

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158
DA OIT: IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À
VIOLAÇÃO DE DIREITO SOCIAL**

*THE INCONSTITUTIONALITY OF THE COMPLAINT CONCERNED WITH ILO
CONVENTION Nº 158: IMPOSSIBILITY OF LIMITATION OF ITS EFFECTS OF
VIOLATION OF SOCIAL LAW*

Lourival José de Oliveira

Advogado. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Docente Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Membro do Comitê de Ética e Pesquisa envolvendo Seres Humanos da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Docente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR. Membro do Núcleo Docente Estruturante da Universidade de Marília – UNIMAR, São Paulo (Brasil).

E-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0909877454780329>.

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Docente do Curso de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Coordenadora do Núcleo Integrado de pesquisa e Extensão da Universidade de Marília - NIPEX/UNIMAR, São Paulo (Brasil).

E-mail: walkiriamf@terra.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7991228464602000>.

Submissão: 06.03.2017.

Aprovação: 11.04.2017.

RESUMO

O presente artigo tem como objeto o estudo dos efeitos que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção nº 158 da OIT, produziria em relação aos contratos de trabalhos terminados sem justa causa ou arbitrariamente no período em que permaneceu vigente o referido Decreto. Analisou inicialmente os motivos que fundamentam a inconstitucionalidade do ato de denúncia para depois concluir pela impossibilidade de limitação dos efeitos da referida nulidade, que deverá alcançar o ato eivado do vício de inconstitucionalidade desde o seu nascedouro, resultando na possibilidade de os empregados prejudicados serem reintegrados ao emprego que antes possuíam ou receber indenizações compensatória. Concluiu-se que não é

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

possível a modulação de efeitos diante da violação de direitos sociais (direitos fundamentais). Adotou-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

PALAVRAS CHAVE: Inconstitucionalidade. Modulação de efeitos. Violação de direitos sociais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study the effects that the declaration of unconstitutionality of Decree 2,100 of December 20, 1996, which denounced ILO Convention 158, would produce in relation to work contracts terminated without just cause or arbitrarily in the period in which said Decree remained in force. It initially analyzed the grounds for the unconstitutionality of the act of denunciation and then concluded that it would be impossible to limit the effects of the said nullity, which should reach the offense of the vice of unconstitutionality since its inception, resulting in the possibility of the employees who are disadvantaged being reinstated to employment Who previously owned or received compensatory damages. It was concluded that it is not possible to modulate effects in the face of violation of social rights (fundamental rights). The deductive method was adopted, with bibliographical and jurisprudential researches.

KEYWORDS: *Unconstitutionality. Modulation of effects. Violation of social rights.*

INTRODUÇÃO

Não resta dúvida que o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T) foi inconstitucional, muito embora ainda dependa de julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (S.T.F), o que logo mais deverá acontecer por conta principalmente da ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 1.625) proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG).

A questão principal aqui não é analisar a fundo os motivos que fundamentam a inconstitucionalidade do citado decreto de denúncia, muito embora ainda seja necessário um rápido estudo. A questão principal é verificar quais os efeitos deverão ser produzidos na hipótese de se confirmar o entendimento da sua inconstitucionalidade, em especial por considerar que a partir da edição do decreto nº 2.100/1996 foi retirado do ordenamento jurídico interno a proibição da terminação do contrato de trabalho (contrato de emprego) de forma não fundamentada ou justificada pelo empregador.

Em considerando que a inconstitucionalidade do decreto de denúncia da Convenção significaria, em um primeiro estudo, a sua declaração de nulidade, surge o questionamento sobre as permanências ou não dos atos de demissões sem justa causa que foram desprovidos de fundamento e ou justificativa e que se operaram no período entre a denúncia e a futura e possível declaração de inconstitucionalidade. Melhor explicando, caso sejam desconstituídos

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

referidos atos de terminação dos contratos de trabalho sem justa causa ou desprovidos de fundamentos, as relações de trabalho seriam restabelecidas? Caberia àqueles que foram demitidos pleitear a sua reintegração aos empregos que tinham antes? Ou, preservariam os atos praticados no período em que aconteceram uma vez que não havia qualquer imposição para o empregador no sentido de fundamentar ou justificar os atos demissionários por precisar ser levado em conta a presunção de constitucionalidade da denúncia oferecida pelo Poder Executivo?

A indagação acima precisa ser investigada principalmente por conta que a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso I, protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Considerando que a proteção ao trabalho humano constitui-se em um direito social e assim sendo um direito fundamental, quais os caminhos poderão ser trilhados pelo STF a fim de, tendo a condição legal de modular os efeitos de uma futura declaração de inconstitucionalidade do decreto de denúncia, não depor contra um direito fundamental (proteção ao trabalho) e ao mesmo tempo manter a estabilidade jurídica?

Trata-se, portanto, de um tema espinhoso que deverá ser enfrentado pela suprema corte na eventualidade de um provimento pela inconstitucionalidade, justificando-se principalmente por conta dos efeitos que serão gerados na ordem econômica constitucional. Em especial por se tratar de um direito fundamental que poderá ter sido violado em face de um decreto considerado inconstitucional. Em poucas palavras, a modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade por meio concentrado esbarraria no fato de se tratar de violação de direito social e, portanto, fundamental? Adotou-se para o presente estudo o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

1 DO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/1996

O Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2015, retomou o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.625, promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) contra o Decreto nº 2.100/1996, em que o Presidente da República denunciou a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, que dentre outros temas, veda a dispensa desmotivada ou injustificada do empregado. O último voto favorável à inconstitucionalidade, ou seja, contra o Decreto de denúncia, foi proferido pela Ministra Rosa Weber. Segundo a Ministra, o decreto que revogou

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

um tratado que já havia se incorporado ao ordenamento jurídico interno na condição de lei ordinária é inválido.

Antes do voto citado, outros ministros tinham se pronunciado, como foi o caso do Ministro aposentado Joaquim Barbosa, que em voto-vista decidiu pela procedência da ação de inconstitucionalidade. Por sua vez os Ministros Maurício Correia (falecido) e Ayres Brito, também aposentado, votaram pela procedência parcial. Do conjunto dos votos proferidos até aqui é possível antever a grande possibilidade da procedência da ação direta de inconstitucionalidade e consequente nulidade do decreto de denúncia. Contudo, diante das particularidades de cada voto, não é possível antever os limites dos efeitos que serão produzidos com o julgamento final.

O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região se antecipando ao próprio Supremo Tribunal Federal, em janeiro de 2017 editou a Súmula nº 42, declarando a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/96, proibindo dispensa de empregados em justificativa ou fundamentação, o que demonstra a forte tendência do retorno da vigência da Convenção nº 158 da OIT. Ao mesmo tempo, o referido tribunal declarou tratar-se de um tratado cuja natureza se refere à proteção de direitos humanos. Nesse mesmo compasso foi criada com a decisão tomada pela corte regional uma frente de restabelecimento imediato dos procedimentos que haviam sido estabelecidos no Brasil através da citada Convenção, ou seja, de impedir a demissão desmotivada ou arbitrária.

Em um primeiro momento é importante afirmar que a Constituição Federal não faz referência sobre o processo de denúncia de um tratado internacional, podendo dizer que não houve uma processualística constitucional no que se refere à prática de denúncia de um tratado internacional, talvez o principal fator que contribuiu para a indefinição do campo da processualística.

Historicamente, em vários estudos sobre o tema, são citados os entendimentos de Clovis Bevilacqua (1926) quando exarou parecer a pedido do Ministério das Relações Exteriores sobre a necessidade de pronunciamento do Poder Legislativo em um caso concreto (tratado constitutivo da Sociedade das Nações). No estudo, Bevilacqua afirmou que não era necessária a concordância do Congresso Nacional para o ato de denúncia.¹ E, o entendimento divergente de Pontes de Miranda (Constituição Federal 1967 com Emenda Constitucional nº 01/69) que afirmou “[...] aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder

¹ BEVILAQUA, Clovis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (org.). *Pareceres dos consultores Jurídicos do Itamaraty*. Vol. II (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000, p. 347 a 354).

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

Executivo denuncie, sem consulta nem aprovação do Parlamento é subversivo dos princípios constitucionais.”²

Em voto lapidar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1625, o ministro aposentado Joaquim Barbosa, pronunciou-se da seguinte forma:

Para além disso, parece que a Constituição de 1988, ao estabelecer de maneira sistemática, pela primeira vez em nossa história constitucional, princípios que regem as relações exteriores do Brasil no art. 4º, reforçou o papel do Parlamento em matéria de política exterior.

O impacto do art. 4º na alteração da condução da política externa brasileira parece não ter sido percebido com toda a intensidade pelo legislativo e pelo próprio Poder Judiciário. A Constituição de 1988, de maneira original, estabelece uma pauta clara de princípios ou valões que devem ser buscados pela política externa. Ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário cumpre não só a faculdade, mas o dever de zelar por tais princípios. E impedir que o congresso delibere sobre denúncia de um tratado internacional, parece, obstruir enormemente a realização desse dever constitucional (citado conforme o original).³

Essa matéria pode ser tratada de forma mais objetiva e simplificada, tendo em vista o próprio entendimento do STF antes da Emenda constitucional nº45/2014. Ou seja, entendia-se que quando a incorporação de um tratado ao ordenamento jurídico interno, o mesmo ingressava na condição de lei ordinária. Sendo assim, como poderia o Presidente da República, por decreto, revogar uma lei sem que houvesse a participação do Congresso Nacional? Salvo melhor juízo, caso isso fosse permitido, estar-se-ia diante de uma situação não democrática, inusitada, ditatorial. Muito menos, caso seja atribuído ao tratado a qualidade de norma supra legal, como aconteceu com os tratados de direitos humanos, onde os Ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence os diferenciou dos demais.

Sobre essa mesma temática, é importante para o presente estudo deixar claro que a Convenção nº 158 da OIT, aprovada e incorporada ao ordenamento jurídico interno (Decreto Legislativo nº 68/1992 e Decreto nº 1.855/1996) cumpriu com todos os requisitos de aprovação, o que significa que foi aprovada pelo Congresso Nacional, conforme artigo 49, inciso I, da Constituição Federal e ratificada pelo Poder Executivo, entrando em vigência no território nacional. A grande questão é que referida Convenção não pode ser tratada como outra qualquer considerando que o seu conteúdo diz respeito a matéria sobre direitos humanos.

² MIRANDA, José Francisco Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969*, Tomo III, São Paulo: Forense, 1987, p 109.

³ BARBOSA, Joaquim. *Ação direta de inconstitucionalidade 1.625-3 União Federal*. Tribunal Pleno, em 03/06/2009, in, www.STF.jus.br, capturado em 27.01.2017.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

Não existem dúvidas que a face dos direitos humanos torna-se mais fácil de ser observada quando se trata da proteção ao trabalho, como é o caso da Convenção nº 158 da OIT. No artigo 1º da Constituição Federal foi consagrado os princípios fundamentais da República, cabendo citar o valor social do trabalho. Enquanto objetivos, o artigo 3º, inciso IV, tratou sobre a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. No conjunto, o artigo 170, também da Constituição, firmou como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano.

Estudando o texto da citada convenção, tem-se a proteção contra o término da relação de trabalho, a não ser que exista causa justificada relacionada a capacidade do trabalhador ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa (artigo 4º). O direito ao contraditório, devido processo legal, na medida em que quando imputado ao empregado motivos relacionados ao seu comportamento ou desempenho, lhe será dada a possibilidade de se defender das acusações antes de se impor ao término da sua relação de trabalho (artigo 7º). A atribuição do ônus da prova ao empregador, quando acusa o empregado de qualquer falta no seu comportamento ou desempenho (artigo 9º). A necessidade de atender o princípio da transparência, quando o empregador fundamenta a demissão do seu empregado em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais dentre outros, informando também os entes representantes dos trabalhadores (artigo 13).

Conclui-se que todo o conteúdo instrumental da Convenção nº 158 da OIT vem ao encontro dos princípios constitucionais, especialmente contidos no artigo 170 da Constituição Federal, tratando-se da proteção aos direitos sociais e não puramente privados, o que a coloca como contendo integralmente a proteção de direitos fundamentais.

Não poderia deixar de ser citado o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, cuja redação aponta para a mesma finalidade que a Convenção nº 158, cabendo, pela importância, a sua citação: “[...] relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]”

Inclusive, uma das motivações utilizadas para o decreto de denúncia foi a desconformidade da norma com a Constituição Federal e a impossibilidade da sua aplicação por conta da necessidade de adoção de procedimento diverso daquele previsto no texto constitucional, que em resumo, quer dizer que a Convenção nº 158 da OIT seria inconstitucional.⁴ Acredita-se que estava se referindo ao fato que somente através de Lei

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 6ª edição, São Paulo: LTr, 2007, p. 1168.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

Complementar é que seria possível tratar sobre a proteção contra despedida arbitrária, o que inviabilizaria a continuidade de vigência da Convenção ratificada. Não existe a menor dúvida que referidos argumentos estão em desconformidade com a própria Constituição.

Através da Convenção citada foram inseridos direitos sociais no ordenamento jurídico pátrio, contribuindo assim com a concretização de todos os preceitos aqui referidos na medida em que estabeleceu a não possibilidade de demissão arbitrária ou injustificada (artigo 7º, I, da C.F.). É a real defesa do trabalho humano em comunhão com um dos principais vetores constitucionais, no caso, a concretização da dignidade humana.

Como pode um ato do executivo excluir o conteúdo da referida Convenção? Caso se tornasse possível, estaria o Poder Executivo reduzindo por sua conta própria e risco os direitos humanos ou o seu nível de proteção, o que seria inadmissível ainda que por força de lei. Portanto, trata-se de vício formal e material a denúncia feita pelo Poder Executivo, o que de fato está sendo reconhecido através dos votos que foram proferidos pelos Ministros do STF na ação direta de inconstitucionalidade aqui mencionada.

Apenas para complementar o estudo inicial, também cabe fazer referência aos princípios de direito internacional aplicáveis à Convenção, conforme artigo 2º da Carta das Nações Unidas, que se trata de conferir estabilidade às relações jurídicas. Um dos objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é criar normas internacionais do trabalho, ou seja, uma estabilidade jurídica no plano internacional. Como se não bastasse, em específico na Convenção nº 158 da OIT, existem cláusulas que estabelecem um prazo mínimo para a manutenção da norma no ordenamento jurídico interno, que no caso é após um período de dez anos depois da sua entrada em vigor (contado do ato de ratificação), o que por si só impediria o Decreto de denúncia.

Não pode ser esquecido que a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, equiparou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, às emendas constitucionais. Embora tenha havido um retrocesso no que se refere à proteção dos direitos humanos, ainda assim é possível afirmar que existe uma distinção entre Tratados internacionais que possuem conteúdo de defesa dos direitos humanos e aqueles que não possuem.

Dando o tratamento apropriado para o objetivo da presente pesquisa chega-se à seguinte conclusão inicial: que a Convenção nº 158 da OIT trata de matéria referente à proteção dos direitos humanos e que a forma com que foi denunciada é inconstitucional por

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

vários motivos, valendo a mesma afirmativa no que se refere ao seu conteúdo e forma, podendo agora ser estudado o efeito ou efeitos que poderão ser produzidos caso o Supremo Tribunal Federal acolha a arguição de inconstitucionalidade.

2 DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É sabido que a proteção dos direitos individuais somente pode acontecer caso haja uma coexistência na proteção dos direitos sociais. Em uma linguagem direta, para a proteção unitária de um direito requer-se a sua proteção comunitária ou social, de forma a reduzir o desequilíbrio social, que especialmente nas relações de trabalho, coloca aquele que trabalha em uma condição de sujeição social.

É justamente com espeque na desigualdade social que se justifica a proteção do trabalho humano, consagrando a defesa dos direitos sociais, através da criação de paredes de proteção para esses mesmos direitos. Na verdade, a Convenção nº 158 da OIT, instrumentalmente, criou a barreira de proteção aos direitos sociais, em harmonia com o contido no artigo 170 da Constituição Federal, cuja finalidade descrita é a valorização do trabalho humano, ou seja, a busca do bem estar coletivo através do Estado. Trata-se da mudança de posicionamento, onde o Estado deixa a sua visão descompromissada e passa a exigir que as ações privadas estejam compartilhadas, contextualizadas com o interesse público. Dessa maneira, é importante deixar claro que a Convenção nº 158 da OIT não cuida de interesses privados e sim de interesses sociais gerais.

Nesse sentido, vale a citação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Embora nos estados professam a livre iniciativa, os protagonistas centrais da atividade econômica persistam sendo os particulares, hoje coadjuvados pelo Poder Público, a ação privada já não é concebida como descompromissada com os interesses do todo e de todos (vale dizer: dos vários indivíduos). Pelo contrário, a propriedade é calibrada para um objetivo comum. É direcionada para desideratos que transcendem os interesses puramente individuais, de sorte a exigir que se compatibilizem com os interesses sociais e, além disso, que concorram para realizá-los. Em suma: são compostos objetivos que se consideram de todos.⁵

Feitas essas considerações, é importante, antes de adentrar na parte processual de controle da constitucionalidade, estabelecer que a preocupação principal do exercício de qualquer controle é a garantia do Estado Democrático de Direito, ou seja, assegurar o

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In *Revista de Direito Público*, nº 57-58/233, jan.-junh/1981, São Paulo: RT, 1981, p. 212.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

processo de criação legislativa e possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais, sem os quais nenhum direito individual estará garantido ou efetivado.

Por essa razão é que os instrumentos colocados à disposição da sociedade para o controle da constitucionalidade não podem circunscrever apenas à garantia do processo de criação legislativa e sim deve garantir a coesão e a efetivação das finalidades constitucionais estabelecidas (artigo 3º da C.F.). Através do controle de constitucionalidade busca-se fazer sobreviver a integridade constitucional.

Para tanto é importante destacar que a Constituição Federal não é um ideário ou uma carta de recomendações. Trata-se de um conjunto de regras impositivas, disciplinando obrigatoriamente condutas. No caso do tema principal desse trabalho, ela estabelece obrigatoriamente a valorização do trabalho humano, conforme vários dispositivos aqui elencados, constituindo assim verdadeiros princípios, não podendo ser tocados por qualquer pretensão legislativa ou administrativa e muito menos por Decretos que almejam desconstituir ato complexo, cuja formação depende de autorização legislativa. E ainda que fosse, ou seja, mesmo que contasse com a participação do Poder Legislativo autorizando a sua formação ou término da aplicação da Convenção nº 158 da OIT, materialmente teria ele o visgo da inconstitucionalidade, principalmente por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, que estabeleceu: “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.”

No campo instrumental, o primeiro dos controles de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico nacional é o chamado controle por via de exceção ou controle difuso, previsto principalmente no artigo 102, inciso III da Constituição Federal, onde, qualquer um poderá suscitar a inconstitucionalidade, em qualquer processo e em qualquer grau judicial. Qualquer lei poderá ser questionada, como questão incidental, prejudicial à solução do litígio colocado em discussão, não se tratando do objeto principal do processo.

Para a maioria dos doutrinadores, os efeitos da decisão declarada incidentalmente atingirão somente os litigantes e retroagirá desde a criação da lei que se declarou inconstitucional. Poderá, quando declarada pelo STF, na forma do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, ser ampliado (*erga omnes*), mediante a aprovação do Senado Federal.

A segunda forma de controle é o concentrado, surgido a partir da Emenda Constitucional nº 16 de 06 de dezembro de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

normativo federal ou estadual. A análise é feita unicamente pelo STF, de forma abstrata, ou seja, não amparada por um caso concreto. São previstas para tal fim a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, inciso I, letra A da C.F.), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º da C.F.), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (artigo 36, III da C.F.) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, parágrafo 1º da C.F.).

Segundo a doutrina predominante, a regra geral é que qualquer uma das ações que venham a declarar a inconstitucionalidade provoque efeito retroativo (seja de lei ou ato normativo) e efeito *erga omnes*, por considerar que aquilo que foi declarado inconstitucional é nulo desde o seu surgimento, devendo ser retirado do ordenamento jurídico desde a sua criação.

Diante da regra geral no que se refere à produção de efeitos e levando em conta o objeto do presente estudo, a declaração pelo STF, através de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado) do Decreto nº 2.100/1996, produziria por consequência também o efeito repristinatório da Convenção nº 158 da OIT, quer dizer, declararia a nulidade do decreto e a desconstituição dos seus efeitos, que por consequência faria com que a Convenção nº 158 da OIT retornasse à vigência. Em linguagem direta, voltaria a valer o Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996 (que incorporou a Convenção citada ao ordenamento jurídico interno), e, como consequência, todas as demissões ocorridas (terminações dos contratos de trabalho) a partir de referida data, deveriam ter sido justificadas e ou fundamentadas, de acordo com o contido no artigo 4º da supra citada convenção:

Artigo 4º: Não se dará término a 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.

No que se refere ao efeito repristinatório da Convenção, segundo Pedro Lenza: “Se a lei é nula, ela nunca teve eficácia. Se nunca teve eficácia, nunca revogou nenhuma norma. Se nunca revogou nenhuma norma, aquela que teria sido supostamente ‘revogada’ continua tendo eficácia”.⁶ Eis o efeito repristinatório da decisão. Inclusive, o referido efeito aparece no artigo 11 § 2º da lei 9.868/99, não se tratando da aplicação apenas em ações cautelares como também no mérito nas ações de controle abstrato. Outra questão também amparada doutrinariamente e jurisprudencialmente é a não necessidade de ser declarado expressamente

⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva 2012, p. 44.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

o referido efeito pela suprema corte. Para embasar esse posicionamento, cabe citar decisão do STF sobre a matéria, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE
NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DO ATO
INCONSTITUCIONAL – DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE – EFICÁCIA RETROATIVA – O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO –
REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO
IMPUGNADO – PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DO PODER
PÚBLICO – AUSÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS –
PREJUDICIALIDADE.

– O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio de que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

– A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.

A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo (grifo nosso).⁷

Em sendo aplicada a regra geral das nulidades em face da declaração de inconstitucionalidade do Decreto de denúncia e o restabelecimento da vigência da Convenção nº 158 da OIT (efeito repristinatório e *ex tunc e ex nunc*) as demissões dos empregados ocorridas a partir do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, sem justificativa ou fundamentação (demissão sem justa causa) deverão ser consideradas também nulas e os empregados reintegrados aos seus antigos empregos ou na impossibilidade de reintegração, o pagamento de indenização compensatória.

3 A LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

⁷ STF, ADI 652/MA (QO), Plenário, relator: Ministro Celso de Mello, DJU 2/4/1993.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

Segundo o próprio Ministro Gilmar Mendes, com a evolução do Direito Constitucional e diante da maior complexidade das relações jurídicas, tornou-se difícil fazer uma aplicação irrestrita da teoria das nulidades, da forma como foi posta no item anterior, sob pena de causar consequências mais desastrosas que manter a própria norma inconstitucional que vinha sendo aplicada em um determinado período de tempo, o que tornaria difícil a sua própria desconstituição.⁸

Diante desse fato, foi apresentada uma espécie de solução artificial entre a inconstitucionalidade e a segurança jurídica, em especial naquelas situações em que a inconstitucionalidade, com efeitos retroativos, seria desastrosa. Para tanto, surgiu a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, com a finalidade de resolver o problema da declaração de nulidade absoluta, editando o artigo 27, chamada de técnica da decisão alternativa, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por maioria de dois terços dos ministros. Vale a pena transcrever a redação do citado artigo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Contudo, a própria constitucionalidade da referida lei, em especial no que se refere ao seu artigo 27 é algo que se apresenta em discussão no próprio Supremo Tribunal Federal, através da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.154 e 2.258. A ADI 2258, a OAB enquanto proponente alega, em síntese, que os artigos 11, parágrafo 2º, parte final, 21 e 27 da Lei 9.868/99 padecem de inconstitucionalidade material em face do disposto, respectivamente, nos artigos 5º, LIV e 102, I, a; 5º, XXXVII e LIV, e 102, I, a e parágrafo 2º, e, por fim, artigos 1º e 5º, II, todos da Constituição da República. Sem querer entrar no mérito da possível inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, como ficaria a limitação de efeitos (modulação) quando está sendo violado um direito fundamental, na hipótese da declaração de inconstitucionalidade do Decreto de denúncia da Convenção 158 da OIT (Decreto 2.100/96)?

O artigo 27 da Lei 9.868/99 possibilita a modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado pelo Supremo

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 487.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

Tribunal Federal (já houve o reconhecimento da possibilidade de modulação quando se tratar também de controle difuso). Um dos elementos imprescindível na modulação dos efeitos é o reconhecimento da inconstitucionalidade, não se tratando, por exemplo, de situações enquadradas como não recepção de dispositivo de lei pelo texto constitucional (direito pré-constitucional).

A principal justificativa apresentada para impor de forma expressa a modulação de efeitos pelo STF é a insegurança jurídica, de forma a afastar os efeitos produzidos pela declaração de nulidade de norma inconstitucional. A questão é saber se referida modulação se justificaria quando se tratar da negativa a direito fundamental ou, no caso em exame, ao cumprimento dos próprios princípios de valorização e proteção ao trabalho humano, que se encontram contidos na Constituição Federal.

A regra geral diante da declaração de inconstitucionalidade é a desconstituição dos seus efeitos desde o nascimento da norma ou do ato declarado inconstitucional. O problema é o embate do princípio da proporcionalidade (regra de modulação), quando se faz presente outro princípio relevante, como é o caso da manifesta necessidade de proteção do interesse social.

Nesse caso, quando do outro lado tem-se como resultado da aplicação da modulação dos efeitos do ato nulo a violação de um direito ou princípio de proteção social, estar-se-á diante daquilo que é chamado de política judiciária, o que não poderá ser o caso quando se tratar da hipótese da proteção de valores sociais pela simples razão de não poder haver a negativa a um direito fundamental baseado simplesmente em uma política judiciária.

Segundo Ricardo Campos, examinando a doutrina constitucional norte americana declarou o seguinte: “[...] a particular frascologia da constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a constituição é nula”.⁹ Conclui o mesmo autor que a Constituição deve prevalecer de forma absoluta, reconhecendo-se assim a nulidade da norma inconstitucional *ab initio* e *ex tunc*.

No entanto, a própria suprema corte norte americana, tempos depois, passou também a reconhecer que a retroatividade plena de uma declaração de inconstitucionalidade poderia não ser a melhor coisa. Em poucas palavras, que a questão da retroatividade deveria ser tratada como questão de política judiciária. É citado como marco de mudança de entendimento pela Suprema Corte americana o caso *Linkletter versus Walker* (1965), onde

⁹ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Leis inconstitucionais anda constitucionais?* In Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº 25, abril/junho 2004, Brasília: CEJ, p. 85 a 96.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

firmou o entendimento no sentido que o tribunal deveria em cada caso firmar o seu entendimento sobre a retroatividade ou não.

Outros sistemas, como o português, por exemplo, admitiu a modulação de efeitos quando por razões de interesse público de excepcional relevo, exigirem a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade.¹⁰ Também o sistema austríaco prescreveu de forma expressa que os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade deve se operar para o futuro, o que significa o reconhecimento de efeitos produzidos por uma norma jurídica que foi reconhecida inconstitucional. É a mesma coisa que tratar como ato anulável e não nulo.¹¹

Seguindo os ensinamentos de Paulo Bonavides, estudando as decisões proferidas pela corte alemã, foi por ela editada uma regra expressa:

Excepcionalmente, disposições inconstitucionais devem, em parte, ou totalmente, continuarem a ter aplicação, se a peculiaridade da norma declarada inconstitucional fizer necessária por razões constitucionais, nomeadamente aquelas derivadas da segurança do direito, que se deixe existir o preceito inconstitucional como regulação (...) A variante consagrada por Karlsruhe consiste basicamente, pois, em reconhecer a “existência de lei” ao invés de decretar, de plano, sua nulidade. Reconhecendo-lhe a existência, admitirá a aplicabilidade ou não aplicabilidade da norma constante a disposição que sentenciar.¹²

Afirma a doutrina que o direito alemão substituiu nulidade por incompatibilidade em face da constituição. Também, que essa mesma incompatibilidade somente se aplica em casos excepcionais (modulação de efeitos), vinculados aos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade. Isso significa que a declaração plena da norma enquanto nula, desde a sua origem somente deve ser deixada de declarar, segundo o sistema alemão, quando foi comprovado e significativo o dano que será gerado, justificando assim a sua modulação, aproximando-se da teoria kelseniana, que entende que a declaração de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo e não simplesmente declaratório, ou seja, enquanto não for revogada deve ser considerada válida.¹³ Logicamente que não é possível concordar com o posicionamento extremado de Kelsen.

Em adotando o sistema alemão em parte e levando em conta que no sistema brasileiro a modulação dos efeitos da nulidade também ainda se faz como exceção, não considerar a aplicação por inteiro dos efeitos da nulidade quando se está diante de uma norma que impediu a aplicação de direitos sociais, reconhecidos constitucionalmente, é uma verdadeira violação

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 492 e seguintes.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 334.

¹² Op.cit, p. 341.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 330 e seguintes.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

aos princípios que sustentam a República (artigo 1º da C.F) e o próprio Estado Democrático de Direito.

Isso aconteceria, caso, diante da declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/96, ficasse estabelecido que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade valessem somente *ex nunc*, por entender que o restabelecimento de direitos sociais seria economicamente inviável ou de difícil reparação. Neste caso estaria sendo flagrantemente violados direitos sociais, ou seja, direitos fundamentais, colocando à frente deles interesses econômicos.

Segundo Leivas, os direitos sociais apresentam uma “[...] mudança causal de situações ou processos na realidade, enquanto a omissão significa uma não-mudança de situações ou processos na realidade, embora fosse possível a mudança”.¹⁴ Isso significa que os direitos sociais se materializem exige-se uma ação contínua (positiva) do Poder Público, o que significa políticas públicas voltadas para sua proteção. No caso em foco, com a proteção contra despedida arbitrária ou injustificada, pretende-se garantir de forma concreta a proteção ao trabalho humano.

José Afonso da Silva, conceituando os direitos sociais:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.¹⁵

Corroborando com o mesmo entendimento Celso Laffer, explicando que os direitos sociais devem ser entendidos como direitos que tornam reais direitos formais. Nas palavras do autor: “[...] garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.”¹⁶ Trata-se da expressão justiça social, correspondendo a reivindicações daqueles que são menos favorecidos, sobretudo os trabalhadores, como uma espécie de compensação em razão da desigualdade existente com aqueles que possuem maior poder econômico.¹⁷

¹⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 87

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 286.

¹⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 127.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

Diante dessas constatações a cerca dos direitos sociais, fica fundamentada a afirmativa que o descumprimento dos direitos sociais significa a quebra do princípio da igualdade, da solidariedade social, da impossibilidade de redução das desigualdades sociais e por último, o descumprimento do contido no artigo 170 da Constituição Federal principalmente. Sendo assim, a regra geral sobre nulidades, que significa a sua retroatividade até o nascimento do ato nulo, inconstitucional, deve ser mantida, sob pena que em assim não ocorrendo ter-se-ia quebra da segurança jurídica por conta da não intervenção do Estado de forma positiva na garantia desses mesmos direitos.

Explicando de outra forma, a modulação de efeitos a serem produzidos pela declaração de inconstitucionalidade no caso em estudo geraria a insegurança jurídica pelo descumprimento dos direitos sociais, o que impede de pronto a referida modulação. E observe que referido entendimento não vai contra os sistemas americano, português e alemão, por conta que naqueles sistemas a modulação de efeitos somente se torna possível para não trazer maiores prejuízos que os já produzidos pela norma ou ato inconstitucional. Aqui é o inverso, a modulação de efeitos quando para limitar a realização pelo Estado de ações positivas (prevalência dos direitos sociais) significaria a produção de prejuízos sociais e a própria instabilidade social e por essa razão torna-se necessária a aplicação da regra geral.

Nas palavras de Höffe, é necessário entender que “[...] os direitos humanos não são mais simplesmente solenes declarações de intenção, mas, muito antes, uma parte obrigatória da ordem dos direitos e do Estado.”¹⁸ A não realização pelo Estado das suas obrigações sociais, dentre elas a proteção do trabalho humano, trata-se do não cumprimento de regras basilares que sustentam a própria democracia.

4 CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO RETROATIVO DA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

A questão que se coloca agora é a seguinte: considerando a nulidade do Decreto de denúncia (Decreto nº 2.100/1996) da Convenção nº 158 do TST, que por certo será declarada pelo STF, e, considerando que com a declaração tornar-se-á sem efeito do referido decreto desde o seu nascedouro, fazendo com que volte à vigência a referida Convenção desde Decreto de 20 de dezembro de 1996, que impede a demissão do empregado sem que haja um fundamento ou justificativa, como ficarão as demissões que se operaram dessa maneira?

¹⁸ HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 416.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

Para examinar essa questão, é importante retornar ao contido no artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, bem como o contido no artigo 10, inciso I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estabeleceu indenização de 40% sobre o devido ao empregado a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), enquanto não regulamentado o referido dispositivo constitucional. Isso não significa que o texto do artigo 7º, inciso I da Constituição Federal não produzirá efeitos até que o legislador ordinário não venha a regulamentá-lo.

O que ficou a cargo do legislador ordinário, através de Lei Complementar, é estabelecer outras garantias que impeçam que o empregado seja demitido arbitrariamente ou sem fundamento. Em poucas palavras, a multa do artigo 10 da ADCT se refere a uma garantia transitória, provisória, não significando que com o pagamento da referida multa esteja autorizado o empregador a demitir sem qualquer fundamento. Ou que, na falta de regulamentação possa o empregador demitir arbitrariamente. A demissão arbitrária é proibida constitucionalmente, com ou sem a vigência da Convenção nº 158 da OIT.

Segundo Jorge Luiz Souto Maior:

Assim, aplicados os preceitos constitucionais e legais, sob a âmbito individual, passam a existir quatro tipos de dispensa: 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); e d) a discriminatória (prevista na lei nº 9.029/95). A dispensa imotivada equipara-se à dispensa arbitrária e é proibida constitucionalmente. A dispensa motivada (ou sem justa causa) dá ensejo ao recebimento pelo empregado de uma indenização equivalente a 40% sobre o FGTS. A dispensa com justa causa, devidamente comprovada, nos termos do art. 482, da CLT, provoca a cessação do vínculo sem direito a indenização. A dispensa discriminatória vem expressa quando à definição e aos seus efeitos na Lei n. 9029/95, dando ensejo à reintegração ou indenização compensatória.¹⁹

A questão principal aqui é saber distinguir dispensa arbitrária da dispensa que ocorre mediante fundamentação. A dispensa arbitrária está proibida constitucionalmente. Com a entrada em vigência da Convenção nº 158 da OIT, em consonância com o contido na Constituição, ficou de vez duplamente proibida. Na hipótese da demissão ocorrer por motivo suficiente implica no pagamento para o empregado da multa dos 40% do FGTS. O que não pode é entender que com o pagamento da multa tem-se a possibilidade do empregador demitir o seu empregado sem justa causa. A demissão sem justa causa está proibida no Brasil desde a edição da Constituição Federal.

¹⁹ SOUTO MAIOR. Jorge Luiz. Convenção 158 da OIT: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. Revista Jus Navigandi, ano 09, nº 475, 25 de outubro de 2004, p. 2, capturado em <https://jus.com.br/artigos/5820>, em data de 02/02/2017.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

Com a entrada em vigência da Convenção nº 158 da OIT o Brasil se harmonizou com o Direito Internacional do Trabalho no sentido de demonstrar de forma efetiva a proteção ao trabalho, houve a integração ao seu ordenamento jurídico interno os procedimentos que devem existir na hipótese de terminação do contrato de trabalho sem que o empregado tenha dado motivo. Estabeleceu-se uma processualística internacional, garantindo ao empregado o direito de recorrer contra os motivos que foram apresentados pelo empregador para a sua demissão (direito ao contraditório), conforme artigo 7º da Convenção, como também a necessidade do empregador proporcionar aos representantes do trabalhador (entidades sindicais) os motivos técnicos ou financeiros que levaram à demissão (artigo 13 da Convenção) dando condições para que sejam tomadas medidas para evitar as demissões ou torná-las menos gravosas. Em uma linguagem simples, o trabalho deixou de ser uma mercadoria de troca tornando-se um direito social individual e coletivo ao mesmo tempo, com instrumentos apropriados para alcançar referida finalidade.

Muito embora as apresentações feitas estejam voltadas para as demissões que ainda não aconteceram, o objeto aqui em estudo se refere principalmente àquelas situações que elas já ocorreram sem justa causa, considerando a declaração de nulidade desde o seu início do Decreto que denunciou a citada Convenção.

O primeiro efeito a ser produzido é o direito à reintegração ao emprego. Ou seja, todos os empregados demitidos sem justa causa passariam a ter o direito de retornar ao emprego em face da arbitrariedade da demissão, em desacordo quer seja em relação ao artigo 7º, inciso I da C.F quer seja em relação à Convenção nº 158 da OIT. Em segundo, naqueles casos em que não se torna mais possível a reintegração ou que a mesma seja mais prejudicial para o empregado, torna-se devido o pagamento de uma indenização compensatória.

Acontece que a indenização compensatória a que se faz referência não se trata do pagamento do valor correspondente a 40% do saldo devido a título de FGTS (artigo 10, I, do ADCT). Esse valor é devido para o caso de demissão justificada e não para a arbitrária, ou seja, sem justa causa. Nessa hipótese, caberá o pagamento de uma indenização alternativa, como meio de compensar o empregado pela perda do seu emprego de forma injustificada. Segundo o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. No caso, a fixação do valor deverá ser feita pela autoridade

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

competente através de arbitramento, levando-se em conta o dano sofrido e a necessidade do empregado.²⁰

Observa-se que a conversão da obrigação de fazer (reintegração ao emprego) em indenização somente acontecerá quando não for possível a tutela específica. Vale citar o contido no artigo 499 do Novo Código de Processo Civil: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. Inclusive, entende a melhor doutrina que o pedido inicial pode ser a condenação em obrigação de fazer, no caso reintegração do empregado em face da demissão injustificada, podendo na fase de execução ser alterado o pedido ou convertido para perdas e danos.

Por último, agora é saber qual o prazo que o empregado que foi demitido injustamente terá para reclamar o seu direito, considerando a competência da Justiça do Trabalho (artigo 114 da C.F.) e os prazos prescricionais estabelecidos no artigo 7º, inciso XXIX também da Constituição Federal.

Existem duas interpretações possíveis de serem feitas. A primeira delas diz respeito a considerar como nulas todas as demissões ocorridas arbitrariamente. Em sendo consideradas nulas significa que os vínculos de emprego não se desconstituíram e nesse caso todos os demitidos arbitrariamente possuem o direito de reintegração ao emprego ou indenização compensatória. A segunda interpretação no sentido que seria necessária a propositura de reclamatória trabalhista pleiteando a nulidade das demissões que se operaram de forma arbitrária, com fundamento na Convenção nº 158 da O.I.T., e, nesse caso, o prazo prescricional seria contado a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado que considerou inconstitucional o Decreto nº 2.100/96.

Situação semelhante foi estabelecido em matéria tributária pelo artigo 168 do Código Tributário Nacional (CTN), onde a data da decisão administrativa definitiva ou a data do trânsito em julgado da decisão reformando, anulando ou rescindindo a decisão condenatória se constituem nos termos iniciais para a contagem do prazo prescricional para, por exemplo, adentrar com uma ação de repetição de indébito.

Outro fato que vem a corroborar no mesmo sentido, no que se refere ao termo inicial para a contagem do prazo prescricional foi com a reedição da Orientação Jurisprudencial nº 344 do TST (Tribunal Superior do Trabalho) que trouxe a seguinte redação:

²⁰ SOUTO MAIOR. Jorge Luiz. *Convenção 158 da OIT*: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto aplicável. Revista Jus Navigandi, ano 09, nº 475, 25 de outubro de 2004, p. 2, capturado em <https://jus.com.br/artigos/5820>, em data de 02/02/2017, p. 03.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

OJ-SDII-344 FGTS. MULTA DE 40%. DIFERENÇAS DECORRENTES DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL (mantida) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. O termo inicial do prazo prescricional para o empregado pleitear em juízo diferenças da multa do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários, deuse com a vigência da Lei Complementar nº 110, em 30.06.01, salvo comprovado trânsito em julgado de decisão proferida em ação proposta anteriormente na Justiça Federal, que reconheça o direito à atualização do saldo da conta vinculada. (grifo nosso)

Observa-se que trata de ação judicial com fundamento na Convenção nº 158 da OIT, que estava obstaculizada de aplicação por força de um Decreto que posteriormente veio a ser declarado inconstitucional²¹. Caso ocorra referida hipótese, o prazo prescricional somente poderá iniciar-se a partir do momento que a restrição deixou de ser imposta, restabelecendo o Decreto nº 1855/96.

Em poucas palavras, querer impor ao empregado a fluência de prazo prescricional enquanto o Decreto de denúncia estava valendo é uma dupla penalidade que não poderá acontecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da hipótese de uma futura declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/96 pelo Supremo Tribunal Federal, que denunciou a Convenção nº 158 da OIT, analisou os efeitos dessa declaração em especial no que se refere à possibilidade de modulação dos seus efeitos, considerando que durante o período em que a Convenção nº 158 manteve-se sem aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional demissões de empregados sem justa causa e ou arbitrária acabaram se operando.

O problema apresentado foi no que se refere à possibilidade ou não de modulação dos efeitos de uma futura declaração de inconstitucionalidade nesse caso, levando-se em conta o contido na Lei nº 9.868/99, que possibilitou a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal.

O objeto do presente estudo apresentou uma singularidade, ou seja, que a modulação de efeitos neste caso resultará na limitação de direitos sociais (direitos fundamentais), na medida em que os mesmos conferem ao cidadão o direito de exigir uma ação positiva por parte do Estado. Caso o Supremo Tribunal Federal venha a declarar a inconstitucionalidade

²¹ Observa-se que se trata de uma hipótese trabalhada no artigo, declaração de inconstitucionalidade pelo STF do Decreto n. 2.100/96, posto que isso ainda não ocorreu.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

do Decreto de denúncia, os efeitos produzidos seriam declaratórios constitutivos, na medida em que retroagiria até o seu nascedouro com o restabelecimento da aplicação da Convenção nº 158 por todo o período (efeito repristinatório), como se nunca houve sido retirada do ordenamento jurídico interno.

A conclusão aqui obtida se fundamenta principalmente por conta que a modulação de efeitos, ainda que criada em favor da segurança jurídica e para evitar maiores prejuízos que os já produzidos pela norma inconstitucional, não pode ser aplicada quando diante de ato ou norma que violaram direitos sociais. Ao contrário, caso aplicada a modulação ter-se-ia verdadeiramente a produção de prejuízos no que se refere aos direitos individuais e coletivos, a ponto de ameaçar princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Questões ligadas à política judiciária para a modulação de efeitos no caso em estudo significa a mesma coisa que a inversão da ordem de preservação de direitos, fazendo prevalecer questões puramente econômicas sobre direitos sociais, produzindo principalmente a violação em especial no contido no artigo 170 da Constituição Federal.

Com a não possibilidade de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por certo, produziria o efeito constitutivo, no sentido de restabelecer a Convenção nº 158 da OIT na sua totalidade, em especial no que se refere a impossibilidade de demissão do empregado sem que haja fundamento para tanto, como também restabelecendo o princípio do contraditório e da transparência do ato demissionário.

E, por último, cabendo aos empregados que foram demitidos no período de vigência do Decreto de denúncia, poder reclamar a reintegração ao emprego ou indenização compensatória em face das suas demissões terem se operado sem justa causa e ou arbitrária.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim. *Ação direta de inconstitucionalidade* 1.625-3 União Federal. Tribunal Pleno, em 03/06/2009, in, www.STF.jus.br, capturado em 27.01.2017.

BEVILAQUA, Clovis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (org.). *Pareceres dos consultores Jurídicos do Itamaraty*. Vol. II (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Leis inconstitucionais anda constitucionais?* In Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº 25, abril/junho, Brasília: CEJ, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 6ª edição, São Paulo: LTr, 2007.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA FEITA À CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT:
IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE SEUS EFEITOS FRENTE À VIOLAÇÃO DE DIREITO
SOCIAL

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. In Revista de Direito Público, nº 57-58/233, jan.-junh/1981, São Paulo: RT, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, José Francisco Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967*, com Emenda nº 1 de 1969, Tomo III, São Paulo: Forense, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUTO MAIOR. Jorge Luiz. *Convenção 158 da OIT: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável*. Revista Jus Navigandi, ano 09, nº 475, 25 de outubro de 2004, p. 2, capturado em <https://jus.com.br/artigos/5820>, em data de 02/02/2017.