

Do reconhecimento da prescrição em ação trabalhista: efeitos da ausência de regulamentação do inciso I do artigo 7º da CF/88

Alessandra Weber Bueno Giongo

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela
VERBO JURÍDICO*

RESUMO

As condições para o reconhecimento da prescrição quinquenal em ação trabalhista constituem tema de grande importância para os operadores do direito, tendo em vista a presença de tal alegação na maior parte das reclamações trabalhistas, o que por si só justifica um exame mais aprofundado da matéria. Além disso, em que pese o entendimento no sentido de que é cabível o reconhecimento da prescrição parcial arguida na instância ordinária, conforme Súmula 153 do C. TST, recentemente ganhou relevo o posicionamento de que é inviável tal declaração de prescrição, em face da ausência da lei complementar prevista no art. 7º, I, da CF/88. Defendem os adeptos desse último entendimento que a regulamentação do inciso I do art. 7º da CF/88 constitui condição de eficácia da prescrição, a despeito da eficácia plena do inciso XXIX da CF/88, em que está previsto o prazo prescricional trabalhista. Ou seja, sustentam que não é possível a declaração de prescrição quinquenal em ação trabalhista enquanto não for editada a lei complementar prevista no art. 7º, I da CF/88, visto que o cenário jurídico atual não permite ao empregado ajuizar reclamação trabalhista com o contrato de trabalho em curso, o que impede a declaração da prescrição. A análise desses posicionamentos é que justifica o artigo a seguir.

Palavras-chave: Prescrição. Reconhecimento. Direitos fundamentais. Limitações dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

The conditions for the recognition of the partial prescription in labor action are important issue for operators of law, in view of the presence of such a claim in most labor claims, which alone justifies further examination of the matter. Moreover, in spite of the understanding in the sense that it is appropriate recognition of partial prescription defendant in ordinary

proceedings as docket 153 C. TST, recently won the raised position that is not feasible such prescription statement, given the absence of supplementary law provided for in art. 7, I, CF/88. They argue the supporters of this latter understanding that the regulation of Part I of Art. 7 of CF/88 is the prescription requirement of effectiveness, despite the full effectiveness of the XXIX CF / 88, where it is planned to term labor limitation. They maintain that it is not possible to prescribe statement in labor action until it is edited the supplementary law provided for in art. 7, I CF/88 behold, the current legal scenario does not allow the employee to assess labor claim with the ongoing employment contract, which prevents prescription statement. The analysis of these placements is that justifies the following article.

Keywords: Prescription. Recognition. Fundamental rights. Limitations of fundamental rights.

Introdução

O exame da possibilidade de reconhecimento da prescrição parcial tempestivamente arguida tem como cerne a análise acerca do cabimento de limitações dos direitos fundamentais.

Veja-se que boa parte dos direitos fundamentais se encontra limitada, o que se verifica em relação ao inciso I do art. 7º da CF/88, que prevê a proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa, porém deixa tal regramento a cargo de lei complementar, não editada até este momento.

Nesse contexto, tem-se que é discutível a corrente doutrinária que entende que a ausência de edição de lei complementar regulamentando a despedida impede o reconhecimento da prescrição parcial, uma vez que é da gênese dos direitos fundamentais a possibilidade de limitação.

Noutras palavras, em que pese seja inviável para a maioria dos empregados o ingresso de ação trabalhista no curso do contrato de trabalho, em face da possibilidade de despedida imediata, tem-se que a limitação da aplicabilidade do inciso I do art. 7º é constitucional, razão pela qual não pode ser invocada como óbice ao reconhecimento da prescrição parcial.

Trata-se de sopesar um direito fundamental de eficácia plena, qual seja a prescrição, com um direito fundamental de eficácia limitada à edição de lei complementar, qual seja a proteção à despedida arbitrária, sendo que ambos são possíveis em nosso sistema.

1 Uma reflexão a respeito do reconhecimento da prescrição parcial em ação trabalhista nos dias atuais

O presente artigo se propõe a analisar o cabimento do reconhecimento da prescrição quinquenal de pretensão arguida em ação trabalhista, tendo em vista a possibilidade de extinção contratual que predomina atualmente.

Assim, é importante cotejar a eficácia do art. 7º, XXIX da CF/88, considerado o teor do inciso I do mesmo diploma legal, ambos abaixo transcritos:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Da leitura do texto constitucional se percebe que o constituinte optou por proteger a despedida arbitrária ou sem justa causa, contudo condicionou a eficácia de tal norma à publicação de lei complementar, diversamente do que ocorre com o prazo prescricional, imediatamente aplicável, se arguido.

Vale lembrar o entendimento do TST a respeito das condições para o reconhecimento da prescrição, expresso na Súmula 153: “Não se conhece de prescrição não arguida na instância ordinária”.

Ora, a *contrario sensu*, desde que devidamente arguida na instância ordinária, é cabível o reconhecimento da prescrição.

Ou seja, trata-se de direitos fundamentais, o primeiro deles, contudo, referente à possibilidade de despedida arbitrária, condicionado à publicação de lei complementar, até o presente momento não publicada, evidentemente por fundamentos políticos.

É inconteste que um empregado com garantia ao emprego estará mais apto a consumir e contribuir para o desenvolvimento do país, de forma geral.

Repita-se: ninguém, em princípio, irá discordar de que um contrato de emprego legalmente protegido em relação à despedida arbitrária constitui um avanço social, mas a questão que

se propõe é diversa: é cabível deixar de aplicar a prescrição invocada, forte na ausência de regulamentação do inciso I suprarreferido?

Ou, perguntando-se de outra forma, é dado ao magistrado, sob o argumento de que a ausência de regulamentação do inciso I do art. 7º da CF/88 é condição de eficácia do inciso XXIX do mesmo artigo, deixar de reconhecer a prescrição tempestivamente arguida e condenar o empregador em relação a todo período contratual?

Até que ponto pode um julgador, em face da ausência de edição da Lei Complementar prevista no inciso I do art. 7º CF/88, sob a alegação dos danos que tal inércia legislativa traz ao trabalhador, negar vigência ao inciso XXIX do mesmo artigo, imediatamente aplicável?

Cabe lembrar, neste momento, que as normas constitucionais se classificam, quanto à eficácia, em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada, segundo a classificação de José Afonso da Silva.

Nesse contexto, de acordo com a lição de Moraes (2003, p. 41):

São normas constitucionais de eficácia plena “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (por exemplo, os remédios constitucionais).

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados” (por exemplo: art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade” (por exemplo: CF, art. 192, § 3º: as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar).

Conforme tal classificação, tem-se que o inciso I do art. 7º CF/88 constitui norma de eficácia limitada, ao passo que o inciso XXIX do mesmo diploma legal constitui hipótese de norma constitucional de eficácia plena, o que revela a dificuldade de se deixar de declarar a prescrição parcial regularmente arguida.

Veja-se que não se deixa de reconhecer a dificuldade de ingresso em juízo, no curso da relação de emprego, no cenário jurídico atual, em que há uma instabilidade do contrato de emprego, contudo tal fato não se sobrepõe à eficácia constitucional dos direitos fundamentais, elegida pelo constituinte de 1988.

É importante destacar que os direitos fundamentais são limitáveis, bem como que não é dado ao intérprete ignorar as limitações impostas pelo constituinte.

Frise-se que o entendimento acerca da **impossibilidade** de declaração de prescrição parcial na atualidade está bem demonstrado no artigo intitulado *A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego*, escrito pelos magistrados Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior.

O seguinte excerto do artigo em questão traz as razões de tal posicionamento:

Mas, se o empregador tivesse o direito de extinguir o vínculo de emprego quando quisesse, sem precisar motivar seu ato, não seria razoável concluir que os créditos por ele não adimplidos durante o contrato estivessem sujeitos à prescrição.

Disso, podemos extrair duas conclusões. A primeira: de que o empregador não tem esse direito de fazer cessar o vínculo de emprego sem uma motivação suficiente e juridicamente válida. Antes disso, a ordem constitucional vigente impõe ao empregador um dever fundamental. O dever de motivar o ato de cessação da relação de emprego, por sua iniciativa.

A doutrina dos deveres fundamentais, embora menos desenvolvida que a dos direitos, parte da premissa de que ao estabelecer direitos fundamentais o constituinte originário cria, automaticamente, deveres correlatos. Deveres cuja observância, muitas vezes, é condição para a efetividade do direito.

É essa a hipótese do art. 7º, I, da Constituição Federal. Quando esse texto normativo diz ser direito dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa ao mesmo tempo cria o dever de motivação por parte do empregador. Dever que encontra eco inclusive na doutrina geral dos contratos, representado nas obrigações ditas acessórias, de lealdade, confiança e transparência entre os contratantes. Dever que considera o cará-

ter diferenciado que a extinção de um vínculo de emprego adquire, quando a iniciativa de ruptura é do empregador.

Enquanto essa não for a realidade em nosso país, enquanto continuarmos negando vigência ao texto constitucional, olhando o novo com os olhos do velho, não é possível falar em prescrição no curso do contrato. Essa é a segunda conclusão necessária. E o raciocínio não é novo. Márcio Túlio Viana já o defende há algum tempo, ao argumento de que o princípio da proteção se justifica pela existência do inegável poder social, que um dos integrantes da relação de emprego exerce sobre o outro. Esse poder acarreta, dentre tantas disparidades, a circunstância objetiva de que durante a vigência do vínculo, qualquer ato do empregado pode ensejar a perda do posto de trabalho. Posto de trabalho que, via de regra, é a exclusiva fonte de sobrevivência do trabalhador. É o seu modo de ser-no-mundo. É o espaço onde passa a maior parte do seu tempo acordado. É o lugar em que tem amigos, obrigações, desafios e afetos (SEVERO; MAIOR, 2010, não paginado).

No mesmo sentido é o seguinte verbete, aprovado no XV CONAMAT, em 2010, em Brasília:

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA (artigo 7º, I, CF). NÃO-REGULAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: INAPLICABILIDADE. Considerando que a prescrição não é um 'prêmio' para o mau pagador, enquanto não aplicado efetivamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I do art. 7º da CF, que gera ao trabalhador a impossibilidade concreta de buscar os seus direitos pela via judicial, não se pode considerar eficaz a regra do inciso XXIX do artigo 7º, no que se refere à prescrição que corre durante o curso da relação de emprego. Por isso, enquanto não conferirmos efetividade plena ao artigo 7º, I, da CF/88, não se pode declarar a prescrição quinquenal.

O contraponto de tal posicionamento, no sentido da **possibilidade** de declaração da prescrição parcial arguida em ação trabalhista, passa pelo reconhecimento de que o art. 7º, inciso XXIX, da CF/88 constitui norma de eficácia plena, não afetada pela ausência de edição da lei complementar prevista no inciso I do mesmo artigo.

É evidente que a estabilidade no emprego é um ideal a ser buscado, mas não é, ainda, a realidade do ordenamento jurídico vigente.

Assim, em que pese seja questionável penalizar o empregado com o reconhecimento da prescrição, em face das dificulda-

des de ingresso em juízo na atual conjuntura jurídica, tem-se que é uma ficção que não se sustenta a conclusão no sentido da impossibilidade de declaração da prescrição parcial prevista no art. 7º, XXIX, CF/88.

Trata-se de escolhas, embasadas pelos mais diversos fundamentos e relacionadas, intrinsecamente, ao grau de desenvolvimento do país, mas que devem ser estritamente observadas pelo intérprete, **a quem não é dado se substituir ao legislador nas suas opções ideológicas.**

Corroborar esse último entendimento, pela **possibilidade** de declaração da prescrição parcial no atual contexto jurídico, a jurisprudência predominante na 4ª Região, cristalizada no acórdão RT 0092900-39.2009.5.04.0781, publicado em 6 de dezembro de 2012, da lavra do Desembargador Flavio Portinho Sirangelo:

EMENTA

PRESCRIÇÃO. Art. 7º, XXIX, da Constituição da República. Autoaplicabilidade. Garantia no emprego. A falta de edição da Lei Complementar definindo a garantia do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa não autoriza descumprimento, pelo julgador, em relação aos prazos prescricionais fixados no art. 7º, XXIX, da Constituição da República. Não merece endosso a tese segundo a qual o prazo prescricional quinquenal trabalhista só se conta a partir da extinção do contrato de trabalho, fundada na presunção do julgador de que, ausente proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, resta inviabilizado o exercício do direito de ação na constância do contrato de trabalho. Ressalva não contida no texto constitucional. O juiz não pode se substituir ao legislador constituinte nas suas opções políticas discriminatórias, exceto se for para exercer o controle de constitucionalidade de determinada regra jurídica e harmonizá-la com as demais normas do sistema jurídico e os princípios da Constituição, coisa de que não trata a hipótese dos autos, em que convivem, sem exclusão de uma pela outra, as normas dos itens I e XXIX do art. 7º da Constituição da República. Decisão que importa em negativa de vigência ao preceito do art. 7º, XXIX, da Constituição, ao estabelecer que o direito de ação para reclamar créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Observância de julgados precedentes de todas as onze turmas que compõem o Tribunal Regional, no sentido de que reafirmam o dever de adstrição do julgador no

prazo prescricional trabalhista fixado na Carta da República. Sentença reformada para assegurar a vigência da Constituição Federal no caso concreto. *Recurso provido para pronunciar a prescrição de direito de ação quanto aos créditos anteriores a 08/06/2014, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição.*

Horas extras. Banco de horas. Irregularidade na sua aplicação. Não basta o ajuste escrito em negociação coletiva para que se considerem válidas as compensações de horários praticadas através do sistema de banco de horas. É preciso que a empresa tenha observado as regras estabelecidas para tais compensações, o que não ocorreu no caso concreto dos autos. *Horas extras devidas. Recurso da reclamante não provido neste ponto.*

Ação de indenização por danos morais e materiais em decorrência de doença ocupacional. Depressão. Ausência de nexo causal entre a doença e o trabalho. Caso em que ausentes elementos de prova que autorizem reconhecer o nexos de causalidade entre o trabalho e a doença do reclamante, razão pela qual não se pode impor à empregadora a responsabilidade indenizatória atribuída pela sentença. Prospera a tese recursal da reclamada, no sentido de que cabia ao reclamante comprovar a existência do fato construtivo invocado, no caso, o nexo causal entre o labor desenvolvido na empresa e a depressão diagnosticada, ônus do qual não se desincumbiu, importando-se salientar que meras suposições de trabalho estafante não são suficientes para desconstruir o conteúdo da prova pericial realizada. *Recurso provido para absolver a reclamada do pagamento de indenização por dano moral, do custeio parcial das despesas relativas ao tratamento da doença do autor e dos honorários periciais.*

É de ser referido que o entendimento pela **impossibilidade** de reconhecimento da prescrição quinquenal, por questões ideológicas, afigura-se arbitrário e acarreta, como toda arbitrariedade, imensa insegurança jurídica, na medida em que abre espaço para que o julgador deixe de aplicar outras normas por razões ideológicas.

Sinala-se que o art. 7º, VI da CF/88 assegura a *“irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”*, o que poderia ser relativizado em um momento de fragilidade econômica, como o presente, permitindo a redução de salário sem acordo ou convenção coletiva, como forma de redução de custos.

Qual é o limite da interpretação possível, sem incorrer em desrespeito dos direitos fundamentais? Não seria a obediência

às escolhas feitas pelo legislador, diversas daquelas que entendemos mais “justas”?

Talvez seja o caso de lembrar este trecho da introdução de *A Era dos Direitos*, de Norberto Bobbio:

Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmo universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente programados) (BOBBIO, 2004, p. 9).

Dito de forma mais simplificada, os direitos fundamentais de eficácia limitada constituem uma resposta do legislador a um anseio social, a ser efetivamente protegido e assegurado quando houver condições políticas para tal. Novamente, nas palavras de Bobbio (2004, p. 31), “são coisas diversas mostrar o caminho e percorrê-lo até o fim”.

2 A despedida arbitrária ou imotivada no Brasil – uma realidade

Diga-se que a “despedida arbitrária”, mencionada no art. 7º, I da CF/88, se encontra conceituada no art. 165 da CLT: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

Esclareça-se que, segundo Martins (2015, p. 198),

motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de uma filial ou

de uma seção, com a despedida dos empregados. Motivo financeiro decorre das receitas e despesas da empresa, de acordo com seu balanço. O motivo econômico é o proveniente do da produção das atividades da empresa, da conjuntura, da inflação, da recessão. Motivo disciplinar é o pertinente à dispensa por justa causa.

Conforme o mesmo autor:

foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, em junho de 1982, a Convenção nº 158 que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Na aprovação da Convenção nº 158 os delegados brasileiros, inclusive o patronal, não votaram a favor da sua aprovação. Os representantes dos governos presentes à Conferência não assinaram a convenção, que é firmada apenas pelo presidente do Plenário da Conferência.

Entrou em vigor a Convenção nº 158 da OIT, no âmbito internacional, em 23 de novembro de 1985.

Foi a referida norma internacional complementada pela Recomendação nº 166, de 1982, na qual são previstas diversas regras, como sobre conveniência da adoção de medidas para evitar as dispensas, participação da autoridade competente para tentar conseguir as soluções.

Em 30 de junho de 1998, com a mensagem nº 261 de 1988, foi encaminhado texto da Convenção nº 158 da OIT ao Congresso Nacional, com parecer favorável do Poder Executivo. No sistema brasileiro, as normas internacionais são aprovadas definitivamente pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, que é utilizado para instrumentalizar resoluções do Congresso Nacional em determinadas situações, como as previstas no artigo 49 da Constituição. É promulgado pelo Presidente do Senado, publicado no órgão oficial do Congresso Nacional, não sendo passível de sanção pelo Presidente da República. A convenção nº 158 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992.

Foi depositada na OIT em 05 de janeiro de 1995 tendo vigência de 12 meses após essa data (art. 16,3, da Convenção nº 158), isto é, a partir de 5 de janeiro de 1996. Consiste a ratificação no "ato pelo qual o poder executivo, devidamente autorizado pelo órgão para isso designado na lei interna, confirma um tratado ou declara que este deve produzir seus devidos efeitos". A *vacatio legis* da Convenção da OIT tem por finalidade: a) nos países que utilizam do dualismo jurídico, para que adotem a legislação ou regulamentação pertinente; b) nos países que adotam o monismo jurídico,

para que divulguem o texto da norma internacional no idioma adotado pelo país, adotando, se for o caso, as medidas legais para complementação das normas da convenção que não são autoaplicáveis.

Foi promulgada Convenção nº 158 por intermédio do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, tendo por fundamento o inciso IV do artigo 84 da Constituição, que determina ao Presidente da República promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos para a sua fiel execução. O objetivo do decreto de promulgação é que todos tenham conhecimento do conteúdo e do alcance do tratado e também saibam a partir de que momento este passa a ter validade na ordem interna do país, pois a norma legal só passa a ter vigência depois de publicada no Diário Oficial (art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A vigência da norma internacional poderia ser entendida de três formas: 1) a partir de 17 de setembro de 1992, quando entrou em vigor o Decreto Legislativo nº 68/92; 2) a partir de 5 de janeiro de 1996, quando expirou o prazo de 12 meses após o depósito da norma internacional na OIT, o que foi feito em 5 de janeiro de 1995; 3) a partir de 11 de abril de 1996, quando foi publicado o Decreto nº 1.855.

Entendo que somente com o decreto de promulgação é que se pode dizer que a Convenção tem vigência, isto é, ela tem vigência a partir de 11 de abril de 1996 (MARTINS, 2015, p. 199).

Quanto à constitucionalidade da Convenção nº 158, há divisão doutrinária, havendo quem defenda a inconstitucionalidade, em face do teor do art. 7º, I da CF/88, que reserva à lei complementar o tratamento da proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa (Octavio Bueno Magano posiciona-se pela inconstitucionalidade), bem como quem entenda pela constitucionalidade (Arnaldo Sussekind entende pela constitucionalidade).

O STF já se manifestou concedendo liminar em ação direta de inconstitucionalidade a respeito da incorporação do teor da Convenção nº 158 ao ordenamento jurídico vigente, conforme se constata da ementa que segue, de acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, publicado em 4 de setembro de 1997:

04/09/97 TRIBUNAL PLENO
AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE N. 1.480-3
DISTRITO FEDERAL (Medida Liminar)
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO
REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADVOGADOS: LUIZ CARLOS BETTIOL E OUTROS

REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADVOGADOS: ALDOVRANDO TELES TORRES E OUTROS

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO N. 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO N. 68/92 E DECRETO N. 1.855/96) – POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 – REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) – CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO N. 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS – POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO N. 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

- **É na Constituição da República** - e **não** na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se **deve** buscar a solução normativa para a questão da **incorporação** dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar 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 Naci-**

onal, que resolve, definitivamente, **mediante decreto legislativo**, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) **e a do Presidente da República**, que, **além** de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), **também** dispõe - **enquanto Chefe de Estado que é** - da competência para promulgá-los **mediante decreto**.

O **iter** procedimental de incorporação dos tratados internacionais - **superadas** as fases prévias da **celebração** da convenção internacional, de sua **aprovação** congressional e da **ratificação** pelo Chefe de Estado - **conclui-se** com a expedição, pelo Presidente da República, de **decreto**, de cuja edição derivam **três efeitos** básicos que lhe são inerentes: (a) a **promulgação** do tratado internacional; (b) a **publicação** oficial de seu texto; e (c) a **executoriedade** do ato internacional, que passa, então, **e somente então**, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. **Precedentes.**

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- No sistema jurídico brasileiro, os **tratados** ou **convenções internacionais** estão hierarquicamente **subordinados** à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, **nenhum** valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, **transgredirem**, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O exercício do **treaty-making power**, pelo Estado brasileiro - não obstante o **polêmico** art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (**ainda** em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, **está sujeito** à **necessária** observância das limitações jurídicas **impostas** pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

- O Poder Judiciário - fundado na **supremacia** da Constituição da República - **dispõe** de competência, para, **quer** em sede de fiscalização abstrata, **quer** no âmbito do controle difuso, efetuar o **exame de constitucionalidade** dos tratados ou convenções internacionais **já incorporados** ao sistema de direito positivo interno. **Doutrina e Jurisprudência.**

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

- Os **tratados** ou **convenções internacionais**, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, **situam-se**, no sistema jurídico brasileiro, nos **mesmos**

planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as **leis ordinárias**, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera **relação de paridade normativa. Precedentes.**

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais **não** dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A **eventual** precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno **somente** se justificará quando a **situação de antinomia** com o ordenamento doméstico **impuser**, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do **critério cronológico** ("*lex posterior derogat priori*") **ou**, quando cabível, do **critério da especialidade. Precedentes.**

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.

- O **primado** da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é **oponível** ao princípio **pacta sunt servanda, inexistindo**, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da **concorrência** entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá **sempre** prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - **não podem**, em consequência, **versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar**. É que, em tal situação, **a própria Carta Política** subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao **exclusivo** domínio normativo da lei complementar, que **não** pode ser substituída por **qualquer** outra espécie normativa infraconstitucional, **inclusive** pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- A **Convenção nº 158/OIT**, além de **depende** de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, **configurando**, sob tal aspecto, mera **proposta de legislação** dirigida ao legislador interno, **não** consagrou, como **única** consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, **como o Brasil**, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. **Pelo contrário**, a Convenção nº 158/OIT expressamente **permite** a cada Estado-Parte (**Artigo 10**) que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, **opte** pela solução normativa que se revelar

mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, **adotando**, em consequência, **sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País** (a Constituição brasileira, **no caso**), a fórmula da reintegração no emprego **e/ou** da indenização compensatória. Análise de **cada** um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (**Artigos 4º a 10**).

É importante dizer, ainda, que tal ADIN foi arquivada por perda de objeto, em face da denúncia da Convenção nº 158 da OIT, merecendo ser transcrita a referência a respeito da denúncia feita por Martins (2015, p. 212):

A Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, em 2 de julho de 2008, rejeitou por 20 votos a 1 a ratificação do Brasil à Convenção nº 158 da OIT. A norma internacional, “ao estabelecer uma complexa burocracia nos procedimentos sem justa causa, é inibidora da abertura de novas vagas”.

Ora, a justificativa revela o motivo pelo qual até o presente momento não foi regulamentado o inciso I do art. 7º da CF/88, bem como demonstra a opção pela livre despedida arbitrária, sob a justificativa de possibilitar criação de novas vagas. Contudo, repita-se, tal não se sobrepõe à eficácia plena do inciso XXIX do art. 7º da CF/88.

3 A despedida na hipótese de empregados públicos x declaração da prescrição

Frise-se que o entendimento no sentido de que é possível a despedida arbitrária em se tratando de empregados públicos não prevalece atualmente, nos moldes do entendimento constante do seguinte acórdão proferido pelo C. STF em 2014:

20/03/2013 PLENÁRIO
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 589.998 PIAUÍ
 RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECTE.(S): EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
ADV.(A/S): GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): HUMBERTO PEREIRA RODRIGUES
ADV.(A/S): CLEITON LEITE DE LOIOLA
INTDO.(A/S): FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CORREIOS E TELÉGRAFOS E SIMILARES - FENTECT
ADV.(A/S): ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS E OUTRO(A/S)
 EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EM-

PREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes.

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III - A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Ora, nesses casos tem-se que com muito maior força é de ser aplicado o entendimento dominante no TRT da 4ª Região, haja vista a proteção conferida ao vínculo empregatício e, via de consequência, a possibilidade de ingresso em juízo de tais empregados.

Ou seja, a aplicação do entendimento defendido pelos juízes Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior, rechaçado no TRT da 4ª Região, não tem espaço na hipótese de ação movida contra empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Não se argumente que a Súmula 390 do TST denota a possibilidade de despedida arbitrária, uma vez que revela a ausência de estabilidade, que não se confunde com a necessidade de motivação da despedida na hipótese de empregado aprovado em concurso público:

SML 390 – ESTABILIDADE – ART. 41 DA CF/1988 – CELETISTA – ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL – APLICABILIDADE – EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – INAPLICÁVEL (CONVERSÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NS. 229 E 265 DA SBDI-I E DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 22 DA SDBI-2 – RES. 129/05 – DJ 20.4.05)

I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ n. 265 da SBDI-I – Inserida em 27.9.02 e ex-OJ n. 22 da SBDI-2 – Inserida em 20.9.00).

II – Ao empregado de empresa pública e sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988 (ex-OJ n. 229 da SBDI-I – Inserida em 20.6.01).

Conclusão

Com base nas reflexões feitas no decorrer do presente artigo, conclui-se que a negativa de declaração de prescrição quinquenal tempestivamente arguida, ao argumento da ausência de regulamentação do art. 7º, I da CF/88, não se sustenta, tendo em vista a aplicabilidade imediata do inciso XXIX do mesmo diploma legal.

Ainda, se constata que a construção teórica utilizada para não reconhecer a prescrição arguida pelo reclamado tem fundamentos relacionados às consequências de ingresso de ação trabalhista perante o mercado de trabalho atual, o que não se sobrepõe à aplicação de direito fundamental.

Outrossim, tem-se que o reconhecimento da aplicabilidade de direito fundamental prevalece em face de entendimentos de cunho ideológico, por mais relevantes e relacionados ao desenvolvimento de um país que sejam os argumentos.

Ou seja, a criação de interpretações tendentes a proteger determinados direitos carecedores de lei regulamentadora constitui espécie de ativismo judicial, que não encontra espaço no ordenamento jurídico vigente, especificamente no que concerne ao reconhecimento da prescrição quinquenal tempestivamente arguida em ação trabalhista.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.
- SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz. **A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego**. 2010. Disponível em: <<http://www.pelegrino.net.br/doutrina/ver/descricao/307>>. Acesso em: 6 dez. 2015.