivos da Carta Magna (v.g, art. 105, III, "a"), para afirmar que esta teria atribuído aos tratados o status de norma infraconstitucional. Em virtude do disposto no art. 5º, §2º, da Carta Política, só é possível concluir que os aludidos dispositivos fazem referência apenas aos tratados ditos comuns, pois que os de proteção aos direitos humanos integram a própria Constituição.

As normas constitucionais somente podem ser alteradas ou revogadas se obedecidas as exigências e formalidades previstas no art. 60 da Carta Magna, dentre as quais a necessidade de ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos, exigindo-se, em ambos, os votos de 3/5 (três quintos) dos respectivos membros para a sua aprovação.

Demais disso, os dispositivos constitucionais que versam sobre as matérias enumeradas no §4o do art. 60 não podem ser revogados e nem mesmo alterados (caso a alteração seja no sentido de sua restrição), constituindo as denominadas "cláusulas pétreas". Dentre estas, mencionam-se os preceitos relativos a "direitos e garantias individuais". Há o entendimento, no entanto, construído a partir de uma interpretação extensiva desse dispositivo, que inclui nas "cláusulas pétreas" não apenas os direitos individuais, mas todas as normas definidoras de direitos fundamentais [39].

De fato, como já notamos, os direitos fundamentais são indivisíveis, de modo que a supressão de qualquer deles afeta, necessariamente, o exercício dos demais. Assim é, por exemplo, que o direito individual à vida não pode ser exercido sem que se garantam os direitos ao trabalho e à saúde, dentre outros [40]. Desse modo, permitir-se a revogação desses últimos significaria admitir a própria supressão daquele direito individual, o que tornaria letra morta o disposto no art. 60, §4o, IV, da Carta Magna. Assim sendo, os direitos fundamentais devem ser protegidos em seu conjunto, proibindo-se a abolição de qualquer deles, a qual não poderá ser feita pela via da emenda constitucional.

Nesse sentido, invocam-se as valiosas lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

"Constituindo os direitos fundamentais sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado Social e Democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, encontra-se em flagrante contradição com a finalidade precípua dos limites materiais. Portanto, seja qual for o direito fundamental, a incidência material das 'cláusulas pétreas' deverá ser máxima, no sentido de que deve abranger todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, mesmo quando sediados fora do Título II da Constituição". (sem grifos no original) [41]

Nessa perspectiva, a Convenção n. 158, por conter normas relativas a direitos fundamentais, não poderia ser revogada, sendo vedada também a alteração efetuada no sentido da restrição de seu conteúdo. Dessa forma, a sua denúncia, efetuada pelo Decreto n. 2.100/96, foi absolutamente irregular, posto que significou a própria revogação de seus preceitos. Mesmo que se adotasse uma interpretação restritiva do art. 60, §4o, IV, da Carta da República, no sentido de não se incluírem dentre as cláusulas pétreas as normas relativas aos direitos sociais, como é o caso da Convenção em tela, ainda assim seria a denúncia totalmente inválida. Consoante acima mencionado, a revogação ou alteração de um preceito constitucional deve seguir todas as formalidades exigidas pelo art. 60 da Carta Magna, não sendo possível ser efetuada, portanto, através de simples decreto presidencial.

Destarte, qualquer que seja o entendimento adotado, a conclusão é a mesma: o Decreto n. 2.100/96 é absolutamente inconstitucional. Há que se ressaltar que o entendimento expresso nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Carlos Britto, no julgamento da ADIn n. 1.625, data venia, não está correto. Afirmam os referidos Ministros que basta o referendo do Congresso Nacional para que se torne consumado o procedimento de denúncia da Convenção n. 158, que foi iniciado pelo Decreto n. 2.100/96. Esse entendimento é perfeitamente aplicável aos tratados comuns. Para que sejam estes denunciados, a maioria da doutrina entende ser necessária a atuação conjunta da vontade do Presidente da República, através de um decreto, e do Congresso Nacional, por meio do decreto legislativo [42]. Todavia, os tratados de proteção dos direitos humanos não podem ser denunciados através dessa forma, consoante acima demonstrado.

Há uma outra questão, de fundamental importância, que não foi suscitada pelos doutos Ministros, relativo aos vícios de ordem formal da denúncia.

O conceito de "ratificação" encontra-se já assentado pela doutrina internacionalista [43]. É o ato através do qual o Estado comunica àqueles que com ele celebraram um tratado internacional, que este foi aprovado internamente, isto é, que suas normas tornaram-se parte de seu ordenamento jurídico interno. Assim sendo, a ratificação da Convenção n. 158 pelo Brasil ocorreu com o depósito da respectiva Carta junto ao Diretor-Geral da OIT, em 05/01/1995, o que foi feito após a sua aprovação pelo Decreto Legislativo n. 68/92.

A Convenção n. 158 prevê, em seu art. 16, parágrafo 3, que a sua vigência, no plano interno do país-membro, inicia-se 12 meses após o registro, junto à OIT, da ratificação por ele efetuada. Por outro lado, em seu art. 17, parágrafo 1, prescreve que o país que a

tiver ratificado somente poderá denunciá-la após 10 anos da sua entrada em vigor. Ora, tendo o Estado brasileiro feito o depósito da ratificação em 05/01/95, a Convenção em tela passou a vigorar, no plano interno, em 05/01/96. Assim sendo, a eventual denúncia somente poderia ter sido efetuada dez anos após essa data, a saber, a partir de 05/01/2006 [44]. Por essa razão, o Decreto n. 2.100/96, a par de todas as demais irregularidades acima apontadas, deveria ter esperado mais dez anos para veicular a denúncia da Convenção em tela.

Cumpra observar, no entanto, que a posição prevalente no seio da OIT é no sentido de que o prazo de 10 anos deve ser contado da entrada em vigor da Convenção no plano internacional, o que, no caso da Convenção n. 158, ocorreu em 23 de junho de 1985. Há aqueles, no entanto, que discordam desse entendimento, aderindo àquele defendido no presente artigo, como o ilustre juslaborista Arnaldo Süssekind:

"A segunda corrente, a que nos filiamos, considera que o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país. (...) Segundo o depoimento de João Carlos Alexim, ilustre Diretor da OIT no Brasil, o Departamento de Normas Internacionais da Organização já propôs que fosse modificada a orientação que vem sendo observada, porque o 'procedimento adotado até hoje não é o mais justo, o mais lógico.'" [45]

Há ainda um outro vício, de natureza formal, a inquirir a denúncia da Convenção n. 158. A Convenção n. 144 da OIT, 1976, buscando dar prestígio ao tripartismo, que confere feição peculiar a esse organismo internacional, estabelece, em seu art.2o, que:

"todo membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção se compromete a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere o artigo 5o, parágrafo 1o, mais adiante."

O referido art. 5o, parágrafo primeiro, por sua vez, dispõe o seguinte:

"I. O objeto dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre:

e. as propostas de denúncia de convenções ratificadas." (grifos nossos)

A Convenção n. 144, conforme revela os dispositivos acima transcritos, exige que aos empregados e os empregadores do país, através dos competentes órgãos representativos em âmbito nacional, sejam efetivamente consultados acerca de eventuais propostas de denúncia de convenções ratificadas. Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil, de modo que suas normas tornaram-se de observância obrigatória. No caso da Convenção n. 158, a sua denúncia não foi precedida por qualquer procedimento prévio de consulta, razão pela qual é ela inválida, do ponto de vista formal. O desrespeito por um país-membro da OIT de uma Convenção por ele ratificada pode ser impugnado por qualquer organização profissional de trabalhadores ou de empregadores, através de Reclamação, apresentada perante a Repartição Internacional do Trabalho e apreciada pelo Conselho de Administração da OIT, conforme previsto no art. 24 da Constituição da OIT.

Por todo o exposto, resta solar a inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/96, não se podendo considerar válida a denúncia que por meio dele se pretendeu efetuar. Em razão disso, conclusão inarredável é a de que a Convenção n. 158 está em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, entendimento este que se espera seja acolhido pelo Egrégio STF, no julgamento da ADIn n. 1625.

7.Os tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, como vimos, estabelece as exigências, formais e materiais, necessárias para a alteração de suas normas, por meio da denominada emenda constitucional (EC). Em dezembro de 2004, foi editada a EC n. 45, a qual, entre outras modificações, introduziu o §3o ao art. 5o, que prevê o seguinte:

"Art. 5o

(...)

§3o Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" (sem grifos no original)

Assim, esse dispositivo passou a exigir que um tratado internacional de direitos humanos, para que seja incorporado à Constituição, seja previamente aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do mesmo procedimento exigido pelo art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais.

Essa norma, portanto, veio a dificultar a incorporação constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Com efeito, se de acordo com a redação original da Constituição de 1988, notadamente do art. 5o, §2o, bastava a mera ratificação desses tratados, por meio de um Decreto Legislativo e de um Decreto presidencial, conforme o procedimento acima descrito, a partir da EC n. 45, este foi consideravelmente dificultado, através da imposição de um rito muito mais complexo [46].

Pode-se dizer, portanto, que o §3o do art. 5o, introduzido pela EC n. 45, restringiu o conteúdo e o alcance do §2o do mesmo artigo, previsto pela redação original da Carta Magna. De fato, tornou-se consideravelmente mais difícil a incorporação constitucional dos tratados de direitos humanos, indo de encontro às normas originárias da Carta Magna, notadamente o §2o do art. 5o, o §1o do mesmo artigo (que impõe a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais) e o art. 4o, II (que erige como princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos) [47].

Conforme já explicitado, a CF/88, em seu art. 60, §4o, IV, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são "cláusulas pétreas", não podendo ser revogadas ou restringidas por meio de emenda constitucional. Considerando que os

§§ 1o e 2o do art. 5o estão entre essas normas, isto é, são "cláusulas pétreas", eles não poderiam ter tido o seu conteúdo restringido pela EC n. 45. Nesse sentido, o §3o do art. 5o, introduzido por essa emenda, é inconstitucional, por violar o art. 60, §4o, IV.

Note-se que a existência de uma norma constitucional contrária à Carta Magna é perfeitamente possível, basta que a emenda constitucional não tenha obedecido às exigências formais ou materiais do art. 60 da CF/88, como nota José Afonso da Silva:

"Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quórum etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias." [48]

No mesmo sentido são as lições de Paulo Bonavides:

"Toda a Constituição pode ser emendada, salvo a matéria constante de exclusão em virtude dos limites expressos e tácitos postos à ação inovadora do constituinte de segundo grau, aquele dotado apenas de competência constituída ou derivada, isto é, que procede da vontade absoluta e soberana do constituinte originário. Os limites expressos cuja transgressão ocasiona a inconstitucionalidade da iniciativa da emenda (...) são aqueles contidos no §4o do art. 60 da Constituição." [49]

Esse entendimento já foi adotado, inclusive, pelo STF, que, nos termos do art. 102, caput, da CF/88, é responsável pela "guarda da Constituição", garantindo a sua fiel aplicação e impedindo a sua violação. No julgamento da ADIn n. 939, o STF considerou que a EC n. 03, de 1993, que autorizou a criação do Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira (IPMF), ao desrespeitar uma "cláusula pétrea" - a garantia individual fundamental do contribuinte, consistente no princípio da anterioridade tributária -, violou o art. 60, §4o, da CF/88. Tal emenda foi julgada, portanto, inconstitucional [50].

Diversos autores já se pronunciaram no sentido da inconstitucionalidade do §3o do art. 5o, introduzido pela EC n. 45/2004 [51], em que pesem opiniões em sentido contrário

[52]. Ingo Wolfgang Sarlet observa que não são poucas as manifestações sustentando a violação de cláusulas pétreas por parte da EC n. 45, em diversos aspectos, acompanhadas, inclusive de ações diretas de inconstitucionalidade, como foi o caso, por exemplo, da controvérsia relativa ao controle externo da Magistratura e do Ministério Público e da federalização da competência para o julgamento dos casos de grave violação dos direitos humanos [53]. De fato, como nota Michelli Pfaffenseller, há, indubitavelmente:

"(...) uma controvérsia entre o disposto no §3o do art. 5o e a legitimidade do Poder Constituído que o estabeleceu. Isto porque a obrigatoriedade da adoção do rito das emendas constitucionais à internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos certamente dificultaria a ratificação de determinados pactos, obstaculizando a ampliação do rol de Direitos Humanos o que, sem sombra de dúvida, vai de encontro à soberana vontade popular." [54].

Desse modo, o §3o do art. 5o representou um verdadeiro "retrocesso em relação à inteligência que já pairava sobre o texto constitucional a partir do §2o do art. 5o" [55]. De fato, esse dispositivo, como nota Giuliana Redin, "restringiu a abrangência do §2o do mesmo artigo", pois "qualquer tratado internacional sobre direitos humanos que não tenha merecido o quórum qualificado atribuído à emenda constitucional, seria, não obstante seu conteúdo constitucional, tratado como norma infraconstitucional". Por essa razão, "o §3o do art. 5o da CF/88 representa um retrocesso político/jurídico institucionalizado, pois engessa o sistema de recepção de tratado jus cogens, indo na contramão de uma direção interpretativa do direito emancipatória, incluyente e democrática" [56].

Desse modo, a EC n. 45, ao introduzir o §3o no art. 5o violou o princípio da proibição do retrocesso. Esse princípio, como demonstra Ingo Wolfgang Sarlet, é consagrado implicitamente pela CF/88, decorrendo, notadamente, dos seguintes princípios constitucionais expressos: o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1o, caput), que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual implica necessariamente a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas; o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1o, III), que exige a satisfação, por meio de prestações positivas, de uma existência digna para todos, implicando, em sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém desse patamar; o princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5o, §1o), que impõe a otimização da eficácia do direito à segurança jurídica e da sua tutela e, nesse sentido, exige a proteção contra medidas de caráter retrocessivo [57].

O autor conclui, assim, que a proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais assume "feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito" e, em favor do seu reconhecimento, "não parecem subsistir maiores dúvidas, já que cada vez mais isoladas as vozes que se posicionam contrariamente ao instituto" [58].

De fato, por meio da EC n. 45, o poder constituinte derivado colocou a Carta Magna brasileira na contramão da história, não apenas em relação aos países desenvolvidos, mas, inclusive, aos próprios países da América Latina, como revela Valério Mazzuoli: "vários países latino-americanos têm concedido status normativo constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos". A EC n. 45/2004 representou, portanto, um "atraso de muitos anos em relação às demais Constituições dos países latino-americanos e do resto do mundo, no que diz respeito à eficácia interna das normas internacionais de proteção dos direitos humanos." [59]. O autor conclui:

"Por tudo isso, pode-se inferir que o recém criado §3o do art. 5o da Constituição seria mais condizente com a atual realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como de diversas outras Constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e ainda prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano." [60].

No entanto, considerando que o §3o do art. 5o já se encontra em vigor e não se vislumbra uma reforma do seu texto em breve, o autor propõe conferir-se ao dispositivo uma interpretação conforme à Constituição, consoante os princípios garantidores da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, por ela consagrados [61]. Primeiramente, a interpretação do dispositivo em tela não pode, de modo algum, prejudicar o entendimento que vinha sendo seguido por boa parte da doutrina brasileira em relação ao §2o do mesmo art. 5o. Cabe ao aplicador do Direito "a responsabilidade de fazer garantir as conquistas de um Estado Democrático que não pode retroceder diante de formalismos que não mais se afinam a uma perspectiva internacional de proteção da pessoa humana." [62].

Assim, deve-se excluir a exegese de que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo quórum especial previsto no §3o do art. 5o equivaleriam a lei ordinária. Esse entendimento implicaria deixar à livre escolha do Poder Legislativo atribuir ou não a esses tratados equivalência às emendas constitucionais. Isso possibilitaria que instrumentos com igual conteúdo principiológico e igual fundamento

ético – a proteção dos direitos humanos – fossem tratados de forma diversa, ocupando hierarquia distinta na ordem jurídica nacional, o que é inadmissível.

O único entendimento capaz de conferir validade ao §3o do art. 5o é aquele que o concilia com o §2o do mesmo artigo e com os citados princípios constitucionais. Assim, os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados pelo Brasil, já detêm, materialmente, o status constitucional, por força do §2o do art. 5o. Caso eles venham a ser aprovados pelo procedimento previsto no §3o do art. 5o, além de materialmente constitucionais, serão também formalmente constitucionais, pois equivalentes às emendas constitucionais [63]. E qual a diferença entre as duas situações, segundo o citado autor?

No primeiro caso, sendo as normas do tratado materialmente constitucionais, elas não têm o condão de reformar a Constituição, de modo que eventual conflito deve ser solucionado pelo princípio da norma mais favorável ao ser humano, consagrado pelo art. 4o, II, da CF/88, que impõe a "prevalência dos direitos humanos". Já no segundo caso, as normas do tratado, sendo também formalmente constitucionais, reformam a Constituição, como o fazem as emendas constitucionais. É óbvio que essa reforma tem limites, que são aqueles impostos à atuação do Poder Constituinte derivado, como o respeito às cláusulas pétreas (art. 60, § 4o). Caso não violem esses limites, as normas do tratado, no segundo caso, podem alterar as normas constitucionais, pois que equivalentes a uma emenda constitucional, o que não ocorre no primeiro caso.

A segunda diferença reside nos efeitos advindos da denúncia. Uma vez ratificado um tratado internacional de direitos humanos, as suas normas têm, automaticamente, status constitucional, integrando o elenco dos direitos fundamentais previstos pela Carta Magna. Sendo tais direitos cláusulas pétreas, como vimos, essas normas também o são, de modo que não poderão mais ser revogadas, nem mesmo por uma futura reforma constitucional. Assim, nos dois casos acima citados, uma eventual denúncia do tratado feita pelo Presidente da República não produziria efeitos internamente, pois as suas normas continuariam em vigor no ordenamento nacional. Todavia, segundo o citado autor, externamente, isto é, no plano internacional, os efeitos produzidos são diversos.

No caso de o tratado não ter sido aprovado pelo rito do §3o do art. 5o, uma vez realizada a denúncia, o Estado brasileiro não mais responde pelo seu cumprimento no âmbito internacional, embora, no âmbito interno, as suas normas permaneçam em pleno vigor. Todavia, no caso de o tratado ter sido aprovado pelo mencionado rito, o Presidente da República não pode denunciá-lo e, caso o faça, pode ser responsabilizado, devendo tal denúncia ser declarada ineficaz. Assim, mesmo que o

tratado preveja expressamente a possibilidade da sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente unilateralmente, nem sequer através de Projeto de Denúncia aprovado pelo Congresso Nacional com o mesmo quórum exigido pelo §3º do art. 5º para a aprovação do tratado [64].

Esse entendimento também é adotado por Flávia Piovesan, nos seguintes termos:

"Com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal." [65].

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que se deve atribuir ao §3º do art. 5º uma interpretação que "lhe assegure um sentido útil e não necessariamente retrocessivo, valorizando o regime jurídico-constitucional dos tratados de direitos humanos anteriores e posteriores à vigência da EC 45". Assim, as normas dos tratados anteriores, por força do §2º do art. 5º, devem ser tidas como materialmente constitucionais. Com relação aos tratados posteriores, em qualquer hipótese, eles também devem ser tidos como tal, pois "todos os direitos fundamentais (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem status materialmente constitucional" de modo que não poderão "ser objeto de abolição direta por uma emenda constitucional". A única diferença – e aí reside o significado do §3º do art. 5º - é que os tratados que forem aprovados pelo procedimento neste previsto serão também formalmente constitucionais. Nesse sentido, eles "não apenas reformam a própria Constituição", mas também tornam impossível "uma posterior denúncia do tratado", sob pena "da responsabilização até mesmo interna se esta vier a ocorrer" [66].

Todavia, em homenagem ao princípio da eventualidade, caso se considere constitucional o §3º do art. 5º, introduzido pela EC n. 45, mas não se atribua a ele a interpretação conforme à Constituição acima explicitada, esse dispositivo não pode ser aplicado à Convenção n. 158 da OIT, como veremos.

A CF/88, em seu art. 5o, XXXVI, prevê o princípio da irretroatividade das normas, ao rezar que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Esse dispositivo, sendo uma garantia fundamental, é também uma "cláusula pétrea", estando sob o manto da intangibilidade. Assim, na ordem jurídica brasileira, a norma somente pode ter efeitos imediatos, não retroativos, regendo apenas situações vivenciadas após a sua vigência.

A Convenção n. 158 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 68, de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.855, de 1996. Desse modo, ela foi incorporada à ordem jurídica brasileira - mais precisamente à Constituição de 1988, como vimos - antes da aprovação da EC n. 45, de 2004. No momento em que essa emenda entrou em vigor, a incorporação constitucional da Convenção n. 158 já havia sido consumada. Dessa forma, exigir que essa Convenção seja novamente aprovada pelo Congresso Nacional, dessa vez seguindo as formalidades do §3o do art. 5o, para que tenha status constitucional, é defender a aplicação retroativa da EC n. 45, em clara violação ao princípio da irretroatividade. Este deve ser necessariamente observado por todas as normas, sejam elas constitucionais – advindas do Poder Constituinte Derivado – ou infraconstitucionais.

Destarte, na eventual hipótese de se considerar válido o §3o do art. 5o, introduzido pela EC n. 45 [67], deve-se reconhecer que as exigências nele previstas se aplicam apenas aos tratados internacionais de direitos humanos posteriores à sua vigência e não àqueles que haviam sido ratificados anteriormente, como é o caso da Convenção n. 158. Esse entendimento é compartilhado por André Ramos Tavares [68] e por Valério de Oliveira Mazzuoli, o qual observa o seguinte:

"Como o §2o do art. 5o da Constituição já atribui índole e nível constitucional para todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da Emenda n. 45, isso significa que apenas aqueles instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil passará a ser parte depois da entrada em vigor da referida emenda é que necessitarão ser aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, para serem equivalentes às emendas constitucionais. (...) o §3o do art. 5o não pode abranger situações pretéritas (como as normas constitucionais em geral também não podem), não podendo ter jamais efeito *ex tunc*, e, portanto, poderá somente ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados posteriormente à data de sua entrada em vigor (8 de dezembro de 2004)". (grifos nossos). [69]

Flávia Piovesan também adota esse entendimento, afirmando que o §3o do art. 5o, não retirou o status de norma materialmente constitucional dos tratados ratificados anteriormente à EC n. 45, mas, sim, apenas trouxe a possibilidade de sua constitucionalização formal, por meio do procedimento previsto no dispositivo. De fato, segundo a autora, "não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação." [70].

Do mesmo modo, Ingo Wolfgang Sarlet nota que não é correto argumentar "que o simples fato de os tratados posteriores à EC 45 poderem (ou deverem, a depender da posição adotada) ser aprovados por emenda constitucional, conduziria inexoravelmente a uma decisão em prol da hierarquia meramente legal dos tratados anteriores". Desse modo, é inafastável a conclusão de que "os tratados anteriores, já por força do art. 5o, §2o, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional" [71].

No mesmo sentido, Alexandre Miguel destaca que o §3o do art. 5o somente pode ter eficácia "ex nunc": "a Emenda Constitucional que introduziu a 'nova regra' opera efeitos prospectivos. Portanto, os tratados de direitos humanos anteriormente ratificados pelo Estado brasileiro, já detêm, por força mesma do §2o, status constitucional, sendo dispensado passar pelo Congresso, para a sabatina do §3o" [72].

Alguns autores, por outro lado, invocam a teoria da recepção para defender a manutenção da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos anteriores à EC n. 45. Um exemplo típico da aplicação dessa teoria é quando uma lei ordinária, anterior à Constituição, é com ela materialmente compatível, de modo que será por ela recepcionada, ainda que a matéria de que trata, de acordo com a nova ordem constitucional, deva ser regulada por lei complementar. A lei ordinária é, assim, recepcionada pela nova Constituição como lei complementar, somente podendo ser alterada ou revogada por um diploma legal desse tipo. Foi o que ocorreu, ilustrativamente, com a Lei n. 5.172/66, conhecida como Código Tributário Nacional, em razão de veicular matéria reservada à lei complementar pelo art. 146 da CF/88.

Jasson Hibiner Amaral propõe a aplicação analógica dessa teoria à situação gerada pela EC n. 45. Os tratados internacionais de direitos humanos assinados antes da sua vigência, que foram submetidos ao devido procedimento estabelecido à época da sua ratificação e que, assim, adquiriram status constitucional por força do §2o do art. 5o, seriam recepcionados pela ordem constitucional alterada pela EC n. 45 com o status de

emenda constitucional [73]. José Carlos Francisco também adota esse entendimento, ressaltando que a recepção é um "princípio geral de Direito Constitucional (que independe de previsão expressa)" [74]. No mesmo sentido, embora não mencionando expressamente a teoria da recepção, veja-se os seguintes acórdãos, proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, respectivamente:

"Assim, é constitucionalmente possível que um tratado internacional retire do ordenamento jurídico pátrio as exceções ou as restrições aos direitos fundamentais, mesmo que tais exceções ou restrições estejam previstas no rol do art. 5º da Constituição Federal, pois, como antes referido, o que é vedado não é a alteração do art. 5º, mas a abolição dos direitos e garantias fundamentais, estejam eles onde estiverem (CF/88, art. 60, §4º, IV), sendo que a sua ampliação, longe de estar vedada, está na verdade expressamente autorizada, exatamente pela redação do dispositivo que recusa a taxatividade ou o *numerus clausus* (CF/88, §2º do art. 5º). E assim era desde a redação original da vigente Constituição Federal, com muito mais razão será agora com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da CF/88, com o que os tratados internacionais ganharam clara e expressamente, força de Emenda Constitucional." (grifos nossos) [75].

"Recentemente, a Emenda Constitucional n. 45/2004 dispôs na redação que deu ao §3º do art. 5º da Constituição que: 'Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais'. Embora não tenha ocorrido a aprovação com o quorum mencionado, forçoso é convir que está aí sinalizada a posição mais correta na exegese a respeito da legislação em comento." (grifos nossos) [76].

Por todo o exposto, resta claro que a EC n. 45, de 2004, em nada veio a alterar o entendimento defendido neste trabalho, qual seja, o de que a Convenção n. 158 da OIT foi incorporada à ordem jurídica brasileira com a hierarquia de norma constitucional e que a sua denúncia é um ato absolutamente inválido, entendimento que esperamos seja acolhido pelo Egrégio STF, no julgamento da ADIn n. 1625.

Por fim, há de ressaltar a possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção. Como vimos, o STF, no julgamento da ADIn n. 1480, considerou o art. 7º, I, da CF/88, uma norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação por lei complementar. Na hipótese de a ADIn n. 1625 ser julgada improcedente, considerando-se válida a denúncia da Convenção n. 158, uma solução interessante é a impetração de mandado

de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88) perante o STF. O objetivo desse remédio constitucional é permitir que o Poder Judiciário possa suprir a omissão do Poder Legislativo, formulando a regra integrativa para o caso concreto, e, assim, permitindo o exercício do direito. O STF já havia se pronunciado no sentido de que, julgado procedente o remédio, cabia-lhe apenas dar ciência da omissão ao órgão por ela responsável.

Todavia, com a alteração da sua composição, recentemente o STF mudou de entendimento no julgamento de alguns mandados de injunção (v.g., MI n. 670/ES, MI n. 708/DF e MI n.712/PA). Tratava-se do direito de greve do servidor público (art. 37, VII, da CF/88), ao qual se conferiu efetividade, ordenando a aplicação da Lei n. 7783/89 (que regula o exercício da greve no setor privado), enquanto não for editada lei específica. Desse modo, poder-se-ia também impetrar o mesmo remédio para que o STF confira efetividade ao direito à proteção contra a dispensa imotivada (art. 7º, I, da CF/88), até que sobreviesse a lei regulamentadora.

8 Conclusão

A Convenção n. 158 da OIT condiciona a validade da dispensa do empregado à existência de um motivo juridicamente relevante, relacionado à sua capacidade, comportamento ou às necessidades de funcionamento da empresa. Nesse sentido, encontra-se em perfeita consonância com o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que inclui essa proteção dentre os direitos do trabalhador, condicionando a sua instituição à edição de lei complementar.

Em virtude de conter normas de proteção a direito fundamental do homem-trabalhador, ao ser ratificada pelo Brasil, tornou-se parte integrante da Constituição Federal de 1988, por força do seu art. 5º, §2º. Ao conferir contornos precisos ao aludido art. 7º, I, possibilitou que o direito neste previsto tornasse de eficácia imediata. O papel do diploma complementar neste previsto será apenas o de restringir alguns aspectos da referida Convenção, nas hipóteses e limites por ela permitidos.

Em sede da ADIn n. 1.480, foi argüida a invalidade da Convenção, tendo o STF deferido a liminar nela requerida, aduzindo argumentos contrários à sua constitucionalidade, os quais, no entanto, carecem de fundamentação. Essa ação foi extinta, em razão da posterior denúncia da Convenção, através de Decreto presidencial, em 1996. A invalidade desse ato é clarividente, tendo sido impugnada através da ADIn n. 1.625, que está sendo atualmente julgada pela Suprema Corte.

O julgamento dessa denúncia, pelo STF, é imprevisível, tanto com relação à sua demora, quanto ao seu resultado. Dessa forma, cumpre ao legislador, aproveitando o ensejo da reforma trabalhista, vir a editar a lei que regulamenta a proteção contra as dispensas imotivadas, prevista no art. 7º, I, da Constituição da República, podendo pautar-se pelas normas da própria Convenção n. 158.

9 Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, Aldo de Campos. Direitos humanos: reforma gera tumultos em tratados internacionais. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32678,1>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. Reforma do Judiciário: analisada e comentada. org. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5a ed. São Paulo: LTr, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. Reforma do Judiciário: analisada e comentada. org. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005.

FILHO, Evaristo de Moraes. A justa causa na rescisão do contrato de trabalho. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GHERA, Edoardo. Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro. Bari: Cacucci Editore, 2003.

GIGLIO, Wagner D. Justa causa. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRANDI, Mario. Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche. Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, ano XXII, vol. I, p. 3-34, Milão, 2003.

JÚNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. Tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 07-30, São Paulo, n. 43, ano 11, abr./jun. 2003.

LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain. Droit du travail. 17^a ed. Paris: Éditions Dalloz, 1994.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais, 1992.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Revista de Informação Legislativa, p. 231-50, Brasília, Senado Federal, n. 148, ano 37, out./dez. 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, ano 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional público. v. I. 14a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 55, p. 286-326, abr./jun.2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Nelson Camatta. A interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da emenda nº45. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Notadez, ano 07, n. 25, p.121-136, abr./jun. 2007.

OIT. International Labour Organization Constitution. Disponível em <<http://www.oit.org/public/english/about/iloconst.htm#a19p3>>. Acesso em 11 jul. 2006.

OIT. Protección contra el despido injustificado - Conferencia Internacional del Trabajo. 82a Reunión. Ginebra: OIT, 1995.

PANICI, Pier Luigi. Il diritto alla reintegrazione: nuove prospettive europee per la tutela contro i licenziamenti. Il lavoro nella Giurisprudenza, ano VIII, p. 614-21, Milão, Ipsoa Editore, jul. 2000.

Pfaffenseller, Michelli. A (in)eficácia do § 3º do art. 5º da CF/88 como norma de integração dos direitos humanos provenientes de tratados internacionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 58, p. 335-356, jan./mar. 2007.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 81-102, São Paulo, jan./dez. 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAY, Jean-Emmanuel. Droit du Travail: droit vivant. 13ª ed. Paris: Éditions Liaisons, 2004.

REDIN, Giuliana. Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 59, p. 345-358, abr./jun. 2007.

REIS, Daniela Muradas. Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: A Reserva Implícita ao Retrocesso Sócio-Jurídico do Trabalhador nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 57, p. 05-48, out./dez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da constituição. *Interesse Público*, Porto Alegre, Notadez, ano 08, n. 37, p. 49-64, mai./jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 42-73, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 46, ano 12, 2004.

SGARBOSSA, Luís Fernando. A emenda constitucional n. 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Disponível: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT. Belo Horizonte: RTM, 1996.

SILVA, Antônio Álvares da. A Convenção 158 da OIT. Belo Horizonte: RTM, 1996.

SILVA, Antônio Álvares da. Proteção contra a dispensa na nova constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. 3a ed. São Paulo: LTr, 2000.

TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

Treaty establishing a Constitution for Europe. Disponível em <<http://www.europarl.org.uk/constitution/ConstitutionDualMain.htm>> Acesso em 13 jul. 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. 2a.ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

VALLEBONA, Antonio. Istituzioni di Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro. vol. II. 4a ed. Padova: Cedam, 2004.

VIANA, Márcio Túlio (coord.), FILHO, Luiz Phillipe Vieira de Melo, HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira, JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves, RENAULT, Luiz Otávio Linhares, REZENDE, Alaor Satuf. Teoria e Prática da Convenção 158. São Paulo: LTr, 1996.

Notas

Nessa oportunidade, foi também aprovada a Recomendação n. 166, que versa sobre o mesmo tema da Convenção, explicitando diversos de seus dispositivos. As convenções são tratados internacionais, passíveis de ratificação pelos países-membros da OIT, enquanto que as recomendações são fonte material de direito, sendo o seu papel o de incentivar o legislador de cada país a adotar, internamente, os seus preceitos. Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. 3a ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 180-182.

Adota-se o entendimento de José Francisco Rezek de que "convenção" é apenas uma variante terminológica do tratado internacional, utilizando-se, portanto, esses termos como sinônimos. Direito internacional público: curso elementar. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15 -16.

OIT. Protección contra el despido injustificado - Conferencia Internacional del Trabajo. 82a Reunión. Ginebra: OIT, 1995. p. 10.

VIANA, Márcio Túlio et. al. Teoria e Prática da Convenção 158. São Paulo: LTr, 1996. p. 29.

Esse entendimento, infelizmente, não vem sendo aplicado aos empregados das empresas estatais, salvo aqueles da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, conforme nos revela a Orientação Jurisprudencial no 247, da SDI-I, do TST: "Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade. I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais."

Evaristo de Moraes Filho afirma que "(...) podemos então conceituar a justa causa para a rescisão unilateral do contrato de trabalho, sem ônus para nenhuma das partes, como todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e a boa-fé que devem entre elas existir, tornando assim impossível o prosseguimento da relação.". A justa causa na rescisão do contrato de trabalho. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 105. Wagner Giglio, por sua vez, assevera que a "Justa causa poderia ser conceituada como todo ato faltoso grave, praticado por uma das partes, que autorize a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante. A justa causa se constitui, essencialmente, portanto, pela prática de uma infração. Nem toda infração ou ato faltoso, entretanto, configura justa causa para a rescisão, pois é necessário que esse ato se revista de gravidade, como será visto. Interessa saber, portanto, o que são atos faltosos. Empregado e empregador se unem através de um contrato de trabalho que prevê obrigações mútuas: para o empregado, obrigações de obediência, diligência no serviço e fidelidade; para o empregador, de fornecer serviço, pagar salário, respeitar o empregado e cumprir as demais cláusulas do contrato. No desenrolar das relações de trabalho comete ato faltoso a parte que descumprir essas obrigações.". Justa causa. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12. O rol principal das justas causas encontra-se no art. 482 da CLT, embora haja também condutas faltosas previstas em outros preceitos celetistas (v.g., arts. 158, parágrafo único e 240, parágrafo único) e em dispositivos da legislação extravagante (v.g., art. 7o, §3o, do Decreto n. 95.247/87, arts. 7o e 14, da Lei n. 7.783/89).

Quando referimos à extinção do posto de trabalho não aludimos apenas à supressão da função exercida pelo obreiro na empresa, pois que esta pode ser mantida, com a redução do número de pessoas que a exercem.

SILVA, Antônio Álvares da. A Convenção 158 da OIT. Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 103-7.

OIT. Protección contra el despido injustificado. p. 128.

"Os modelos extremos que representam os interesses econômicos do empregador e os interesses sociais do empregado são liberdade absoluta de despedir e segurança plena no emprego que equivaleria a impossibilidade absoluta de dispensa. Nenhum deles, entretanto, é encontrado nos sistemas jurídicos contemporâneos, o que demonstra que

já se acha em elaboração um desejável processo de síntese entre ambos." SILVA, Antônio Álvares da. Proteção contra a dispensa na nova constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 1991. p. 59.

Nesse sentido, conferir SILVA, Antônio Álvares da. A Convenção 158 da OIT. Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 62-3 e VIANA, Márcio Túlio et. al. Teoria e Prática da Convenção 158. São Paulo: LTr, 1996. p. 78.

Cf., dentre outros, VALLEBONA, Antonio. Istituzioni di Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro. vol. II. 4a ed. Padova: Cedam, 2004. p. 353 e ss, GRANDI, Mario. Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche. Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, ano XXII, vol. I, p. 3-34, Milão, 2003 e GHERA, Edoardo. Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro. Bari: Cacucci Editore, 2003. p. 148 e ss.

Cf. RAY, Jean-Emmanuel. Droit du Travail: droit vivant. 13a ed. Paris: Éditions Liaisons, 2004. p. 264. e LYON-CAEN, Gerard, PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain. Droit du travail. 17^a ed. Paris: Éditions Dalloz, 1994. p. 287.

PANICI, Pier Luigi. Il diritto alla reintegrazione: nuove prospettive europee per la tutela contro i licenziamenti. Il lavoro nella Giurisprudenza, ano VIII, p. 614-21, Milão, Ipsoa Editore, jul. 2000 e SILVA, Antônio Álvares da. Proteção contra a dispensa na nova constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 1991. p. 66-89.

Em razão de a ratificação desse Tratado ter sido recusada na França e na Holanda, o que impossibilitou a sua entrada em vigor, ele objeto de revisão, a partir da qual foi elaborado o Tratado de Lisboa, firmado pelos representantes dos 27 países-membros da União Européia, em 13 de dezembro de 2007, na capital portuguesa. Esse diploma altera o Tratado da União Européia e o Tratado que institui a Comunidade Européia. A sua entrada em vigor, prevista para o dia 1^o de janeiro de 2009, nos termos do seu art. 6^o, depende da sua prévia ratificação por todos os Estados-membros, cabendo a estes escolher o modo como isso será feito (v.g., "referendum" popular), em conformidade com as respectivas normas constitucionais.

JÚNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. Tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 07-30, São Paulo, n. 43, ano 11, abr./jun. 2003. p. 17

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 407.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. 2.ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 178-9.

"Adolfo Gelsi Bidart observa que os Direitos Humanos são 'derechos básicos, sin los cuales no sería factible una sociedad adecuada para el hombre que deben reconocerse

a todo hombre por pertencer a (o derivan de) su modo de ser propio'.". MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais, 1992. p 20.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 81-102, jan./dez. 1999. p. 92.

Essa percepção ganhou força após a Segunda Guerra Mundial (1939-45), expressando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, e nos demais documentos internacionais que a sucederam, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, p. 231-50, Brasília, Senado Federal, n. 148, ano 37, out./dez. 2000. p. 236.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. p. 234-5.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. p. 235.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13a ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 44-6. O entendimento de que os direitos fundamentais não podem estar previstos em qualquer lei, mas devem estar garantidos por uma lei igualmente fundamental, qual seja, a Constituição, é expresso pelo Prof. Joaquim Carlos Salgado, citado por MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. p. 20.

Essa posição é defendida por eminentes doutrinadores, tais como Flávia Piovesan, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Celso de Albuquerque Mello, Carlos Weiss, Cezar Augusto Rodrigues Costa, Clèmerson Merlin Clève, Fernando Luiz Ximenes Rocha e Jorge Miranda, este último em comentários a dispositivo semelhante presente na Constituição portuguesa. Essas referências são feitas por MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro*. p. 240.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 407-8.

O direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego vem expresso em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como no art. 23, parágrafo 1, da "Declaração Universal dos Direitos Humanos", promulgada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, in verbis: "Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego".

Essa posição é defendida por Antônio Álvares da Silva, em sua obra *A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 38-9.

Art. 19, §3o "In framing any Convention or Recommendation of general application the Conference shall have due regard to those countries in which climatic conditions, the imperfect development of industrial organization, or other special circumstances make the industrial conditions substantially different and shall suggest the modifications, if any, which it considers may be required to meet the case of such countries". Disponível em:

<<http://www.oit.org/public/english/about/iloconst.htm#a19p3>> Acesso em: 11 jul. 2006. Tradução livre.

Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. p. 183-5.

SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 120.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13a ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 444.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5a ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 199-201.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 235.

VIANA, Márcio Túlio et. al. *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996. p. 84.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 197. No mesmo sentido, SILVA, Antônio Álvares. *A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 38-9.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. p. 215-6.

Esse entendimento é defendido por diversos autores, como Valério Mazzuoli: "Ou seja, a partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde o seu ingresso, a constituir cláusulas pétreas, não mais podendo ser suprimidos

por qualquer maneira.". Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Revista de Informação Legislativa, p. 231-50, Brasília, Senado Federal, n. 148, ano 37, out./dez. 2000. p. 245. Essa posição também é acolhida por Ivo Dantas, em sua obra "Constituição Federal: teoria e prática", tendo sido igualmente expressa pelos Ministros Carlos Mário da Silva Velloso e Marco Aurélio Mello, do STF, no julgamento da ADIn no 939-07/DF, consoante nos revela MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13a ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2003. p. 545.

A indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais são defendidas por José Luiz Quadros de Magalhães, consoante nos revela o seguinte trecho: "Embora estes direitos tenham características próprias, eles não são estanques. Pelo contrário. Os Direitos Sociais vêm complementar os Direitos Individuais, oferecendo meios para que cada indivíduo, e não apenas alguns, possa usufruir dos Direitos Individuais. Desta forma, se a Constituição prevê o direito à vida, não só deve o Estado respeitar este direito como também deve oferecer meios para que ele se realize através do direitos social do trabalho, do direito à saúde, e ao lazer, entre outros.". MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna. p. 280.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, p. 42-73, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 46, ano 12, 2004. p. 64.

Entendem ser necessária a atuação conjunta do Presidente da República e do Congresso Nacional, para se consumar a denúncia, Pontes de Miranda, Celso D. de Albuquerque Mello, Flávia Piovesan. Em sentido contrário, afirmando poder o Presidente da República ou Congresso Nacional, isoladamente, denunciarem um tratado, Francisco Rezek. In MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais. p. 110-111.

"A ratificação, na definição de Sette Câmara, 'é ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais' (...) Existem três sistemas sobre o poder competente para proceder à ratificação: a) competência exclusiva do Executivo (adotado nas monarquias absolutas, Itália fascista, etc.); b) divisão de competência entre o Executivo e o Legislativo, que pode ser dividido em dois tipos: 1 – o que obriga a intervenção do Congresso apenas em alguns tratados (França); 2- o que obriga a intervenção do Congresso em todos os tratados (Brasil); c) sistema consagrando a primazia do Legislativo (Suíça, URSS)". MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional público. v. I. 14a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 221-222.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. p. 239.

Valério de Oliveira Mazzuoli nota que a alteração constitucional em tela causou graves problemas interpretativos, "sendo que o primeiro e mais estúpido deles foi o de ter feito tábula rasa de uma interpretação do §2o do art. 5o da Constituição que já estava sedimentada na doutrina humanista mais abalizada, bem como na jurisprudência de vários tribunais de diversos Estados brasileiros.". MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, ano 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. p. 96.

Como nota André Ramos Tavares, o §3o do art. 5o contraria a "interpretação que era feita sob o manto do §2o do art. 5o da CB, acerca da incorporação constitucional, automática e sob o critério da materialidade constitucional de tratados versando direitos humanos.". TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42. Pedro Dallari também observa que o dispositivo em tela "operou em sentido oposto à interpretação de que o §2o do mesmo art. 5o, desde a sua edição em 1988, já ensejaria o nivelamento constitucional para o rol (de tratados) preexistente à EC 45", de modo que, "relativamente ao passado, o texto do §3o do art. 5o revela-se contraproducente como instrumento de promoção efetiva dos direitos humanos.". DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. Reforma do Judiciário: analisada e comentada. org. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005. p. 95.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 68.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 208.

Decisão proferida na ADIn n. 939 e publicada no Diário de Justiça, em 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=ADI&processo=939&origem=IT&cod_classe=504>. Acesso em: 18 mar. 2008.

Nesse sentido, vide SGARBOSSA, Luís Fernando. A emenda constitucional n. 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Disponível: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 21 fev. 2008. Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, por sua vez, nota que "para quem crê, como nós, que as normas internacionais de direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direito como niveladas às já expressas na Lei Maior, qualquer emenda à Carta Fundamental que negue tal presença normativa é abolitiva de direitos e garantias fundamentais, estando, pois, em conflito com a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, IV, CR, sendo, pois inválida". LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 21 fev. 2008. Aldo de Campos Costa, por sua vez, ressalta a "duvidosa constitucionalidade" da EC n. 45, que operou uma alteração "absolutamente infeliz" ao introduzir no art. 5o o "malsinado parágrafo 3o". COSTA, Aldo de Campos. Direitos humanos: reforma gera tumultos

em tratados internacionais. Disponível em:
<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32678,1>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

José Afonso da Silva defende a validade do §3º do art. 5º. Segundo o autor, antes da EC n. 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos eram incorporados automaticamente à Constituição Federal, por força do art. 5º, §2º. Todavia, "essa questão precisa ser repensada em face do §3º que a EC-45/2004 inseriu no art. 5º (...) as normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele §3º são inconstitucionais, e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo, ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária e eventual conflito se resolverá, no nosso entender, pelo modo de apreciação da relação entre lei especial e lei geral". SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 183. Também Paulo Bonavides considera válido o §3º do art. 5º, pois, segundo ele, a EC n. 45/2004, ao introduzi-lo, "privilegiou os direitos humanos". BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 668.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da constituição. Interesse Público, Porto Alegre, Notadez, ano 08, n. 37, p. 49-64, mai./jun. 2006. p. 49.

Pfaffenseller, Michelli. A (in)eficácia do § 3º do art. 5º da CF/88 como norma de integração dos direitos humanos provenientes de tratados internacionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 58, p. 335-356, jan./mar. 2007. p. 351.

MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 55, p. 286-326, abr./jun.2006. p. 322.

REDIN, Giuliana. Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n. 59, p. 345-358, abr./jun. 2007. p. 355.

O autor ressalta, ainda, que o art. 5º, §1º, em combinação com o art. 60, da CF/88, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do legislador ordinário e dos demais órgãos estatais, mas, inclusive, "contra a atuação do poder de reforma constitucional". SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 57, p. 05-48, out./dez. 2006. p. 33-36.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. p. 36. No que tange especificamente à seara trabalhista, Daniela Muradas Reis demonstrou, em sua tese de Doutorado, que o nosso ordenamento jurídico,

notadamente no art. 3o, II, e no art. 7o, caput, da CF/88, consagrou o princípio da vedação ao retrocesso sócio-jurídico das condições de trabalho. Vide REIS, Daniela Muradas. Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: A Reserva Implícita ao Retrocesso Sócio-Jurídico do Trabalhador nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. p. 100.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. p. 101.

Rogério Leal, com fulcro em Canotilho, estabelece uma linha de princípios hermenêuticos constitucionais, entre os quais o princípio da máxima efetividade – "no caso de dúvidas entre formas interpretativas, devemos preferir a interpretação que reconheça maior eficácia, por exemplo, aos Direitos Fundamentais" – e o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição – "no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas, devemos dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição". De fato, "a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre suas normas, o que obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão" existentes entre as suas normas. LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 154-155.

REDIN, Giuliana. Crítica ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira à luz da internacionalização dos direitos humanos. p. 356.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. p. 106.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. p. 108-110.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 74.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 55 e 60-62.

Importa notar que o Ministro Carlos Velloso, no voto proferido como relator no julgamento de um Recurso interposto perante o STF, em 22.02.2005, assim se manifestou: "Verifica-se, assim, a prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais não aprovados segundo o procedimento descrito

no §3o do art. 5o, da CF/88.". Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 513.044-5/SP, 2a Turma, publicado no DJ em 08.04.2005. p. 31.

O autor defende que a tese da incorporação constitucional automática via §2o do art. 5o seja mantida para os tratados ratificados antes da publicação da EC n. 45/2004. TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88. p. 45.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. p. 105.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. p. 72.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 60.

MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 323.

AMARAL, Jasson Hibiner. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3o ao artigo 5o da Constituição federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas. 2005. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro. p. 123 apud MOREIRA, Nelson Camatta. A interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da emenda nº45. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Notadez, ano 07, n. 25, p.121-136, abr./jun. 2007. p. 128.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. Reforma do Judiciário: analisada e comentada. org. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005. p. 103. Ingo Wolfgang Sarlet, todavia, considera que esse entendimento "difícilmente se revela como sustentável, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais.". SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. p. 52.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n. 70011566882. 2a Câmara Cível. Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento em 25.05.2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 21 fev. 2008.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0408.02.000139-7/001. 2a Câmara Criminal. Rel Des. Beatriz Pinheiro Caíres. Julgamento: 12.05.2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0408&ano=2&txt_processo=139&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 21 fev. 2008.

* Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Roma II. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-Minas. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II. Bacharel em Direito pela UFMG. Advogada.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12501>

Acesso em: 24 mar. 2009.