Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

Despedida (I)Motivada:

*A Problemática da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico
brasileiro*

Alessandra Lucena Wolff

Brasília – DF
2011

RESUMO

A Convenção nº 158 da OIT tem como escopo a proteção do trabalhador contra a despedida imotivada, sem impor o retorno do sistema de estabilidade. Os trâmites de validade foram cumpridos, tendo sido aprovada, ratificada e publicada. Sua compatibilidade com o ordenamento nacional foi questionada, o que culminou com sua denúncia. O objeto deste estudo é a análise dos argumentos utilizados na problemática instaurada em torno da incorporação da Convenção nº 158 da OIT ao direito interno. Primeiramente, efetua-se a apresentação da convenção e descreve-se o seu percurso no cenário brasileiro. A seguir, questiona-se a validade da denúncia, no tocante à competência do chefe do Poder Executivo para denunciar, por um ato isolado, uma convenção que foi aprovada pelo Congresso Nacional. Analisa-se a eficácia da convenção e verifica-se a possibilidade de sua aplicação atual pelos juristas. Interpretam-se os dispositivos e são esclarecidas as consequências de sua adoção no ordenamento nacional. Por fim, analisa-se a Convenção nº 158 sob a ótica dos direitos fundamentais, esclarecendo a importância de se adotar a efetiva proteção ao emprego num contexto de busca de eficácia desses direitos, em uma sociedade cuja complexidade esvazia o seu conteúdo. A concretização dos direitos fundamentais é um processo permanente de afirmação da cidadania. Assim, o eixo de preocupação do trabalho reside na análise da validade da denúncia da Convenção nº 158 da OIT, e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, tomando por pressuposto que o sistema constitucional proíbe a dispensa imotivada por arbitrariedade do empregador.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direitos fundamentais. Convenção nº 158 da OIT. Garantia contra a dispensa arbitrária. Dispensa Imotivada.

Alessandra Lucena Wolff

Despedida (I)Motivada:

*A Problemática da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico
brasileiro*

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade de Brasília - UnB, elaborada sob a orientação do Prof. Doutorando Ricardo Machado Lourenço Filho.

Brasília – DF
2011

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
I – A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT	8
1.1 O CONTEÚDO.....	8
1.2 O CENÁRIO BRASILEIRO	14
1.2.1 Aprovação pelo Congresso Nacional	15
1.2.2 Denúncia.....	17
1.2.3 Mensagem nº 59/2008.....	25
II - AS IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	32
2.1 A VALIDADE DA DENÚNCIA	32
2.2 A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT	37
2.3 APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO	44
2.4 PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA: UM DIREITO FUNDAMENTAL	50
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

Ante o papel que o trabalho assume na vida humana, como garantia de subsistência material, não há negar que o direito ao trabalho é essencial para a viabilização do princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro da ordem jurídica brasileira.

Há várias menções a tal direito na Constituição Federal, estando inclusive elencado no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal. O inciso IV do art. 1º da Carta Magna preconiza como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o valor social do trabalho, assim como a dignidade da pessoa humana.

A proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa está prevista no inciso I do art. 7º. Verifica-se que, conforme o art. 170, inciso III, a ordem econômica constitucional funda-se na valorização do trabalho humano e tem por princípios, entre outros, a busca do pleno emprego.

Para serem alcançados tais objetivos, é necessária a efetiva existência da continuidade da relação de trabalho. De fato, verifica-se que, não obstante as várias declarações de proteção ao trabalho na Constituição, esta se encontra limitada em uma realidade na qual o empregador pode dispensar o trabalhador sem declarar a motivação de seu ato.

A possibilidade da dispensa sem justa causa, mediante simples pagamento de uma indenização de 40% dos depósitos do FGTS, apesar de prescrita no art. 10 do ADCT, não cumpre efetivamente a previsão do inciso I, art. 7º, da Constituição Federal, que garante aos empregados a “proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Não há uma efetiva proteção à continuidade da relação de emprego em um sistema jurídico que permite que o trabalhador seja dispensado ao livre arbítrio do empregador. Nesse sistema, até mesmo o direito de acesso à Justiça é diminuído ao empregado, que, por medo da perda de seu sustento, deixa de ingressar com ações trabalhistas para perseguir os direitos que lhe foram expropriados.

Acrescente-se, ainda, que no contexto da Justiça Trabalhista, em que vigora uma prescrição parcial quinquenal, o trabalhador que foi espoliado da devida contraprestação pelo labor despendido terá direito apenas aos valores limitados aos cinco anos anteriores à proposição. Dessa forma, muitas vezes resulta lucrativo ao empregador simplesmente não obedecer às leis trabalhistas, que, nesse contexto, se tornam ineficazes.

Segundo Marcio Túlio Viana, um dos mais sérios problemas do Direito do Trabalho é a instabilidade no emprego¹. Isso porque o empregador pode aplicar seletivamente as leis trabalhistas, dado o fato de que “é ele quem controla a fonte de trabalho. E como a fonte de trabalho é também a fonte de sobrevivência, cada mínima ordem contém uma ameaça latente – mas real – que pesa sobre o lar operário”².

Nesse contexto, há de se considerar se tem plena vigência no nosso ordenamento a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata, exatamente, da proteção ao emprego contra as hipóteses de dispensa arbitrária, mediante a imposição da necessidade de justificação da dispensa.

Todos os trâmites de validade foram cumpridos com relação à Convenção nº 158 da OIT: a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992; o depósito da carta de ratificação foi efetuado na Repartição Internacional do Trabalho (RIT) da OIT, em 05 de janeiro de 1995 e o Decreto de promulgação n. 1.855, foi publicado em 11 de abril de 1996.

No entanto, o Poder Executivo, mediante o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, acatando a interpretação que se tornou predominante à época no sentido da inaplicabilidade da Convenção no ordenamento nacional, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997.

A validade da denúncia, todavia, é objeto de profusa divergência doutrinária. Há vários autores que defendem a compatibilidade da Convenção nº 158 da OIT com o ordenamento jurídico nacional e que a convenção continuaria em vigor no país, por diversos motivos.

O objeto deste estudo é a investigação e análise dos argumentos utilizados na ampla problemática que foi instaurada em torno da incorporação da Convenção nº 158 da OIT ao direito interno, tendo sido o desenvolvimento do trabalho dividido em duas partes.

Primeiramente, efetua-se a apresentação da Convenção nº 158 da OIT. Para tal, é necessário analisar seu conteúdo, buscando interpretar seus dispositivos, para estabelecer seu significado. Em seguida, realiza-se a descrição minuciosa de todo o percurso dessa convenção

¹ VIANA, Márcio Túlio. “O Sindicato e a Proteção ao Emprego”. In: GIODARNI, Francisco Alberto da Motta e VIDOTTI, Tércio José (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora LTr, 2003. p. 345

² Ibidem. p. 348

no cenário brasileiro, sua aprovação pelo Congresso Nacional, ratificação, questionamento de sua constitucionalidade junto ao STF, denúncia e novo encaminhamento para apreciação pelo Poder Legislativo. É necessário dar-se destaque para os argumentos que prevaleceram em cada um desses passos, a partir da análise dos pareceres das comissões legislativas, dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos pronunciamentos dos representantes dos trabalhadores e dos empregadores em audiências públicas sobre o tema.

A seguir, busca-se responder às questões problematizadas no primeiro capítulo. Questiona-se se a denúncia respeitou todos os procedimentos regulares junto à OIT. Além disso, surge a indagação acerca da competência do chefe do Poder Executivo para denunciar, por Decreto, ou seja, um ato isolado, uma convenção que foi aprovada pelo Congresso Nacional, em ato complexo.

A partir da premissa de que a proteção contra a dispensa arbitrária é um direito fundamental, podemos chegar à diversas conclusões quanto à eficácia da Convenção nº 158 no ordenamento interno, relativas à sua aplicabilidade e compatibilidade com o regime constitucional.

Então, verifica-se a possibilidade de aplicação atual, pelos juristas, da Convenção nº 158 da OIT, e realiza-se a interpretação dos dispositivos da convenção, esclarecendo as consequências de sua adoção no ordenamento nacional.

Por fim, realiza-se uma análise da Convenção nº 158 sob a ótica dos direitos fundamentais, esclarecendo a importância de se adotar a efetiva proteção ao emprego num contexto de busca de eficácia desses direitos numa sociedade cuja complexidade esvazia o seu conteúdo. A concretização dos direitos fundamentais deve ser enxergada como um processo permanente e mutável de afirmação da cidadania.

Assim, o eixo de preocupação do presente trabalho reside na análise da validade da denúncia da Convenção nº 158 da OIT, e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, tomando por pressuposto que o próprio sistema constitucional proíbe a dispensa imotivada por arbitrariedade do empregador.

I – A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

1.1 O CONTEÚDO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é atualmente uma das agências que fazem parte da Organização das Nações Unidas. Sua função é garantir que os países imponham limites ao poder econômico para preservar a dignidade do trabalhador. A OIT busca promover no âmbito internacional o trabalho decente, assim considerado uma atividade produtiva adequadamente remunerada, exercida em condições de liberdade, equidade, segurança e capaz de garantir uma vida digna. Para a OIT, o trabalho decente é fundamental para a superação da pobreza e da exclusão social.

Eis a definição disponível no sítio do escritório nacional da OIT:

A OIT funda-se no princípio de que a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social. Fonte de importantes conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial, a OIT é a estrutura internacional que torna possível abordar estas questões e buscar soluções que permitam a melhoria das condições de trabalho no mundo.³

Para cumprir sua missão, a OIT edita recomendações e convenções, sendo as primeiras meras indicações, e as últimas contam com caráter vinculante em relação aos países signatários. Compete à Conferência Internacional do Trabalho, como assembleia geral da OIT, elaborar e aprovar as normas que constituem a regulamentação internacional do trabalho.

Em que pese o caráter não vinculativo das recomendações, são dotadas de uma incontestável eficácia, em razão da influência de suas disposições sobre a legislação dos Estados. Ressalte-se que a edição de convenções e recomendações é precedida de imenso debate e estudo, sendo as matérias amplamente discutidas pelos representantes de governos, de associações sindicais de trabalhadores e de organizações de empregadores, dado o caráter tripartite dos órgãos colegiados da OIT.

Assim, as convenções ratificadas constituem fonte formal de direito, gerando direitos subjetivos individuais, desde que não se trate de diploma meramente promocional ou programático. As recomendações e as convenções não ratificadas, por sua vez, constituem fonte material de direito, pois servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa nacional, assim como para os instrumentos de negociação coletiva.

³ Disponível em: <<http://www.oit.org.br/inst/fund/index.php>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

A OIT preocupa-se com várias temáticas no universo das relações trabalhistas, principalmente a liberdade sindical, a não-discriminação, e a erradicação do trabalho infantil e do trabalho escravo, dentre outros temas relevantes à concretização do trabalho digno.

A proteção contra o desemprego está prevista no art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A temática relacionada ao término da relação de emprego é uma preocupação antiga da OIT, que editou, em 1963, a Recomendação nº 119, que prescreve, como regra fundamental:

Não se deve proceder à terminação da relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou a conduta do trabalhador ou se baseie nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço (item *a*, n. 1)

Em que pese não ser dotada de força coercitiva, essa recomendação da OIT exerceu grande influência em diversos países, que adotaram uma legislação que concilia a efetivação do direito do trabalhador à segurança no emprego com a preservação dos interesses das empresas e da economia. A Recomendação nº 119 consagra o princípio de que o trabalhador deve ter direito a permanecer no seu emprego, salvo se o empregador tiver uma razão válida para terminar a relação de trabalho.

A Convenção nº 158 da OIT tem como escopo a proteção do trabalhador contra a despedida imotivada. A referida convenção detém relevante importância perante a OIT, tendo adotado em seu corpo a Recomendação nº 119, de 1963.

A Convenção nº 158 foi levada à votação no dia 2 de junho de 1982, na 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, juntamente com a Recomendação nº 166. A convenção, por ser um tratado multilateral aberto à ratificação dos Estados-membros da OIT, contém normas gerais, e, em alguns casos, flexíveis. A recomendação, por sua vez, complementa normas da convenção e sugere medidas destinadas à efetivação dos direitos previstos.

Em 22 de junho de 1982, a Convenção nº 158 foi assinada e ratificada pelos dois primeiros países-membros, caracterizando o cumprimento do requisito formal para sua vigência internacional, que se iniciou em 23 de novembro de 1985. Atualmente, 34 (trinta e quatro) países são signatários, entre os quais estão incluídos: França, Portugal, Espanha, Suécia, Austrália, Finlândia, Turquia, Marrocos e Venezuela.

A Convenção nº 158 destina-se à aplicação a todos os ramos da atividade econômica e a todas as pessoas empregadas, conforme previsão do seu art. 2º, § 1º. Existe a

previsão, todavia, de que o órgão competente do Estado que a ratificar poderá, mediante prévia consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, excluir do seu campo de incidência, ou de algumas de suas disposições:

- a. Categorias de trabalhadores cujas condições de empregos sejam regidas por normas especiais que confirmam uma proteção pelo menos equivalente à prevista na convenção (art. 2º, § 4º);
- b. Categorias limitadas de trabalhadores que apresentem problemas especiais de certa importância, tendo em vista as condições particulares de emprego ou a dimensão ou natureza do empregador (art. 2º, § 5º).

Podem também ser excluídas da totalidade ou de algumas das disposições da convenção:

- a. Empregados contratados por prazo determinado ou para certa tarefa, sendo previstas garantias adequadas contra contratos que tenham por objetivo ilidir a proteção prevista;
- b. Empregados submetidos a um período de experiência ou que não tenham contemplado o tempo de serviço exigido, desde que a duração haja sido previamente fixada e razoável;
- c. Empregados contratados em caráter ocasional para um período de curta duração (art. 2º, §§ 2º e 3º).

O princípio básico da convenção está previsto em seu art. 4º, que praticamente repete a Recomendação nº 119, de 1963:

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.

O art. 5º da convenção estabelece que não constituem motivos válidos para a despedida do trabalhador:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar, ou haver atuado, nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer ante as autoridades administrativas competentes;

- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gestação, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;
- e) e a ausência ao trabalho durante a licença maternidade.

O art. 6º também exclui das causas justificadoras da dispensa a ausência temporária ao serviço por enfermidade ou lesão.

Dispõe a norma que, nos casos de despedida por comportamento ou desempenho, a relação de trabalho não deverá ser terminada sem o oferecimento de possibilidade de defesa prévia, a menos que tal procedimento não seja razoável para o empregador (art. 7º).

No art. 11, determina-se a concessão de um prazo de aviso prévio, ou indenização compensatória, exceto na hipótese de falta grave do trabalhador que torne desarrazoado exigir do empregador sua permanência no emprego no período do aviso prévio.

No tocante ao direito de recorrer contra a dispensa, prevê o art. 8º, em seu § 1º, que “o trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra essa medida perante um organismo imparcial, tal como um tribunal, um tribunal do trabalho, uma comissão de arbitragem ou um árbitro”.

O § 2º deste artigo esclarece que a aplicação da norma pode variar de acordo com a legislação e a prática nacional, quando autorizada a despedida por autoridade competente. O § 3º, por sua vez, limita-se a estabelecer que a prescrição deve ocorrer num prazo razoável.

Quanto às provas, determina-se a adoção, pela legislação nacional, de uma das possibilidades: que o ônus da prova da existência de uma causa justificada seja do empregador ou que organismo competente possa analisar as provas apresentadas por ambas as partes para decidir sobre a validade do motivo alegado. No caso do término da relação de emprego com fundamento na necessidade de funcionamento da empresa, o órgão julgador também deve decidir sobre a veracidade da causa justificadora invocada (art. 9º, §§ 2º e 3º).

O art. 10 dispõe sobre a consequência da decisão do organismo competente no sentido de ser o término da relação de trabalho injustificado:

Se os organismos mencionados no artigo 8º da presente Convenção chegarem à conclusão de que a terminação da relação de trabalho é injustificada e se, em virtude da legislação e da prática nacionais, não estiverem facultados ou não considerem possível, dadas as circunstâncias, anular a despedida e eventualmente ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de determinar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que considere apropriada.

Infere-se que, em que pese o objetivo da OIT seja a reintegração do trabalhador arbitrariamente despedido, a norma é extremamente flexível, sendo compatível com o pagamento de indenização substitutiva ou qualquer outra reparação considerada apropriada, na impossibilidade da reintegração.

Há previsão de direito do trabalhador a indenização pelo término da relação de emprego, “em conformidade com a legislação e a prática nacionais”, bem como benefícios de ordem previdenciária, tais como seguro-desemprego. Na hipótese de prática de falta grave, no entanto, exclui-se tal direito (art. 12 §§ 1º e 3º).

Algumas regras especiais foram inseridas na Convenção no tocante às despedidas coletivas, que são decorrentes de causas econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas. A temática adquiriu especial relevo em virtude de crises econômicas globais e célere desenvolvimento tecnológico.

Os arts. 13 e 14 preveem, no caso de dispensa fundada em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, a informação aos representantes dos trabalhadores e a notificação à autoridade competente.

Art. 13

1. Quando o empregador prever términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá:

- a) proporcionar aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, informações pertinentes, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores suscetíveis de serem afetados e o período durante o qual se procederia a esses términos;
- b) oferecer, em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o mais breve possível, a oportunidade aos representantes dos trabalhadores interessados de realizar consultas sobre as medidas a serem adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas que visem atenuar os efeitos adversos de todos os términos para os trabalhadores interessados, tal como a recolocação em outro emprego.

(...)

Art. 14

1. Quando o empregador prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notifica-los, o mais breve possível, à autoridade competente, em conformidade com a legislação e a prática nacionais, fornecendo-lhe informações pertinentes inclusive por meio de uma exposição escrita dos motivos dos términos, o número e as categorias dos trabalhadores suscetíveis de serem afetados, e o período durante o qual se procederia a esses términos.

Nestes casos, pode ser ajustada uma quantidade mínima de trabalhadores despedidos para que seja necessário o cumprimento das determinações (art. 13, § 2º, e 14, § 2º).

Por fim, nos artigos restantes, são definidos alguns aspectos procedimentais junto à OIT. O art. 16, em seu § 1º, estabelece que a convenção obrigará exclusivamente os Membros da OIT cuja ratificação tenha sido registrada pelo Diretor-Geral. Prevê que a Convenção entrará em vigor internacional 12 (doze) meses após a ratificação de dois Membros, e que entrará em vigor, para cada Membro, 12 (doze) meses após o registro de sua ratificação.

O art. 17 trata do procedimento para a denúncia:

1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data de entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, para registro. A denúncia tornar-se-á efetiva somente um ano após a data de seu registro.
2. Todo Membro que tiver ratificado esta Convenção e que, no prazo de um ano após a expiração do período de dez anos, mencionado no parágrafo precedente, não fizer uso do direito de denúncia, previsto neste artigo, ficará obrigado por um novo período de dez anos, e, sucessivamente, poderá denunciar esta Convenção no fim de cada período de dez anos, nas condições previstas neste artigo.

Ressalte-se que a Convenção nº 158 não impõe normas rígidas acerca do procedimento a ser adotado na dispensa, de modo que cada um desses países signatários adotou uma sistemática legal compatível com seu ordenamento jurídico, respeitando, todavia, o principal objetivo da norma que é impedir a dispensa imotivada e/ou arbitrária.

A análise das cláusulas da Convenção nº 158 permite concluir que não ocorre uma imposição da estabilidade do trabalhador. O elemento central desta convenção está na introdução do princípio da justificação das despedidas. O objetivo da norma reside no afastamento na descartabilidade da pessoa do trabalhador, num regime de desemprego estrutural, mediante a simples exigência de demonstração de motivo da despedida. Ressalte-se que é mantido um amplo espectro de justificação da despedida a fim de atender às necessidades da atividade produtiva.

A limitação à despedida está centrada na exigência de apresentação, pelo empregador, de uma das razões socialmente justificadas para a despedida, relacionadas com a capacidade ou conduta do trabalhador ou centradas nas necessidades de funcionamento da empresa, por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Na hipótese de terminação da relação de emprego por motivo relacionado ao comportamento ou desempenho do empregado, deve-se dar a ele oportunidade prévia de defesa, salvo se tal procedimento se revelar irrazoável. Em casos de despedida por motivos

econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, a Convenção nº 158 cria procedimentos de informação e consulta aos representantes dos trabalhadores e consulta às autoridades competentes. Esses procedimentos buscam dar eficácia às normas estabelecidas na convenção, criando condições de se verificar a veracidade do motivo alegado pelo empregador.

Conforme previsão do art. 10 da Convenção, se os órgãos incumbidos de apreciar a justificção da despedida considerarem-na injustificada, deverão ordenar ou propor a reintegração, se considerarem possível e tiverem competência para fazê-lo. Caso contrário, deverão determinar o pagamento de indenização adequada ou outra reparação apropriada.

Assim, verifica-se que a Convenção nº 158 não impõe a estabilidade do trabalhador, e sim a segurança no emprego, buscando uma condição digna de trabalho, em harmonia com as necessidades empresariais de dispensa dos empregados. Essa concepção está plenamente de acordo com as diretrizes da OIT, de promoção da paz social, mediante medidas que humanizem o ambiente de trabalho, mas sem implicar numa ditadura dos interesses da classe trabalhadora.

1.2 O CENÁRIO BRASILEIRO

A vigência internacional de uma convenção aprovada pela OIT tem como principal efeito a obrigação de cada governo a submetê-la à autoridade competente para apreciá-la. Isso está previsto no art. 19, al. 5, *b*, da Constituição da OIT, que dispõe que cada um dos países-membros da organização se compromete a submeter, em certo prazo, a convenção aprovada à autoridade a cuja competência pertença a matéria, a fim de inseri-la no ordenamento nacional, conforme o procedimento previsto na legislação pátria, transformando-a em lei ou tomando outras medidas. A vigência interna de uma convenção, portanto, depende da ratificação do país signatário.

Cabe ao direito interno de cada país determinar qual o órgão competente para autorizar a vinculação do respectivo Estado a um tratado.

No Brasil, a Constituição de 1988 prescreve:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Assim, incumbe ao Presidente da República submeter o tratado ao Congresso Nacional. A aprovação ou referendo se faz por meio de decreto legislativo, habilitando o Poder Executivo a proceder à ratificação.

1.2.1 Aprovação pelo Congresso Nacional

O Poder Executivo submeteu a Convenção nº 158 ao Congresso Nacional, por meio da Mensagem nº 261, apresentada em 28 de junho de 1988.

Em anexo à Mensagem nº 261/1988, foi enviada exposição de motivos⁴ do Ministro de Estado das Relações Exteriores, aduzindo que a Convenção nº 158 recebeu pareceres favoráveis à ratificação na Comissão Tripartite instituída pelo Ministro de Estado do Trabalho através da Portaria nº 3.361/86, e na Comissão de Direito do Trabalho. A exposição de motivos deixa claro que manifestaram-se a favor da ratificação a Conferência Nacional de Profissões Liberais, a Confederação Nacional de Trabalhadores na Indústria e a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres, enquanto opinaram contrariamente a Confederação Nacional da Indústria e a Confederação Nacional do Comércio.

A Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados aprovou, em votação unânime, na data de 27 de abril de 1989, o parecer favorável do relator Adylson Motta, nos seguintes termos:

A Convenção que examinamos nos parece bastante minuciosa e criteriosa quanto ao aspecto social da dispensa do empregado por parte do empregador. Trata-se de instrumento importante e sua implantação condiz com tudo que se pretende alcançar em termos de justiça social, uma vez que os procedimentos que nortearão tal dispensa, revestem-se, inegavelmente, de espírito democrático.⁵

Foi apresentado pela Comissão de Relações Exteriores o Projeto de Decreto Legislativo nº 62/89. A seguir, a Mensagem nº 261/88 foi encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça, recebendo parecer do Deputado Francisco Benjamim. O deputado

⁴ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, DF, 29 jun. 1988, Seção I, p.2582. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=29/06/1988&txpagina=2582&altura=650&largura=800> Acesso em: 29 jun. 2011.

opinou pela suspensão da análise do texto da convenção nº 158, pelos seguintes motivos: ainda não havia sido editada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição Federal; e não tinham sido anexados os pareceres dos órgãos de classe indicados na exposição de motivos do Ministro de Estado das Relações Exteriores.

Em resposta, o relator da proposição, deputado Hélio Bicudo, consignou:

Satisfeito esse item, como se vê do aviso 904-SAP, de 28 de novembro de 1989, o que tudo consta dos autos. Quanto ao segundo, não encontro fundamento para – pelo motivo alegado – obstacular-se a tramitação e aprovação daquela Convenção.

Os projetos de lei em questão, apresentados à Casa, estão ainda tramitando, inexistindo estimativa de prazo para sua apreciação e aprovação. E não me parece, salvo melhor juízo, seja o tratado aprovado, pois não viola ele a Constituição. E mais do que isso: a Convenção 158 é fundamental no momento atual, pois trata de matéria relacionada com garantias importantes na relação de emprego, em especial contra despedidas injustificadas.

Diante do exposto, não incidindo na espécie, óbices constitucionais e estando preenchidos os requisitos regimentais, proponho a aprovação do Projeto de Decreto Legislativo oriundo da douta Comissão de Relações Exteriores e acrescento que considero sua aprovação da maior relevância diante da recessão que assola o país, estabelecendo normas protetoras básicas à classe trabalhadora.⁶

Assim, a Comissão de Constituição e Justiça opinou unanimemente, em 19 de maio de 1992, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do Projeto de Decreto Legislativo nº 62/89, nos termos do parecer do relator.

Posteriormente, o Projeto de Decreto Legislativo nº 62/89 foi encaminhado à Comissão de Trabalho, que opinou unanimemente, em 21 de setembro de 1989, pela aprovação do texto da convenção nº 158 da OIT. Eis as considerações realizadas pelo relator do parecer, Deputado Lysaneas Maciel:

O texto da Convenção veda a chamada demissão imotivada, feita por mero capricho ou por mero interesse de lucro. É preciso que exista uma causa socialmente justificável para que se proceda à rescisão contratual por iniciativa do empregador.

O conteúdo da Convenção corresponde ao mandamento constitucional do art. 7º, inciso I, que prevê a proteção contra a despedida imotivada ou arbitrária.

Trata-se de medida de relevância, uma vez que a rotatividade da mão-de-obra no Brasil é escandalosa, não tendo o trabalhador qualquer proteção contra a demissão abusiva.

Atualmente, o trabalhador que reclamar por não receber os seus direitos, sujeita-se a ser demitido mediante simples pagamento de indenização. A

⁵ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. op. cit. p. 9783

⁶ Ibidem. p. 9788

proteção trabalhista assegurada pela lei, perde substância diante da possibilidade de demissão imotivada. O trabalhador que tentar buscar um direito não cumprido expõe-se a perder o direito maior: o emprego.

A Convenção nº 158 da OIT, que aprovada se integra ao nosso direito positivo, vem corrigir essa lacuna, incluindo o nosso país dentro dos princípios universais de proteção contra a demissão abusiva.

Simultaneamente, a Convenção é criteriosa, permitindo a rescisão contratual que seja socialmente justificável, estabelecendo critérios saudáveis com o império da Justiça e não da prepotência ou do abuso.

Não só a Constituição Federal direcionou a proteção aos trabalhadores nesse sentido – o da proteção contra a demissão imotivada ou arbitrária – como a própria Câmara dos Deputados já aprovou, em 1986, o Projeto de Lei nº 5.967, subscrito pelo deputado Pimenta da Veiga, mas originário do movimento sindical, através de encaminhamento do DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, o que indica a sintonia entre a legislação mundial, a Convenção Internacional da OIT e a posição do Poder Legislativo Nacional, inclusive a nível de norma constitucional.⁷

Apesar das aprovações pelas comissões no ano de 1989, o Projeto de Decreto Legislativo somente foi levado à votação no plenário da Câmara dos Deputados em 28 de maio de 1992, sendo aprovado. Enviado ao Senado Federal em 4 de junho de 1992, foi aprovado e retornou à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 16 de setembro de 1992.

Assim, o texto da Convenção nº 158 da OIT foi aprovado pelo Congresso Nacional, conforme tornado público pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992.

1.2.2 Denúncia

Apesar da aprovação pelo Congresso Nacional em setembro de 1992, apenas em 5 de janeiro de 1995 o Governo brasileiro ratificou a Convenção nº 158 junto à sede da OIT. A promulgação da Convenção nº 158, todavia, ocorreu apenas em 10 de abril de 1996, pelo Decreto nº 1.855. Em seu artigo 1º, determina-se que a Convenção nº 158 seja executada e cumprida exatamente como nela se contém. A convenção foi publicada no Diário Oficial da União de 11 de abril de 1996.

A incorporação da Convenção nº 158 da OIT ao ordenamento jurídico brasileiro teve, desde o início, muitos opositores. Sua aplicação às controvérsias judiciais proporcionou enorme embate doutrinário, que culminou com a propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 1.480-3/DF). Com efeito, a aplicação da Convenção nº 158 resultou na reintegração de empregados despedidos sem

⁷ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. op. cit. p. 9789

justa causa, motivando uma onda de protestos pelo empresariado. A referida ADIn foi ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) e pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), duas das mais importantes confederações patronais do país.

A ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada em 6 de julho de 1996, com pedido liminar visando declaração de inconstitucionalidade parcial do Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992, e do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Seu fundamento era a incompatibilidade da Convenção nº 158 da OIT com a Constituição Federal, que em seu art. 7º, I, prevê:

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 despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Como fundamento jurídico do pedido, foram adotadas questões referentes à inconstitucionalidade formal e à inconstitucionalidade material.

O primeiro questionamento baseou-se no argumento de que a Convenção nº 158 da OIT encontra disciplina em norma constitucional que exige, para sua eficácia, da edição de lei complementar, não possuindo as normas infraconstitucionais (decreto legislativo, decreto executivo e a própria convenção) tal *status*. Assim, alega-se que a incorporação realizada por meio de decreto legislativo e promulgação por meio de decreto executivo faz surgir a inconstitucionalidade formal, eis que a matéria somente pode ser regulada por lei complementar, conforme previsto no art. 7º, I, da CF.

O segundo ponto levantado refere-se à desarmonia existente entre o texto da Convenção e o exposto no art. 10, I, do ADCT, que prevê a indenização compensatória de 40% no caso de despedida arbitrária ou sem justa causa, desde já observando que o referente artigo impera enquanto não promulgada a lei complementar prevista. Afirma-se que a indenização compensatória e a reintegração são distintos critérios políticos e jurídicos que se excluem automaticamente, o que leva à inconstitucionalidade material, devido à divergência com o modelo constitucional que prevê a indenização compensatória nos casos de dispensa sem justa causa.

O Ministro Celso de Mello, relator, indeferiu o pedido liminar em voto proferido em 25 de setembro de 1996, aos seguintes fundamentos:

Com efeito, a Convenção nº 158 da O.I.T. – que revela, nas diversas cláusulas discutidas na presente sede de controle abstrato, um conteúdo essencialmente programático, subordinando a sua aplicabilidade ao que emerge da prática e da legislação nacionais de cada País – limita-se a estabelecer diretrizes, muitas das quais já incorporadas ao sistema jurídico vigente no Brasil.

Impõe-se registrar, de outro lado – e já analisando a questão sob a perspectiva da inconstitucionalidade formal -, que a eficácia e a concretização das normas inscritas na Convenção nº 158/OIT estão necessariamente subordinadas à edição de ato legislativo interno que deverá revestir a forma de lei complementar, consoante explícita determinação fundada no art. 7º, I, da Constituição Federal.

(...)

Isso significa, portanto, que a Convenção nº 158/OIT – por encerrar, a partir dos princípios e diretrizes que enuncia, uma proposta de legislação exclusivamente dirigida ao legislador interno de cada Estado-Parte – não parece haver ofendido, no plano estritamente formal, o texto da Constituição da República, pois, como ressaltado, a eficácia das normas desse ato internacional depende, essencialmente, da superveniência da lei complementar reclamada e exigida pelo estatuto constitucional.⁸

O Ministro Moreira Alves pediu vista, e, em 18 de dezembro de 1996, divergiu do relator na conclusão do seu voto, opinando pelo deferimento parcial da liminar pleiteada. Tal voto foi seguido pelo relator originário, que ratificou em parte seu voto e o aderiu ao proferido pelo ministro mais antigo.

O Ministro Carlos Velloso, por sua vez, divergiu dos votos dos Ministros Celso de Mello e Moreira Alves, indeferindo a medida liminar. Afirmou que a Convenção nº 158 incorporou-se ao Direito brasileiro como lei complementar, sendo, portanto, incabível a alegação de inconstitucionalidade formal. Asseverou que a Convenção incorporou-se ao ordenamento jurídico de forma autônoma, não sendo considerada inconstitucional.

Prevaleceu, por maioria, o entendimento dos Ministros Celso de Mello e Moreira Alves, sendo deferida liminarmente a suspensão da vigência da convenção, ao principal fundamento de que a Convenção nº 158 dependeria de necessária intermediação legislativa para sua integral aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Além disso, prevaleceu o entendimento de que a convenção permitiria a indenização ao invés da reintegração, como previsto na legislação pátria. Eis a ementa do acórdão que deferiu o pedido de medida cautelar, em parte:

**E M E N T A: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -
CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR**

⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>> Acesso em: 29 jun. 2011.

CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO 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 DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE 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 Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 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 Nacional, 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 depender 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).⁹

Dessa decisão podemos ressaltar alguns pontos que serão objeto de posterior análise. É interessante o questionamento acerca das assertivas de que “nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que (...) transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política” e de que “a Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade ao plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno”.

No entanto, antes mesmo do julgamento do mérito da ADIN, o Presidente da República editou o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, tornando pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção nº 158 da OIT. Diante deste fato, o Supremo Tribunal Federal extinguiu a ADI, por perda de objeto.

Eis um trecho do documento apresentado à OIT pelo Embaixador Brasileiro em Genebra, Celso Lafer, em 20 de novembro de 1996, para efetuar a denúncia:

Na verdade, a Convenção poderia, de um lado, ser invocada para justificar demissões excessivas e indiscriminadas, baseadas em motivos gerais e vagos do lado da empresa, estabelecimento ou serviço, como indicado no Artigo 4, por outro lado, abriria a possibilidade para uma proibição ampla de dispensas o que não seria compatível com o programa atual de reformas econômicas e sociais e modernização. A Convenção foi vista como um retorno no esforço de reduzir a intervenção do Estado e estimular a negociação coletiva. (...)

Essa incerteza quanto ao alcance de aplicação do disposto na Convenção geraria, no contexto do sistema legal brasileiro, baseado na lei positivada, insegurança e conflitos, sem nenhuma vantagem prática para a melhoria e modernização das relações de trabalho.¹⁰

Assim, o governo Brasileiro decidiu pela denúncia da Convenção nº 158 da OIT, ao fundamento de que a manutenção da convenção acarretaria desconforto aos Estados soberanos, ao impor limitações ao direito patronal de dispensar e fomentar a intervenção estatal, em um movimento contrário à modernização da economia brasileira.

É interessante observar que o principal argumento da denúncia baseia-se em motivos econômicos, sob a alegação de que, além de ser um “retorno no esforço de reduzir a intervenção do Estado e estimular a negociação coletiva”, apenas traria “insegurança e

⁹ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083> > Acesso em: 21 jun. 2011.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>> Acesso em: 15 jun. 2011.

conflitos, sem nenhuma vantagem prática para a melhoria e modernização das relações de trabalho”. O que significaria essa redução da intervenção estatal?

A exposição de motivos do Ministro do Trabalho, aconselhando a denúncia, ajuda a compreender a mudança de entendimento ocorrido no seio do Governo brasileiro:

“Despertam especial preocupação as disposições da Parte III, Artigos 13 e 14, que regulam o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos (...)

Tais preceitos traduzem abandono do modelo juslaboralista nacional e, sem embargo de possíveis vantagens da inovação, surge o inevitável receio de que o rompimento do vínculo de trabalho por motivos ligados à atividade da empresa, preste-se para a elevação vertiginosa das rescisões contratuais que não geram pagamento de tradicionais direitos rescisórios do empregado. De fato, poucas empresas nacionais ou internacionais, no contexto da acirrada competitividade que se impôs sobre a economia mundial, deixam de ter motivos econômicos ou tecnológicos ou ainda estruturais para dispensar trabalhadores. (...)

Ante o empenho de modernizar a legislação trabalhista, situado no objetivo maior do Governo Federal de otimizar produtividade e qualidade no âmbito das empresas, e negociação entre estas e seus empregados, a Convenção 158 da OIT tem inspirado movimento oposto, que fomenta a intervenção estatal e reduz o círculo de mobilidade dos interlocutores. (...)

É preciso que a adesão a Tratados e a outros ditames da ordem jurídica internacional seja precedida de uma avaliação prospectiva do comportamento econômico e político do País ante a comunidade internacional ou perante os seus parceiros regionais. Nesse ponto, ressalta-se que no Mercosul, somente o Brasil aderiu a esta Convenção, procedimento aliás só ocorrido, em toda a América, pela Venezuela. Tal análise, porém, não deve ser única, mas reiterada periodicamente, para que a constante alteração das circunstâncias não isole ou escravize a Nação por conta de compromissos assumidos no passado, os quais, se puderam ter algum apelo positivo ao momento de sua assunção, representam, depois, obstáculos ao bom desenvolvimento das diretrizes governamentais.”¹¹

Nesse ponto, é interessante notar que foi adotada pelo próprio Ministério do Trabalho uma interpretação contrária aos próprios trabalhadores. O governo brasileiro demonstrou uma mudança radical de opinião, como pode ser observado pela comparação dos pareceres das comissões da Câmara dos Deputados, que consignavam que “a Convenção é criteriosa, permitindo a rescisão contratual que seja socialmente justificável, estabelecendo critérios saudáveis com o império da Justiça e não da prepotência ou do abuso” enquanto a manifestação do Ministro do Trabalho assevera que “a Convenção 158 da OIT tem inspirado movimento oposto, que fomenta a intervenção estatal e reduz o círculo de mobilidade dos interlocutores”. É importante investigar os reais motivos dessa mudança de entendimento.

¹¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>>
Acesso em: 15 jun. 2011.

A denúncia da convenção ocorre mediante um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, para registro, conforme previsão do art. 17 da convenção. Apenas 1 (um) ano após a data do registro, a denúncia se torna efetiva. Tal ato foi realizado no dia 20 de novembro de 1996, deixando de vigorar, portanto, a Convenção nº 158 no ordenamento jurídico brasileiro em 20 de novembro de 1997.

A validade da denúncia, todavia, é objeto de profusa divergência doutrinária. Há vários autores que defendem que a Convenção nº 158 da OIT continua em vigor no país, por diversos motivos.

Questionando a validade do Decreto nº 2.100/96, foi ajuizada em 17 de junho de 1997 a ADI nº 1.625/DF, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT. Fundamenta-se na assertiva de que o procedimento da denúncia da Convenção nº 158, por ato unilateral do Presidente da República, é materialmente inconstitucional.

Os dois primeiros votos – dos Ministros Maurício Correa e Carlos Britto – julgaram a ADIN em parte procedente, concluindo que a validade do Decreto nº 2.100/96 depende de referendo do Congresso Nacional. Tal entendimento tem amparo na parte final do inciso VIII do art. 84 da Carta Magna, que determina a competência do Presidente da República para a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

O Ministro Nelson Jobim, em voto-vista, divergiu do voto do relator para julgar improcedente o pedido formulado, por entender que o Chefe do Poder Executivo, em razão de representar a União na ordem internacional pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais. Ressaltou estar englobada, no ato de aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, a aceitação tácita da possibilidade de o Poder Executivo denunciar, salientando que, na espécie, a denúncia se fez com base na expressa previsão do art. 17 da própria convenção.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, assinalou que um tratado que tenha força de lei deve ser revogado como se lei fosse. Ressaltou que o próprio decreto que aprovou a convenção sujeita revisão da matéria à apreciação pelo Congresso Nacional:

Art. 1º. Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.

Observando tratar-se de um tratado internacional que versa sobre direitos humanos, asseverou o ministro que possui a convenção estrutura supralegal, porém infraconstitucional.

O jurista concluiu que não há possibilidade de o Presidente da República submeter o decreto ao parlamento, para sanar seu vício, assim como não poderia o Poder Legislativo validar uma lei complementar editada com o vício formal de insuficiência de quórum, mediante nova aprovação pelo quórum devido.

O ministro aduz que a denúncia foi inválida no plano interno, e não no externo. Assim, o Presidente da República pode pedir autorização ao Congresso Nacional e editar um novo decreto, para que a denúncia produza efeitos no plano interno; ou ratificar novamente a Convenção nº 158 da OIT, para que a denúncia deixe de existir no plano externo.

A ADI continua em trâmite, tendo pedido vista, em 3 de junho de 2009, a Ministra Ellen Gracie. Pode prevalecer no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a denúncia por ato unilateral do Presidente da República teria sido inválida, o que leva a um desfecho interessante para a questão. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/96 implica na conclusão de que a Convenção nº 158 da OIT continua em vigor no ordenamento jurídico interno.

De qualquer forma, mesmo que se considere como válida a denúncia da Convenção nº 158, e sua conseqüente extirpação do direito brasileiro, não é pacífico o entendimento que ela seja incompatível com o ordenamento pátrio. Considerando a relevância do tema, as organizações que buscam a melhoria das condições do trabalho buscam, ainda, a aplicação da convenção no contexto nacional.

1.2.3 Mensagem nº 59/2008

Por iniciativa do Ministério do Trabalho e Emprego, realizou-se, em 24 de outubro de 2007, consulta à sua Comissão Tripartite de Relações Internacionais (CTRI) sobre a referida convenção, tendo como resultado a manifestação favorável de várias entidades sindicais: Central Única dos Trabalhadores, Confederação Geral dos Trabalhadores, Força Sindical, Social Democracia Sindical, Central Autônoma dos Trabalhadores e Central Geral dos Trabalhadores do Brasil.

Por outro lado, as entidades sindicais patronais (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, Confederação Nacional do Comércio e Confederação Nacional das Instituições Financeiras) manifestaram-se de forma contrária, alegando a defasagem do

instrumento internacional, editado em 1982, além do conflito com o sistema brasileiro de proteção à dispensa, retratado no regime do FGTS e na multa de 40% prevista no caso de demissão sem justa causa. Defenderam a necessidade de uma maior avaliação do impacto da convenção no mercado de trabalho.

Ao final das deliberações, a CTRI recomendou o encaminhamento da Convenção nº 158 da OIT para apreciação pelas instituições competentes e pelo Congresso Nacional.

Em 13 de fevereiro de 2008, o Ministro das Relações Exteriores enviou ao Presidente da República minuta de Mensagem aos Membros do Congresso Nacional, visando à apreciação do texto da Convenção nº 158 da OIT para posterior ratificação e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em 20 de fevereiro de 2008 foi apresentada a Mensagem 59/2008 ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, submetendo o texto da Convenção à consideração dos membros do Poder Legislativo, acompanhada da exposição de motivos do Ministro de Estado das Relações Exteriores, contendo breve relato sobre procedimento histórico da ratificação e denúncia da Convenção nº 158 da OIT pelo Brasil.

Foi realizada audiência pública para apreciar a matéria, no dia 22 de abril de 2008, com o comparecimento de representantes do Ministério do Trabalho e Emprego e de diversas entidades de representação patronal e dos trabalhadores. Novamente, as organizações contra e a favor da convenção puderam expor seus argumentos.

A partir da análise dos depoimentos¹² do Deputado Dagoberto Godoy, do Sr. Flávio Roberto Sabbadini (representante da Confederação Nacional do Comércio, Bens, Serviços e Turismo – CNC), do Sr. Rodolfo Tavares (representante da Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária – CNA), do Sr. Narciso Figueira Junior (representante da Central Nacional dos Trabalhadores – CNT) e do Sr. José Maria Riemma (representante da Confederação Nacional das Instituições Financeiras), podemos fazer uma compilação dos principais argumentos contrários à ratificação da Convenção nº 158 da OIT:

- a. Defasagem da Convenção nº 158, que teria sido aprovada em 1982 pela OIT, antes do processo de globalização da economia. Os próprios países signatários da convenção que são considerados como expoentes da visão protecionista nas relações de trabalho – França e Espanha – já estariam criando institutos para contornar a rigidez da Convenção nº 158 da OIT;

¹² VASCONCELLOS, Andréa. **Dispensa Imotivada – Análise à Luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 81-92.

- b. Aumento da taxa de desemprego em países que adotaram a Convenção nº 158 da OIT;
- c. Melhores garantias na legislação brasileira do que na Convenção nº 158, pois os empregados desligados do emprego no Brasil já detêm um amplo espectro de medidas compensatórias garantidas por lei e pela Constituição: aviso prévio de 30 dias, reserva dos depósitos no FGTS, que podem ser sacados em caso de demissão; indenização igual a 40% dos depósitos acumulados no FGTS; seguro-desemprego, por até 5 meses; e a regulamentação da dispensa por justa causa no art. 482 da CLT;
- d. Aumento do desemprego, devido à maior rigorosidade na admissão de novos empregados, visando a diminuir os riscos. Isso porque a imposição de requisitos quanto a prazo, forma e procedimento das demissões, assim como a possibilidade de reintegração no emprego, fariam com que as empresas ficassem temerosas de empregar. Aumentar-se-ia a terceirização, e diminuir-se-ia a criação de novos empregos;
- e. Déficit da Previdência Social, pois a ratificação da Convenção implicaria no aumento do desemprego, majorando, portanto, as despesas com o seguro-desemprego;
- f. Aumento da informalidade, com a majoração da multidão de trabalhadores sem carteira assinada;
- g. Prejuízo à competitividade da economia brasileira, com a imposição de maiores institutos protecionistas, visando fixar indenizações e anular demissões, em contraponto com a tendência mundial de flexibilização dos direitos trabalhistas para assegurar a flexibilidade de gestão que garante a sobrevivência empresarial num mundo globalizado;
- h. Fim do regime do FGTS, que é atualmente uma fonte de recursos tão importante para o saneamento básico e construção de casas populares;
- i. Adoção, na prática, de um regime de estabilidade para os empregados da iniciativa privada;
- j. E aumento do número de processos trabalhistas, entavando ainda mais a Justiça do Trabalho.

No que se refere aos argumentos favoráveis à ratificação, foram analisados os depoimentos¹³ do Sr. Joilson Cardoso (representante da Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil – CTB), da Sra. Paula Polcheira (representante do Ministério do Trabalho), do Sr. Ricardo Patah (Presidente da União Geral dos Trabalhadores – UGT), do Sr. Carlos Henrique Oliviera (representante da Central Única dos Trabalhadores – CUT), do Sr. Herbert Passos (representante da Força Sindical) e do Deputado Eudes Xavier. Eis a compilação dos principais argumentos:

- a. O objetivo da Convenção nº 158 não é a estabilidade dos trabalhadores, e sim dar segurança a ambas as partes na demissão. Além da segurança para o empregado, o empregador estará certo do procedimento que tomou, sendo que hoje, o próprio procedimento de dispensa por justa causa não é realizado com segurança pela empresa, sendo muitas vezes revertida no âmbito judicial. Não seria obstada a despedida do mau empregado, pois o empregador teria como justificar a demissão por motivos empresariais ou relativos à capacidade e conduta do empregado;
- b. Diminuição das demissões, diminuindo a rotatividade no emprego, possibilitando uma maior mobilização e organização dos trabalhadores;
- c. Independência da taxa de desemprego com a adoção da convenção, porque o desemprego é causado por uma série de fatores, dentre eles a ausência de crescimento econômico, o que não é o caso do Brasil;
- d. Aumento dos salários dos trabalhadores, ao se barrar a rotatividade, que é um mecanismo de redução da massa salarial dos trabalhadores, agravando a concentração da renda. Isso porque a maioria dos trabalhadores é demitida visando à contratação de outro trabalhador para exercer a mesma função, só que ganhando menos.

A Mensagem nº 59/2008 foi analisada em 2 de julho de 2008 pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDN), em reunião ordinária. Como resultado da deliberação, a comissão decidiu rejeitar a aprovação da Convenção nº 158 da OIT, conforme parecer do relator, deputado Julio Delgado (PSB-MG).

O deputado Julio Delgado afirma que os países signatários da convenção dividem-se em dois grupos: em um extremo, países com baixo nível de desenvolvimento e alta taxa de desemprego, como Gabão, Sérvia e Camarões, que, na falta de mecanismos de proteção,

¹³ VASCONCELLOS, Andréa. op. cit. p. 99-108

adotaram a Convenção nº 158; no outro extremo, países da Europa Ocidental, que possuem economia forte e renda *per capita* elevada. O Brasil se encontraria entre os dois extremos, sem comungar com a falta de garantias trabalhistas dos países africanos, nem com a riqueza dos países europeus, que possuem instituições trabalhistas e previdenciárias altamente desenvolvidas. O congressista afirma que o Brasil conta com uma grande população, que continua crescendo, devendo gerar um alto número de empregos todos os anos, assim como os demais países em desenvolvimento, sendo que nenhum deles adotou a convenção.

O deputado alerta para as consequências da adoção do tratado na Espanha e na França, cujas economias tiveram fortes quedas, segundo o relator, relacionadas à adoção da Convenção nº 158.

No parecer acatado, o relator afirma que “a legislação trabalhista é suficiente para garantir o direito dos trabalhadores e que o tratado conflita com a Constituição, que adotou um sistema indenizatório”¹⁴. Conclui que a convenção é prejudicial à economia e aos trabalhadores, pois “o alto custo e a restrição de dispensas tendem a reduzir a rotatividade, mas vão inibir a geração de empregos”¹⁵.

Eis a conclusão do relator:

Em função do enorme prejuízo para os trabalhadores, para a geração de empregos, para o crescimento interno e a competitividade internacional do país, aponta-se para a desnecessidade da adoção da Convenção 158. Em seu texto, está claro que esta não se aplica quando se chocar com as leis nacionais (artigo 1º) e, no caso do Brasil, isso ocorre com a própria Constituição Federal. Pelo fato da ratificação vir carregada de inconstitucionalidade, não poderia, como legislador e, principalmente, pela nossa formação, manifestarmo-nos favoráveis à tal proposta, justamente quando nós, constituintes derivados, comemoramos 20 anos de promulgação de nossa Carta Magna. Pelas razões descritas acima e diante das mesmas, somos pela rejeição da Mensagem nº 59, de 2008.¹⁶

O único a votar contra o parecer foi o Deputado Nilson Mourão. Os Deputados Dr. Rosinha e Vieira da Cunha, apesar de não participarem da votação da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, apresentaram voto em separado.

Em seu voto, Dr. Rosinha refuta cada um dos argumentos lançados pelo relator, e chega à conclusão que a Convenção nº 158, devidamente regulamentada, poderia reduzir a

¹⁴ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=398048>>
Acesso em: 15 jun. 2011.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=398048>>
Acesso em: 15 jun. 2011.

enorme rotatividade da mão de obra. Assevera o deputado que, além de impedir ganhos salariais aos trabalhadores, a rotatividade é nociva à própria competitividade das empresas no mundo moderno, pois a falta de segurança nos vínculos empregatícios impede os processos de qualificação dos trabalhadores e de aumento sustentável da produção.

O Deputado Vieira da Cunha, por sua vez, afirma a importância de se introduzir no país uma relação trabalhista menos arbitrária e respeitosa para com o cidadão trabalhador. Com esboço em diversos autores e no entendimento da ANAMATRA, consigna a compatibilidade da Convenção nº 158 com a Constituição, mediante interpretação dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 5º. Conclui que o banimento da demissão arbitrária criaria um círculo virtuoso, pois os empregadores apenas deixam de contratar quando não há demanda produtiva. Assim, com a segurança no emprego, aumentar-se-ia o consumo, aquecendo-se a economia, o que gera mais postos de trabalho.

A Mensagem nº 59/2008 foi encaminhada, em 29 de abril de 2009, para a Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP). Em 12 de maio de 2010, o relator Deputado Sabino Castelo Branco (PTB-AM) apresentou seu parecer, opinando pela aprovação da Convenção nº 158 da OIT, nos termos do Projeto de Decreto Legislativo que apresenta.

Em seu parecer, o congressista refuta meticulosamente cada argumento contrário apresentado no parecer que rejeitou a aprovação da Convenção nº 158 da OIT. Primeiramente, aduz que o fato de que apenas 34 países tenham ratificado a convenção “retrata uma estatística provisória, que não autoriza por si só assegurar que a Convenção nº 158 deva ou não ser ratificada pelo Brasil”¹⁷.

Assevera que as afirmativas que se baseiam no aumento de desemprego na Espanha e França para rejeitar a Convenção nº 158 estão equivocadas quanto à lógica e ao mérito. Assinala que “as causas do desemprego são muito mais complexas e não se limitam a um simples ato internacional de ratificação ou não ratificação de uma diretriz da OIT”¹⁸.

Quanto às afirmações de que o sistema de proteção ao trabalhador seria mais benéfico, e de que se estaria a “trocar o certo pelo duvidoso”, o relator chega a afirmar que tal argumento, além de impertinente, “acaba por menosprezar a inteligência dos integrantes do Congresso Nacional brasileiro”¹⁹.

¹⁷ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>>
Acesso em: 22 jun. 2011.

¹⁸ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>>
Acesso em: 22 jun. 2011.

¹⁹ Idem .

No que se refere à alegação de que o legislador constituinte teria afastado outro sistema que não o indenizatório, o Deputado Sabino Castelo Branco, pela análise dos dispositivos constitucionais, conclui que “o legislador ordinário pode (e deve) alterar, via legislação complementar, (art. 7º, I), a atual regra protetiva limitada a 40% dos valores do FGTS”²⁰.

Por fim, o congressista aduz que, segundo o STF, a convenção não é auto-aplicável, o que afasta os argumentos relativos à sua responsabilidade pelo aumento da informalidade ou aumento das ações na Justiça do Trabalho. Conclui da seguinte forma:

O ideal seria que o legislador ordinário incorporasse no texto da lei complementar reguladora do inciso I do art. 7º da Constituição Federal o inteiro teor da Convenção nº 158 da OIT, mas isto será oportunamente debatido e aprovado pelo Congresso Nacional.

(...)

Se ainda não conseguirmos que o conteúdo da Convenção nº 158 da OIT converta-se na lei complementar reguladora da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, não impeçamos que a sua mágica presença enquanto estrela orientadora da atividade legiferante ordinária, como inclusive entende o STF, seja apagada pela sua não incorporação ao direito interno.²¹

Após a apresentação do parecer foi apresentado requerimento pelo Deputado Júlio Delgado, pugnando pela realização de nova audiência pública. Em 26 de maio de 2010 foi aprovado o requerimento, devendo ser realizada a audiência pública em breve.

Assim, o parecer do Deputado Sabino Castelo Branco ainda não foi submetido à votação. Encontra-se devolvido ao relator desde 9 de junho de 2011, para reexame, sendo esta a última tramitação noticiada.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

II - AS IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 A VALIDADE DA DENÚNCIA

Conforme relatado anteriormente, em 17 de junho de 1997 foi ajuizada a ADIn nº 1625/DF, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, questionando a validade do Decreto nº 2.100/96, ao fundamento de que o procedimento da denúncia da Convenção nº 158, por ato unilateral do Presidente da República é materialmente inconstitucional.

Com efeito, o art. 84, VII, da Constituição determina que compete ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. O art. 49, I, da Constituição, por sua vez, define ser de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Assim, percebe-se que a Carta Magna estabelece que a incorporação de tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro depende de um ato complexo que envolve o Presidente da República e o Congresso Nacional. No entanto, não há previsão, no sistema constitucional, quanto ao procedimento a ser adotado no caso de denúncia destes tratados.

Defende-se nesta ação declaratória de inconstitucionalidade o argumento de que o ingresso de um tratado no ordenamento se dá pela combinação dos arts. 84, VII, e 49, I, da Constituição, mediante manifestações de vontade autônomas do Poder Executivo e do Poder Legislativo, consubstanciando uma decisão complexa. Assim, a interpretação natural quanto à denúncia seria a adoção do mesmo procedimento.

Nesse sentido, a manifestação do relator da ADIn, Ministro Maurício Correia, em 2 de outubro de 2003:

o Min. Maurício Corrêa, relator, entendendo evidenciado o caráter normativo do direito impugnado, e considerando que a derrogação de tratados e convenções internacionais, à semelhança do que ocorre para que sejam positivados, exige, para a sua concretização no âmbito interno, a manifestação conjugada dos Poderes Executivo e Legislativo, proferiu voto no sentido de julgar procedente em parte o pedido formulado na ação direta, a fim de emprestar ao Decreto impugnado, interpretação conforme ao art. 49, I, da CF, segundo a qual a denúncia formalizada pelo Presidente da República condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do

que produzirá eficácia plena, no que foi acompanhado pelo Min. Carlos Britto.²²

Os dois primeiros votos, portanto, julgaram a ADIn em parte procedente, concluindo que a validade do Decreto nº 2.100/96 depende de referendo do Congresso Nacional. Tal entendimento tem amparo na parte final do inciso VIII do art. 84 da Carta Magna, que determina a competência do Presidente da República para a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (grifo nosso).

A discussão, no entanto, é bastante controversa. Historicamente a jurisprudência brasileira tem aceitado a unilateralidade do ato de denúncia de tratados e convenções internacionais, diante da omissão constitucional. Eis os fundamentos adotados pelo Ministro Nelson Jobim, ao divergir do voto do relator:

O Min. Celso Jobim, presidente, em voto-vista, divergiu do voto do relator para julgar improcedente o pedido formulado, por entender que o Chefe do Poder Executivo, em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais. Ressaltou estar englobada, no ato de aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, a aceitação tácita da possibilidade de o Poder Executivo denunciar, salientando que, na espécie, a denúncia se fez, inclusive, com base na expressa previsão do art. 17 da própria Convenção. Esclareceu que compete privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, VIII, da CF, celebrar os tratados, convenções e atos internacionais, ou seja, assumir obrigações internacionais e que, embora caiba ao Congresso Nacional a aprovação dos mesmos (CF, art. 84, in fine e art. 49, I), por meio de decreto, sua função, nessa matéria, é de natureza negativa, eis que não detém o poder para negociar termos e cláusulas ou assinar, mas apenas para evitar a aplicação interna de tais normas. Ademais, o decreto legislativo não tem o condão de, por si só, incorporar o tratado internacional ao direito interno, o qual depende da ratificação posterior do Presidente da República. Com base nisso, confere predominância ao Chefe do Poder Executivo, pois somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno.²³

A tramitação da ADIN tem sido bastante lenta. Na sessão de 2 de outubro de 2003, o então Ministro Nelson Jobim pediu vista. Apenas três anos depois, votou pela improcedência da ação, conforme exposto acima. Seguiu-se novo pedido de vista, desta vez

²² INFORMATIVO Nº 323 DO STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=convenção158OIT&numero=323&pagina=8&base=INFO>> Acesso em: 29 jun. 2011

²³ INFORMATIVO Nº 421 DO STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=conven%20E7%E3o+158+OIT&pagina=6&base=INFO>> Acesso em: 29 jun. 2011

por parte do Ministro Joaquim Barbosa. Em junho de 2009, o Ministro proferiu seu voto, julgando a ação totalmente procedente. Eis os fundamentos:

Por fim, o Min. Joaquim Barbosa julgou inadequada a solução de dar interpretação conforme ao Decreto impugnado, tal como feito pelo Min. Maurício Corrêa, relator. Primeiro, reputou equivocado, tecnicamente, falar que a denúncia estaria condicionada à aprovação do Parlamento, visto que o Decreto impugnado não denunciaria o tratado internacional — por ser a denúncia um ato tipicamente internacional e, por isso, impassível de controle jurisdicional pelo Supremo —, mas sim tornaria pública a denúncia feita, a produzir seus efeitos em um determinado tempo. Tendo em conta que a publicação de qualquer ato normativo, inclusive tratados, seria pressuposto necessário para a sua obrigatoriedade, afirmou que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96 teria como consequência a retirada da publicidade do ato da denúncia, o que levaria à não-obrigatoriedade da denúncia no Brasil, não obstante operativa no plano internacional, e à manutenção da vigência do Decreto que incorporou a **Convenção 158** da OIT ao direito interno brasileiro. Assim, a conclusão do relator seria inviável por extrapolar o sentido do Decreto 2.100/96, levando a Corte a cumprir nítida função legislativa. Segundo, entendeu que o uso da técnica da interpretação conforme também seria equivocada por pretender interpretar um ato que violaria não materialmente, mas formalmente a Constituição. Em virtude de a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional, o Min. Joaquim Barbosa explicitou duas consequências advindas da declaração de inconstitucionalidade: 1) a declaração de inconstitucionalidade somente teria o efeito de tornar o ato de denúncia não-obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como consequência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT continuaria em vigor. Caso o Presidente da República desejasse que a denúncia produzisse efeitos também internamente, teria de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional; 2) a declaração de inconstitucionalidade somente atingiria o Decreto que deu a conhecer a denúncia, nada impedindo que o Presidente da República ratificasse novamente a Convenção 158 da OIT.²⁴

Pelas razões expostas em seu voto, o Ministro conclui que a Convenção nº 158 da OIT continua em pleno vigor no plano interno, visão com a qual corroboramos.

Apesar da controvérsia, a leitura atenta do art. 49, I, da CF permite a interpretação de que o legislador teve a intenção de deixar sob a competência do Congresso Nacional a **resolução definitiva** sobre acordos, convenções ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Assim, entendemos que a denúncia de uma convenção da OIT que versa sobre direitos fundamentais, deve observar a necessidade de manifestação do Poder Legislativo.

²⁴ INFORMATIVO Nº 549 DO STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=conven%E7%E3o+158+OIT&pagina=5&base=INFO>> Acesso em: 29 jun. 2011

É interessante ressaltar o acerto do Ministro Joaquim Barbosa, ao expor o simples, porém inteligente argumento, de que o próprio decreto legislativo demonstra a necessidade de pronunciamento do Congresso Nacional, na hipótese de revisão da convenção:

Art. 1º. Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.

Outro ponto a ser considerado é a natureza jurídica do tratado internacional ao ser incorporado no ordenamento nacional. Considerando que, no mínimo, a convenção detém natureza jurídica de lei ordinária, é manifestamente contrário ao princípio da separação dos poderes a possibilidade de se revogar uma norma legal por um ato unilateral do Poder Executivo.

Ressalte-se que o procedimento previsto no art. 17 da convenção, a respeito de sua denúncia por meio de notícia ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, regula meramente aspectos procedimentais no campo externo, sem dispor sobre o procedimento interno a ser adotado em cada país signatário.

Eis o teor do citado artigo:

Art. 17

1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente um ano após a data de seu registro.

Outro argumento que tem sido invocado para justificar a ineficácia da denúncia é o de que o prazo condicional de dez anos, previsto no citado dispositivo, deveria começar a fluir, em cada país, a partir da data de sua ratificação. Assim, de acordo com esse entendimento, no Brasil a denúncia somente seria possível em 2005, pois sua ratificação ocorreu em 25 de janeiro de 1995.

Essa posição é adotada por Arnaldo Sussekind²⁵, que afirma que o prazo de validade de cada ratificação é de dez anos, e que, no ano em que se completar o decênio, o Estado-membro poderá denunciar a convenção.

No entanto, o entendimento da OIT difere desse autor. O art. 17 da Convenção nº 158 refere-se à “data da entrada em vigor inicial”. Como diz uma publicação oficial do órgão,

²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**. São Paulo: Editora LTr, 1996.

“tratando-se de convenções adotadas depois de 1928, a retratação é autorizada geralmente com intervalos de dez anos a partir da data em que a convenção entrou pela primeira vez em vigor”²⁶. Assim, o decênio seria contado da data da vigência objetiva da convenção, ou seja, da data da vigência no plano internacional, em 23 de novembro de 1985.

Ainda que se considere a possibilidade de se efetuar a denúncia tomando-se como parâmetro a entrada em vigor internacional, Souto Maior traz ainda mais um argumento no sentido da extemporaneidade da denúncia. Afirma o autor²⁷, com espedeque em Cássio Mesquita Barros Júnior, que a denúncia somente produziu efeitos internos com a publicação do Decreto nº 2.100, em 23 de novembro de 1996, e que a convenção só poderia ter sido denunciada até 22 de novembro de 1996, considerando o prazo de doze meses subsequentes ao decênio de vigência no plano internacional.

No entanto, consideramos que a denúncia foi efetuada dentro do prazo, porquanto a nota do Governo brasileiro à OIT, comunicando a denúncia, foi registrada em 20 de novembro de 1996. A denúncia junto ao Diretor-Geral da RIT foi realizada de acordo com o procedimento previsto pela OIT, sendo válida em seu aspecto externo.

Concordamos, todavia, com o primeiro argumento, de que a denúncia de tratado internacional, por ato do Presidente da República, independentemente de autorização do Congresso Nacional, é inválida.

Em que pese todos os argumentos lançados pela doutrina, o processo no STF continua pendente, razão pela qual a prática jurídica majoritária ainda tem considerado como se a convenção não estivesse em vigor no país, bastando a indenização de 40% do FGTS para a dispensa sem justa causa do trabalhador.

Há um outro argumento, sustentado por Márcio Túlio Viana, no sentido de que a Convenção nº 158 da OIT estaria em pleno vigor²⁸.

Segundo este autor, a OIT elegeu oito convenções como fundamentais, o que significa que não precisariam ser ratificadas, posto que seriam emanações de sua Constituição. Assim, todos os Membros da OIT automaticamente já aderem a tais

²⁶ **Las normas internacionales del trabajo – manual de educación obrera**, Ginebra, 1978. p. 50 apud ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 138.

²⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT**, 2004. Disponível em: < http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18352/Prote%C3%A7%C3%A3o_Contra_a_Dispena_Arbitr%C3%A1ria.pdf?sequence=2> Acesso em: 5 jun. 2011. p. 9-10.

²⁸ VIANA, Márcio Túlio, “Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego”. In: DELGADO, Gabriela Neves, NUNES, Raquel Portugal e SENA, Adriana, Goulart (Coord.) **Dignidade Humana e Inclusão Social – Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Editora LTr, 2010. p. 491.

convenções. O professor cita Miron Tafuri Queiroz²⁹, que assevera que o rol não é exaustivo, podendo ser estendido desde que respeitada a característica em comum que une as convenções.

O elemento central que une as convenções eleitas como fundamentais é o fato de tratarem de direitos humanos. Assim, também a Convenção nº 158 poderia ser considerada como fundamental, estando vigente no ordenamento interno brasileiro, ainda que não tivesse sido aprovada pelo Congresso Nacional. Ressalte-se que o objetivo da convenção é impedir, ou, pelo menos, reduzir, a gestão empresarial das dispensas como se o trabalho fosse mera mercadoria, conforme proíbe a Constituição da OIT.

2.2 A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

É incontroverso que a Convenção nº 158 esteve em vigor em nosso ordenamento jurídico, mesmo sem se considerar a divergência doutrinária acerca da validade de sua denúncia.

Um dos argumentos da ADI 1.480/DF foi a incompatibilidade da convenção com o ordenamento pátrio, razão pela qual se torna interessante, nesse ponto, analisar sua eficácia.

Para tal, primeiramente precisamos estabelecer a diferença entre a vigência de uma norma e sua eficácia³⁰. A vigência relaciona-se a um aspecto formal, a regular edição, promulgação e publicação de uma norma para que ela possa fazer parte do ordenamento jurídico positivo.

A eficácia, por outro lado, é um conceito que se relaciona com o poder que a norma possui para produzir efeitos jurídicos próprios e específicos. Uma norma eficaz é composta por um aspecto social, identificado com o seu cumprimento pela sociedade, e um sentido jurídico, no qual se verifica a possibilidade de sua aplicação, sua exigibilidade e executoriedade.

A análise da eficácia da Convenção nº 158 depende da sua compreensão como norma cogente ou dispositiva, se suas cláusulas são autoaplicáveis ou se dependem de regulamentação, e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Segundo Arnaldo Süssekind³¹, as convenções podem ser classificadas, quanto à sua natureza, em:

²⁹ Idem.

³⁰ SILVA, Antônio Álvares da. **A Convenção n. 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 24.

³¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora LTr, 2000. p. 190-191.

- a. Autoplicáveis, quando seus dispositivos não demandem regulamentação complementar para serem aplicadas nos países signatários. Nos Estados que adotam o monismo jurídico, a vigência da convenção ratificada no plano interno importa na integração das normas no direito positivo; nos que adotam o dualismo jurídico, bastará que a lei nacional reproduza o texto da convenção;
- b. De princípios, quando dependem, para sua aplicação, da edição de leis ou outros atos regulamentares, no prazo de 12 (doze) meses entre a ratificação e a vigência da convenção no âmbito nacional, salvo quando tais atos já tenham vigência no respectivo Estado;
- c. Promocionais, quando fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua execução, devendo ser atendidos pelos países que as ratificam mediante sucessivas providências.

Quanto à natureza jurídica das cláusulas contidas na Convenção 158, há três opiniões dominantes na doutrina³²:

- a. Segundo Octavio Bueno Magano, Arion Sayão Romita e Saulo Ramos, a Convenção nº 158 tem feição de norma internacional de princípios, dependendo de regulamentação infraconstitucional doméstica para produzir efeitos;
- b. A corrente integrada por Arnaldo Sussekind, Amauri Mascaro Nascimento e José Alberto Couto Maciel defende o caráter híbrido da convenção, afirmando a auto-executoriedade de algumas cláusulas, como as contidas nos arts. 4º e 10, e a qualidade de normas principiológicas contidas no art. 13.
- c. Carlos Henrique Bezerra Leite e Souto Maior fazem parte da terceira corrente, que sustenta a autoaplicabilidade da convenção, independentemente de regulamentação do art. 7º, I, da Constituição ou de qualquer outra norma infraconstitucional.

O entendimento da primeira corrente tem como fundamento o art. 1º da convenção, que dispõe que se deverá dar efeito às disposições por meio da legislação nacional. Segundo Arion Sayão Romita, “os dispositivos da referida Convenção não encerram

³²LEITE, Carlos Henrique Bezerra. “A Eficácia, Vigência e Denúncia dos Tratados Internacionais e os Direitos Sociais”. In: SILVA NETO, Manoel Jorge (Coord.). **Constituição e Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1998. P. 64.

um sistema completo de proteção contra a despedida arbitrária nem deles se extrai a lição de ser sempre viável a reintegração”³³.

Por outro lado, a corrente que defende a autoaplicabilidade da convenção se fundamenta na previsão do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, sendo a convenção nº 158 um tratado internacional que estabelece normas e princípios de cunho nitidamente social, de caráter fundamental, sua incorporação se processaria de modo imediato.

Souto Maior assevera que apenas a primeira parte da Convenção nº 158 (arts. 1º a 3º) detém um aspecto conceitual, sendo normativa a partir de então, bastando uma mera interpretação gramatical para sua plena aplicação³⁴.

No Brasil, predomina a doutrina monista³⁵, considerando-se que o tratado internacional ratificado derogaria a lei interna, justamente por não existir conflito entre o direito internacional e o direito estatal, que se completam. No nosso regime, todavia, a Constituição é o estatuto fundamental da República, portanto todas as leis e tratados celebrados estão sujeitos à sua autoridade normativa.

Por tal razão, a Convenção nº 158 foi posta em cheque na ADIN nº 1.480-DF, ao fundamento de que os arts. 4º e 10 da Convenção nº 158 são formalmente inconstitucionais, por tratarem de matéria reservada à edição de lei complementar. Além disso, alegou-se a inconstitucionalidade material, devido à divergência com o modelo constitucional que prevê a indenização compensatória nos casos de dispensa sem justa causa.

Conforme as manifestações dos ministros do Egrégio STF, conclui-se que prevaleceu naquela Corte a interpretação de que a Convenção nº 158 traz em seu bojo um conjunto de normas programáticas, subordinadas à edição de norma complementar. Foi

³³ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. p. 131.

³⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit. p. 15.

³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. op. cit. p. 68-69.

reconhecida a impossibilidade de coexistência da indenização compensatória de 40% do FGTS, nos casos de dispensa sem justa causa, com a reintegração compulsória do trabalhador ao emprego do qual tenha sido desligado sem motivação justificável.

Discordamos dessa visão, por entender que a Convenção nº 158 dispõe do status de norma autoaplicável, nos termos do art. 5º, § 1º, da Carta Magna, por considerar tratar-se de direito fundamental do trabalhador. No mais, a regra contida no § 2º do art. 5º deixa claro que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, as disposições internacionais tendentes a aumentar a gama de proteção aos direitos fundamentais não poderiam ser suprimidas ao argumento de que o sistema constitucional já prevê uma proteção, em grau menor.

Corroborando com essa posição, eis as palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se reconhecidos e sancionados também pela CF/88. Com efeito, se para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação do Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições de vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante o art. 4º, parágrafos 2º e 1º (*rectius*, art. 5º, parágrafos 2º e 1º da Constituição brasileira de 1988), a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.³⁶

Neste ponto, torna-se interessante registrar o argumento central exposto no voto vencido do Ministro Carlos Velloso, com o qual concordamos. Salientando tratar-se de convenção que diz respeito a direitos e garantias fundamentais, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição, ela se incorpora ao ordenamento interno autonomamente, como uma majoração das garantias fundamentais, independente do art. 7º, I, da Carta Magna. Ou seja, à luz do art. 5º, § 2º, não há inconstitucionalidade na ampliação de novos direitos e garantias fundamentais mediante tratados internacionais:

³⁶ CANÇADO, Antônio Augusto Trindade. **Justiça e Democracia**. SP, v. I, n. 1, p. 7-17 apud VASCONCELLOS, Andréa. op. cit. p. 92.

Assim posta a questão, é lícito afirmar que a Convenção n. 158/OIT incorporou-se à ordem jurídica brasileira com característica autônoma, vale dizer, independentemente da disposição inscrita no art. 7º, I, da CF, que subordina a dispensa do empregado à existência de uma causa de justificação, não admitindo a despedida arbitrária ou sem justa causa e estabelecendo que a infringência dessa regra impõe ao empregador a obrigação de pagar ao empregado despedido indenização compensatória, dentre outros direitos, além dessa garantia, inscrita no citado art. 7º, I, gozam os trabalhadores brasileiros dos direitos e garantias que decorrem da Convenção n. 158/OIT. (...) É dizer, ela contém direitos e garantias, que são direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores de cunho constitucional, na forma do que estabelece o § 2º do art. 5º, da CF.³⁷

O voto do Ministro Carlos Velloso traz, ainda, considerações quanto à desnecessidade de regulamentação legislativa para a aplicação imediata da maior parte dos dispositivos da convenção, em especial seu núcleo, composto dos arts. 4º e 10. Obviamente, toda norma depende de interpretação diante da situação concreta, não deixando, por isso, de ser auto-aplicável.

Acrescente-se que, conforme o voto citado, mesmo que se entenda que a Convenção nº 158 da OIT só pode ser compreendida na ótica do art. 7º, I, e não autonomamente, não há inconstitucionalidade, podendo ser a alternativa entre reintegração e indenização apreciada mediante a interpretação integrativa do restante das normas já vigentes.

Fixada a premissa de que entendemos ser a Convenção nº 158 da OIT um tratado internacional auto-aplicável, o próximo ponto a ser analisado é sua compatibilidade com a Constituição, tanto material quanto formalmente.

Na época de sua denúncia, muito foi falado acerca de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, devido à possibilidade de regresso ao sistema de estabilidade dos trabalhadores, há muito tempo extirpado do direito trabalhista nacional.

Da análise da convenção, no entanto, infere-se que seus termos são inegavelmente constitucionais. De qualquer forma, o texto da convenção limita-se a estabelecer normas amplas, justamente para que os países signatários possam adotar seus termos de acordo com sua realidade.

A Constituição brasileira, em seu art. 7º, I, veda a dispensa arbitrária, e este é justamente o objetivo da Convenção nº 158, o que demonstra, a princípio, a nítida compatibilidade entre os dois sistemas.

³⁷ Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083> > Acesso em: 21 jun. 2011

Com efeito, a Constituição Federal reserva a regulamentação da proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária e sem justa causa à edição de Lei Complementar, que necessita de *quórum* qualificado para aprovação. Este foi o principal argumento dos opositores da convenção ao ajuizar a ADI 1.480/DF. Segundo os autores da ação, os tratados internacionais, ao serem incorporados ao ordenamento interno, detêm status de lei ordinária, razão pela qual não poderia tratar de matéria reservada à lei complementar.

Tal entendimento foi adotado pelo STF, que declarou que a Convenção nº 158 equipara-se a lei ordinária, não podendo regulamentar matéria reservada à lei complementar.

Entretanto, ao nosso entendimento, a inexistência de lei complementar não obsta a eficácia do princípio de proteção à relação de emprego previsto na Constituição. Como visto, o art. 5º, § 1º, é claro ao determinar a plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais, sem depender de norma positiva que o regulamente para ser aplicado.

Assim, a eficácia da Convenção nº 158 não poderia ser negada com base em norma constitucional que prevê a edição de lei complementar, tampouco com fundamento no sistema de indenização compensatória do FGTS. Deveria-se, portanto, harmonizar os dois sistemas, considerando, inclusive, que o regime do FGTS já convive harmonicamente com a reintegração no caso de dispensa discriminatória, conforme a Lei nº 9.029/95. Ressalte-se, ainda, que no próprio art. 7º, I, da CF, há ressalva quanto à possibilidade de instituição de “outros direitos”, além da indenização, como forma de proteção em face da despedida arbitrária.

Assim, estando a convenção de acordo com o princípio coroado na Carta Magna, ao invés de colidir com a previsão do art. 7º, I, complementa a garantia de proteção desejada pelos constituintes.

Corroborando este entendimento, afirma Souto Maior:

Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no art. 7º., inciso I, complementa-o, não havendo qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar, em razão de seu quórum 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.³⁸

Conforme exposto anteriormente, entendemos que as disposições que tratam do direito do trabalho detêm o status de regulação jurídica atinente aos direitos humanos.

³⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit. p. 12.

Ressalte-se que normas de proteção ao trabalho podem ser encontradas na maioria dos tratados e declarações internacionais de direitos humanos, inclusive na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nesse contexto, quando um tratado internacional ratificado pelo Brasil trata de questão pertinente ao direito do trabalho, inserido na órbita de direitos fundamentais, tal instrumento deve ser aplicado internamente, tomando-se seus dispositivos como normas constitucionais, ou, no mínimo, supralegais.

Ressalte-se que o STF, nos autos do Recurso Extraordinário nº 466.343, inaugurou um novo conceito sobre a natureza jurídica das normas internacionais sobre direitos humanos. Ao analisar a situação dos tratados de direitos humanos apreciados sem o rito previsto no § 3º do art. 5º, que garante o *status* constitucional aos tratados aprovados com o quorum de emenda constitucional, entendeu que esses tratados seriam infraconstitucionais. Porém, diante de seu caráter especial, seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam um lugar especial, condizente com seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos humanos.

Assim, decorre dessa característica especial não a revogação da legislação infraconstitucional conflitante com o tratado, mas a paralisação de sua eficácia.

O caso concreto diz respeito à discussão em torno da prisão civil do depositário infiel nos termos do Decreto-Lei nº 911/69. Segundo a nova orientação do Supremo, a ratificação do Pacto de San José pelo Brasil em 1992 suspendeu a eficácia do referido Decreto-lei por ser com ele conflitante, prevalecendo a regra protetiva de direitos humanos do art. 7º, item 7 do Pacto. O Min. Gilmar Mendes conclui, em seu voto, que:

A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.³⁹

Desta decisão conclui-se que as normas infraconstitucionais devem guardar uma compatibilidade vertical tanto com os tratados de direitos humanos, quanto com a Constituição. Se incompatíveis com a norma humanitarista internacional, suspende-se sua

³⁹Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 30 jun. 2011.

eficácia, tendo em vista a especialidade desse tipo de norma jurídica. Apesar de não admitir o caráter constitucional, percebe-se o progresso ao colocar os tratados internacionais de direitos humanos num degrau acima da legislação infraconstitucional.

Entendemos que a nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal favorece o entendimento de que a Convenção nº 158 da OIT não padece de inconstitucionalidade formal em virtude da previsão da edição de lei complementar, dado o seu caráter supralegal.

Ressalte-se que a prisão civil do depositário infiel está prevista na Constituição, em seu art. 5º, LXVII. Assim, aplicando-se analogamente o raciocínio à questão da Convenção nº 158, a necessidade de edição de lei complementar pode ser afastada pela incorporação ao ordenamento do tratado internacional de direitos humanos.

Mesmo em se adotando o entendimento de que os instrumentos internacionais integram-se ao ordenamento como normas infraconstitucionais, entendemos que lei ordinária pode tratar de matéria pertinente à lei complementar, especialmente no caso de longos anos de omissão legislativa na edição de lei complementar que regulamentasse a matéria.

Nas palavras de Leonardo Vieira Wandelli:

“Impossível não reparar que, em nome do absoluto zelo pela reserva constitucional à lei complementar, não se vê qualquer inconstitucionalidade em perpetuar o descumprimento, não da forma legislativa, mas do próprio conteúdo comandado, vale dizer, da proteção em face da despedida arbitrária. Sequer haveria mora do legislador complementar. Ou seja, entre a tarefa constitucionalmente determinada, essencial à efetivação de um direito fundamental das pessoas que trabalham, e a competência para cumpri-la, afirma-se implicitamente a total hierarquia da regra de competência. Esta instituiria um titular absoluto do direito de bloquear indefinidamente a normatividade constitucional, relegando-se à insignificância o comando de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, incrito no art. 5º, § 1º, da Constituição.”⁴⁰ (fl. 329-330)

Assim, concluímos pela inexistência de qualquer óbice quanto à eficácia da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO

Como vimos, a ADIN nº 1480-DF foi extinta por perda de objeto com a denúncia da Convenção nº 158, tornada pública pelo Decreto nº 2.100/95. Por outro lado, a ADIN nº

⁴⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: Editora LTr, 2004. p. 329-330

1625-DF, que trata justamente da inconstitucionalidade do referido decreto, continua em trâmite na Eg. Suprema Corte. Assim, não foi emitida uma decisão *erga omnes* no que diz respeito à constitucionalidade da convenção, sendo passível de discussão de mérito nas instâncias ordinárias.

Segundo Marcio Tulio Vianna, “nada é preciso fazer para que a Convenção nº 158 seja aplicável entre nós. Ela continua vigente. Exatamente por isso, nenhum juiz terá que esperar pelo STF. Basta que se considere inconstitucional o decreto. Naturalmente, a decisão nesse sentido será *incider tantum*”.⁴¹

O autor defende que, ainda que não houvesse a convenção, o nosso ordenamento permite o banimento das dispensas arbitrárias por via hermenêutica, posto que elas se chocam com os princípios constitucionais e com a própria idéia de direitos humanos.

Corroborando tal entendimento, Souto Maior afirma que:

“...a inércia do legislador infraconstitucional (já contumaz no descumprimento do comando constitucional) não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade humana (inciso III, do art. 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso de direito, o que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação, estando ele acometido de problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou, simplesmente, quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas. Ou seja, quando o pretenso direito potestativo de rescisão contratual se utiliza para simplesmente diminuir a condição social do trabalhador, ao contrário do que promete todo o aparato constitucional.”⁴²

Segundo este autor, com espeque em Karl Larenz, os direitos de personalidade são garantidos ao empregado na relação jurídica trabalhista, sendo uma agressão a esse direito a cessação abrupta e imotivada da relação jurídica que permite sua subsistência. Assim, com base nas noções civilistas do abuso de direito, da boa-fé contratual e da função social dos contratos, o autor encontra fundamentos legais no ordenamento jurídico que transcendem a discussão em torno da aplicabilidade do art. 7º, I, da Constituição Federal⁴³.

No entanto, segundo Mário Túlio Viana, ainda que se considere que a convenção continua em pleno vigor, em termos práticos é importante defender, concomitantemente, sua

⁴¹ VIANA, Márcio Túlio. op. cit. p. 491-492.

⁴² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit. p. 2.

⁴³ Idem.

re-ratificação, para evitar polêmicas⁴⁴. O autor sinaliza a possibilidade de que o Presidente da República pode fazê-lo pela mera publicação de um novo decreto, sem submissão ao Congresso, o que também é defendido pelo advogado dos autores da ADI 1625, José Eymard Loguércio.

Conforme exposto, a Convenção nº 158 da OIT é plenamente aplicável ao ordenamento brasileiro, devido à invalidade de sua denúncia pelo Decreto nº 2.100/96, e que não há nenhum óbice quanto à sua eficácia. Assim, os juízes poderiam embasar suas decisões nessa norma internacional.

A Convenção nº 158 da OIT conta com disposições amplas e genéricas, para que possa ser adotada como *convier* por cada país signatário, mantendo-se, todavia, seu núcleo fundamental. Seus preceitos, portanto, podem ser sujeitos a uma série de interpretações.

Em primeiro lugar, a adoção da Convenção nº 158 da OIT implica na necessidade de motivação do término da relação de trabalho. Assim, seria o fim do instituto da dispensa sem justa causa, nos moldes atuais, em que o empregador pode omitir o motivo da dispensa, mediante o pagamento da multa de 40% do FGTS.

Márcio Túlio Viana⁴⁵ adota o entendimento de que a Convenção nº 158 adota três espécies de dispensa: por justa causa; por razões justificáveis, relacionadas com a capacidade ou comportamento do trabalhador ou nas necessidades de funcionamento do empregador; ou arbitrária.

Na dispensa por justa causa, a convenção permite que não haja indenização para o empregado (art. 12, § 3º), conforme previsão na legislação nacional. Assim, manteria-se o sistema de dispensa por justa causa que já é adotado no Brasil, nos casos previstos no art. 482 da CLT.

Na hipótese de dispensa por motivos justificáveis, a convenção prevê que o empregado deve receber uma indenização por término e/ou benefícios assistenciais como o seguro desemprego (art. 12, §1º, “a” e “b”). Na realidade de nosso país, podemos considerar que essa indenização seria aquela prevista no inciso I do art. 10 do ADCT, equivalente a 40% do FGTS. Márcio Túlio Viana afirma que tal hipótese equivale à do trabalhador membro da CIPA, prevista no art. 165 da CLT, mas só que abrangendo também os casos em que o trabalhador se mostra ineficiente ou inapto, mas sem que seu comportamento seja faltoso⁴⁶.

⁴⁴ VIANA, Márcio Túlio. op. cit. p. 492.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 493.

⁴⁶ *Idem*.

Não há falar, pois, em incompatibilidade da Convenção nº 158 com a indenização de 40% do FGTS, que seria cabível nas hipóteses de despedidas justificadas por outros motivos que não justas causas. O ônus da prova das causas justificadoras da despedida é atribuído, no entanto, ao empregador, que deve garantir a real seriedade e necessidade das dispensas.

A dispensa arbitrária seria a dispensa imotivada, ou a que não se embasar em motivo considerado justificável. No tocante à dispensa arbitrária se concentram os maiores debates, pois a convenção trata de reintegração, mas também de indenização.

Para o autor, a solução natural seria a reintegração, pois o Direito deve sempre buscar a reparação direta da lesão, e apenas em último caso, na impossibilidade da reintegração, como nos casos de incompatibilidade entre as partes, ou fechamento da empresa, se deveria proceder à indenização. Ressalta o professor que a Constituição Federal não impossibilita a reintegração e promete a proteção ao emprego, prescrevendo, ainda, no *caput* de seu art. 7º, que o rol de direitos estipulados não é exaustivo. Assim, outros direitos podem ser acrescidos, desde que mais favoráveis ao trabalhador.

Nesse sentido, Souto Maior⁴⁷ afirma que na dispensa arbitrária podem ser adotadas como parâmetro legal, por aplicação analógica, as regras dos arts. 495 e 496 da CLT, que determinam em primeiro lugar a reintegração do empregado, e, caso esta seja desaconselhável, converter tal obrigação em indenização. O autor cita ainda a Lei nº 9.029/95, que instituiu a proibição da dispensa por ato discriminatório, que prevê a reintegração como uma das opções a serem escolhidas pelo trabalhador.

Assim, a reintegração não é incompatível com o ordenamento brasileiro, devendo ser substituída por uma indenização apenas quando não foi considerada viável (art. 10 da Convenção nº 158).

No tocante ao valor da indenização, ressalte-se que a convenção apenas se refere a uma “indenização adequada ou qualquer outra reparação considerada apropriada”. Souto Maior afirma que não há necessidade de regra legal para que os juízes possam arbitrar o valor da indenização devida em cada caso concreto. O autor aduz que o art. 186 do Código Civil – dispositivo que prevê a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem – não estabelece o valor da indenização, e sua eficácia não pode ser negada por falta de regulamentação. Afirma o doutrinador que adoção dos parâmetros da legislação trabalhista para casos análogos (indenização do portador de estabilidade definitiva, do portador de

⁴⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit. p. 5.

estabilidade provisória e dos casos de dispensa discriminatória) não impedem a avaliação, pelo juiz, das particularidades de caso em concreto para arbitramento da indenização.⁴⁸

Com efeito, a redação da convenção permite que a indenização seja arbitrada pelo juiz de acordo com as peculiaridades de cada lide. No entanto, não há dúvidas que a adoção de um parâmetro legal é um critério que conta com maior legitimidade, evitando a estipulação de indenizações irrisórias ou exorbitantes, risco certo quando a determinação do valor da indenização se dá por critérios meramente subjetivos.

Nesse ponto, é interessante considerar algumas das vantagens da adoção da Convenção nº 158 da OIT.

O Brasil apresenta uma altíssima taxa de rotatividade no emprego, de aproximadamente 40% em praticamente todo o território nacional. Em 2007, segundo dados colhidos na Nota Técnica nº 61 do DIEESE⁴⁹, 14,3 milhões foram admitidos, enquanto 12,7 milhões foram desligados, sendo que 60% dessas demissões ocorreram sem justa causa. Paralelamente, a variação salarial entre os admitidos e demitidos é negativa e representou, só em 2007, uma diminuição de 9,15% na média salarial do novo contratado.

Interessantes resultados podem ser extraídos de estudo disponível no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego, realizado entre os anos de 2003 a 2009, relacionado à rotatividade da mão de obra no Brasil:

- A taxa média de rotatividade brasileira nos anos analisados é de aproximadamente 36%, excluindo-se os desligamentos por transferências, aposentadorias, falecimentos e demissão voluntária;
- (...)
- O mercado de trabalho formal brasileiro caracteriza-se por uma forte flexibilidade contratual;
- Anualmente, neste mercado cresce o total de vínculos ativos e o volume de desligamentos, resultando em uma relação linear entre o total de desligados no ano e o estoque em 31/12;
- Cerca de 2/3 dos vínculos são desligados antes de atingirem um ano de trabalho e o tempo médio do emprego formal é de, aproximadamente, apenas 4 anos;
- A remuneração média das admissões é inferior à remuneração média dos desligamentos, com algumas variações setoriais;
- Um grande contingente de trabalhadores tem participação intermitente no mercado de trabalho formal, variando entre a condição de desligados e admitidos durante anos seguidos;

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS - DIEESE. **A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada.** 2008. Disponível em: <[http://www.vigilantecntv.org.br/Dieese/nota%20tecnica%2061%20-%20Ratificacao Convencao 158rev.pdf](http://www.vigilantecntv.org.br/Dieese/nota%20tecnica%2061%20-%20Ratificacao%20Convencao%20158rev.pdf)> Acesso em 5 jun. 2011.

- Praticamente não existe limitação à demissão no Brasil. A restrição é principalmente de ordem econômica;
- Cerca de 6,0% dos estabelecimentos (111 mil), foram responsáveis por 62% dos desligamentos em 2009;
- Os pequenos e médios estabelecimentos podem apresentar altas taxas de rotatividade embora não sejam os principais responsáveis pela maior parte dos contratos rompidos.⁵⁰

Com esses resultados, conclui-se que há um enorme contingente de trabalhadores prejudicados pela sua participação intermitente no mercado de trabalho. Considerando os altos números de desligamentos e admissões, bem como a concentração dos estabelecimentos que promovem as dispensas, é difícil justificar a alta rotatividade de emprego no país, a não ser como um mecanismo eficiente de achatamento dos salários, posto que a remuneração média das admissões é inferior à remuneração média dos desligamentos.

Nesse ponto, verificamos a existência de uma razão disfarçada para a defesa da despedida imotivada: a possibilidade de dispensar um trabalhador para contratar outro mediante menor salário.

Além do aspecto econômico, Márcio Túlio Viana assevera que a adoção da efetiva proteção ao emprego é uma questão de respeito à dignidade do trabalhador, que deixa de ter sua relação de trabalho dominada pelo medo⁵¹.

Segundo o autor, a maior segurança do trabalhador implica em uma maior liberdade de filiação e participação nos sindicatos, o que dá força ao movimento sindical, tão importante na criação de normas coletivas e no reforço da efetividade das normas.

Por outro lado, não se pode olvidar da ampliação do acesso à justiça, tão prejudicado pela ausência de proteção ao emprego. Considerando a questão com um pouco de bom senso, deve-se exigir muita coragem de um trabalhador para que recorra à justiça ainda no curso do contrato de trabalho, sabendo que tal relação pode ter seu fim justamente por essa “ousadia”.

Até o prazo prescricional parcial de cinco anos, previsto na Constituição Federal, passaria a fazer mais sentido em um sistema que realmente possibilite a busca do cumprimento dos direitos trabalhistas, ao invés de proporcionar apenas o descumprimento, por longos anos, de deveres legais, por ser mais lucrativo às empresas.

⁵⁰ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Movimentação contratual do mercado de trabalho formal e rotatividade no Brasil**. 2010. Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CF587A5012D090A7A0554C6/rotatividade_mao_de_obra.pdf> Acesso em: 22 jun. 2011.

⁵¹ VIANA, Márcio Túlio. op. cit. 495-496.

Verifica-se, portanto, que a proteção ao emprego significa a proteção não apenas do trabalhador, individualmente, mas do acesso à justiça, da liberdade de associação sindical e da própria efetividade dos direitos trabalhistas.

2.4 PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA: UM DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição da República promulgada em 1988 em vários dispositivos adota como expressões sinônimas as terminologias direitos humanos, direitos e liberdades fundamentais, direitos fundamentais da pessoa humana, entre outras⁵².

Ao distinguir os termos direitos humanos e direitos fundamentais, Marcelo Campos Galuppo assevera que a expressão direitos fundamentais corresponderia àqueles direitos humanos que foram constitucionalizados, reconhecidos como condições para construção e exercício dos demais direitos. Nesse sentido:

Os Direitos Humanos transformam-se em Direitos Fundamentais somente no momento em que o Princípio do discurso se transforma em princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela facticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade.⁵³

Podemos entender, portanto, que os direitos fundamentais são o resultado de um processo histórico extremamente complexo, frutos de um labor filosófico, político e jurídico que buscou constitucionalizá-los, positivá-los.

Percebe-se, no entanto, que diante da extrema complexidade que caracteriza nossa sociedade atual, não podemos considerar os direitos fundamentais como categorias estanques, simplesmente garantidos pela sua positivação. Sendo fruto de um processo discursivo, seus fundamentos não são definitivos, dependendo da efetivação cotidiana nos casos concretos, sendo passíveis de manipulação e abuso.

Assevera o professor Menelick de Carvalho Netto que “este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a

⁵² direitos humanos - arts. 4º, II, 5º, § 3º da CF e art. 7º ADCT; direitos e liberdades fundamentais - art. 5º, XLI; direitos fundamentais da pessoa humana - art. 15, *caput*; direitos da pessoa humana - art. 17; direitos sociais individuais – preâmbulo

⁵³ GALUPPO, Marcelo Campos. “O que são direitos fundamentais?”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2003. p. 233.

própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania”.⁵⁴

Ao refletir acerca da importância que a formalidade constitucional deve assumir ao lado e concomitantemente com a exigência de materialidade, de concretude dos direitos fundamentais, o professor Menelick fornece uma reabordagem teórica acerca do enfoque da dicotomia Constituição formal x Constituição material.

A concepção formal da Constituição ideal, declarando a existência de direitos universais de igualdade e liberdade inatos a todos, é típica do paradigma do Estado de Direito. O período é marcado pela crença na igualdade formal, garantida por um ordenamento jurídico único constituído por leis gerais e abstratas, aplicáveis a todos, que são iguais perante a lei e proprietários, pelo menos, de si próprios. O conceito de igualdade material acabou por ocasionar uma ampla exploração do homem pelo homem, ao desconsiderar as reais diferenças materiais entre os indivíduos.⁵⁵

A vertente da Constituição material afirma que não há direitos universais, e sim direitos nacionalmente reconhecidos que dependem da tradição em que se inserem. Tal concepção insere-se no paradigma do Estado Social, que se entende que liberdade e igualdade, como direitos fundamentais, não podem ser entendidas em seu âmbito exclusivamente formal, requerendo sua materialização em direitos viabilizem políticas públicas inclusivas (acesso à saúde e educação, intervenção na economia buscando evitar crises do capitalismo, etc...)⁵⁶.

Com a falência do Estado social, que não foi capaz de produzir cidadãos, apenas clientela, inaugura-se um novo paradigma, que passa a priorizar a questão da cidadania como processo, como participação efetiva. Busca-se a efetividade dos direitos fundamentais mediante o reconhecimento e inclusão do outro, e se reconhece que os cidadãos são co-responsáveis e co-partícipes da vida em comum. Segundo o professor Menelick:

O constitucionalismo, ao lançar na história a afirmação implausível de que somos e devemos ser uma comunidade de homens, mulheres e crianças livres e iguais, lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda inclusão é também uma nova exclusão. E os direitos fundamentais só poderão continuar como tais se a própria Constituição, como a nossa expressamente afirma no § 2º do seu art. 5º, se apresentar como a moldura de um processo permanente de

⁵⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2003. p. 145.

⁵⁵ Ibidem. p. 147.

⁵⁶ Ibidem. p. 149.

aquisição de novos direitos fundamentais. Aquisições que não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções dos direitos fundamentais.⁵⁷

O autor afirma que “forma e matéria não podem ser enfocados como em uma relação de contradição. Se são dimensões distintas e mesmo contrárias, elas não são contraditórias entre si, mas complementares, co-originárias e equiprimordiais”⁵⁸.

Assim, não podemos simplesmente afirmar que a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa é um direito fundamental simplesmente por estar positivada no texto constitucional, no art. 7º, I, que se insere no título que trata dos direitos e garantia fundamentais.

A segurança no emprego é um direito fundamental na concepção material, por tratar da dignidade dos trabalhadores, que se encontram desprotegidos ante a possibilidade de perda da subsistência sem nenhum motivo. Verifica-se que a instabilidade no emprego caracteriza-se como uma ameaça constante ao cumprimento dos demais direitos trabalhistas, devido à vulnerabilidade do trabalhador ante o poder de despedida retido pelo empregador. Trata-se, como já exposto, de princípio que garante a eficácia do próprio direito do trabalho.

Diante disso, podemos perceber que a categoria dos direitos fundamentais não está restrita às disposições literais incorporadas nos textos constitucionais, sob o risco de desencadear injustiça social.

Assim, os direitos fundamentais não devem ser considerados somente sob a dimensão objetiva, mas também a partir de uma dimensão subjetiva, como direitos de determinação do verdadeiro conceito de cidadania, a ponto de regularem as relações do cidadão com o Estado, bem como as relações entre particulares, possibilitando a busca de efetivação do ideal de construção de uma sociedade livre, justa, e solidária.

O professor Menelick, com esquete em Marcelo Campos Galuppo, assevera que os direitos humanos em abstrato nada significam, pois necessitam da densificação da ética e da efetividade que o Direito e a política lhes emprestam:

O Direito, por intermédio da positivação desses direitos em normas gerais e abstratas, transforma-os em direitos fundamentais e permite que a política, mediante a sua forma moderna do Estado, com todo seu aparato burocrático funcional, venha emprestar-lhes coercibilidade efetiva em nossa vida

⁵⁷ Ibidem. p. 154

⁵⁸ Ibidem. p. 151.

cotidiana. A política e o Direito, por outro lado, na modernidade, precisam do insumo de legitimidade que somente os direitos fundamentais podem lhes fornecer.⁵⁹

O problema da complexidade da sociedade não pode deixar de ser analisado sob o prisma da democracia. Nas palavras de Celso Fernandes Campilongo:

A sociedade mundial convive com uma enorme expansão da complexidade social e da contingência do processo decisório. Complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas. Contingência significa que se a decisão, hoje, recaiu sobre a hipótese “x”, nada impediria que, legitimamente, tivesse recaído sobre a alternativa “y”, ou que, no futuro, recaia sobre a via “z”. Vale dizer, quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade das escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o processo decisório (dada sua contingência).⁶⁰

Segundo Menelick de Carvalho Netto, a produção e reprodução dessa sociedade altamente complexa tornou-se possível, como demonstra Niklas Luhman, por um processo interno de diferenciação e especialização funcionais da sociedade em subsistemas sociais, e não pela nossa efetiva e permanente participação das decisões públicas.⁶¹

Para Campilongo, retomando Luhman, os sistemas jurídico e político podem ser descritos, figurativamente, como duas bolas do jogo de bilhar⁶². Uma não se confunde com a outra, mas o jogo só faz sentido quando as bolas se tocam. Tal representação sugere a separação funcional dos sistemas, que conta com um conjunto de prestações recíprocas, pois a Constituição e as instituições representativas funcionam exatamente no ponto de contato entre os dois sistemas.

O autor salienta que o sistema político desempenha a função de tomar as decisões que vinculam a coletividade, enquanto o sistema jurídico tem como escopo garantir as expectativas normativas. O sistema político fornece ao sistema jurídico as premissas decisórias (leis) e o reforço da eficácia das decisões jurídicas (polícia, prisões) e, no sentido inverso, o sistema jurídico legitima as decisões políticas (aplicação da lei) e oferece as premissas para o uso da violência (regulação jurídica do monopólio estatal da força).

⁵⁹ Ibidem. p. 146.

⁶⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 83.

⁶¹ CARVALHO NETTO, Menelick. op. cit. 144.

⁶² CAMPILONGO, Celso Fernandes. op. cit. p. 81.

No entanto, diante da complexidade da sociedade e das incertezas do processo decisório político, o Judiciário têm atuado como uma instância recursal das decisões políticas, diante da multiplicidade de demandas envolvendo temas da política.

Salientando o caráter autopoiético do Direito, em que “cada operação do sistema jurídico parte da operação anterior e cria condições para a operação seguinte, todas elas encerradas no mesmo código discursivo: a distinção direito/não direito”⁶³, Campilongo assevera que o aparato conceitual do direito moderno pressupõe as interdependências entre política e direito, mas decorre da autonomia funcional dos dois sistemas. O autor afirma que o sistema político atua com base em outras referências (governo/oposição; poder/não poder) e que, na prática, a transferência das decisões políticas ao sistema jurídico importa no bloqueio ao direito.

Assim, conclui-se que o sistema político fornece as premissas decisórias para o Direito, que, ao decidir fundamentadamente, com base nessas premissas, fornece a própria legitimidade das decisões políticas. Esse mecanismo é bloqueado pela transferência de poderes decisórios da política para o Direito, sendo incompatível com a manutenção da elevada complexidade que caracteriza a democracia.

Ao longo do trabalho, verificamos que a discussão quanto à Convenção nº 158 da OIT está sendo travada em duas frentes: o Direito e a política. Por um lado, ainda está em trâmite a ADIn que trata da validade da denúncia da convenção, o que poderia implicar em sua plena aplicabilidade no ordenamento jurídico interno. Por outro lado, está em análise nas comissões da Câmara dos Deputados a Mensagem nº 59/2008, que impõe uma nova apreciação política da incorporação da Convenção nº 158 da OIT à legislação pátria.

Tratando da diferenciação entre Direito e política, vemos que os mesmos argumentos não são válidos para a discussão nos dois âmbitos. Os argumentos econômicos esboçados na discussão política não podem ser levados em consideração pelo Direito, que deve analisar a questão sob a ótica dos direitos fundamentais e dos aspectos técnicos e formais que vinculam o procedimento jurídico.

Neste ponto, é interessante observar a mudança de discurso no que se refere à importância da incorporação da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento interno. Conforme podemos inferir pela observação dos pareceres das comissões legislativas que acabaram por aprovar a integração do texto da convenção na ordem jurídica brasileira, as questões relativas à compatibilidade da norma internacional, tanto formal quanto materialmente, já haviam sido

⁶³ *Ibidem.* p. 85.

analisadas, no contexto de consolidação de direitos sociais que acompanhava o período da promulgação da Constituição de 1988.

No entanto, a efetiva ratificação da convenção ocorreu apenas em 1995, período em que ocorreram importantes mudanças no pensamento político, principalmente no que se refere à adoção de uma política estipulando uma menor interferência do governo na Economia. Foi um período caracterizado por privatizações e extinção de órgãos públicos, enxugamento da máquina estatal, e marcadamente menos voltado à área social.

Foi diante dessa concepção política que o Governo brasileiro efetuou a denúncia da Convenção nº 158 da OIT, em 20 de novembro de 1996. Predominou a visão de que a maior proteção contra a dispensa arbitrária seria incompatível com a realidade brasileira, sendo economicamente inviável para as empresas. A interpretação da convenção passou a ser nociva aos próprios trabalhadores, sujeitos da proteção das normas trabalhistas, prevalecendo o discurso de que a liberdade de gestão do empregador, no tocante às dispensas, é melhor para a economia, o que, contraditoriamente, seria melhor para os trabalhadores. Verifica-se que a menor intervenção do Governo na economia implica em uma distribuição desigual de poder nas relações de trabalho, constituindo um ambiente de supremacia do interesse do empregador, tratando-se o trabalho como mercadoria, em sentido oposto ao estabelecido na Constituição da OIT.

Essa análise é pertinente para avaliarmos como um princípio de direitos fundamentais sociais, como a proteção contra a dispensa arbitrária e sem justa causa, pode ter seu significado esvaziado em um embate discursivo, demonstrando a incerteza inerente aos direitos fundamentais positivados, disfarçada sob um manto de concretude pela sua legalidade.

Isso porque o princípio estabelecido no art. 7º, I, da CF trata de uma norma geral e abstrata, cuja aplicação a casos concretos e particularizados traz em si o problema do Direito moderno. A sociedade moderna é uma sociedade complexa, marcada por conflitos de interesses, que detém extrema importância considerando tratar-se de uma sociedade democrática, ou seja, onde todos os atores sociais têm voz.

No caso da maior proteção trazida pela Convenção nº 158, prevendo a motivação da terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, percebe-se que há um claro conflito de interesses entre as classes dos trabalhadores e dos empregadores.

Existe, no sistema democrático, uma constante tensão interna entre a facticidade das normas, compreendida como a sua existência no mundo jurídico, e a sua validade. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti explicam a teoria de Habermas:

“A teoria discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia. Como demonstrado pela própria história institucional da modernidade, o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da *legalidade* precisa, para ser *legítimo*, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação de opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo *status* político não depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento, etc.). A essa relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão *interna* entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito.”⁶⁴

Como podemos verificar pela profusa discussão levantada na audiência pública realizada na Câmara dos Deputados, para apreciar novamente a incorporação da Convenção nº 158 da OIT, não haverá uma compatibilização simples de tais entendimentos. No entanto, como já exposto, os argumentos econômicos e interesses políticos devem se limitar à discussão política da questão, não podendo tais aspectos condicionarem a aplicação de um direito. No âmbito jurídico, a análise deve se ater à interpretação constitucional da questão, a partir dos princípios esboçados na ordem jurídica.

Neste ponto, é interessante discutir a legitimidade dos direitos fundamentais. Menelick de Carvalho Netto aduz que “se a forma da lei geral e abstrata é uma garantia da igualdade e da liberdade e da igualdade dos cidadãos, há por outro lado, o risco de acreditarmos que ao aplicá-las devêssemos proceder da mesma forma que fizemos ao adotá-las”⁶⁵.

Para esclarecer a questão, o professor adota a teoria desenvolvida por Klaus Günther, que delimita um âmbito de justificação e um âmbito de aplicação das normas, distinguindo entre dois tipos de discursos orientados por questões diversas⁶⁶. O discurso de justificação refere-se à elaboração de normas, pautado pelo princípio universalista, que busca considerar o interesse de todos os afetados pela norma em discussão. Já o discurso de aplicação busca complementar a norma válida com considerações sobre efeitos não

⁶⁴ CARVALHO NETTO, Menelick e SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 110-111.

⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick. op. cit. p. 157.

⁶⁶ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9952>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

antecipados ou desconsiderados, pois somente diante da singularidade do caso se pode determinar todos os possíveis efeitos de uma norma. Assim, “no discurso de justificação, a imparcialidade existe quando se considera todos os interesses envolvidos. No discurso de aplicação, por sua vez, a imparcialidade é assegurada pela consideração de todos os fatos relevantes do caso”⁶⁷

O professor Menelick assevera que as normas gerais isoladas não esgotam a complexidade da vida, e que “há princípios contrários que são densificados em regras e que transmitem a tensão originária entre eles a todo o ordenamento que, nesse sentido, (...) requer a concretude e individualidade dos eventos para configuração normativa adequada a reger aquela situação determinada”⁶⁸.

Neste contexto, o autor afirma que “o grande desafio posto hoje aos direitos fundamentais, no meu modo de entender, continua a ser a descoberta de que o Direito moderno não regula sem a si mesmo”⁶⁹. Tal fato decorre do caráter manipulável da interpretação do texto, veículo do Direito.

Segundo o professor, Kelsen buscou trabalhar o caráter indeterminado do Direito moderno em uma concepção positivista de ciência, enquanto Dworkin busca responder a esse desafio pelo enfoque da hermenêutica filosófica. Para ela, se são possíveis várias leituras de um mesmo texto, a saída encontra-se na concretude e na singularidade dos eventos sociais que o Direito regula.

Portanto, ao afirmar que há uma única decisão correta para cada caso, Dworkin não quis dizer que há uma só possibilidade de leitura do texto legal. O autor busca demonstrar que há uma única decisão que garante a integridade do Direito, considerando a realidade fática, concreta, de cada caso.

Menelick destaca que o grande desafio dos direitos fundamentais é lidar com a aplicação de garantias que não garantem, com normas gerais e abstratas. Assim, o papel principal do trabalho judicial é o convencimento racional da parte cuja pretensão não for acolhida da impossibilidade de fazê-lo, sem ferir a justiça e a segurança jurídica, mediante uma fundamentação consistente. Cabe ao juiz tornar plausível a crença nas instituições, e garantir que os cidadãos vivenciem a Constituição, que, de outra forma, se torna letra morta⁷⁰.

Nesse contexto, se torna essencial observar a problemática da proteção ao emprego sob a ótica dos direitos fundamentais. Primeiramente, necessitamos constatar que o

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. op. cit. 157.

⁶⁹ Idem.

trabalho é uma atividade essencialmente humana, cuja principal finalidade é garantir os meios para obtenção dos recursos necessários para a subsistência do trabalhador.

É a necessidade que obriga o trabalhador a laborar para outrem, obrigando-o a aceitar que os frutos do seu trabalho correspondam a outra pessoa, havendo uma limitação em sua liberdade⁷¹.

O Direito do Trabalho é uma resposta jurídica e normativa que reconhece a falta de liberdade de quem é contratado, consequência de sua necessidade econômica, bem como a resignação da liberdade que supõe sua subordinação aos poderes hierárquicos do empregador.

Nesse contexto é que se dá a proteção à estabilidade no emprego, que não deve ser entendida apenas com o propósito de evitar a possibilidade que o trabalhador perca a possibilidade de trabalhar para outrem. Na realidade, a dupla finalidade do reforço da estabilidade reside em por uma barreira à potencial arbitrariedade do empregador, bem como assegurar a continuidade da remuneração do trabalhador, porquanto a menor estabilidade implica na menor segurança econômica e na menor liberdade para o trabalhador⁷².

Márcio Túlio Viana aduz que praticamente todas as regras do Direito do Trabalho estão impregnadas de dois grandes princípios que se opõem e de certo modo se completam. Segundo o autor, “o primeiro, mais visível, é o da proteção ao empregado; o outro, dissimulado, é o da proteção ao empregador”⁷³. O princípio da proteção ao empregado incita as regras que limitam a extração da mais-valia, enquanto o princípio da proteção ao empregador permite que elas legitimem o próprio sistema.

Tais princípios se incluem na discussão da proteção ao emprego, que decorre do princípio da proteção ao trabalhador. Como vimos, a proteção ao emprego é um direito fundamental, tanto formal, por estar previsto na Constituição, como materialmente, por ser garantia de dignidade dos trabalhadores, que se encontram desprotegidos ante a possibilidade de perda da subsistência sem nenhum motivo. Trata-se, como já exposto, de princípio que garante a eficácia do próprio direito do trabalho.

A interpretação constitucional tem que buscar a efetivação dos direitos fundamentais, e é nesse contexto que a aplicação das normas que permitem a dispensa sem justa causa mediante indenização, na maioria das vezes, irrisória, merece ser repensada.

⁷⁰ Ibidem. p. 161.

⁷¹ ACKERMAN, Mario E. “El Trabajo, los Trabajadores y el Derecho del Trabajo”. In: **Revista TST**. Brasília, vol. 73, n. 3, jul/set 2007.

⁷² Idem.

⁷³ VIANA, Márcio Túlio. op. cit. p. 344.

A previsão constitucional do art. 10 do ADCT não pode ser considerada completamente nociva ao trabalhador, mas atualmente não garante a efetiva proteção ao emprego contra a despedida arbitrária.

A interpretação constitucional, por uma base principiológica, permite enxergar a falácia da alegação de um direito potestativo de dispensa pelo empregador, pois não se coaduna com o caráter protetivo das regras do Direito do Trabalho. Como afirma Márcio Túlio Viana, a instabilidade no emprego gera um círculo vicioso de ineficácia dos demais direitos trabalhistas, condição que não deve ser perpetrada.

Assim, considerando a maior importância normativa da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, por ser um direito fundamental, cabe aos juristas aplicar a Convenção nº 158, que, ser compatível com o ordenamento jurídico pátrio, garante a efetividade das normas protetivas ao trabalhador ao estabelecer a necessidade de motivação da dispensa.

CONCLUSÃO

A Convenção nº 158 da OIT não determina a estabilidade do trabalhador, e sim a segurança no emprego, buscando uma condição digna de trabalho, em harmonia com as necessidades empresariais de dispensa dos empregados. Essa concepção está plenamente de acordo com as diretrizes da OIT, de promoção da paz social, mediante medidas que humanizem o ambiente de trabalho, mas sem implicar numa ditadura dos interesses da classe trabalhadora.

O elemento central desta convenção está na introdução do princípio da justificação das despedidas. Ressalte-se que é mantido um amplo espectro de justificação da despedida a fim de atender às necessidades da atividade produtiva.

Os trâmites de validade foram cumpridos com relação à Convenção nº 158 da OIT, tendo sido aprovada, ratificada e publicada. No entanto, sua compatibilidade com o ordenamento nacional foi questionada, o que culminou com sua denúncia, tendo sido acatada a interpretação predominante à época no sentido da inaplicabilidade da convenção.

A descrição da trajetória da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro trouxe à tona diversas questões controversas sobre sua aplicação interna.

No que se refere à validade da denúncia efetuada por meio do Decreto nº 2.100/96, a leitura atenta do art. 49, I, da CF permite a interpretação de que o legislador teve a intenção de deixar sob a competência do Congresso Nacional a **resolução definitiva** sobre acordos, convenções ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Assim, entendemos que a denúncia de um tratado internacional deve observar a necessidade de manifestação do Poder Legislativo.

Outro ponto a ser considerado é a natureza jurídica do tratado internacional ao ser incorporado no ordenamento nacional. Considerando que, no mínimo, a convenção detém natureza jurídica de lei ordinária, é manifestamente contrário ao princípio da separação dos poderes a possibilidade de se revogar uma norma legal por um ato unilateral do Poder Executivo.

Por outro lado, é importante analisar a eficácia da Convenção nº 158, considerando os argumentos acerca de sua incompatibilidade formal, devido à previsão, no art. 7º, I, da CF, de regulamentação da matéria por lei complementar, e material, devido ao regime indenizatório previsto no art. 10 do ADCT.

Tal análise depende da compreensão da convenção como norma cogente ou dispositiva, se suas cláusulas são autoaplicáveis ou se dependem de regulamentação, e sua

compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Entendemos que a Convenção nº 158 dispõe do status de norma autoaplicável, nos termos do art. 5º, § 1º, da Carta Magna, por considerar tratar-se de direito fundamental do trabalhador. No mais, a regra contida no § 2º do art. 5º deixa claro que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Da análise da convenção, infere-se que seus termos são inegavelmente constitucionais. De qualquer forma, o texto da convenção limita-se a estabelecer normas amplas, justamente para que os países signatários possam adotar seus termos de acordo com sua realidade.

Ao nosso entendimento, a inexistência de lei complementar, nos termos do art. 7º, I, da Constituição, não obsta a eficácia do princípio de proteção à relação de emprego previsto na Constituição. Como visto, o art. 5º, § 1º, determina a plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais, sem depender de norma positiva que o regulamente para ser aplicado.

Assim, considerando a invalidade de sua denúncia pelo Decreto nº 2.100/96, e a inexistência de óbices quanto à sua eficácia, a Convenção nº 158 da OIT é plenamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, os juízes poderiam embasar suas decisões nessa norma internacional, bastando para isso a declaração *incider tantum* de inconstitucionalidade da denúncia.

Quanto à interpretação dos preceitos da convenção, adotamos o entendimento de que a Convenção nº 158 adota três espécies de dispensa: por justa causa; por razões justificáveis; ou arbitrária.

A dispensa arbitrária seria a dispensa imotivada, ou a que não se embasar em motivo considerado justificável.

Na dispensa por justa causa, a convenção permite que não haja indenização para o empregado, conforme já acontece no Brasil. Na hipótese de dispensa por motivos justificáveis, a convenção prevê que o empregado deve receber uma indenização por término, que deve ser a indenização de 40% do FGTS.

Não há falar, pois, em incompatibilidade da Convenção nº 158 com a indenização de 40% do FGTS, que seria cabível nas hipóteses de despedidas justificadas por outros motivos que não justas causas.

No caso da dispensa arbitrária, a solução natural seria a reintegração, pois o Direito deve sempre buscar a reparação direta da lesão, e apenas em último caso, na

impossibilidade da reintegração, como nos casos de incompatibilidade entre as partes, ou fechamento da empresa, se deveria proceder à indenização.

Assim, a reintegração não é incompatível com o ordenamento brasileiro, devendo ser substituída por uma indenização apenas quando não foi considerada viável (art. 10 da Convenção nº 158).

A partir da análise de dados que tratam da alta rotatividade no mercado de trabalho brasileiro, verificamos a existência de uma razão disfarçada para a defesa da despedida imotivada: a possibilidade de dispensar um trabalhador para contratar outro mediante menor salário.

Além do aspecto econômico, a adoção da efetiva proteção ao emprego é uma questão de respeito à dignidade do trabalhador. A proteção ao emprego significa a proteção não apenas do trabalhador, individualmente, mas do acesso à justiça, da liberdade de associação sindical e da própria efetividade dos direitos trabalhistas.

Por fim, ao se analisar a Convenção nº 158 sob a ótica dos direitos fundamentais, conclui-se pela importância de se adotar a efetiva proteção ao emprego num contexto de busca de eficácia desses direitos numa sociedade cuja complexidade esvazia o seu conteúdo. A concretização dos direitos fundamentais deve ser enxergada como um processo permanente e mutável de afirmação da cidadania.

A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa não pode ser considerada um direito fundamental simplesmente por estar positivada no texto constitucional, sendo um direito fundamental na concepção material, por tratar da dignidade dos trabalhadores, que se encontram desprotegidos ante a possibilidade de perda da subsistência sem nenhum motivo.

Ao longo do trabalho, verificamos que a discussão quanto à Convenção nº 158 da OIT está sendo travada em duas frentes: o Direito e a política. Por um lado, ainda está em trâmite a ADIn que trata da validade da denúncia da convenção, o que poderia implicar em sua plena aplicabilidade no ordenamento jurídico interno. Por outro lado, está em análise nas comissões da Câmara dos Deputados a Mensagem nº 59/2008, que impõe uma nova apreciação política da incorporação da Convenção nº 158 da OIT à legislação pátria.

Tratando da diferenciação entre Direito e política, vemos que os mesmos argumentos não são válidos para a discussão nos dois âmbitos. Os argumentos econômicos esboçados na discussão política não podem ser levados em consideração pelo Direito, que deve analisar a questão sob a ótica dos direitos fundamentais e dos aspectos técnicos e formais que vinculam o procedimento jurídico.

Para observar a problemática da proteção ao emprego sob a ótica dos direitos fundamentais, necessitamos, primeiramente, constatar que o trabalho é uma atividade essencialmente humana, cuja principal finalidade é garantir os meios para obtenção dos recursos necessários para a subsistência do trabalhador.

A interpretação constitucional tem que buscar a efetivação dos direitos fundamentais, e é nesse contexto que a aplicação das normas que permitem a dispensa sem justa causa mediante indenização, na maioria das vezes, irrisória, merece ser repensada. Tal interpretação permite enxergar a falácia da alegação de um direito potestativo de dispensa pelo empregador, pois não se coaduna com o caráter protetivo das regras do Direito do Trabalho.

Assim, considerando a maior importância normativa da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, por ser um direito fundamental, cabe aos juristas aplicar a Convenção nº 158, que, ser compatível com o ordenamento jurídico pátrio, garante a efetividade das normas protetivas ao trabalhador ao estabelecer a necessidade de motivação da dispensa.

A Convenção nº 158 da OIT, em que pese sua importância na proteção ao emprego, e conseqüente efetividade das normas trabalhistas, não resolverá todos os problemas da precarização da mão de obra, mas, caso bem aplicada, pode vir a ser uma importante forma de concretização da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Mario E. “El Trabajo, los Trabajadores y el Derecho del Trabajo”. In: **Revista TST**. Brasília, vol. 73, n. 3, jul/set 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2003.

_____. “Controle de Constitucionalidade e Democracia”. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

_____. e SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

COUTINHO, Sérgio. **Garantia de emprego e estabilidade em caso de discriminação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2833>>. Acesso em: 5 jun. 2011.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS - DIEESE. **A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada**. 2008. Disponível em: <<http://www.vigilantecntv.org.br/Dieese/nota%20tecnica%2061%20-%20Ratificacao%20Convencao%20158rev.pdf>> Acesso em 5 jun. 2011.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, DF, 29 jun. 1988, Seção I, p.2582. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=29/06/1988&txpagina=2582&altura=650&largura=800> Acesso em: 29 jun. 2011.

GIULIANI, Ivani Martins Ferreira. **As diversas formas de desconstituição do contrato de trabalho na França e a proteção contra a dispensa abusiva**. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18499/As_Diversas_Formas_de_Desconstitui%20c3%a7%20c3%a3o.pdf?sequence=2> Acesso em: 5 jun. 2011.

GRAU, Antonio Baylos e REY, Joaquín Pérez. **A Dispensa ou a Violência do Poder Privado**. São Paulo: Editora LTr, 2009.

GUALUPPO, Marcelo Campos. “O que são direitos fundamentais?”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. “A Eficácia, Vigência e Denúncia dos Tratados

Internacionais e os Direitos Sociais”. In: SILVA NETO, Manoel Jorge (Coord.). **Constituição e Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1998. P. 64.

LIMA, Ana Lúcia Coelho de. **Dispensa Discriminatória na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora LTr, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9952>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Movimentação contratual do mercado de trabalho formal e rotatividade no Brasil**. 2010. Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CF587A5012D090A7A0554C6/rotatividade_mao_de_obra.pdf> Acesso em: 22 jun. 2011.

ROMITA, Arion Sayão. **Despedida arbitrária e discriminatória**. 1. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. **Proteção contra a Dispensa na Nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 1992.

_____. **A Convenção n. 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT**. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18352/Prote%c3%a7%c3%a3oContra_a_Dispensa_Arbitr%c3%a1ria.pdf?sequence=2> Acesso em: 5 jun. 2011

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**. São Paulo: Editora LTr, 1996.

_____. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora LTr, 2000.

VASCONCELLOS, Andréa. **Dispensa Imotivada – Análise à Luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 81-92.

VIANA, Márcio Túlio. “Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego”. In: DELGADO, Gabriela Neves, NUNES, Raquel Portugal e SENA, Adriana, Goulart (Coord.) **Dignidade Humana e Inclusão Social – Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Editora LTr, 2010.

_____. “O Sindicato e a Proteção ao Emprego”. In: GIODARNI, Francisco Alberto da Motta e VIDOTTI, Tarcio José (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora LTr, 2003.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: Editora LTr, 2004.

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>>
Acesso em: 15 jun. 2011.

< <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=398048>>
Acesso em: 15 jun. 2011.

<<http://www.oit.org.br/inst/fund/index.php>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>> Acesso em:
29 jun. 2011.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em:
30 jun. 2011.

<<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=convenção158OIT&numero=323&pagina=8&base=INFO>> Acesso em: 29 jun. 2011

<<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=conven%E7%E3o+158+OIT&pagina=6 &base=INFO>> Acesso em: 29 jun. 2011

<<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=conven%E7%E3o+158+OIT&pagina=5&base=INFO>> Acesso em: 29 jun. 2011