

3.2 GRANDES VETORES HERMENÊUTICOS NA TEMÁTICA DA ESTABILIDADE*

***Drittwirkung*: A Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. A Importância da Convenção 158 da OIT: Pulverização do Direito à Estabilidade no Emprego na Ordem Jurídica Mundial**

Fernando Schnell**

1 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também denominada pela doutrina constitucional germânica de teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*Drittwirkung*, mais precisamente, eficácia contra terceiros) constitui importante vetor de hermenêutica ao presente estudo.

É denominada de “eficácia horizontal” por tratar das relações particular *versus* particular, em oposição ao plano de verticalidade existente nas relações particular *versus* Estado. Tal construção doutrinária pressupõe a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, não restringindo sua observância apenas ao Estado, como um direito de defesa dos particulares contra as ingerências do poder público à esfera pessoal. Ocorre que, no desenvolvimento da sociedade, foram surgindo poderes privados que criaram relações assimétricas entre os próprios particulares, marcadas pela desigualdade econômica, como os mega conglomerados econômicos, cujo poderio financeiro se sobrepõe, não raras vezes, à própria soberania dos Estados. Tal assimetria é verificada, ainda, acentadamente, nas relações de trabalho subordinado, entre o empregador (sujeito subordinante) e o empregado (sujeito subordinado), o que autoriza, de maneira segura, a aplicação da teoria em exame nessas relações.

Desse modo, não se poderia mais entender como estanque a existência dos direitos fundamentais apenas no plano vertical. A horizontalidade desses direitos é fruto da evolução do Estado clássico e liberal de Direito para o Estado Social de Direito, adotado como modelo de Estado pelo constituinte brasileiro. Ingo Wolfgang Sarlet sintetiza essa evolução, nos seguintes termos:

[...] a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os **direitos fundamentais** constituírem normas expressando **valores aplicáveis para toda a ordem jurídica**, como decorrência do **princípio da unidade da ordem jurídica**, bem como **em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais**. Assim, Nipperdey chegou a sustentar aquilo que denominou de eficácia absoluta (*absolute Wirkung*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares (SARLET, 2000, p. 121-122, grifo nosso).

Nessa linha de raciocínio, encontra-se a corrente doutrinária que defende a eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Dessa forma, os direitos

* Artigo elaborado com base no Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização apresentado como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho, pelo Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, Rio Grande do Sul - obtenção da nota máxima da 7ª edição do Curso (2008/2009).

** O autor é graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e tem atuação profissional junto ao Tribunal do Trabalho da 4ª Região (assessoria a juízes e desembargadores).

fundamentais estariam prontos para serem aplicados no âmbito das relações privadas, sem qualquer transformação, não admitindo, inclusive, limitações. Poderiam, inclusive, gerar direito imediato a indenizações, na hipótese de ofensa pelos particulares.

Em uma posição mais moderada – e por isso, entendemos, mais adequada – encontra-se a corrente que sustenta a eficácia mediata ou indireta. Nessa vertente, seriam mais respeitadas a autonomia da vontade e a segurança jurídica, inerentes ao direito privado. Os direitos fundamentais teriam, assim, uma eficácia irradiante, por meio de interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados. A partir dessa intermediação, seriam aplicados às relações jurídico-privadas como uma forma de recepção dos direitos fundamentais na esfera privada. Citando uma decisão da Corte Constitucional alemã, o professor Ingo Sarlet (2002, p. 125) sintetiza o pensamento desta corrente, destacando a importância dos direitos fundamentais como normas objetivas para o direito privado: “Para a concretização desta influência se oferecem principalmente as **cláusulas gerais do direito privado** [...], que atuam como **pontos de ingresso** (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no Direito Civil [grifo nosso]. Mais adiante, no item 4.1.2, examinaremos o conceito de cláusulas gerais, no qual se enquadra o art. 187 do Código Civil, objeto deste estudo.

Na temática da tutela da permanência do trabalhador no emprego, primordial é a existência do direito fundamental estampado no inciso I do art. 7º da Constituição Federal de 1988, abrindo o rol dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Quanto ao preceito constitucional, José Felipe Ledur Ihe dá destaque, ao comentar a função de proteção dos direitos fundamentais no ordenamento juslaboral:

Com a Constituição de 1988, o princípio da proteção pode ser derivado do próprio rol dos direitos fundamentais do trabalho previstos no capítulo dos Direitos Sociais, muitos dos quais asseguram proteção, a começar pelo inciso I do art. 7º, no qual se lê que a relação de emprego é protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Ao se recusar a editar a lei complementar mencionada no texto da norma citada, o legislador contribui para erodir princípio ou função reitora de todo ordenamento jusfundamental, que é a proteção (LEDUR, 2009, p. 45).

Diante dessa omissão legislativa, observada, ainda, quanto ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal, e da posição da jurisprudência em negar eficácia imediata aos dois incisos, Maurício Godinho Delgado (2006, p. 210) preleciona: “é inquestionável o redirecionamento que sua instigante existência provoca na própria cultura jurídica de potestade rescisória, dominante desde meados da década de 1960”.

Nesse sentido, sob o presente enfoque, é necessário frisar que os incisos I e XXI do art. 7º da Constituição Federal estão insculpidos em nosso ordenamento jurídico – ainda que defendam sua falta de aplicabilidade imediata – e sua força normativa e conteúdo jusfundamental estão irradiando seus valores sobre todo o sistema legal. A sua “instigante” presença serve, portanto, como importante orientação hermenêutica para o tema da estabilidade do trabalhador no emprego.

2 A INFLUÊNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT NA ORDEM JURÍDICA MUNDIAL

2.1 Histórico da Convenção 158 no ordenamento jurídico interno

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, reunida em Genebra em 22-6-1982, em decorrência da revisão da Convenção 119, de 1963. Passou a vigorar no plano internacional a partir de 23-11-1985.

No Brasil, foi enviada ao Congresso Nacional em 1992 pelo presidente da República à época

(Itamar Franco), recebendo aprovação em 17-09-1992 (Decreto Legislativo 68), com ratificação pelo governo junto à OIT em 04-01-1995 (na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso), passando a vigorar doze meses depois. Contudo, sua eficácia no território nacional só se efetivou a partir do Decreto 1.855, de 10-04-1996, no qual foi publicado o texto oficial no idioma pátrio, promulgando-se a ratificação. Em novembro de 1996, o mesmo governo decidiu denunciar a Convenção, vindo a editar o Decreto 2.100 em 20-12-1996, desobrigando o país à observância do tratado internacional doze meses após, em 20-12-1997.

Assim, a Convenção 158 vigorou entre nós por menos de dois anos, bem ao gosto da precariedade do emprego e rotatividade de mão-de-obra no Brasil.

Cabe registrar que tramita perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 1.625-3), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT em 19-6-1997, que tem por objeto o Decreto 2.100/96. Com a procedência da ADI, que tramita velozmente há doze anos, o decreto que denunciou a Convenção não teria efeito, voltando a vigorar no ordenamento jurídico interno o tratado multilateral. Em 03-06-2009, o Ministro Joaquim Barbosa exarou seu voto no julgamento da ADI, de procedência, tendo a Ministra Ellen Gracie pedido vista dos autos, suspendendo-se a sessão. Nesse voto, com a habilidade que lhe é peculiar, o Ministro Joaquim defendeu que a Convenção 158 da OIT possui *status* de tratado de direitos humanos, sendo norma de estatura suprallegal, porém infraconstitucional. Desse modo, não poderia ser retirada do ordenamento jurídico por simples ato do Presidente da República, sendo imprescindível a participação do Congresso Nacional. Vale a pena examinar o conteúdo desse voto.

2.2 Breve análise do conteúdo da Convenção 158

O texto da Convenção 158 da OIT tem a seguinte estrutura normativa, dividindo seus 22 artigos:

PARTE I: Métodos de Aplicação, Área de Aplicação e Definições

PARTE II: Normas de Aplicação Geral

Seção A - Justificação do término

Seção B - Procedimentos prévios ao término e por ocasião do mesmo

Seção C - Recurso contra o término

Seção D - Prazo de aviso prévio

Seção E - Indenização por término de serviços e outras medidas de proteção dos rendimentos

PARTE III: Disposições Complementares sobre o Término da Relação de Trabalho por Motivos Econômicos, Tecnológicos, Estruturais ou Análogos

Seção A - Consulta aos representantes dos trabalhadores

Seção B - Notificação à autoridade competente

PARTE IV: Disposições finais

Quanto à primeira parte, merece destaque o art. 1º, porquanto pressupõe a elaboração de legislação específica do Estado-Membro para regular a matéria no plano interno, nos seguintes termos:

Art. 1 — Dever-se-á dar efeito às disposições da presente convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por

meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Na segunda parte, encontramos o núcleo da Convenção 158, que sintetiza toda a proteção pretendida pela OIT, em seu art. 4º:

Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Ainda na segunda parte, a Convenção prevê, em seus arts. 7º e 8º, o direito do trabalhador à ampla defesa e contraditório, no caso de dispensa motivada por comportamento ou desempenho, resguardando seu direito a recorrer da decisão do empregador “perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro” (parte final do art. 8º).

No caso desse “organismo neutro” considerar injustificado o término da relação de emprego, deverá, prioritariamente, anular o término e determinar a reintegração do trabalhador ao emprego. Em último caso, poderá converter a reintegração em uma indenização apropriada.

A terceira parte, por sua vez, prevê o procedimento nos casos de o empregador “prever terminos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”, com a notificação e justificação, por escrito, à autoridade competente e aos representantes dos trabalhadores interessados. Tais representantes poderão propor medidas para limitar ou atenuar os efeitos das despedidas, em geral, nesse aspecto, de caráter coletivo.

Por derradeiro, a quarta parte estipula as regras para ratificação e denúncia da Convenção.

Nessas linhas, procuramos resumir as principais diretrizes informadas pela Convenção 158 da OIT.

2.3 Situação atual da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro

Muito se tem discutido quanto à validade da denúncia da Convenção 158 da OIT, tanto quanto à inobservância dos prazos nela estabelecidos para o ato como na inconstitucionalidade do Decreto que a denunciou, conforme exposto nos itens precedentes (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3).

Jorge Luiz Souto Maior, defendendo a nulidade da denúncia, sustenta, em seu célebre artigo “Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável”, que a Convenção pode complementar o inciso I do artigo. 7º da Constituição Federal de 1988, sendo este dispositivo constitucional plenamente aplicável. Argumenta, com precisão, Souto Maior:

Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7º, inciso I, complementa-o, não havendo qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar, em razão de seu *quorum* qualificado, nega a aplicabilidade da Convenção, até porque a formação de uma Convenção, que se dá no âmbito internacional, exige muito mais formalismos que uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento internacional quanto às matérias por ela tratadas (SOUTO MAIOR, 2004).

Discute-se ainda, tal como colocou o Ministro Joaquim Barbosa no referido voto por ocasião do julgamento da ADI 1.625-3, a questão referente ao caráter de *tratado internacional sobre direitos humanos* da Convenção 158 da OIT, por dizer respeito à aspecto de fundamental dignidade e cidadania do trabalhador. Se assim for considerada, seria a ela aplicável o novo § 3º do art. 5º da

Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 45, de 30-12-2004¹? O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm reconhecido eficácia retroativa automática ao novo preceito, considerando os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC 45/04 como normas supralegais, ou seja, sem *status* de norma constitucional, mas superiores às demais normas infraconstitucionais. Seria necessário, aos tratados humanistas ratificados anteriormente a 30-12-04, submeterem-se a nova aprovação, observando as formalidades exigidas às emendas constitucionais.

Contudo, mesmo à luz de toda essa argumentação, não se tem admitido, no ordenamento jurídico interno, que a Convenção 158 possa suprir a falta da lei complementar exigida no inciso I do art. 7º da CF para regulamentar o direito do trabalhador brasileiro à segurança no emprego.

Para encerrar essa análise, nada melhor do que reproduzir o discurso de Souto Maior, uma verdadeira sacudida naqueles que se prendem ao rigor excessivo das formalidades do direito:

Conclusivamente: a dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da "lei da oferta e da procura" e que impõe, certamente, aos trabalhadores condições de trabalho subumanas e diminuição de suas garantias e salários, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que "infelizmente" o direito não a reprime, ainda mais quando, como demonstrado, o próprio direito positivo (internacional e interno) possui normas eficazes para uma tal realização, bastando que se queira aplicá-las. Devemos aprender a utilizar as virtudes do direito no sentido da correção das injustiças, até porque uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um "Estado democrático de direito" (SOUTO MAIOR, 2004).

2.4 A importância da Convenção 158: pulverização do direito à estabilidade no emprego na ordem jurídica mundial

Embora atualmente não se reconheça no Brasil uma eficácia normativa à Convenção 158 da OIT, uma coisa é certa: a Convenção pulveriza, na ordem jurídica mundial, o reconhecimento do direito dos trabalhadores, neste planeta, à segurança no emprego, como garantia mínima ao seu desenvolvimento como ser humano.

E é esse vetor hermenêutico que nos interessa agora, neste estudo.

Posicionando o tema em um enfoque mundial, é impossível não citar a lição de Zigmunt Bauman. O sociólogo polonês estuda os fenômenos da pós-modernidade, caracterizando-a como uma época imediatista, leve, fluida, sintetizada na expressão "líquida". Para Bauman, os laços humanos estão cada vez mais marcados pela precarização. Pelas condições econômicas e sociais precárias, as pessoas veem o mundo como um "contêiner cheio de objetos *descartáveis*, objetos para *uma só utilização*" (BAUMAN, 2001, p. 86), inclusive os outros seres humanos. São "peças sobressalentes", expressão que ele considera dizer tudo. O sociólogo arremata suas ideias afirmando: "Em outras palavras, laços e parcerias tendem a ser vistos e tratados como coisas destinadas a serem *consumidas*, e não produzidas; estão sujeitas aos mesmos critérios de avaliação de todos os outros objetos de consumo" (BAUMAN, 2001, p. 187).

Nesse mundo "líquido", a ausência de segurança no emprego é devastadora. Encontramos, certa vez, em uma petição inicial de uma ação trabalhista, uma narrativa dizendo que o empregado havia trabalhado quase uma vida toda para a empresa e, quando estava prestes a se aposentar, foi despedido arbitrariamente, sem que a empregadora lhe desse qualquer motivo. Dizia o advogado do

¹ **Constituição Federal, 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.

autor: “o trabalhador foi desprezado pela empresa como se fosse um copo descartável de cafezinho, após mais de vinte anos de serviços prestados”. À época, estranhamos a comparação; mas nada mais apropriado para descrever o sentimento do trabalhador. São como copos descartáveis de cafezinho ou de água, assim como aquela coluna de copos que fica pendurada ao lado dos bebedouros, prontos para irem para o lixo após o seu uso efêmero.

Márcio Túlio Viana, em brilhante ensaio intitulado “Trabalhando sem medo – alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT”, nos brinda com um estudo de necessária (e prazerosa) leitura. Constrói a seguinte metáfora quanto ao trabalhador, em especial o “envelhescente”, como se dirige aos mais maduros e experientes:

E, muitas vezes ele será, também, **o passageiro de uma máquina do tempo**. A qualquer momento, no futuro, pode ser remetido ao ponto de partida, e ter de recomeçar ainda e sempre, talvez em outra cidade, talvez de outro modo, em geral com mais dificuldades. **A nova empresa exige dele um vínculo forte, mas lhe oferece em troca um vínculo frágil** (VIANA, 2008, p. 439, grifo nosso).

Mais adiante, o professor Viana sustenta que para a empresa aumentar sua produtividade e reduzir custos, tem de fazer o trabalhador render mais, custando menos, para “consumi-lo” (o que retorna à ideia de Bauman). Para tanto, acrescenta o mestre, poderia cooptá-lo ou atemorizá-lo. Na primeira hipótese, seria oferecendo melhores salários, mais *status* e segurança; na segunda, mantendo a ameaça, ainda que silenciosa, do fantasma do desemprego. E conclui:

Ora, a cooptação é sempre cara, e no limite pode neutralizar os ganhos. Assim, o melhor é restringi-la a um microcosmo de altos empregados ou técnicos de elite. **Já para a massa, a receita é antes o pavor que o amor. O pavor reduz salários, fomenta a precariedade, neutraliza a resistência e exacerba o poder diretivo**. Na verdade, o empregador modula a *própria lei*, sincronizando-a com os seus interesses ou necessidades. **Assim, no novo modelo, a incerteza já não é um problema – mas solução** (VIANA, 2008, p. 440, grifo nosso).

Nesse cenário sombrio – e real – é que a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho assume grande relevância. Saber que lá fora paira um tratado internacional multilateral que protege os trabalhadores contra a despedida arbitrária fornece um norte interpretativo que deve inspirar os operadores do Direito do Trabalho, mesmo nos países que não aderiram ao pacto. Ainda que a Convenção 158 não resolva, momentaneamente, o problema da precariedade e volatilidade do emprego, instiga os “operários do direito” a construírem outras soluções, mesmo que apenas com os tijolos e ferramentas que possuem em casa, tal como a aplicação da teoria civilista do abuso de direito na despedida arbitrária, conforme já defendido em artigo anterior por este autor (Revista LTR de abril de 2010 – ano 74 – nº 4 e Revista Eletrônica do TRT da 4ª Região de julho de 2010/1ª quinzena – ano VI – nº 100).

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*; tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

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

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-



◀ volta ao índice
▲ volta ao sumário

:: Ano VII | Número 118 | 2ª Quinzena de Maio de 2011 ::

aplicável. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 475, 25-10-2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em: 30-7-2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). *A Constituição concretizada, construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-63.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 4, p. 438-43, abr. 2008.