

O JULGAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONVENÇÃO 158 DA OIT - UMA OPORTUNIDADE DE LEGITIMAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSTITUTIONALITY OF THE TRIAL OF THE ILO CONVENTION 158 - AN OPPORTUNITY OF THE SUPREME COURT FEDERAL LEGITIMATION

Rubens Silveira Taveira Junior*

RESUMO

A dignidade da pessoa humana não ocorre sem a efetivação dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais trabalhistas, por estar o trabalho intimamente ligado à ideia de sobrevivência das pessoas, sendo, também, reconhecido como princípio da ordem econômica uma vez que tem seu valor social por esta privilegiado (art. 170, CF/88). Porém o neoliberalismo fragilizou por demais as relações trabalhistas, flexibilizando normas e desregulamentando o Direito do Trabalho. Em tal contexto surgiu a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), garantindo o emprego de trabalhadores ao proibir a despedida arbitrária ou sem justa causa, porém, logo após a sua entrada em vigor, teve suspensa sua aplicação por determinação do Supremo Tribunal Federal (STF), após sua denúncia pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Diante de tal decisão, pretende-se aqui defender a vigência da citada norma, apresentando relevantes fundamentos que propiciem ao STF uma mudança de posicionamento exarado em momento anterior, oferecendo àquela Corte uma oportunidade de legitimação, tendo em vista a importância e abrangência social de uma decisão que conclua pela constitucionalidade de tal convenção.

PALAVRAS CHAVE: TRABALHO; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; CONVENÇÃO 158 DA OIT; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; LEGITIMIDADE.

ABSTRACT

The dignity of the human person does not occur without the enforcement of fundamental rights, especially social rights labor, the work to be closely linked to the idea of survival of people, and is also recognized as a principle of economic order to advocate that the social value work (art. 170, CF/88). But neoliberalism has weakened too labor relations, easing rules deregulating the Labor Law. In this context came the ILO Convention 158, ensuring the employment of workers by prohibiting arbitrary dismissal or without cause, however, soon after its entry into force, had suspended its application for determination of the Supreme Court, after its withdrawal by the then President Fernando Henrique Cardoso. Faced with this decision, it is intended here to argue the validity of this standard with relevant fundamentals that provide the STF a change of position recorded in the earlier time, leading to that court an opportunity to legitimize, in view of the importance and scope of a social decision concluding that the constitutionality of such a convention.

KEYWORDS: LABOR; DIGNITY OF HUMAN PERSON; CONVECTION OF ILO 158; FEDERAL SUPREME COURT OF BRAZIL; LEGITIMACY.

* Auditor Fiscal do Trabalho, Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente trabalho traçar algumas considerações entendidas como relevantes quanto à importância da Convenção 158 da OIT como norma essencial à formalização de um Estado social democrático, conforme almejado pelo constituinte originário de 1988, principalmente no tocante à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, por ser na sua essência uma norma com direito fundamentalidade tanto formal, quanto material.

Para tal mister, delinear-se-á seus aspectos materiais, atribuindo-lhe, além da plena vigência, o caráter de norma reguladora do art. 7º, inciso I, da Carta Federal de 1988, norma esta pendente de uma regulamentação expressa por parte do Congresso Nacional, omissão esta que criou sérios problemas quanto à efetivação de tal direito fundamental. É imprescindível que se abordem os enfoques político, sociológico e jurídico, tendo quanto a este, em especial, a análise da Constituição sob os olhares dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Para tal desiderato, ter-se-á como metodologia da racionalidade aqui desenvolvida a análise bibliográfica de estudos científicos feitos sobre o tema, sobretudo da necessidade de uma regulamentação para o art. 7º, inciso I, da Carta Federal de 1988, bem como a análise de estudos feitos por órgãos e entidades que revelaram os reflexos financeiros e sociais no âmbito da sociedade brasileira.

Muitas decisões dessa Corte não foram bem recepcionadas pelos jurisdicionados, pois, em várias delas, houve lesão a direitos fundamentais que com muito esforço, e até mesmo com sacrifícios de vidas, conquistaram-se ao longo da história deste país.

Intenciona-se demonstrar que a decisão a ser exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1625/1997 é de suma importância para uma grande parcela dos trabalhadores brasileiros, já que, caso seja julgado inconstitucional o Decreto 2100/96, mais à frente plenamente minudenciado, influenciar-se-á de forma contundente o desumano mecanismo patronal de rescisão contratual de trabalho, criando regras para tal momento de encerramento da prestação de serviços que visam a atender o primado da dignidade da pessoa humana.

Pela característica e relevância de tal decisão, principalmente pela sua abrangência em relação à população brasileira, entende-se ser ela uma oportunidade de legitimação daquela Corte. Não uma legitimação quanto à sua constituição, mas decorrente de um STF “ativamente mais democrático e, neste sentido, mais social e político (no sentido de promover o bem-estar, aprimorar valores e assegurá-los em benefício da sociedade), a alcançar a

participação popular, já que o povo não participa de outras etapas da composição e funcionamento do órgão.”¹

É momento de o Supremo Tribunal Federal voltar os olhos para si, porém sem deixar de vislumbrar que muitos outros olhos estão a observá-lo, olhos estes cansados de interpretações e decisões que só lhes trouxeram descontentamento. Portanto deve o STF usar em favor da população sua parcela de poder, não aquela parcela de poder inerente à resolução de uma lide em casos concretos, mas aquela que vise a atender os interesses de uma maioria que hoje não possui qualquer privilégio.

Sobressai-se em tal contexto a importância daquela norma de Direito Internacional, tendo a interpretação atual de todos os institutos inerentes à validade e vigência da Convenção 158 da OIT importância fundamental para resolver tal questionamento, criando-se oportunidade única não só de efetivação de direitos fundamentais previstos em normativos internacionais, mas também uma oportunidade daquela Corte maior corrigir alguns erros de avaliação cometidos no desempenho da sua função judicante.

2. NATUREZA JURÍDICA DAS CONVENÇÕES DA OIT

J. F. Rezek entende que tratado internacional “é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público destinado a produzir efeitos jurídicos.”²

Porém, no âmbito do estudo do Direito Internacional do Trabalho, dúvidas não pairam quanto à natureza jurídica das convenções da OIT. Conforme Arnaldo Süssekind “as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) são tratados multilaterais, abertos de caráter normativo.”³ Ressalta o citado autor que “as expressões convenção e tratado são sinônimas, mas a tendência do direito comparado é a de reservar à primeira para os tratados multilaterais abertos adotados em conferências realizadas no âmbito de organismos internacionais ou regionais de direito público.”⁴

Já Jorge Luiz Souto Maior dá a tais normas uma conotação mais constitucionalista ao classificá-las como tratados internacionais de direitos humanos, afirmando que:

O direito do trabalho, portanto, sob um prisma internacional, é, inegavelmente, uma face importante, e até mais visível, dos direitos humanos e mesmo no direito interno isto não passou despercebido: o artigo 1º, da CF, consagrou como princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do

¹ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O STF na crise institucional brasileira: Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 113.

² REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 30.

⁴ Idem, p. 30.

trabalho; o artigo 3º preconizou como um dos objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV); o artigo 170 estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e conforme os ditames da justiça social. Dê-se especial relevo, ainda, ao fato de que os artigos 7º e 8º, que trazem inúmeras normas de natureza trabalhista, estão inseridos no Título pertinente aos direitos e garantias fundamentais.⁵

O que é fato é que as convenções da OIT têm por objeto normas de direitos humanos e que, ao serem introduzidas a certos ordenamentos jurídicos, dependendo da forma como elas são incorporadas, podem ter a natureza de direito fundamental em sentido material.

Esse é o caso brasileiro, pois, a partir da noção de fundamentalidade material proposta por vários autores, entre eles Sarlet ⁶, em conformidade com o Art. 5. § 2º, da Carta de 1988, pode se deduzir que normas internacionais que tratem de direitos humanos, ao serem internalizadas, adquirem o *status* de Constituição em sentido material, ou seja, tem o mesmo *status* que direitos fundamentais na sua acepção material.

Ressalte-se que, a partir da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição da República de 1988, caso a incorporação se dê da mesma forma que a da aprovação das emendas à Constituição, adquirem as normas internacionais o *status* de constituição em sentido material e também formal.⁷

Note-se que as Convenções da OIT complementam e servem de instrumento de efetivação de várias disposições constitucionais, cuja fundamentalidade é discutida na doutrina, ratificando a ideia de que tais normas trazem consigo verdadeiros processos históricos de construção, passando a adquirir características emancipatórias, de igualdade e liberdade, que acompanharam seu processo de formação.⁸

É nesse diapasão que devem ser reconhecidas as convenções da Organização Internacional do Trabalho, isto é, como tratados internacionais de direitos humanos, pois o trabalho é aquele elemento social que dignifica o homem, e o Direito do Trabalho seria o

⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

⁷ 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.”

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; CAMERA, Sinara. **O estado em tempos de triunfo da humanidade: a soberania como responsabilidade.** Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 5590.

elemento balizador das condutas empresariais fazendo com que os trabalhadores alcancem a tão propalada dignidade da pessoa humana.

3. UM BREVE HISTÓRICO DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

De forma preliminar, necessário se faz, antes de se adentrar ao mérito da questão a ser analisada, apresentar um breve relato cronológico da Convenção 158, bem como uma exposição de seu conteúdo, para que se faça um situamento histórico de tal norma, tendo em vista os fins a que se destina o presente artigo.

Após assinatura do instrumento internacional adesivo em Genebra, em data de 22 de junho de 1982, o Brasil ratificou a Convenção 158 da OIT através do Decreto Legislativo nº 68 de 16 de setembro de 1992, Decreto este de competência do Congresso Nacional e necessário para sua existência em nosso ordenamento jurídico.

Com o Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, da lavra do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, foi promulgada a referida Convenção, entrando em vigor na data da publicação do citado decreto, passando a ter existência, vigência e eficácia no plano interno e tratando de limitações ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

Note-se que a matéria regulada pela citada convenção ajustava-se à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos moldes preconizados pelo legislador original constituinte do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Acontece que essa norma trazia como necessária para a regulamentação da matéria a edição de lei complementar. Porém, aplicando-se ao caso o art. 5º, § 2º, da nossa Carta Maior, o qual fala que “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”, defendeu-se a constitucionalidade material da Convenção 158, bem como sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Os benefícios para os trabalhadores trazidos pela Convenção eram inquestionáveis. Conforme Francisco Gérson Marques de Lima:

Não carece dizer, aqui, os benefícios que a Convenção traria para os trabalhadores. Do lado da empresa, a economia pouco seria afetada, o mesmo não se podendo afirmar do poder subjacente de coação-temor sobre os seus empregados, tementes da dispensa imotivada e abrupta. É que a falta de estabilidade e de garantia no emprego acarreta enorme submissão do trabalhador ao empregador. O terror do desemprego leva o empregado à fragilização, ao medo de reclamar, ao receio até de denunciar irregularidades às autoridades públicas. Este ambiente é propício aos

males do trabalho, entre os quais os assédios (moral e sexual), com forte abalo emocional.⁹

Todavia interesses do empresariado nacional dos mais diversos setores foram determinantes na implementação da referida convenção, levando seus questionamentos para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

No juízo prévio de concessão de liminar na ADI 1.480-3 ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte – CTN e Outro, o Presidente do STF em exercício, Ministro Celso de Mello, entendeu “ser irrecusável admitir que a Convenção 158 da OIT estava *formalmente* incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil.”

O Ministro Celso de Mello não concedeu a liminar, preferindo ouvir o Presidente da República antes de lavrar a decisão final em sede liminar. Conforme Gérson Marques, “os Tribunais Regionais do Trabalho, embora claudicantes, iniciaram, por assegurar aos trabalhadores a garantia de emprego estabelecida pela Convenção 158 da OIT”.¹⁰

Já o Tribunal Superior do Trabalho não teve a mesma postura, pois cassou todas as decisões que entenderam ser vigente e aplicável a referida convenção, revelando “na cúpula do Estado brasileiro uma visão patronal, em ideologia para além do liberalismo”.¹¹

Em 20 de dezembro de 1996, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, através do Decreto 2.100/1996, publica a denúncia à Convenção 158 da OIT. Incontinênti, o STF defere medida liminar suspendendo os efeitos da citada norma, demonstrando ser contrário, de forma explícita, aos interesses dos trabalhadores.

O que deve ser destacado é que, com tal posição, o STF foi fundamental para a continuidade da teoria do direito potestativo patronal quando da extinção dos contratos de trabalho em não havendo uma causa justificadora, uma vez que, ao não conferir uma eficácia mínima àquela norma, “coadunou-se perfeitamente com a política de desemprego e de flexibilização empreendida pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso”.¹²

Destaca-se, ainda, que tal desrespeito também se dava na seara pública, pois entidades da Administração Indireta aceleraram seus processos de demissão em massa de empregados, antes já desgastados por uma política desumana de transferências e reduções de salários.

Em momento posterior o STF jogou uma pá de cal sobre a Convenção 158 da OIT, ao interpretar que os tratados internacionais ingressariam no ordenamento jurídico pátrio com o

⁹ Ob. cit., p. 418-419.

¹⁰ Ibid., p. 419

¹¹ Ibid., p. 419.

¹² Ibid., p. 421.

status de lei ordinária, representando um aniquilamento dos interesses dos trabalhadores que viam naquela norma uma possível diminuição das arbitrariedades patronais.

O STF perdeu uma grande oportunidade de se legitimar perante a sociedade brasileira, já que a Convenção 158 traz em seu bojo normas perfeitamente razoáveis e adequadas à regulamentação do art. 7º da Constituição Federal de 1988, bem como de interesse do próprio Estado como se demonstrará adiante.

Em seu art. 4 a Convenção 158 tratava justamente da proibição de rescisão contratual imotivada conforme o seguinte texto:

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.¹³

Jorge Luiz Souto Maior entende que, a partir da análise dos preceitos constitucionais em especial o Art. 7º, inciso I, existem quatro tipos de dispensa em termos de extinção de contrato de trabalho regido pela CLT:

- a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária);
- b) a motivada (mas, sem justa causa);
- c) a com justa causa (art. 482, da CLT);
- d) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95)¹⁴

Diz ainda Souto Maior que:

Desse modo, a dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do art. 482, da CLT, terá que, necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. A indenização prevista no inciso I, do art. 10, do ADCT, diz respeito, portanto, à dispensa sem justa causa, que não se considere arbitrária, visto que esta última está proibida, dando margem não à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, quer dizer, à reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isto possível ou recomendável, a uma indenização compensatória.¹⁵

Depois, ao falar da Convenção 158, entende Souto Maior que ela veio justamente aclarar a normatividade constitucional do Art. 7º, inciso da Constituição Federal de 1988, não havendo que se falar de revogação daquela norma, quer pelo descumprimento do quesito temporal formal da denúncia, quer pelo caráter “dos tratados internacionais - gênero do qual

¹³ Art. 4º da Convenção 158 da OIT, disponível em <<http://www.dji.com.br/decretos/1996-001855/1996-001855-.htm>>

¹⁴ Ob. cit., p. 1.

¹⁵ Ibid., p. 1.

constituem espécies as Convenções da OIT - são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição.”¹⁶

Destaque-se que é certo que a Convenção 158 não clareia o que se entende por dispensa arbitrária, porém se subentende de sua leitura que, não se baseando a dispensa em fraco desempenho do empregado (motivo técnico), em comportamento indisciplinado ou insubordinado (motivo disciplinar) ou se não houver fundamento em questões de ordem estrutural da própria empresa (motivo econômico ou financeiro), restaria caracterizada a dispensa ora em comento, qual seja, a arbitrária.

O certo é que a retirada de vigência da Convenção 158 da OIT, na verdade, só atendeu as pretensões do patronato brasileiro. Em primeiro lugar, manteve o caracterizado abuso de direito e não um simples direito potestativo. E, em segundo lugar, veio o STF legitimar a possibilidade de prática, por parte dos empregadores, inclusive o Estado, de atos contrários à boa fé, por não obrigar o empresariado a não fraudar a confiança natural do trabalhador que lhe presta serviço.

Por último, é certo que o STF foi irresponsável ao tomar aquela decisão, pois trouxe sérios e graves prejuízos financeiros à União ao financiar o patronato no cometimento dos ilícitos acima mencionados. Isso se deve ao simples fato de que quem custeia o “poder potestativo” do empregador é a União ao ser responsável pelo pagamento do benefício do seguro desemprego.

Conforme o Relatório 61 do DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, no ano de 2007, 7.560.676 trabalhadores foram desligados sem justa causa, correspondendo a 59,6% do total de desligamentos.¹⁷

Acontece que da análise de tal relatório, vê-se que, de 2006 a 2008, a União, com recursos oriundos do Fundo de Amparo do Trabalhador, R\$ 38,7 bilhões foram gastos com a demissão de trabalhadores, valores estes consideráveis para uma economia suscetível a intempéries como é a brasileira.

O que se tem que entender é que a Convenção 158 da OIT limita o direito potestativo do empregador, não engessando, assim, totalmente a administração empresarial, sendo “razoável reconhecer a possibilidade de dispensa em algumas situações, mesmo na ausência de “justa causa”.¹⁸

¹⁶ Ibid., p. 1.

¹⁷ **A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada.** Nota Técnica número 61, de março de 2008, p. 5. Disponível em, <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec61Ratificacao-Convencao158rev.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2010.

¹⁸ Idem., p. 9.

Contudo não se pode esquecer o sentido social trazido pela Convenção 158 que, em seu bojo, trata da proteção e segurança do emprego, não deixando relegá-lo ao mero jogo das forças “invisíveis” da economia.

É de se registrar, ainda, que o Governo Lula, em 2008, após pressão do movimento sindical laboral que realizou várias “Marchas dos Trabalhadores a Brasília”, em especial a IV Marcha dos Trabalhadores, realizada em dezembro de 2007, definindo como prioridade, entre outras reivindicações, a adesão do Brasil às Convenções 151 e 158 da OIT, enviou ao Congresso, no dia 14 de fevereiro de 2008, o pedido de nova ratificação da Convenção 158.

Porém faltou empenho ao “Governo dos Trabalhadores” para a aprovação, pelo Congresso Nacional, da nova proposta de adesão, pois foi registrada significativa ausência da bancada governista e de partidos aliados na votação da Mensagem 59/2008.

Gerson Marques nos traz a fala do Deputado Nilson Mourão (PT-AC) após a votação contrária à aprovação da ratificação (20 votos contra um), expressando-se assim: “nessa hora, não tem base aliada ou oposição. Tem os interesses dos empresários. Se a base aliada tivesse votado contra, a convenção não teria sido rejeitada”.¹⁹

Pois é, o governo, cujo maior representante é um ex-metalúrgico aposentado em decorrência de acidente de trabalho e que tem em sua composição políticos que, pelo menos, deveriam defender preceitos legais favoráveis aos trabalhadores, foi omissivo, deixando sucumbir seus valores frente aos interesses do empresariado nacional e isso em nome de uma frágil governabilidade.

Novamente, está a Convenção 158 da OIT às vésperas de uma decisão pelo Supremo Tribunal Federal e, com o presente trabalho, pretende-se indicar os fundamentos da sua não revogação, bem como, trazer contributos que possam ser usados para tornar mais sólidas a vigência e a eficácia de tal norma, pois se entende que ela está em pleno vigor, muita embora tenha havido a tão combatida denúncia pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso e a decisão do STF suspendendo sua aplicação.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

De acordo com o que se assinalou anteriormente, é de se defender aqui a não revogação da Convenção 158 da OIT, tendo em consideração que o ato praticado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso não surtiu qualquer efeito, quer por erros formais no ato de denúncia, quer por outras razões legais a seguir teoricamente expostas.

¹⁹ Ob. cit., p.423.

Determinados requisitos não foram atendidos para que a retirada da Convenção 158 da OIT do nosso ordenamento jurídico fosse legalmente efetivada, principalmente a aplicação a este caso do Art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, nos seguintes termos:

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados

Nitidamente se percebe que tal Convenção permite a aplicação tanto do Direito estatal, quanto do Direito internacional, devendo se buscar que seja aplicado sempre o melhor direito ao caso concreto. Em outras palavras, a Convenção Americana admite que as fontes de direitos humanos não se excluam mutuamente, mas se complementem não podendo qualquer interpretação, mesmo que ocorra no âmbito do STF, ir de encontro a tal preceito incorporado ao nosso ordenamento jurídico, por conta do seu conteúdo de fundamentalidade.

4.1 A REVOGAÇÃO DOS TRATADOS NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Não restam dúvidas de que a Convenção 158 foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, sem qualquer ressalva, após a publicação do Decreto Legislativo nº 68 de 16 de setembro de 1992, pelo Congresso Nacional, correspondendo, assim, a um ato complexo, visto que “resulta da conjugação de vontade órgãos diferentes”.²⁰

Dessa forma é de se aplicar, em matéria de denúncia de um tratado internacional, o “princípio do ato contrário”, retratado por J. F. Rezek, o qual tem como característica o fato de que as “mesmas vontades devem estar reunidas para escoar o rompimento do compromisso”.²¹

É interessante destacar que o Brasil, até 1926, adotara tal comportamento, qual seja, da exigência de manifestação do Poder Legislativo em matéria de denúncia de um tratado internacional, quando Clóvis Beviláqua, Consultor Jurídico do Itamaraty, respondera afirmativamente ao questionamento proposto por Artur Bernardes sobre a possibilidade de

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 247.

²¹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 106.

desligamento do país da Sociedade das Nações sem a obrigação de aprovação do Congresso Nacional.²²

Entendeu Beviláqua que, como a Constituição vigente silenciara a respeito, não havia necessidade de ratificação do ato por parte do Congresso Nacional, sendo dispensável tal manifestação.²³

José Francisco Rezek rebate tal posição, afirmando que:

Não é exato, além disso, que a reconhecida titularidade da dinâmica das relações exteriores, por parte do Executivo – a quem incube ‘manter relações com Estados estrangeiros’ – implique por si mesma o poder exclusivo de denunciar tratados. Estes últimos, por quanto significam, lançou-os o constituinte em inciso apartado daquele que tange à generalidade das relações internacionais, e deixou clara, a propósito, a imperatividade do controle do Congresso.²⁴

Quanto ao tema, deve-se trazer à colação parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa, julgando inteiramente procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96 e entendendo ser indispensável a manifestação do Poder Legislativo em matéria de denúncia de tratados. Extraem-se do Informativo 549 do STF partes do conteúdo do voto, nos seguintes termos:

O Min. Joaquim Barbosa, em voto-vista, julgou o pedido integralmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do decreto impugnado por entender não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional. Salientou, inicialmente, que nenhuma das Constituições brasileiras tratou especificamente do tema relativo à denúncia de tratados internacionais e que os artigos 49, I e 84, VIII, da CF/88, embora não admitissem a participação do Congresso Nacional na denúncia dos tratados, também não seriam expressos ao vedar essa participação. Tendo isso em conta, reputou necessário analisar o papel que o Congresso Nacional possuiria historicamente na processualística dos tratados internacionais. No ponto, ressaltou que o papel do Legislativo na história constitucional brasileira não se limitaria a uma postura meramente passiva de aprovação ou reprovação de tratados, e citou ocasiões em que o Poder Legislativo aprovou tratado com ressalvas, ou até mesmo o emendou. Em seguida, afirmou que a Constituição de 1988 fortaleceu extremamente o papel do Poder Legislativo em várias áreas, e que, por isso, seria inviável levar adiante um argumento de natureza constitucional que pretendesse dele retirar uma função relevante na denúncia de tratados, ante a ausência total de normas a respeito. Aduziu, também, que o atual texto constitucional — ao estabelecer de maneira

²² MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 279.

²³ *Idem*, p.280.

²⁴ REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 501.

sistemática, pela primeira vez na história constitucional, princípios que regem as relações exteriores do Brasil (art. 4º) —, teria reforçado o papel do Parlamento em matéria de política exterior. Cumpriria a todos os Poderes, e não só ao Executivo, portanto, zelar por tais princípios, bem como fiscalizar a atuação da política externa. Dessa forma, impedir que, por exemplo, o Congresso pudesse analisar o descumprimento de um dos princípios constitucionais pela denúncia de um tratado, significaria esvaziar por completo o conteúdo útil do referido art. 4º. Demonstrou, ainda, que o fortalecimento do papel do Parlamento não seria fenômeno isolado no Brasil, e que Constituições de vários outros países já teriam estabelecido a possibilidade da participação do Poder Legislativo na denúncia de tratados internacionais. Observou, ademais, que a tendência, cada vez mais crescente, de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados representaria o surgimento, no direito comparado, do princípio da “co-participação parlamento-governo em matéria de tratado”, segundo o qual é da própria essência do tratado que ele, para comprometer um Estado interna e externamente, precise da deliberação do órgão parlamentar e do órgão executivo, e que, sendo essa característica da essência do tratado, qualquer ato que vise à desvinculação voluntária deste por um Estado também precisa passar pelo crivo parlamentar.

Citou, também, o que decidido pela Corte na ADI 1480 MC/DF (DJU de 18.5.2001), no sentido de que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República (CF, art. 84, VIII). Com base nesse entendimento, frisou que a intervenção do Parlamento no processo de aprovação dos tratados não decorreria apenas da previsão da existência de um controle a ser exercido sobre a atividade do Executivo, isto é, a aprovação, ou reprovação, seria ato de vontade concordante ao conteúdo disposto no tratado. Disso se retirariam pelo menos 3 conseqüências: 1) a intervenção parlamentar seria essencial para que o tratado existisse internamente e, sendo da própria natureza do tratado que o Parlamento atuasse na sua constituição, seria óbvio que também o fizesse na sua desconstituição; 2) se o tratado seria expressão da vontade do Parlamento, o exercício de tal vontade não ocorreria no vácuo, ou seja, quando o Congresso aprovasse um tratado para futura ratificação e incorporação ao direito interno, ele aprovaria o próprio conteúdo de algo que se poderia chamar de “política convencional”. Reconhecer que o Parlamento seria árbitro de uma “política convencional” durante o processo de aprovação implicaria necessariamente que ele deveria ser árbitro dessa mesma “política convencional” durante o processo de denúncia; 3) seria preciso reconhecer que o tratado internacional a que um Estado se vincula seria expressão da vontade atual e efetiva

dos órgãos envolvidos. Sendo autônomas as vontades do Executivo e do Legislativo, na formação, elas assim deveriam permanecer até que os dois Poderes, de maneira conjunta e ordenada, decidissem alterar tal vontade, cada um dentro de suas próprias atribuições.²⁵

Vê-se claramente que a manifestação unilateral do Presidente da República, denunciando um tratado internacional que regulamenta direitos humanos, sem a ratificação do Poder Legislativo, relegando, a segundo plano, as competências constitucionais hoje atribuídas ao Congresso Nacional, mostra-se hoje desnaturada, estando por completo eivado de inconstitucionalidade e não havendo por que ser admitido juridicamente.

4.2 DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COM O STATUS DE LEI ORDINÁRIA

Por muitos anos, antes das decisões do RE 466.343-SP e do HC 90.172-SP, reverberou-se, tanto na jurisprudência como em parte da doutrina pátria, que os tratados internacionais, ao serem incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, teriam o *status* de lei ordinária.²⁶ Dessa forma, ao adquirirem tal situação no ordenamento jurídico, é de se entender que, somente pelos meios de revogação previstos no ordenamento jurídico, tais normas incorporadas poderiam ser retiradas do âmbito da validade normativa.

Ora, o Decreto Presidencial 2.100/96 não pode ser considerado como uma das formas previstas na Lei de Introdução ao Código Civil capaz de desconstituir uma norma equiparada à lei ordinária. Somente lei em sentido estrito, lei que percorra todo o trajeto formal necessário no âmbito do Poder Legislativo, é que poderia ser tida como revogadora de uma lei ordinária.

Novamente é de se trazer parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa que, quanto a este tópico, podemos retirar do Informativo 549 do STF a seguinte afirmação:

Ressaltou que a processualística dos tratados internacionais no Brasil e a função que o tratado exerce no direito interno brasileiro militariam a favor da tese de que a denúncia não poderia ser unilateral por parte do Poder Executivo, conforme se depreenderia, inclusive, da jurisprudência do Supremo. Registrou que, desde o julgamento do RE 80004/SE (DJU de 29.12.77), o Pleno da Corte consolidou entendimento de que os tratados possuiriam o mesmo nível hierárquico das leis, sendo o pressuposto para admitir essa identidade hierárquica que o tratado possuiria força de lei, ou seja, equiparar-se-ia materialmente às leis. Assim, se os tratados

²⁵ Informativo 549 do STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo-documento/informativo549.htm>>. Acesso em 2 mar. 2012.

²⁶ Precedentes: RHC 79.785-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 29.3.2000; ADInMC 1.480-DF; HC 72.131-RJ.

possuem força de lei, eles somente poderiam ser revogados por um ato posterior de idêntica ou superior hierarquia. Por sua vez, reconhecer a possibilidade de um tratado ser denunciado unilateralmente pelo Presidente da República seria reconhecer que seu decreto que torna pública a denúncia teria força de lei. Isso, entretanto, seria contraditório, haja vista a Constituição de 1988 não reconhecer a existência de nenhum ato com força de lei em que o Parlamento não tivesse algum tipo de intervenção.²⁷

E esse é o sentido, isso para aqueles que entendiam, como o STF, que os tratados internacionais tinham a natureza jurídica de lei ordinária, que se deve entender, no que toca ao fenômeno da recepção de um tratado internacional que, ao ser internalizado em nosso ordenamento, passa a ser parte integrante deste, fazendo-o com natureza de lei. E é com tal natureza que se pretende perceber a Convenção 158 da OIT, ou seja, como uma lei que passou a vigor em nosso ordenamento assim que validada pelo Congresso Nacional.

4.3 A FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

Os Direitos Fundamentais podem ser vistos tanto na sua aceção formal quanto na aceção material. Não só no Brasil, mas em outros vários países, tal entendimento decorre, principalmente, da cláusula de abertura contida no Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que afirma “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”.

Tal cláusula quis oferecer o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades humanas e as circunstâncias temporais pudessem exigir, não se limitando somente a direitos individuais, mas abrangendo todos os outros direitos fundamentais, como são os sociais, conforme manifesta Sarlet.²⁸

Vislumbra-se que o Supremo Tribunal Federal reconhece plenamente tal teoria consoante publicação daquela Corte em seu Informativo 550:

O Min. Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do que exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se, por outro

²⁷ Informativo 549 do STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo-documento/informativo549.htm>>. Acesso em 2 mar. 2011.

²⁸ Ob. cit., p. 75.

lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.²⁹

Infelizmente, no que toca a matéria em discussão, é de se deixar registrado que o Ministro Celso de Mello, o qual exara o citado posicionamento, é o mesmo que preferiu ouvir o Presidente da República antes de lavrar a decisão final em sede liminar na ADI 1.480-3 ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte – CTN, não obstante entendendo, como já falado, “ser irrecusável admitir que a Convenção 158 da OIT estava *formalmente* incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil”.³⁰

Tal oportunidade, que surge com um novo julgamento da constitucionalidade do decreto que denunciou a Convenção 158 da OIT, é o momento ideal de reconhecimento pelo STF do equívoco que cometera com a sociedade brasileira, principalmente por parte do Ministro Celso de Mello, um grande conhecedor da doutrina do Direito Internacional, que votara contrariamente à constitucionalidade da referida convenção.

4.4 DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM* AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Em seu artigo “Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do *tempus regit actum*”³¹ o professor Paulo Ricardo Schier traz uma nova reflexão sobre a questão da recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional anteriores à Emenda Constitucional 45.

²⁹ Informativo 498 do STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento-informativo498.htm> >. Acesso em 14 mar. 2012.

³⁰ Idem.

³¹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45** - tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. Disponível em <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>. Acesso em 15.mar.2012.

Elabora um questionamento relevante formulando-o do seguinte modo: “Estarão os tratados passados condenados, através de determinada interpretação retroativa conservadora, a assumirem eternamente a hierarquia infraconstitucional?”.³²

A título de resposta propõe a incidência do princípio *tempus regit actum*, nos seguintes termos:

Neste caso, a idéia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido à época da incorporação, devam assumir, agora, automaticamente, *status* de emendas constitucionais.

Ou seja, simetricamente ao que sucede no plano do direito infraconstitucional, onde se reconhece, por exemplo, que normas gerais de direito tributário produzidas regularmente em face do adequado procedimento previsto em Constituição anterior são recepcionadas, por conta do *tempus regit actum*, pela atual Constituição, com o *status* de leis complementares (procedimento previsto na atual CF), não será temeroso sustentar que os tratados internacionais de direitos humanos produzidos anteriormente à EC 45, com observância ao procedimento de recepção então em vigor, sejam, após tal emenda constitucional, alçados ao *status* constitucional.

Ou seja, a incidência do *tempus regit actum*, nesta sede, poderá contribuir com novos elementos para a reflexão, após a EC 45, sobre o grau hierárquico de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. Afinal, atribuindo-se interpretação otimista ao § 3º, do art. 5º, a tese, aqui, antes de compreender o dispositivo como propiciador do sepultamento das teses progressistas do bloco de constitucionalidade, possibilitará afirmar o contrário: a confirmação da hierarquia constitucional.³³

Afirma o citado professor que a tese ora proposta não é novidade no Supremo Tribunal Federal conforme se segue:

Como se referiu, este entendimento já foi, anteriormente, utilizado para resolver o debate sobre as normas gerais de direito tributário disciplinadas no Código Tributário Nacional, veiculado, em 1966, como lei ordinária, em plena consonância com a Constituição de 1946. Após, com advento da Constituição de 1967, definiu-se que apenas lei complementar poderia definir tais normas gerais. Debateu-se, então, se as normas gerais do CTN foram recepcionadas ou não pela nova ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, aplicou o *tempus regit actum* para afirmar que, observado o procedimento sob o qual foram editadas, as normas gerais de Direito Tributário seriam recepcionadas com *status* e hierarquia

³² Ob. cit., p. 3.

³³ Ibid., p. 3-4.

de Lei Complementar. Paradigmática, aqui, por exemplo, a decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 79.212, oriundo de São Paulo, julgado em 1975, com célebre discussão entre os Ministros Aliomar Baleeiro e Leitão de Abreu. Na década de 80, foi a vez do Ministro Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 93.850, reiterar este entendimento do STF.

Após a Constituição de 1988 o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, neste sítio, não sofreu qualquer alteração. Note-se, por exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1726, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa.

34

A Convenção 158 da OIT, pelo menos em parte regulamenta o art. 7º, inciso I, da Constituição da República de 1988. Aplicando-se a proposta de incidência do princípio *tempus regit actum*, no mínimo, é de se atribuir à citada norma o *status* de Lei Complementar, da mesma forma que o STF fez com o Código Tributário Nacional e com a Lei 4.320/64.

Muito embora Ricardo Schier proponha tal reflexão, como ele mesmo fala, “em tom especulativo e provocativo, de forma ainda germinal”,³⁵ é de grande valia tal proposição, principalmente quando se trata da possibilidade de limitação e até mesmo a de eliminação de direitos fundamentais, que não podem sucumbir frente aos interesses de uma minoria privilegiada, como é o caso da Convenção 158 da OIT.

4.5 DO CARÁTER SUPRALEGAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O Supremo Tribunal Federal no RE 466.343-SP e no HC 90.172-SP, por exemplo, entendeu que os tratados internacionais a que a República Federativa do Brasil adira e os que ela ratifique através do Congresso Nacional devem ser recepcionados como normas infraconstitucionais, mas também como normas supralegais, estando hierarquicamente acima das leis ordinárias e complementares.

Tal teoria tomou bastante repercussão a partir dos julgamentos acima citados, os quais trataram da impossibilidade de prisão civil por dívida. O Supremo Tribunal Federal, ao assim decidir, teve presente o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11).

Mais uma vez, traz-se a cotejo parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa, conforme o Informativo STF 549, agora vislumbrando a impossibilidade de revogação da Convenção

³⁴ Ibid., p. 4-5.

³⁵ Ibid., p. 1.

158 sem a necessária intervenção do Congresso Nacional devido ao caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos:

Quanto à segunda circunstância, disse que a Convenção sob análise não seria um tratado comum, mas um tratado que versa sobre direitos humanos, apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, caberia cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004, a essa Convenção. No ponto, afirmou que, apesar de o Decreto que incorporou a Convenção ao direito brasileiro ser de 1996, ainda que não se admitisse a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 possuísem estatura constitucional, seria plausível defender que possuísem estatura supralegal, porém infraconstitucional. Reconhecido o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e considerando-se a Convenção 158 da OIT como um tratado de direitos humanos, concluir-se-ia não ser possível sua denúncia pelo Poder Executivo sem a intervenção do Congresso Nacional.³⁶

Desta forma, havendo conflito entre a lei ordinária e o tratado internacional de direitos humanos, desde que este seja mais favorável, vale o tratado, ocorre a primazia deste em razão de seu posicionamento hierárquico, não importando se a norma ordinária é anterior ou posterior à norma internacional em apreço.

4.6 DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

O princípio da proibição do retrocesso tem por objeto evitar que o legislador venha a revogar, integral ou parcialmente, determinados diplomas infraconstitucionais concretizadores de direitos sociais constitucionais, evitando a revogação ou qualquer medida legal ou judicial que prejudique a efetivação desses direitos.

Retroceder é voltar e em matéria constitucional, é contrariar o estabelecido pelo constituinte originário ou ao constituinte decorrente que inovou positivamente. Sarlet, admitindo a incidência de uma eficácia vedativa do retrocesso, afirma que:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.³⁷

³⁶ Ob. Cit., p. 1.

³⁷ Ob. Cit., p. 447.

José Casalta Nabais trata a proibição de retrocesso como um dever negativo fundamental dos políticos: “uma vez concretizado o direito social, não revogar pura e simplesmente a respectiva lei concretizadora e de não afetar aquele nível de concretização legal que haja obtido uma clara sedimentação na consciência jurídica comunitária”.³⁸

Deve-se entender a proibição de retrocesso, em primeiro plano, como corolário do princípio da segurança jurídica, centrando-se este de forma precípua na proteção das pessoas e contra inovações jurídicas, legislativas e administrativas que façam declinar direitos e garantias, sejam fundamentais ou não, adquiridas.

Mas, também, a proibição de retrocesso deve ser vista como a própria efetivação do princípio da segurança jurídica, pois aquele preconiza a fixação de limitações ao legislador, quer como constituinte derivado quer como legislador ordinário, principalmente quando atuações legislativas ou judiciais reduzam a dignidade da pessoa humana.

5. O JULGAMENTO DA ADI 1625/1997 - DF: UMA OPORTUNIDADE DE LEGITIMAÇÃO DO STF

Preliminarmente, deve-se destacar a diferenciação etimológica entre os termos legitimidade e legitimação³⁹ aqui tratados. O primeiro se refere à atribuição de uma valoração positiva a determinada coisa. Já a legitimação traz a ideia de consenso.

Embora haja, às vezes, a passagem de um termo para outro, pelos autores abaixo citados, não quer dizer que haja confusão entre os dois; não perdem eles sua essência conceitual. Porém, em ambos os termos, é explícita a noção de aceitação, não devendo haver um maior rigor crítico científico quando usados em tal sentido.

É de se salientar, ainda, de forma preliminar neste tópico, que o objeto de discussão aqui tratado não refere a problemas das raízes da Jurisdição Constitucional brasileira a partir da análise de sua legitimidade, ou não, como fez Beltrán ao tratar do debate entre Dworkin *versus* Bork, decorrente da postulação deste último ao cargo de Chefe da Suprema Corte Americana.⁴⁰

O que aqui quer se evidenciar, segundo Renato Stanzola Vieira, é que:

³⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 80.

³⁹ CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimação**. Campinas: Millennium, 2006, p. 116.

⁴⁰ BELTRÁN, Miguel. **Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional**. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1989, p. 98.

Portanto, tratar da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional vai além do seu início republicano, mas traz a preocupação quanto ao papel que o judiciário *pode e deve* desempenhar no sistema democrático brasileiro...⁴¹

Assim, o que aqui está a se perquirir é a questão da aceitação das decisões proferidas em Jurisdição Constitucional pelo STF, pois a partir delas é que brota sua legitimidade no Estado Democrático de Direito. Conforme Fábio Konder Komparato, a legitimidade, em tal caso, seria a “aprovação, pelos governados, daqueles que detêm o poder”,⁴² ou seja, a aprovação das decisões, sua respeitabilidade, é fenômeno que constrói a legitimidade.

Já o professor Gérson Marques entende que, na atual conjuntura, falta plena legitimidade ao STF, utilizando a expressão “teste de (i)legitimidade”, com intenção didática, para analisar as três instâncias de legitimidade daquela Corte, sendo elas:

a) no ingresso dos seus membros no órgão, pois não há a menor participação popular; b) no exercício da jurisdição, mediante a proliferação de decisões distanciadas da população, impopulares e, por vezes, perniciosas; e c) na impossibilidade de controle eficaz de seus atos pela sociedade (além de ineficazes, os instrumentos que existem – de cunho judicial – não são do conhecimento da população: falta educação do povo, falta isenção do judiciário em apreciá-los).⁴³

Analisando cada instância apresentada, vê-se que a primeira, ilegitimidade no ingresso, e a última, ilegitimidade no controle, foram opções o constituinte originário de 1988, impedindo o próprio STF de modificá-las por ato próprio. Necessária para a modificação de tal *status quo* seriam, ou uma nova Assembleia Constituinte ou a modificação constitucional através de emenda constitucional.

Porém, no caso da instância do exercício da jurisdição, vislumbra-se uma possibilidade de legitimação daquela Corte por ato emanado de seu próprio exercício jurisdicional, qual seja a mudança de postura no seu ato de julgar que vise, em regra, à satisfação dos anseios populares nos conteúdos decisórios provenientes do exercício de suas funções constitucionais.

Mas será que a mudança do conteúdo decisório seria factível de legitimar o Supremo Tribunal Federal esquecendo os problemas relativos ao ingresso de seus membros e à falta de controle popular? Para os fins deste trabalho, entende-se que sim.

⁴¹ VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 594.

⁴³ *Ibid.*, p. 117.

Fundamenta-se tal opinião no entendimento abraçado por Guerra Filho o qual vê a “Constituição como um processo”,⁴⁴ afirmando ainda que:

Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abre canais para essa participação.⁴⁵

Que fique claro que se sabe da concepção eminentemente procedimental de Habermas⁴⁶, porém discordando do mesmo tendo em questão o fato de que em países como o Brasil, onde políticas públicas não atingem os objetivos traçados pelo legislador ordinário, é legítima a intervenção do judiciário para “garantir aos atores sociais a fruição dos seus direitos fundamentais”.⁴⁷

Esta visão procedimental deve ser entendida, de acordo com Willis Filho, como um “permanente construído e reconstruído por seus destinatários”,⁴⁸ e “seria ela própria do reclamo do Estado Democrático”,⁴⁹ ou seja, a sua abertura teria como destinatários aqueles detentores originários do poder os quais optaram pela concepção estatal trazida no art. 1º da Constituição da República de 1988.

O Poder Judiciário nesse contexto tem papel primordial na afirmação do Estado Democrático de Direito, afirmando o jurista DA:

Nossa compreensão do quanto o Estado Democrático de Direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização, aumenta na medida em que precisemos melhor o conteúdo dessa fórmula política.⁵⁰

Ora, o STF ao demonstrar-se receptivo aos reais anseios da sociedade brasileira, e não a interesses particulares, mostra estar aberto a tal concepção procedimental da Constituição, apesar de restritos os meios pelos quais os cidadãos, de forma individualizada, consigam um provimento de judicial por aquele Corte.

Aqui não se quer pregar a impossibilidade do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, pois, segundo Renato Stanzola, ele deve ocorrer nas situações em que

⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SRS Bastos, 2009, p. 17.

⁴⁵ Idem, p. 17.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 299.

⁴⁷ FURTADO, Emanuel Teófilo; CAVALCANTE, Carlos Henrique de Aragão. **O Fenômeno da Judicialização da Política: tensão entre democracia e constitucionalismo**. In: XVIII Encontro Nacional CONPEDI, 2009, Maringá. XVIII Encontro Nacional CONPEDI, 2009.

⁴⁸ Ob. cit., p. 21.

⁴⁹ Ibid., ibidem

⁵⁰ Ibid., p. 23.

há um posicionamento desrespeitoso aos direitos fundamentais, não podendo essa Corte limitar-se à mera interpretação constitucional, mas sim envolver a prática de uma cultura que conforme a Constituição àqueles direitos, de acordo com as evoluções jurídicas e sociais.⁵¹

Um novo julgamento pelo STF, com reflexos na vigência da Convenção 158 da OIT aproxima-se. Consoante aqui defendido, há a possibilidade de legitimação do STF a partir da adequação de suas decisões ao interesse geral, invertendo-se a ordem dos beneficiários de muitas decisões em julgamentos clássicos prolatados por aquela Corte.

Sementes foram plantadas no próprio STF, pois se vejam os posicionamentos do Ministro Joaquim Barbosa atinentes à inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96. A futura decisão, caso favorável, será de um benefício inestimável aos trabalhadores brasileiros, não podendo a maior Corte Jurisdicional brasileira perder tal oportunidade histórica não, só de legitimação pela grande maioria da população nacional, mas, sobretudo, de efetivar o principal valor que dignifica a pessoa humana: que é o trabalho.

CONCLUSÃO

O presente artigo oferece aos operadores do Direito uma série de argumentos que fundamentam a inconstitucionalidade do Decreto Presidencial 2100/96 e, por conseguinte, a plena vigência da Convenção 158 da OIT.

O Direito interno e o Direito Internacional não mais podem ser abordados de forma separada. É incontestável a interpenetração entre tais instâncias, revelada através das diversas disposições constitucionais, bem como de outras normas dotadas de fundamentalidade material, que repetem dispositivos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

É de suma importância para toda a classe trabalhadora nacional uma norma de tal envergadura, que resgata para os trabalhadores a noção de estabilidade, noção esta que não se pode confundir com o conceito de intervenção na propriedade, pelo fato de que não se estará retirando o poder diretivo, muito menos o poder disciplinar do empregador.

O sentido de estabilidade aqui pretendido é corolário de um princípio constitucionalmente defendido em todas as relações jurídicas, que é o da segurança jurídica. E por que não se falar em segurança nas relações de emprego? É claro que sim, pois, conforme

⁵¹ Ob. cit., p. 328.

Emmanuel Teófilo, “é do pleno emprego que o ser humano tira o seu sustento e de sua família.”⁵²

No presente momento, em se tratando de órgãos estatais, tal papel de garantia desses direitos cabe, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, tendo essa Corte uma oportunidade quase que exclusiva de legitimação perante a sociedade brasileira.

Não que a legitimação plena desse Órgão vá surgir com um único ato, de forma isolada, mas, com certeza, será um grande passo a iniciar um processo contínuo que legitime substancialmente a função judicial exercida pelo mais importante tribunal brasileiro.

O Governo do Partido dos Trabalhadores teve sua chance recentemente, mas vergou-se tanto frente ao interesse do empresariado como ao seu próprio benefício, que é a sua manutenção no poder, ao não se mostrar proativo na busca de um consenso em sua própria base de sustentação política no Congresso Nacional.

O STF, não só nesse assunto, mas também em decisões passadas, manifestou-se fortemente contrário aos interesses da sociedade e claramente a favor dos interesses de algumas minorias privilegiadas. Veja-se os famosos julgamentos como o do processo de privatização das empresas estatais; a decisão sobre a taxa de juros de 12% do revogado art. 192, § 3º, da Constituição Federal; a reforma da previdência de 2003; a retirada de competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional de 2005 etc.

O cenário econômico e político hoje é diferente; não que esteja o Brasil imune a crises internas ou externas, mas o neoliberalismo demonstrou que, como ideologia, foi um fracasso para os Estados que o adotaram isso sem se falar nas perdas sociais irremediáveis.

Caso o neoliberalismo fosse o modelo ideal, teria ele resolvido os problemas que, hoje, vivem a Europa e os Estados Unidos. E este país, o principal defensor da economia de mercado, da mão invisível de Adam Smith, teve que se curvar à velha intervenção estatal para tentar se equilibrar. Constatou-se que fora engolido pela sua própria política de falta de controle em um setor vital da economia que é o mercado financeiro.

Pois bem, está no tempo de o STF usar em favor do povo sua parcela do poder que é uno e indivisível. São mais de 20 anos em que se necessita regulamentar um inciso da Constituição e essa inércia do Poder Legislativo é injustificável. Caso aquela Corte coadune com tal omissão está a deslegitimar suas próprias decisões quando invoca o princípio que veda o retrocesso social.

⁵² FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Os direitos humanos de 5ª geração enquanto direitos à paz e seus reflexos no mundo do trabalho** - inércias, avanços e retrocessos na Constituição Federal e na legislação. Direitos Sociais na Constituição de 1988. São Paulo: LTDA, 2008, v. 1, p. 75-93.

A dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal tem que ser usada agora em favor dos trabalhadores, pois é deles, em grande parte, que advém a legitimidade que fundamenta os votos dos seus ministros, aproximando-se, assim, de outra instância de valor cada vez mais rara nas decisões coletivas que é o da justiça.

Tem o Supremo Tribunal Federal um grande instrumento para corrigir o erro que houvera praticado. Basta só voltar seus olhos de forma mais humanizada para o conteúdo da Convenção 158, concluirá sem dúvida pela sua fundamentalidade.

Atuando com base nas normas de interpretação e solução de controvérsias em matéria de direitos humanos, facilmente chegará a uma solução que venha atender não só os interesses previstos pelo legislador constituinte, mas sobretudo de grande parte da sociedade brasileira que clama por justiça social.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BELTRÁN, Miguel. **Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: uma polémica constitucional**. Madrid: *Cuadernos Civitas*, 1989.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimação**. Campinas: Millennium, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Os direitos humanos de 5ª geração enquanto direitos à paz e seus reflexos no mundo do trabalho - inércias, avanços e retrocessos na Constituição Federal e na legislação**. Direitos Sociais na Constituição de 1988. São Paulo: LTDA, 2008.

_____ ; CAVALCANTE, Carlos Henrique de Aragão. **O Fenômeno da Judicialização da Política: tensão entre democracia e constitucionalismo**. In: XVIII Encontro Nacional CONPEDI, 2009, Maringá. XVIII Encontro Nacional CONPEDI, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SRS Bastos, 2009.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Informativo 498 do STF. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento-informativo498.htm> >. Acesso em 14 mar. 2012.

Informativo 549 do STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo-documento/informativo549.htm>>. Acesso em 2 mar. 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável.** Teresina: *Jus Navigandi*, ano 8, n. 475. Acesso em 25 out. 2011.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O STF na crise institucional brasileira:** Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de; CAMERA, Sinara. **O estado em tempos de triunfo da humanidade: a soberania como responsabilidade.** Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Almedina, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direito dos tratados.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45-tese em favor da incidência do *tempus regit actum*.** Disponível em <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>. Acesso em 15.mar.2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** 2.ed. São Paulo: LTr, 1998.