

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Priscila do Nascimento Koshino

DISPENSA IMOTIVADA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL: A CONVENÇÃO N.  
158 DA OIT E A INTEGRIDADE DO DIREITO

BRASÍLIA

2011

PRISCILA DO NASCIMENTO KOSHINO

DISPENSA IMOTIVADA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL: a Convenção n. 158 da OIT e a integridade do direito.

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

BRASÍLIA  
2011

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**PRISCILA DO NASCIMENTO KOSHINO**

**DISPENSA IMOTIVADA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL: A CONVENÇÃO N.  
158 DA OIT E A INTEGRIDADE DO DIREITO.**

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira  
Faculdade de Direito, UnB

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Gabriela Neves Delgado  
Faculdade de Direito, UnB

Prof<sup>a</sup>. Msc. Noemia Aparecida Garcia Porto  
Faculdade de Direito, UnB

Prof. Dr. Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto  
Faculdade de Direito, UnB

Brasília, 30 de novembro de 2011.

Ao meu lar: Mãe, Livia, Camila, Pai.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, professor Paulo Blair, pelo altruísmo com que compartilha seus brilhantes ensinamentos, pela leveza de suas lições, aproximando o que parecia inatingível, pelo compromisso com a orientação e pela notável paciência com as dúvidas de todas as ordens.

À minha mãe, Darci do Nascimento, pela inquebrantável dedicação ao ofício maternal, pelo exemplo de força e pelo amor que sempre me dispensou.

Ao meu pai, Carlos Koshino, pelo esforço em se fazer presente, pela inexaurível confiança na minha capacidade e por ter me apresentado a UnB.

Às minhas irmãs, Livia e Camila, pelo amor leal que nos une, pela paz que me traz pertencer ao nosso bloco compacto e pelo constante incentivo. Gosto mais do mundo quando posso olhar pra ele com vocês.

Aos meus queridos avós, primos e tios, pelo carinho.

Às amigas Fernanda Kawano e Cássia Castro, com quem muito aprendi, pelas experiências, projetos, sonhos, afinidades e orientador compartilhados, desde o Grupo 7 de Introdução à Pesquisa Jurídica.

Aos não menos queridos Uiára Cerqueira, Maria Lemus, João de Deus, Guilherme Sivieri, Lucas Camargos, Bernardo Carvalho, Alan Cosmo, Camila Klumb e Fernanda Moura, pela amizade nesses anos de graduação.

Aos estimados Ana Cláudia, Liliana, Samara, Thiago, Luiza e Andressa, pelas tantas alegrias.

Ao professor Cristiano Paixão, por mostrar que o direito é também história, literatura, cinema.

À Universidade de Brasília, pelo orgulho que é ser Direito UnB.

*“Um dia destes vamos ter que decidir, e oxalá que fosse de uma vez para sempre, se à justiça lhe faltam os juízes, ou se aos juízes lhes falta a justiça.”*

José Saramago

## RESUMO

No Brasil, a despeito do previsto no inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal e na Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, a jurisprudência e a doutrina aceitam a dispensa imotivada. A referida Convenção Internacional exige que o término de uma relação de trabalho por iniciativa do patrão possua causa relacionada com a capacidade ou com o comportamento do trabalhador, ou, ainda, com necessidades de funcionamento do estabelecimento. Tal instrumento internacional, contudo, foi retirado do ordenamento jurídico brasileiro por ato unilateral do chefe do Poder Executivo. A inconstitucionalidade dessa denúncia será explorada no presente trabalho. A denúncia foi efetuada fora do prazo, desrespeitando a simetria de aprovação no e retirada de espécies legislativas internacionais do direito interno, por não contar com a participação do Congresso Nacional, além da inexistência de um debate tríplice previsto na legislação. A inconstitucionalidade remete também ao princípio da vedação ao retrocesso social, desrespeitado pela denúncia. Em um recorte constitucional, a questão será analisada pelo viés da deontologia: a proteção contra a dispensa arbitrária lida como um princípio constitucional que, como tal, possui normatividade e executoriedade. Esse princípio, adensado por uma Convenção, se incorporou à ordem constitucional como direito e garantia fundamental. A jurisprudência deve passar a agir conforme a integridade do direito, exigindo que os padrões justifiquem as despedidas de uma forma que se sustente publicamente. Dessa forma, serão honrados não apenas o princípio da proteção contra a despedida arbitrária, mas também princípios como a dignidade humana, o valor social do trabalho e o devido processo legal. Não deixa de ser também uma oportunidade de afirmar a importância da constituição como opção política fundamental da sociedade e de homenagear a capacidade integrativa dos direitos fundamentais na sociedade moderna.

Palavras-chave: Convenção n. 158 da OIT. Proteção contra a dispensa imotivada. Princípio constitucional. Direito como Integridade. Deontologia. Constituição. Inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96. Vedação à despedida arbitrária. Direitos e garantias fundamentais.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 A DISPENSA IMOTIVADA E A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>10</b>
<b>2 FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>25</b>
2.1 PRINCÍPIOS, REGRAS E DIREITOS LEVADOS A SÉRIO.....	25
2.2 INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTOS DE POLÍTICA E ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO .....	31
2.3 LIBERALISMO, IGUALDADE SOBERANA E PROPRIEDADE PRIVADA .....	36
2.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	46
2.5 INTEGRIDADE .....	49
<b>3 CRÍTICA À CONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA .....</b>	<b>58</b>
3.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA DENÚNCIA .....	58
3.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL EXPRESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	62
3.3 DIREITOS ADVINDOS DE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOMAM-SE AO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	71
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>79</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>83</b>



## INTRODUÇÃO

A terminação de um contrato de trabalho por iniciativa do empregador pode acontecer com ou sem justa causa. As dispensas com justa causa estão previstas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e as sem justa causa subdividem-se em motivada, discriminatória ou imotivada.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso I, protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária. A Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada em 1992, incluiu em nosso ordenamento a ilicitude de relação de trabalho terminada sem uma causa relacionada com a capacidade ou com o comportamento do trabalhador, ou pautada nas necessidades econômicas, técnicas, de funcionamento da empresa. Essa Convenção foi, sete meses após a sua entrada em vigor, denunciada por ato unilateral do Presidente da República.

A constitucionalidade dessa denúncia, publicada pelo Decreto n. 2.100/96, será objeto da presente pesquisa, sendo questionada em seus aspectos formal e material. A denúncia será também combatida a partir de uma leitura deontológica da constituição federal. O presente trabalho pretende demonstrar que a vedação à despedida arbitrária é um princípio constitucional previsto expressamente e também um direito fundamental que, prenunciado em um instrumento internacional regularmente ratificado, soma-se ao rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Como escopo mediato, a pesquisa busca provocar a reflexão a respeito da prática jurisprudencial de aceitação da denúncia da Convenção n. 158 e de recusa a se conferir efetividade a uma garantia constitucional.

No primeiro capítulo, procurou-se traçar um senso comum a respeito da despedida arbitrária, a partir de um apanhado de jurisprudência e de doutrina. A questão é controvertida, e sua relevância é demonstrada pela existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF, a ADI 1480 e a ADI 1625, de uma tentativa, em 2008, de nova ratificação da Convenção pelo presidente Lula e de enunciados elaborados na 1ª Jornada de Direito do Trabalho de 2007. Nesse panorama, os principais argumentos empregados contra a aplicação desse

instrumento internacional são a ausência de auto-aplicabilidade, por desatendimento à exigência de lei complementar, e a desnecessidade da Convenção, por estar a hipótese contemplada na indenização de 40% sobre o FGTS. Os debates doutrinários e jurisprudenciais são permeados por questionamentos sobre a criação do emprego vitalício, sobre a volta da estabilidade e sobre o prejuízo econômico como consequências da Convenção.

O segundo capítulo é um esforço teórico elaborado a partir da doutrina de Ronald Dworkin, de onde se colhem considerações como a diferenciação entre princípios e regras, a normatividade dos princípios, a compreensão da constituição enquanto comunidade de princípios, a necessidade de buscar o direito como integridade e a imposição de garantias fundamentais contramajoritariamente, usando argumentos de princípio e afirmando a concepção de estado de direito centrada em direitos. É esse mesmo autor que afirma que a prática jurídica é um exercício de interpretação e que a igualdade, virtude soberana, requer que o governo distribua de forma justa os recursos e trate todos os cidadãos com igual respeito e consideração.

No terceiro capítulo, buscar-se-á defender a inconstitucionalidade da denúncia da Convenção n. 158, a partir, primeiramente, da exposição, fundada na doutrina, sobre os aspectos formal e material da inconstitucionalidade da denúncia. Em seguida, será estabelecido um diálogo entre o marco teórico e a problemática que se instaura em torno da denúncia da Convenção n. 158 da OIT, resultando em uma crítica deontológica, recortada pelo direito como integridade. A consideração final se atem ao problema da entrada no ordenamento pátrio de direitos provenientes de Tratados e Convenções Internacionais.

## **1 A DISPENSA IMOTIVADA E A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL**

A Carta Maior brasileira é, em grande parte, pródiga em reconhecer direitos e garantias sociais aos trabalhadores. Consagraram-se por meio dela os princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho.

No que tange à dispensa imotivada, dispõe o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

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; (BRASIL, 1988).

A lei complementar de que trata o inciso em comento, contudo, não foi editada. A proteção contra a despedida arbitrária, por sua vez, não obstante a previsão constitucional, figurou em outros instrumentos legais.

A Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1982, por exemplo, trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Prevê que não será dado término à relação de trabalho a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com a capacidade do obreiro ou com o seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, tais como motivos econômicos, tecnológicos, estruturais. Inclui a possibilidade de o trabalhador recorrer a um organismo neutro, como um Tribunal, quando considerar injustificado o término de sua relação de trabalho. Se esse organismo não considerar o término justificado, poderá anulá-lo, propor a readmissão do trabalhador ou ordenar o pagamento de indenização específica, diversa da correspondente a 40% sobre o FGTS.

A idéia-força da Convenção, portanto, é que se torna ilícito o término da relação de trabalho sem uma causa justificada relacionada com a capacidade ou com o comportamento do trabalhador ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa (VIANA, 1997, p. 66). Repousa também na garantia do devido processo legal a relevância da Convenção:

Na perspectiva da Convenção, confere-se densidade ao devido processo legal em âmbito contratual, isto é, o trabalhador tem direito de conhecer as razões da sua dispensa e que o conduzem à situação de desemprego. Justamente por isso, e para além da proteção ao emprego, a Convenção possibilita controle sobre atos de despedida discriminatórios e anti-sindicais. Nesse quadro, a reintegração do

trabalhador se apresenta como forma possível de reparação acaso a despedida seja arbitrária (PORTO; MARTINS, 2008, p. 9).

Diante desse cenário, a Convenção n. 158 abre espaços fundamentais para a cidadania do trabalhador na fábrica, permitindo que o sindicato recupere sua força ao afastar o fantasma do desemprego, que a Justiça do Trabalho seja também dos empregados, que a prescrição deixe de ser um mecanismo de enriquecimento sem causa e de incremento da desigualdade e da instabilidade sociais e, por fim, possibilitando que o poder diretivo do patronato desça a níveis razoáveis (VIANA, 1997, p. 65). Não há que se falar em recuperar a estabilidade do trabalhador por meio da Convenção n. 158: o que se intenta é tão somente circunscrever o poder de demitir do empregador a uma motivação objetiva que possa ser sustentada publicamente. Dessa forma:

Vale dizer, tal como estatui a norma do art. 7, inciso I, da Constituição Federal, a Convenção n. 158 não assegura estabilidade ao trabalhador. Impõe, sim, limites ao direito de despedir o empregado, mediante a necessária observância dos princípios de probidade e boa-fé, razão por que o empregador deverá apontar expressamente as circunstâncias objetivas que ensejam a rescisão do contrato de trabalho, além de comprová-las, em juízo, sob pena de o ato da dispensa ser considerado inválido. (...). Assim, tanto as normas da Convenção 15 quanto o disposto no art. 7, inciso I, da CF tem por finalidade precípua garantir o emprego do trabalhador contra despedidas sem motivo social relevante, de modo a realçar o valor social do trabalho humano como um dos principais meios de se assegurar o direito à vida com dignidade (GOMES, 2010, p. 64).

O empregado com menos medo, ou seja, que tenha a seu favor a garantia contra a dispensa arbitrária é também detentor de um acesso mais real à Justiça, mesmo durante a existência do vínculo empregatício (VIANA, 2007, p. 241).

Cumprido aclarar, para melhor compreensão da problemática em torno da Convenção n. 158 da OIT, que as Convenções Internacionais, no Brasil, precisam de ratificação, que se dá por ato conjunto do chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Ratificados, esses instrumentos internacionais precisam ser depositados na Repartição Internacional do Trabalho (RIT) da OIT. Contados 12 meses desse depósito, a Convenção entra em vigor no Estado-membro. O Brasil adota a Teoria Monista, segundo a qual os termos do Tratado integram-se automaticamente ao direito interno. Tal teoria se opõe à dualista, em que o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas distintos. A Teoria Monista garante lugar de destaque à Constituição:

Interessa-nos analisar o monismo, visto tratar-se do modelo adotado pelo Brasil. Segundo *Rezek*, essa idéia norteia o sistema judiciário brasileiro, uma vez que “os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, dessarte, ao culto da Constituição, estimando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras.” Eis aí a ideia de toda a nossa construção lógica: a Constituição como elemento definitivo (MELLO FILHO, 1996, p. 83).

No que atine à Convenção n. 158, tem-se que o Decreto Legislativo n. 68, de 17 de setembro de 1992 (ANEXO A), a ratificou no Brasil. O depósito de sua Carta de Ratificação na RIT da OIT ocorreu em 05 de janeiro de 1995. O decreto de promulgação n. 1.855 (ANEXO B), também expedido pelo Governo brasileiro, foi publicado no Diário Oficial da União, de 11 de abril de 1996.

A vigência da Convenção n. 158 no Brasil recebeu algumas críticas à época. Dentre elas, a que aduzia a ausência de decreto presidencial validando a Convenção. O art. 84, VIII e o art. 49, da Constituição, não obstante, permitem o procedimento de ratificação de um tratado internacional por ato do executivo e a promulgação desse tratado por decreto legislativo. A crítica à vigência perdeu a razão de ser com a publicação do Decreto n. 1.855, já referido, promulgando a Convenção, que passou a vigorar no ordenamento pátrio a partir de 5 de janeiro de 1996 (REZENDE, 1996).

Até 1995, a Convenção havia sido ratificada pelas seguintes nações: Suécia, Iugoslávia, Espanha, Venezuela, Nigéria, Chipre, Malavi, Zaire, Camarões, Gabão, Iêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia, somando vinte e quatro ratificações (NASCIMENTO, 2009, p. 965).

Ademais, a respeito da eficácia, sustentou-se que a Convenção n. 158 só poderia entrar em vigor caso uma lei interna fosse criada no mesmo espírito de suas disposições. O outro óbice à eficácia do instrumento internacional consistiria na necessidade de lei complementar, espécie legislativa escolhida por entender o legislador que a matéria demanda maior rigidez e, portanto, requer tramitação mais rigorosa, com *quorum* qualificado (REZENDE, 1996).

Esse conjunto de argumentos, que remonta ao período de entrada em vigor da Convenção no Brasil e das primeiras decisões em seu bojo, ecoou, sendo retomado em outras ocasiões em que o tema foi arejado. A jurisprudência ainda reproduz algumas razões pertencentes a tal repositório argumentativo.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1.480 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJ de 18/05/2001, decidiu pelo conteúdo programático da Convenção n. 158 da OIT, a depender a sua aplicabilidade da ação normativa do legislador interno de cada país. Como o art. 7º, inciso I, da Constituição, prevê lei complementar, o Supremo Tribunal Federal argumentou que a regulamentação normativa da proteção contra a despedida arbitrária é reserva constitucional de lei complementar, sendo impossível a substituição por um Tratado ou uma Convenção Internacional. Essa ADIn 1480-3/DF admitiu apenas como resposta estatal à despedida arbitrária a indenização compensatória prevista no art. 10, I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Transcreve-se sua ementa:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade – Convenção nº 158/OIT – Proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa – Arguição de ilegitimidade constitucional dos atos que incorporaram essa Convenção Internacional ao direito positivo interno do Brasil (Decreto Legislativo nº 68/92 e Decreto nº 1855/96) – 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 (BRASIL, 2001a, p. 429).

Há que se destacar que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.480-3/DF, sobre a denúncia da Convenção n. 158 da OIT, é fundamental, dentre outros aspectos, para a compreensão do entendimento da Corte sobre a hierarquia de Tratados Internacionais em nosso direito (FRANCO FILHO, 2002, p. 15).

Conforme deslindado, a entrada em vigência da Convenção n. 158 da OIT no Brasil se deu em 06 de janeiro de 1996, apesar de que o depósito na RIT ocorrera em 05 de janeiro de 1995. Nos 12 meses entre o depósito e a entrada em vigor, a Convenção pode ser alvo de denúncia. Decorrido esse prazo, ou seja, a partir da data da entrada em vigor inicial, a denúncia é proibida pelos 10 anos seguintes, conforme consta do art. 17, da Convenção n. 158. O prazo em que a

Denúncia poderia ter sido efetuada, portanto, foi o decorrido entre 05 de janeiro de 1995 e 06 de janeiro de 1996.

Há que se ressaltar, porém, que, sete meses após a ratificação da Convenção, que se dera pelo Decreto de promulgação n. 1.855, de 11 de abril de 1996, o Poder Executivo brasileiro denunciou a convenção mediante nota assinada pelo Embaixador-Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (ofício n. 397, de 20/11/1996).

O Decreto 2.100 (ANEXO C), publicado em 23 de dezembro de 1996, tornou pública a Denúncia da Convenção n. 158 da OIT. Tal denúncia, desta feita, não estaria dentro do prazo de 12 meses, sendo exigido um período de 10 anos para a sua validação.

No tocante ao início do prazo de 10 anos, há duas interpretações possíveis: conta-se da entrada em vigência em cada estado-membro ou da entrada em vigência da Convenção no âmbito internacional. Em nenhuma das duas hipóteses, todavia, a denúncia da Convenção n. 158 estaria dentro do prazo.

A denúncia, manifestação soberana do Estado que a formula, seria causa extintiva do tratado ou convenção internacional, de forma que, considerando a integral cessação da eficácia da Convenção em razão da denúncia, estaria configurada a perda superveniente do objeto da ADIn 1.480-3/DF.

Dessarte, deixou de existir o objeto, qual seja o Decreto Legislativo n. 68/92 e o Decreto n. 1.855/96. A situação se equipararia, levando em conta a cessação da vigência doméstica da Convenção n. 158/OIT, à revogação superveniente de diplomas legislativos ou de atos estatais impugnados em sede de ação direta, fazendo instaurar hipótese de prejudicialidade do processo de controle normativo abstrato.

Para Franco Filho (2002), a denúncia se tornou plenamente eficaz após um ano de seu registro na OIT, em 1996, cessando no Brasil a vigência da Convenção. Há, dessa forma, na doutrina, vozes em defesa da constitucionalidade da denúncia da Convenção n. 158, conforme se lê:

Em resumo e em conclusão: a denúncia da Convenção n. 158, tornada pública pelo Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996 constitui medida de natureza política, a respeito da qual o Poder Judiciário, acaso provocado (CF, art. 5, XXXV), deveria manter prudente comedimento. De acordo com a prática internacional generalizada e segundo a reiterada experiência brasileira, essa denúncia não atenta contra qualquer preceito constitucional,

e, em consequência, não pode ser validamente acoimada de ineficaz (ROMITA, 2008, p. 143).

A divergência sobre o tema foi reanimada pela propositura, em 18 de junho de 1997, de ação direta tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, mediante o qual o Exmo. Sr. Presidente da República tornou pública a denúncia da Convenção n. 158 da OIT. Aduziram as requerentes, nessa ADIn 1625-3/DF, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, que o Presidente da República não poderia, singularmente, denunciar tratados, convenções ou acordos internacionais aprovados pelo Poder Legislativo, de acordo com o art. 49, I, da Constituição Federal. A Convenção seria um tratado-normativo, que, ao contrário do tratado-contrato, não pode ser ratificado ou denunciado por ato de competência exclusiva do Presidente da República. O ato jurídico complexo da ratificação demanda a adoção da mesma forma na revogação, ou seja, a denúncia deveria ser também validada pelo Congresso Nacional.

Na ADIn 1625-3, o Presidente da República defendeu a legitimidade do Decreto 2.100/96 alegando que a denúncia de tratados internacionais insere-se na competência do Chefe do Executivo. Afirmou, ainda, que a Convenção não criou direito fundamental, mas tão-somente estabeleceu expectativa de que o Brasil editasse uma lei fixando regras destinadas a proteger a relação de emprego, norma programática já presente no art. 7º, I, da Magna Carta. O Advogado Geral da União alegou que o decreto impugnado não possui conteúdo normativo não estando sujeito a controle concentrado de constitucionalidade.

O Min. Relator Maurício Corrêa e o Ministro Carlos Britto julgaram procedente em parte a ação para emprestar ao Decreto n. 2100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme ao art. 49, I, da Constituição Federal, condicionando a denúncia da Convenção ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que teria eficácia plena. Posteriormente ao pedido de vista, o Min. Nelson Jobim julgou improcedente a ação. O Min. Joaquim Barbosa, depois de novo pedido de vista, julgou totalmente procedente a ação. A ADIn 1625-3 ainda não possui julgamento definitivo, por ter a Min. Ellen Gracie pedido vista dos autos.

Na esteira dos debates jurisprudenciais e iniciativas legislativas acerca da dispensa arbitrária, em fevereiro de 2008, o presidente Lula encaminhou ao Congresso mensagem objetivando nova ratificação da Convenção n. 158. Em julho desse mesmo ano, por vinte votos a um, os parlamentares, na Comissão de



Relações Exteriores e de Defesa Nacional, aprovaram parecer contrário à ratificação, sendo encaminhado pedido de arquivamento da mensagem presidencial à mesa da Câmara dos Deputados (SOUTO MAIOR, 2008, p. 85).

As instituições ligadas ao patronato, nessa ocasião, apresentaram inúmeros argumentos contrários à nova ratificação da Convenção. Alegaram que se estava a criar o emprego vitalício, que seria uma valorização da incompetência e que se instalaria um clima de conflito na empresa prejudicial à economia. A FECOMERCIO, por exemplo, alegou que o Brasil já possui um sistema de seguro composto por quatro pilares: aviso prévio, 40% dos depósitos de FGTS a título de indenização, levantamento do FGTS e seguro-desemprego de até cinco meses. A força argumentativa de tais alegações restou corroída por uma incoerência:

Os argumentos contrários à ratificação da Convenção, portanto, sofrem de uma incoerência denunciadora, afinal apóiam-se nas necessidades produtivas, administrativas e econômicas da empresa, mas reivindicam, em concreto, o direito de que as tais necessidades não precisem ser enunciadas. Se de fato existem, por que não apresentá-las? (SOUTO MAIOR, 2008, p. 87).

Vale registrar que a OJ 247, da SDI – I, do TST enuncia que a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. Ou seja, tal orientação jurisprudencial, afirma o instituto da despedida arbitrária ao admiti-lo em empresas públicas e sociedades de economia mista.

A 1ª Jornada de Direito do Trabalho, ocorrida em 2007, por outro lado, aprovou os seguintes enunciados:

“2. Direitos fundamentais – Força Normativa.  
I – Art. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.  
II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.”

A efetiva proteção contra a dispensa arbitrária, apesar de prevista nos enunciados, não encontrou instrumentos para se concretizar.

Na campanha de traçar um perfil da argumentação pátria a respeito da vedação à despedida imotivada, atenta-se agora para a contribuição dos doutrinadores. A dispensa é definida pela doutrina tradicional como a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, não dependendo da vontade do empregado (NASCIMENTO, 2009, p. 955). A concepção clássica, fundada na propriedade privada, é aquela segundo a qual o patrão tem o direito de rescindir o contrato por ato unilateral, livre e absoluto. A liberdade de trabalho, entendida como absoluta, também servia de fundamento para a concepção clássica, a qual se inseria em um contexto de igualdade formal entre as partes.

Para Souto Maior, há quatro modalidades de dispensa. A primeira seria a imotivada ou arbitrária, proibida constitucionalmente e que não possui sequer motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. A segunda seria a motivada, mas sem justa causa, para a qual cabe a indenização de 40% sobre o FGTS. A terceira, a com justa causa, está prevista no art. 482 da CLT. A quarta é a discriminatória, que enseja reintegração ou indenização compensatória, nos termos da Lei 9.029/95 (2004, p. 112).

Para alguns doutrinadores, como Barros, o art. 7º, I, da Constituição não é auto-aplicável, dependendo de vontade política para edição da lei complementar. O trabalhador, por conseguinte, não seria destinatário da tutela quanto à despedida, e a dispensa seria direito potestativo do empregador. A autora lamenta a denúncia da Convenção feita pelo Governo brasileiro em 1996, pois, segundo ela, “perdemos grande oportunidade de assegurar uma tutela efetiva ao emprego” (2007, p. 951).

Delgado vai se filiar a essa corrente, que afirma que o Brasil infelizmente perdeu a oportunidade de substituir a simples dispensa sem justa causa (denúncia vazia do contrato) pela dispensa motivada, ao não incorporar a seu sistema jurídico as regras da Convenção n. 158 da OIT. Para esse doutrinador, a decisão do STF, que julgou inassimilável a Convenção com o disposto no art. 7º, I, da Carta Magna, e a denúncia feita pelo Presidente teriam inviabilizado um grande avanço sociojurídico no direito brasileiro (DELGADO, 2006, p. 1122). A Constituição de 1988, contudo, inauguraria um período de transição jurídica quanto à ruptura contratual no direito pátrio. A visão individualista, que defende a dispensa sem um mínimo de motivação socialmente aceitável, encarada como direito potestativo do empregador, estaria em declínio. A universalização do FGTS e da revogação dos sistemas de estabilidade e garantia por tempo de serviço anteriores à Constituição de 1988 poderiam levar a

crer que a vontade constitucional seria liberal, e não regulada, quanto à cessação dos contratos de trabalho. A Constituição, por outro lado, buscou implementar um sistema de indução jurídica contrário à ruptura potestativa das relações de emprego pelo patronato. Esse sistema se fundamentaria no art. 7º, inciso I, e no caput e inciso I do art. 10 do ADCT, que diz que será promulgada lei complementar sobre a temática. No mesmo sentido estaria o inciso XXI do art. 7º, que trata do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Ainda que se entenda que tais dispositivos são programáticos, não há dúvida de que a ordem constitucional conferiu lugar de destaque ao princípio da continuidade da relação empregatícia. O preceito constitucional que repele a dispensa arbitrária deve ser tido como norma de eficácia contida, produzindo o efeito jurídico básico de invalidar dispensas calcadas no exercício potestativo da vontade empresarial, sem justificativa mínima socioeconômica, técnica ou pessoal (DELGADO, 2006, p. 1116).

Nascimento resume o sistema brasileiro a respeito da dispensa afirmando que o empregador possui o direito de rescindir o contrato de trabalho, não havendo nenhum impedimento à dispensa. Nos casos de dispensa considerada arbitrária ou sem justa causa, o empregador deve pagar um acréscimo nos depósitos de FGTS, de acordo com o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, I. A dispensa imotivada só seria nula, importando reintegração, nas situações de estabilidades especiais, como dos dirigentes sindicais, da gestante e do cipeiro. O doutrinador ressalta que a facilidade para a dispensa de empregados no Brasil permitiu a formação de uma série de vícios, como as dispensas retaliativas ou efetuadas para obstar a elevação de salários (NASCIMENTO, 2009, p. 977). Para esse autor, a dispensa arbitrária não se confunde com a dispensa sem justa causa, mas suas hipóteses não foram definidas ainda pela lei. Também considera que não estão previstos pela lei outros direitos além da indenização (NASCIMENTO, 2009, p. 1004).

Afirma Sussekind em seu manual que a legislação brasileira é omissa quanto a procedimentos para as despedidas arbitrárias coletivas por motivos econômicos, tecnológicos, sendo urgente a legislação complementar, para que as despedidas coletivas sejam dificultadas ou reduzidas (SUSSEKIND *et al.*, 2005, p. 712). O autor declara que há disposições auto-aplicáveis, mas não se detém em minúcias. Sobre a dispensa arbitrária individual, entende que a Convenção da OIT deixou a critério da legislação ou da prática a escolha entre a reintegração do

empregado, o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação apropriada. Conclui que os Tribunais trabalhistas brasileiros poderiam, em consonância com o tratado da OIT, ordenar a reintegração do empregado arbitrariamente dispensado nas hipóteses de estabilidade decenal, do art. 492 da CLT, adquirida antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, de estabilidade estipulada em convenção, acordo coletivo, sentença normativa, regulamento de empresa ou contrato de trabalho, de estabilidade provisória prevista na Carta Magna ou na legislação infraconstitucional.

Russomano diz que o inciso I do art. 7º do texto constitucional adota o princípio da proteção jurídica da relação de emprego contra as despedidas arbitrárias, sendo que a matéria foi confiada à regulamentação posterior por lei complementar, que ainda não existe (1999, p. 94). Para esse doutrinador, o sistema FGTS, constitucionalizado em 88, matou a estabilidade do trabalhador brasileiro, generalizando o sistema e impedindo a opção que tinha o trabalhador de escolher entre a Consolidação e o Fundo. Considerou desarrazoada a interpretação da Justiça do Trabalho de que a Convenção n. 158, se ratificada, implicaria reinstalação, sob nova roupagem, em nosso direito positivo, do instituto da estabilidade, com direito à reintegração do trabalhador arbitrariamente dispensado. O instrumento internacional não estabelece a obrigatoriedade da reintegração. Essa interpretação errônea teria levado o Executivo a se assustar e efetuar a denúncia da Convenção, colocando fim ao relevante debate e comprometendo a imagem do Brasil na Comunidade Internacional (RUSSOMANO, 1999, p. 229-230).

Para Maranhão e Carvalho, a Constituição adotou a teoria da nulidade da despedida arbitrária, prevendo indenização compensatória condicionada à edição de lei complementar, inexistente até o momento. Para esses autores, até a edição da lei, a indenização compensatória ficaria limitada ao aumento para quatro vezes da percentagem prevista no art. 6º, caput e §1º, da Lei 5.107/66, de acordo com o ADCT, art. 10, I (1993, p. 238).

Bezerra Leite, apesar de pontuar em seu curso a indignação causada em muitos juristas pela denúncia da Convenção n. 158, conclui que a Convenção deixou de ter vigência no Brasil em 20.11.97. Acrescenta, ainda, que, no período em que denunciou a Convenção, o presidente submeteu anteprojeto de lei complementar regulamentando o art. 7, I, da Constituição. O anteprojeto incorporava alguns princípios da Convenção, mas conferia ao empregador, e não à Justiça do Trabalho,

a faculdade de reintegrar ou indenizar o empregado na hipótese de dispensa arbitrária (BEZERRA LEITE, 2000, p. 362).

Batalha e Netto listaram posicionamentos da doutrina pátria sobre a constitucionalidade da Convenção n. 158. Para Amauri Mascaro Nascimento (LTr 60/727), tratados e convenções internacionais revogam leis infraconstitucionais, mas não podem fazer isso com leis constitucionais, que continuam a prevalecer até serem suprimidas por reforma constitucional. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena defende que a Convenção padece de pressupostos formais e é materialmente incompatível com o sistema, com os princípios do direito do trabalho brasileiro. Maria Aparecida Gurgel aduz que o conteúdo da Convenção não é auto-aplicável, impondo-se o procedimento de lei complementar para regular a matéria. Francisco Antonio de Oliveira diz que a convenção é norma programática, devendo ser a matéria definida em lei complementar. Para o Juiz Raimundo Cerqueira Ally, há sintonia entre a Convenção e a constituição brasileira, mas a eficácia depende da edição de lei complementar. Luiz Alberto David Araujo sustenta a inconstitucionalidade da aplicação da Convenção no direito interno, visto que a matéria depende de lei complementar. Márcio Yoshida vai dizer que é inviável que a promulgação da Convenção 158 altere o panorama de rescisões de contratos trabalhistas, criando uma forma de garantia de emprego.

Em sentido oposto, sustentaram a plena aplicabilidade da Convenção no direito interno: Antonio Álvares da Silva, Marcelo José Ladeira Mauad, José Alberto Couto Maciel. Mário Gonçalves Júnior, intermediariamente, ressalta que a Convenção é constitucional, mas ineficaz, dependendo de regulamentação. O Min. Almir Pazzianoto Pinto expõe: “Se não há controvérsia acerca da vigência da Convenção n. 158, graças à sua ratificação, o mesmo não se sabe, com firmeza, das conseqüências que a ratificação trará para as relações individuais e coletivas de trabalho, não se recomendando, com a devida vênia, conclusões céleres em matéria de tanta complexidade” (BATALHA; NETTO, 2000, p. 76-77).

Na melhor das hipóteses, o nível do decreto legislativo seria igual ao da lei ordinária, mas certamente inferior ao da lei complementar. No caso específico de conflito entre lei complementar, de um lado, e tratado ou convenção, de outro, não há dúvida sobre a prevalência da primeira. Como assinala *Rezek*, aos últimos garante-se “apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.” (MAGANO, 2005, p. 81).

O que se figura, em síntese, na doutrina, é um senso comum em tom de mero lamento pela denúncia da Convenção n. 158 pelo Executivo, em que o Brasil perdeu a oportunidade de regular a vedação à dispensa imotivada. Limitam-se os doutrinadores a afirmar que a norma do art. 7º, inciso I, da Constituição é norma programática, carente de auto-aplicabilidade, sendo necessária a edição de lei complementar para que possa o dispositivo produzir efeitos. Alguns classificam o dispositivo constitucional como norma de eficácia contida. O outro argumento recorrente é o de que o que se visa proteger com a Convenção já teria sido contemplado pelo art. 10, I, do ADCT. Por fim, recorrem à impossibilidade de Convenções e Tratados Internacionais revogarem lei complementar.

A jurisprudência também afirma a existência da dispensa arbitrária no ordenamento brasileiro, conforme se constata da leitura do seguinte julgado:

EMENTA: Recurso extraordinário. Dispensa de emprego. Adoção, dentre outros critérios de dispensa pela necessidade de reduzir seu quadro, da idade de 65 anos por terem os empregados com essa idade direito a aposentadoria independentemente de tempo de serviço, o que não acontece com os de idade mais baixa. - Impossibilidade de se levar em consideração, no julgamento deste recurso extraordinário, a Lei 9.029/95, não só porque o artigo 462 do C.P.C. não se aplica quando a superveniência da norma legal ocorre já no âmbito desse recurso, mas também porque, além de haver alteração no pedido, existiria aplicação retroativa da citada Lei. - Inexistência de ofensa ao artigo 7º, XXX, da Constituição, que nem por interpretação extensiva, nem por aplicação analógica, se aplica à hipótese de dispensa de emprego que tem tratamento específico, no tocante a despedida discriminatória, no inciso I desse mesmo artigo 7º que dá proteção contra ela proteção essa provisoriamente disciplinada nos incisos I e II do artigo 10 do ADCT, que não é norma de exceção, mas, sim, de transição. - Não estabeleceu a Constituição de 1988 qualquer exceção expressa que conduziria à estabilidade permanente, nem é possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, porquanto, como decorre, inequivocamente do inciso I do artigo 7º da Constituição a proteção que ele dá à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa é a indenização compensatória que a lei complementar terá necessariamente que prever, além de outros direitos que venha esta a estabelecer, exceto, evidentemente, o de estabilidade permanente ou plena que daria margem a um *bis in idem* inadmissível com a indenização compensatória como aliás se vê da disciplina provisória que se encontra nos incisos I e II do artigo 10 do ADCT. Recurso extraordinário não conhecido (BRASIL, 2001b, p. 48).

O Tribunal Superior do Trabalho também admite a dispensa imotivada. A esse respeito, confirmam-se as seguintes ementas:

RECURSO DE REVISTA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. GARANTIA AO EMPREGO. CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT. 1. Contrato celebrado entre sociedade de economia mista e seus empregados não ostenta natureza administrativa. À falta de vedação legal, de par com a existência de permissivo aplicável à espécie (CF, art. 173, § 1º, e CLT, art. 487), nada obsta a dispensa sem justa causa daqueles, sendo irrelevante a forma de ingresso no emprego. Precedentes. 2. A vigência da Convenção nº 158, no âmbito doméstico, não induz à garantia ao emprego. Sua aplicação há de ser permeada

pelas normas internas, que no caso estipulam o pagamento de indenização proporcional ao salário e tempo de serviço do empregado (ADCT, art. 10, I), uma das formas de realização do tratado internacional (art. 10). 3. Recurso conhecido e desprovido (BRASIL, 2001c).

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - DESPEDIDA IMOTIVADA - REINTEGRAÇÃO**  
Não há ilicitude no exercício do ato potestativo da dispensa imotivada de empregado, ainda que concursado, regido pela CLT, de empresa pública ou de sociedade de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que determina que tais entidades da Administração Indireta, que explorem atividade econômica, observem o regime jurídico próprio das empresas privadas, no que concerne às obrigações trabalhistas (BRASIL, 2002a).

**REINTEGRAÇÃO. CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT.** O artigo 7º, I, da CF/88 prevê indenização compensatória, protegendo o empregado da dispensa arbitrária ou injustificada. No entanto, para que se realize a tutela apregoada na Lei Maior, é mister o advento de lei complementar disciplinando a concessão da referida indenização compensatória, sendo que, no momento, ainda que de forma transitória, o escopo do citado artigo 7º, I, da Carta Magna, vem se corporificando mediante a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS. A Convenção nº 158 da OIT não supre exigência constitucional por possuir "status" de Lei Ordinária. Logo, na espécie, depreende-se que a Reclamante não tem direito à postulada reintegração, bem como sua transformação em indenização correspondente prevista no art. 10 da referida Convenção. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. PROC. Nº TST-RR-423.321/98.7 (BRASIL, 2002b).

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA.** Possibilidade. Esta Corte já firmou o entendimento de que o art. 173, § 1º, da Constituição da República é cristalino ao dispor que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica se sujeitam ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Em face de as relações entre as partes serem de direito privado, com a conseqüente incidência da legislação trabalhista, não se aplica ao caso a teoria da motivação, ínsita ao ato administrativo vinculado (Orientação Jurisprudencial 247 da SDI). Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento (BRASIL, 2011).

Seguem também, a título exemplificativo, posicionamentos dos maiores Tribunais Regionais do Trabalho do país:

**PROTEÇÃO CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA. CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT. DENÚNCIA.** O disposto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal exige, para sua plena eficácia, a edição de lei complementar, "status" a que certamente não correspondia o infraconstitucional Decreto nº 1.855, pelo qual a Convenção nº 158 da OIT foi promulgada, após ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, mediante o Decreto Legislativo nº 68/92. Não obstante, após ter alimentado debates e controvérsias, a questão veio finalmente a se exaurir na reversão das expectativas de direitos ocasionada pela denúncia da citada convenção, registrada em 20 de novembro de 1996, em nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, e publicada no país por meio do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996 (SÃO PAULO, 1999).

1. **ESTABILIDADE - CONVENÇÃO 158/OIT.** O Pleno do Excelso Supremo Tribunal Federal já decidiu que a Convenção 158 da OIT não é auto-aplicável, através de julgamento de liminar na ADIn 1480-3-DF, porque a Constituição estabeleceu que a garantia de emprego deve ser estabelecida por lei complementar.

2. HORAS EXTRAS - CARTÕES DE PONTO - INVALIDAÇÃO. A prova testemunhal pode ser suficiente para invalidar cartões de ponto e comprovar trabalho em horário extraordinário.
3. HORAS EXTRAS - BANCÁRIO - DIVISOR. O Enunciado nº 343 do Tribunal Superior do Trabalho pacificou a jurisprudência ao estabelecer que é de 220 o divisor para cálculo do salário-hora do bancário com jornada de oito horas (art. 224, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho).
4. SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO - FÉRIAS NÃO CONFIGURA EVENTUALIDADE. A substituição em face das férias do titular do cargo não configura caráter eventual, porque plenamente previsível. Aplica-se o Enunciado nº 184 do C. Tribunal Superior do Trabalho (CAMPINAS, 1999).

EMENTA: CONVENÇÃO 158/OIT. A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, embora esteja integrada ao ordenamento jurídico pátrio (até 20.22.1997 – Decreto 2.100, de 20.12.96, D.O. 23.12.96), tem valor de lei ordinária, programática, que não revoga norma constitucional e tampouco atende à exigência de Lei Complementar preconizada pela Constituição para regulamentar a matéria atinente à despedida arbitrária ou sem justa causa. as disposições constitucionais (art. 7º, I e 10 do ADCT) são as únicas que exaurem as questões relativas à despedida imotivada do empregado. Incabíveis a anulação da dispensa sem justa causa e a reintegração do obreiro (MINAS GERAIS, 1997).

EMENTA: EMPRESA PÚBLICA. NULIDADE DA DISPENSA DE EMPREGADO. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. Não há necessidade de motivação da demissão de empregado de empresa pública, pois esse ato decorre de seu poder potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho, como acontece com qualquer empregador. Recurso do reclamado que é provido (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Para a jurisprudência dos Tribunais Regionais, do TST e do STF, cuja argumentação não difere muito da constante na doutrina clássica, a Convenção n. 158 não é auto-aplicável e não atende à exigência constitucional de lei complementar para disciplinar a matéria, por ter *status* de lei ordinária. Não há, em conclusão, ilicitude na dispensa por ato potestativo do empregador no Brasil. A outra linha argumentativa advoga pela desnecessidade da Convenção, pois a hipótese que busca proteger estaria prevista no art. 10, I, do ADCT, que prevê indenização de 40% sobre o FGTS.

Constata-se, dessa forma, que impera no Brasil a possibilidade de o empregador romper o contrato de trabalho sem uma justificativa. No marco das relações individuais de trabalho, isso denota o grande poder do empregador, inclusive sob o ponto de vista do controle da subjetividade, por não poder o obreiro ter nenhum tipo de expectativa em relação ao desenvolvimento do seu trabalho. A ameaça do desemprego provoca grande insegurança e fere a auto-estima do trabalhador.



Há que se assentar, a despeito desse traçado doutrinário e jurisprudencial, que a Constituição de 1988 não recepcionou a dispensa imotivada. A inércia infraconstitucional não pode negar efeito a um preceito constitucional que corrobora um princípio fundamental: a dignidade da pessoa humana (SOUTO MAIOR, 2004, p. 111).

A vedação constitucional à dispensa imotivada deve ser entendida como um princípio constitucional em si, para além de um preceito que homenageie a dignidade da pessoa humana. É um princípio constitucional, adequado ao arcabouço protetivo jurídico trabalhista, que foi adensado pela ratificação da Convenção 158 no Brasil e que precisa começar a ser observado pelos juízes. Diante desse quadro, irrompe o questionamento sobre a força normativa que deve ser atribuída a esse princípio, de forma a conferir, a partir de uma leitura deontológica da Constituição, efetividade à garantia constitucional da proteção contra a dispensa arbitrária.

## 2 FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

### 2.1 PRINCÍPIOS, REGRAS E DIREITOS LEVADOS A SÉRIO

Há questões jurídicas complexas para as quais não há solução consensual. Nesses casos, é preciso recorrer a argumentos éticos, princípios, que extrapolam as técnicas da prática do direito. É contestável o ponto de partida dos juristas de que há um acordo geral entre os membros da sua profissão quanto ao tipo de argumento ou prova que é relevante (DWORKIN, 2002).

Para Dworkin, a abordagem profissional da teoria do direito, que tentou reformular a doutrina afirmando que, em situações complexas, seria necessário extrair de leis e decisões judiciais uma doutrina jurídica, é ilusória e não atinge questões de princípio, genuinamente importantes. Em casos extremos, a Suprema Corte não segue regras, mas apela para princípios de justiça e política pública (DWORKIN, 2002).

Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral (DWORKIN, 2002, p. 12).

Argumenta o autor que, quando juristas raciocinam ou debatem sobre direitos e obrigações, especialmente nos casos difíceis, recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam de maneira diversa, como princípios, políticas e outros tipos de padrões (DWORKIN, 2002, p. 35-36).

Nessa seara, o filósofo diferencia alguns conceitos. A política seria um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social. O princípio seria um padrão a ser observado como exigência de alguma dimensão da moralidade, como a justiça ou a equidade (DWORKIN, 2002).

Diferenciam-se, ainda, princípios e regras. Uma distinção que se estabelece entre tais conceitos é que, nas regras, é necessário listar todas as exceções para que o conceito seja completo. Nos princípios, os contraexemplos não são aptos a descaracterizá-los (DWORKIN, 2002). A consequência direta disso é que o princípio, em sua aplicação, apesar da possibilidade de uma enunciação geral, só pode ser verificado se observado em cada caso concreto. Isso não quer significar que ele vai ser inventado para cada situação específica da realidade, mas que apenas é possível saber da correção de sua aplicação em cada contexto. E se a conclusão for de que o princípio não se aplica para determinada conjectura, isso não quer dizer que o princípio foi revogado. A resposta principiológica, em vista disso, é dada em cada circunstância fática. A legítima defesa, por exemplo, não torna a proteção à vida menos importante constitucionalmente. Ela, em última análise, afirma a proteção da vida. Uma regra que expressa uma exceção a outra não está verdadeiramente em conflito com ela, pois a enunciação plena de uma regra deve incluir suas exceções (DWORKIN, 2002).

Dworkin vai defender que a relação entre regras e princípios, aparentemente em conflito, não seria de fato conflituosa. As regras refletem o princípio, e não conflitam com ele, pois as regras teriam forma diferente se nenhum peso fosse dado ao princípio.

Princípios e regras, portanto, se diferenciam logicamente quanto à natureza da orientação que oferecem, pois as regras “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 39). Os princípios, ainda que se assemelhem às regras, não têm consequências jurídicas automáticas dadas em função de determinadas condições (DWORKIN, 2002, p. 40). Outra diferença relevante é que os princípios possuem a dimensão do peso ou importância, enquanto as regras não.

Os princípios entram em conflito e interagem. É necessário avaliar todos os princípios conflitantes e antagônicos e chegar a um veredicto a partir deles, ou seja, não seria uma opção escolher apenas um princípio como válido.

Para Dworkin, tudo é princípio. Quando mostra, em um determinado raciocínio, que certa regra não se aplica ao caso, não se revoga a regra, consagra-se o princípio.

Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem.

Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória. Ele pode, sem dúvida, estar errado na sua avaliação dos princípios, mas pode também estar errado em seu juízo de que a regra é obrigatória (DWORKIN, 2002, p. 57).

O ordenamento jurídico é lido como uma estruturação de princípios que não são menos normativos por serem princípios. Pelo contrário, Dworkin entende que são muito mais normativos porque são princípios. Na leitura principiológica, regras só se tornam visíveis no momento de sua aplicação e o ordenamento é sempre composto por princípios.

Negar, portanto, que a Convenção 158 tenha vindo numa linha principiológica de adensamento de um princípio constitucional, que é a proteção contra a demissão imotivada, seria negar toda uma história, e não só isso, mas toda uma construção normativa constitucional de direitos fundamentais.

Palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” desempenham freqüentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender a regra (DWORKIN, 2002, p. 45).

Em casos difíceis, em que uma regra passa a existir apenas depois do caso, os Tribunais usam princípios para justificar a adoção dessa nova regra. Os princípios jurídicos são como regras, possuindo obrigatoriedade de lei e devendo ser considerados por juízes que decidem sobre obrigações jurídicas. Incorrem em erro os juízes que não aplicam os princípios. É preciso reconhecer que o Direito inclui tanto princípios como regras. Essa é a orientação escolhida por Dworkin, em contraponto à noção de que princípios não obrigam da mesma maneira que regras e ao entendimento de que aqueles são extralegais e podem ou não ser usados pelos juízes, de acordo, apenas, com o seu desejo (DWORKIN, 2002, p. 47).

A concepção positivista de que princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios é percebida como um erro por Dworkin, pois não há nada no caráter lógico do princípio que o torne incapaz de obrigar. Nada garante que os princípios, que podem ser obrigações morais ou institucionais, sejam diferentes das regras e

nada impede que sejam parte do direito, e não apenas padrões extrajurídicos tipicamente usados nos tribunais, no exercício do poder discricionário de cada juiz (DWORKIN, 2002).

Para os positivistas, princípios não podem valer como lei por possuírem autoridade e peso intrinsecamente controversos. Dworkin, por sua vez, reivindica o reconhecimento de alguns princípios como obrigatórios pelos juízes para que as regras possam também ser consideradas obrigatórias. Para mudar ou revogar uma regra, é preciso usar princípios. Fica implícito, quando uma regra é considerada obrigatória, que ela possui uma base de sustentação composta “por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, são mais importantes do que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança” (DWORKIN, 2002, p. 61).

Assim sendo, conclui Dworkin que princípios devem ser tratados como direito e que a doutrina positivista, segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste, deve ser abandonada.

Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais forte do que as razões contra a existência dela (DWORKIN, 2002, p. 71).

Dworkin não quer, ao defender o uso de princípios no direito, definir um número fixo de padrões. A proposta é exatamente o contrário, certificar a permanência da abertura:

O meu ponto não é que “o direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à idéia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira. Nada disso, creio, compromete-me com uma ontologia jurídica que pressuponha qualquer teoria específica da individuação (DWORKIN, 2002, p. 119-120).

A despeito da inexistência de padrões fixos em sua teoria, o autor não priva os indivíduos de alguma garantia. Os cidadãos, dessarte, possuem direitos morais, muitas vezes presentes na Constituição, contra seu Governo.

A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens (DWORKIN, 2002, p. 285).

O governo decide definitivamente sobre os direitos individuais, em razão de possuir o poder de polícia. Nada garante, todavia, que o sistema constitucional, por si só, proteja integralmente os direitos morais e individuais ou estabeleça de maneira definitiva quais são esses direitos. Carecem de resposta algumas questões: a constituição reconhece todos os direitos morais dos cidadãos? Os cidadãos teriam o dever de obedecer à lei mesmo quando ela infringe seus direitos morais? (DWORKIN, 2002).

Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções (DWORKIN, 2002, p. 286).

Em uma democracia que respeita os direitos individuais, todos têm o dever moral geral de obedecer a todas as leis, ainda que se discorde delas. Esse dever, contudo, não é absoluto, de forma que um homem deve poder violar a lei se acreditar estar acertando em razão de suas convicções. Os ganhos resultantes do respeito à lei são utilitaristas.

Os direitos fundamentais, constitucionais são direitos contra o governo. E o direito de desobedecer à lei não seria mero direito isolado, mas pertenceria a um conjunto de outros direitos contra o governo. Os direitos da maioria, ou as justificativas utilitaristas, não podem servir para invalidar direitos individuais. Dessa forma, “a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas.” (DWORKIN, 2002, p. 314).

Um direito contra o governo deve ser um direito de fazer algo mesmo quando a maioria considera errado fazer tal coisa, ainda que a maioria fique prejudicada em razão disso. Mas se afirmamos que a sociedade tem o direito de fazer o que quer que seja para o benefício geral, ou ainda o direito de preservar qualquer tipo de ambiente no qual a maioria aspire viver – e se com tais afirmações queremos dizer que esses são os tipos de direitos que justificam a desconsideração de quaisquer direitos contra o governo que possam vir a gerar conflitos – então teremos aniquilado esses últimos direitos (DWORKIN, 2002, p. 298).

A busca do governo para definir direitos morais por meio de leis e decisões judiciais pode ser feita por duas vias. A primeira anuncia que é necessário buscar o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e as exigências da sociedade como um todo, ou seja, avaliar o custo social de diferentes propostas. Para Dworkin, esse modelo é falso, pois, errando a favor do indivíduo, o governo apenas pagaria mais em eficiência social. Errando, contudo, contra o indivíduo, produziria um insulto tão grande que, para ser evitado, envolveria um custo ainda maior em eficiência social (DWORKIN, 2002). Tratar o direito da maioria como um direito concorrente, a ser equilibrado, acarreta um desarranjo e ameaça o conceito de direitos individuais.

O filósofo defende que levar os direitos a sério é respeitar a dignidade humana e a igualdade política. A dignidade atenta para a existência de algumas maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com um reconhecimento dele como membro pleno da comunidade humana. A igualdade política insiste em que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito dispensados a todos os cidadãos.

A segunda via aduz que a restrição de um direito é algo muito mais grave do que sua inflação. O governo não pode apoiar a sua preferência em relação a um direito em argumentos especulativos e marginais. Essa teoria sugere que se busque um princípio que anule o efeito da incerteza. Tal princípio, contudo, não condiz com uma sociedade que reconheça a variedade de direitos, fundada na dignidade humana e na igualdade política. Essa sociedade não aceitaria que os graus de importância dos direitos são tão diferentes a ponto de que alguns sejam desconsiderados enquanto outros sejam dignos de menção (DWORKIN, 2002).

O que pretende demonstrar o autor é que um governo que reconhece os direitos individuais deve rejeitar a noção de que os cidadãos nunca possuem o direito de violar a lei e a noção de que o governo “não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral” (DWORKIN, 2002, p. 313).

Desejo agora propor a seguinte teoria geral dos direitos. O conceito de direito político individual, no sentido antiutilitarista forte que distingi anteriormente, é uma resposta aos defeitos filosóficos de um utilitarismo que leva em conta as preferências externas e à impossibilidade prática de um utilitarismo que não as leve em conta. Ela nos permite desfrutar das instituições da democracia política que aplicam um utilitarismo genérico ou não refinado, e ainda assim protegem o direito fundamental dos cidadãos a igual consideração e igual respeito ao proibir decisões que pareçam, previamente, terem sido tomadas provavelmente em virtude dos

componentes externos das preferências reveladas pela democracia (DWORKIN, 2002, p. 426).

Se os direitos individuais são uma promessa que a maioria faz à minoria, podemos afirmar que, na vedação à dispensa imotivada, a maioria quebrou a promessa. Apesar da previsão constitucional e da confirmação dessa decisão pela ratificação da Convenção n. 158 da OIT, a promessa continua a ser descumprida pela jurisprudência nacional, com a aceitação ou, no máximo, com o mero lamento da doutrina tradicional.

## **2.2 INTERPRETAÇÃO, ARGUMENTOS DE POLÍTICA E ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO**

Argumentos de política, ou de procedimento político, são aqueles que se baseiam no objetivo, no escopo, no interesse público. Por outro lado, argumentos de princípio são os que se apóiam em direitos, são programas que priorizam o impacto sobre pessoas específicas, ainda que isso prejudique o todo da comunidade. Para Dworkin, os juízes precisam tomar como base argumentos de princípio (2000, p. 6).

O Estado de Direito pode ser compreendido a partir de duas concepções. A primeira, centrada no texto legal, afirma que o poder do Estado só poderá ser usado contra os cidadãos se houver normas públicas a esse respeito, apesar de nada dizer sobre o conteúdo dessas normas. Nela, a justiça substantiva não seria parte do Estado de direito, e os juízes, em casos controversos, devem buscar descobrir o significado do texto, por meio de teorias semânticas. A segunda concepção é a baseada nos direitos, consoante a qual o texto legal precisa retratar e aplicar direitos morais. Os juízes, em casos controversos, devem buscar o direito moral de fundo das partes, aplicando o princípio que se encontre em harmonia com os princípios que justificam a aplicação da regra em questão. A decisão do juiz é política, na concepção centrada em direitos, por escolher um princípio como mais correto que outros (DWORKIN, 2000).

Para Dworkin, o estado de direito na concepção calcada nos direitos “enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público” (2000, p. 38-39).



No âmbito da concepção de estado de direito fundamentado em direitos, uma teoria da revisão judicial aceitável seria aquela que concede, por exemplo, aos Tribunais a oportunidade de eliminação de leis racialmente discriminatórias, ainda que elas beneficiem a comunidade como um todo. As Cortes Superiores devem ser preocupar com a substância e não apenas com o processo, como elemento distinto e desvinculado da substância (DWORKIN, 2000, p. 95). As legislações não podem ser justificadas apenas nas preferências da maioria. Se assim ocorresse, restrições à liberdade dos homossexuais seriam justificadas pela pouca aceitação por parte da comunidade. Tal suposição, contudo, seria flagrantemente inconstitucional, por negar a igualdade.

Um governo que respeita a concepção liberal de igualdade pode restringir a liberdade individual com base nos já brevemente expostos argumentos de princípio ou argumentos de política. Por argumentos de política, as restrições são apoiadas com um fundamento distinto, de que são necessárias para alcançar algum objetivo político geral que beneficie a sociedade. Pelos argumentos de princípio, a restrição é exigida para proteger o direito específico de algum indivíduo que seria prejudicado pelo exercício da liberdade. A concepção liberal, ao empregar os argumentos de princípio, se adéqua à concepção de estado de direito centrada em direitos.

A proibição da dispensa imotivada é exemplo de argumento de princípio usado para restringir liberdades. Não há que se falar, todavia em restrição de liberdade sem justificativa constitucional. No nosso caso da despedida arbitrária, há fundamento constitucional, pois a própria Constituição Federal de 1988 constrói essa justificativa.

O direito, consoante afirmado, é político no sentido de que a prática é um exercício de interpretação. É indispensável diferenciar a política deliberativa das normas jurídicas da política que é o exercício da interpretação, com argumentos de princípio, e não com argumentos de política. Dworkin elabora uma explanação para dizer que juízes não podem decidir conforme argumentos de política, mas precisam decidir conforme argumentos de princípio.

A revisão judicial garante que as questões fundamentais de moralidade política serão expostas e debatidas como questões de princípio, e não de poder político. O debate político é, dessa forma, obrigado a incluir o argumento acerca do princípio. É preciso levar as questões do campo da política para o campo do princípio para que os conflitos fundamentais se tornem questões de justiça

(DWORKIN, 2000). Para Dworkin, todas as teorias que incluam a revisão judicial são interpretativas, no sentido de intentarem oferecer uma interpretação da Carta Magna enquanto documento jurídico fundador e integrar esse documento à prática jurídica geral (2000, p. 45).

No que tange à interpretação constitucional, significaria um erro acreditar que a intenção dos constituintes é uma informação esperando para ser encontrada por análises psicológicas, históricas ou documentais. A intenção dos constituintes não existe como dado natural a ser descoberto, independentemente da opinião do intérprete, o que existe é uma intenção a ser criada. A justificativa para o entendimento do que pretenderam os constituintes não pode ser encontrada na história, na semântica ou na análise conceitual, mas na teoria política (DWORKIN, 2000).

A concepção de estado de direito centrada no texto legal afirma que os juízes devem decidir buscando a intenção original dos constituintes, mas essa missão não pode ser satisfeita. Os julgadores não dispõem de meios para descobrir a intenção dos autores da Constituição sem, primeiramente, construir uma concepção de intenção constitucional, em detrimento de outra. O magistrado, nessa tentativa, tomaria decisões de moralidade política que queria evitar (DWORKIN, 2000, p. 77).

Há teorias defendendo que, em casos controversos, pode não haver nenhuma resposta correta. A primeira versão delas nega que a tese da bivalência se aplique a conceitos jurídicos importantes e alega que há um espaço lógico entre uma proposição e a sua negação, podendo haver uma terceira possibilidade. A segunda versão afirma que pode ser que nenhuma das duas situações da tese da bivalência seja válida, por ser imprecisa a linguagem jurídica.

Dworkin, por sua vez, vai refutar essas duas versões da tese de nenhuma resposta correta e admitir que há, sim, apenas uma resposta correta para cada caso, ou que as possibilidades de nenhuma resposta certa são mais raras do que se supõe. A segunda versão não se sustentaria por pressupor que o significado de uma lei é determinado exclusivamente pelas palavras usadas pelo legislador. Quando, na verdade, os juristas usam outros critérios para interpretar uma lei, tais como buscar o conjunto de princípios e políticas que oferecem a melhor justificativa política para a votação de uma lei (DWORKIN, 2000).

Para o douto autor, a objeção geral de que não há uma resposta correta em um caso difícil, mas uma série de respostas aceitáveis, não pode ser justificada pelo senso comum ou pelo realismo (DWORKIN, 2002).

Cumpre aclarar, antes de prosseguir na análise, algumas considerações pertinentes do filósofo acerca da hermenêutica. A interpretação muda a prática e essa, por sua vez, incentiva uma reinterpretação (DWORKIN, 2007). Para Dworkin, “a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político.” (2000, p. 217).

A interpretação jurídica não pode ser tomada como uma atividade *sui generis*. Deve ser estudada como parte de uma interpretação enquanto atividade geral. É buscando entender a interpretação como uma atividade única que o autor vai construir o paralelo entre a literatura e o direito.

Parte-se, para tanto, da hipótese estética, em que a interpretação vai buscar mostrar a melhor maneira de ler a obra, a que a revela como melhor obra de arte. Tal hipótese pressupõe uma subteoria sobre a identidade de uma obra de arte, para distinguir entre interpretar e modificar. O estilo de interpretação vai depender das convicções teóricas do crítico. A hipótese estética nega a distinção categórica entre interpretação, como revelação do real significado de uma obra de arte, e crítica, como avaliação da importância da obra (DWORKIN, 2000).

A escola da intenção do autor tomaria como base para valorar uma obra de arte uma visão restrita e estrita das intenções do autor. Essas, contudo, são estruturadas, dependem de opiniões interpretativas. O estado de espírito do autor é muito complexo para ser descoberto, como pretendem os intencionalistas.

No momento, pretendo apenas afirmar que a idéia da intenção do autor, quando se torna um método ou um estilo de interpretação, implica em si mesma as convicções artísticas do intérprete: estas serão muitas vezes fundamentais para estabelecer aquilo em que, para tal intérprete, realmente consiste a intenção artística desenvolvida (DWORKIN, 2007, p. 70).

Para Dworkin, o artista interpreta enquanto cria, e o crítico precisa criar quando interpreta. O artista, ao buscar criar arte, precisa saber o motivo pelo qual o que está fazendo pode ser considerado arte. O crítico, apesar de limitado pelo fato da obra, tem o compromisso com a responsabilidade de escolher a maneira de ver, compreender a obra que a mostre como a melhor arte (DWORKIN, 2000, p. 235). O

senso de valor artístico do intérprete é inserido na reconstrução da intenção do artista (2007).

A interpretação jurídica precisa, a exemplo da artística, passar por um teste de duas dimensões, em que a interpretação deve se ajustar à prática jurídica e demonstrar seu valor, em termos políticos, como a melhor política ou princípio a que obedece (DWORKIN, 2000, p. 239). É preciso aceitar que usar a teoria política não é uma forma de corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretar.

Para decidir em casos controversos, Dworkin vai propor que se jogue o jogo do sorteio dos romancistas, em que esses devem continuar a escrever um romance a partir dos capítulos já escritos pelos escritores anteriores. Cada juiz, aplicando o sorteio à esfera jurídica, é um elo do romance em cadeia. “Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo.” (DWORKIN, 2007, p. 275).

Os juízes seriam comparáveis, na distinção entre direito e literatura, às funções tanto de autor quanto de crítico, como parte de um mesmo processo. O autor presente critica as páginas anteriores e o subsequente também critica as páginas anteriores. Crítica e autoria se fundem como um processo uno no direito. Isso não significa que o único crítico do juiz seja o próprio juiz, pois há o observador externo também. Dworkin não propõe que a sociedade seja governada por juízes, só defende que, no processo de formação dos discursos nos tribunais, juízes são, simultaneamente, autores e críticos.

Além disso, para Dworkin, a distinção entre interpretar e inventar é, ela própria, interpretativa, pois é necessário usar uma convicção interpretativa, sobre as leituras que destruiriam a integridade artística de um texto, para rejeitar leituras inaceitáveis (2000, p. 252-253).

Na interpretação, inexiste um resultado objetivo, não podem ser consideradas verdadeiras ou falsas as interpretações. A correção de uma leitura depende da que torna o poema ou a lei melhores, estética ou politicamente (DWORKIN, 2000, p. 254).

É imprescindível entender que nenhuma convicção que se possui sobre o mundo é imposta por uma realidade independente da teoria que adotamos. As opiniões que temos resultam da aceitação anterior a alguma estrutura teórica (DWORKIN, 2000, p. 254).

Penso que o problema da objetividade, tal como geralmente colocado, é um embuste, pois a própria distinção que poderia dar-lhe significa, a distinção entre argumentos substantivos nas práticas sociais e argumentos céticos sobre práticas sociais, é falsa. (...) disse que a questão do que “independência” e “realidade” constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a questão de se os julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa (DWORKIN, 2000, p. 262).

Quanto à fundamentação do direito, juristas podem divergir de duas maneiras. A divergência empírica sobre o direito consiste em acordar sobre os fundamentos do direito, mas divergir a respeito da observância de tais fundamentos em determinado caso. A divergência teórica sobre o direito vai discordar sobre os fundamentos do direito, sobre o que a lei realmente é. O público leigo se preocupa com a questão da fidelidade, ou seja, se preocupa se os juízes descobrem ou inventam o direito. Esse debate, contudo, só faria sentido se todos estivessem de acordo quanto ao que é o direito, se não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito.

Para a corrente que defende ser o direito simples questão de fato, a divergência teórica é uma ilusão. Essa corrente entende que o direito é o que as instituições jurídicas decidiram no passado, independentemente do que ele deveria ser. Para Dworkin, o ponto de vista do direito como simples fato, predominante nos meios acadêmicos, é mais uma evasiva do que uma teoria.

O autor enuncia uma abordagem teórica para explicar a interpretação de práticas e estruturas sociais. Defende a existência de uma interpretação construtiva, que cuida dos propósitos do intérprete. De acordo com ela, o intérprete deve tornar o objeto ou prática o melhor possível do gênero, sendo que a história exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis. A interpretação deve atribuir o máximo de valor à prática, mas isso não quer dizer que o intérprete pode fazer de uma prática aquilo que deseja que fosse (DWORKIN, 2007).

Dizer que a Convenção 158 da OIT é meramente programática ou denunciá-la como forma de excluí-la do ordenamento brasileiro seria negar uma interpretação construtiva ou, ainda, ignorar a coerção exercida pela história sobre as interpretações disponíveis.

## **2.3 LIBERALISMO, IGUALDADE SOBERANA E PROPRIEDADE PRIVADA**

O liberalismo é uma moral política constitutiva que defende igualdade econômica, intervencionismo, liberdade de expressão, igualdade racial, laicização do Estado, descriminalização de delitos morais e o uso enérgico do poder do governo para obter tais objetivos. Segundo o filósofo, o liberal precisa de um sistema de direitos civis que identifique as decisões políticas provenientes de preferências externas e as retire das instituições políticas majoritárias. O liberal vai entender que o processo serve para evitar que uma classe se sobreponha a outra e que o julgamento seja corrompido por preferências externas.

Para o liberalismo, os seres humanos devem ser tratados como iguais pelo simples fato de ser essa a postura correta. A igualdade do liberalismo é um princípio de organização política exigido pela justiça, não um modo de vida para os indivíduos. O liberalismo quer proteger os indivíduos com necessidades especiais ou ambições excêntricas da preferência majoritária reforçada institucional e socialmente (DWORKIN, 2000).

Seriam condições para uma definição da moralidade constitutiva do liberalismo a autenticidade, que exige a formulação de posições consideráveis como constitutivas de programas políticos na cultura em que se inserem, a inteireza, como ligação com o último acordo liberal, podendo ser causa constitutiva, em oposição a outras, consideradas derivadas, a distinção, que é a necessidade de princípios constitutivos detalhados, para diferenciar moralidades políticas rivais e a preferência por uma formulação abrangente e moderada (DWORKIN, 2000).

O liberal, portanto, atraído pela economia de mercado e pela democracia política por razões claramente igualitárias, descobre que essas instituições só produzirão resultados igualitários se ele acrescentar a esse esquema tipos diferentes de direitos individuais (DWORKIN, 2000, p. 295-296).

Para Dworkin, é preciso rejeitar a idéia rasa de que o liberalismo consiste numa ponderação diferente dos princípios constitutivos de igualdade e liberdade (DWORKIN, 2000, p. 285).

O que o direito norte-americano denomina liberais corresponde à tradição de direitos constitucionais fundamentais no direito interno. Tal denominação não se confunde com o uso do termo no Brasil, em que liberal é entendido como conservador e em que liberalismo é liberalismo econômico. No direito norte-americano, o liberalismo é político e liberal é aquele que cuida de direitos e garantias fundamentais e que não curva a interpretação constitucional a interesses da maioria

econômica ou interesses religiosos. Os liberais de Dworkin, dessa feita, são pessoas que vêm nos direitos constitucionais garantias contra a maioria. Ao liberal, contudo, não cabe dizer o que é viver bem. Cabe a cada pessoa decidir o seu projeto de vida, se viver uma relação homoafetiva ou heteroafetiva, por exemplo.

O liberal objetiva excluir as preferências externas, como os argumentos alheios ao direito candidatos a ordenar a interpretação do direito, do processo democrático por meio dos direitos civis. A preferência externa sobre o tema da despedida arbitrária seria a preferência pelo capital e a vontade de que a demissão imotivada seja a mais livre possível.

Um liberal, na concepção de Dworkin, legislaria escolhendo como mecanismos para satisfação da necessidade de igual tratamento, a despeito das discordâncias, o mercado econômico e a democracia representativa. Para o liberal, seria uma falha admitir que diferenças moralmente irrelevantes, como a de talentos, afetam a distribuição (DWORKIN, 2000).

O liberalismo pode se basear na neutralidade, não oferecendo argumentos contrários a justificativas utilitaristas ou pode ser um liberalismo baseado na igualdade, em que há um compromisso positivo com uma moralidade igualitária. São princípios do liberalismo baseado na igualdade a obrigação que tem o governo de não impor restrições a nenhum cidadão com base em argumentos que desrespeitam o senso de igual valor, de não impor a moralidade privada, e de permitir que cada pessoa use, em seus projetos de vida, não mais que uma parcela igual dos recursos disponíveis para todos (DWORKIN, 2000, p. 307).

O liberalismo vai de encontro ao o argumento utilitarista em que perdas irreversíveis para uma minoria são aceitáveis para atingir ganhos para a maioria, pois isso fere a igualdade.

Se nosso governo só pode oferecer um futuro atraente por meio da injustiça do presente – obrigando alguns cidadãos ao sacrifício em nome de uma comunidade da qual estão excluídos em todos os sentidos -, então devemos rejeitar esse futuro, por mais atraente que seja, porque não devemos considerá-lo como o nosso futuro (DWORKIN, 2000, p. 317).

Para Dworkin, as distribuições do mercado devem ser corrigidas para que os excluídos se aproximem dos recursos que teriam tido, não fosse a desvantagem inicial por sorte ou incapacidade inerente. Os programas de redistribuição, contudo, não podem ser completamente justos por ser difícil identificar o que foi fruto de

escolha e o que é uma desvantagem. O que se sugere é que, ainda que de forma problemática, a redistribuição precisa ser feita.

Walzer vai defender a teoria pluralista que objetiva a igualdade complexa, em que cada tipo de recurso deve ser distribuído de acordo com um princípio adequado à sua esfera (DWORKIN, 2000, p. 319). Nesse sentido, a liberdade de iniciativa do patronato de demissão de seus empregados não seria a liberdade de fazer o que bem entender. Seria uma liberdade complexa, mas, como toda liberdade complexa, só se torna visível quando colocadas diante dela as igualdades.

Dworkin critica a teoria de Walzer nos seguintes aspectos: há um número limitado de esferas, o ideal de justiça é relativista, não há possibilidade de construção de um novo padrão de distribuição, não é simples assim a lógica de distribuição e a teoria é inútil em uma sociedade complexa como a nossa. Para Dworkin, o ideal de igualdade complexa é impraticável por não haver uma convenção do que seja justiça, sendo que esse debate deve, necessariamente, ser efetuado no caso concreto (DWORKIN, 2000, p. 327).

Os liberais, mais que os conservadores, buscam a igualdade no seu segundo significado, que seria aquele que exige que o governo trate igualmente todos os que estão sob seu cuidado na atribuição de oportunidades. A igualdade em uma primeira acepção seria a que exige que o governo trate todos como iguais. A concepção de igualdade de um liberal é aquela em que o governo permanece neutro a respeito da questão do viver bem (DWORKIN, 2000).

O liberalismo é adequado à igualdade de recursos, argumentei, não porque seja formalmente necessário para um leilão bem-sucedido, mas porque o parâmetro liberal expressa melhor a interpretação feita pela igualdade de recursos do princípio igualitário abstrato do que qualquer parâmetro alternativo (DWORKIN, 2005, p. 250).

Dworkin defende que não existe o direito de liberdade em sua concepção tradicional (2002). Em uma leitura constitucional, no âmbito do Estado Democrático de Direito, deixa de existir a possibilidade de uma liberdade geral que não conheça os limites de sua aplicação particular. Liberdade e igualdade precisam se articular simultaneamente. Admitir a existência de um direito geral à liberdade é um “desserviço ao pensamento político: cria o falso conflito entre a liberdade e outros valores” (DWORKIN, 2002, p. 417), evitando que se atinja o verdadeiro cerne da questão no caso.



Em primeiro lugar, chamo de liberdade o que às vezes se chama liberdade negativa – liberdade de restrições legais – e não liberdade ou poder de maneira mais geral. Em segundo lugar, não estou interessado na liberdade em geral, porém somente na ligação entre a liberdade e a igualdade distributiva. Portanto, embora venha a defender uma tese característica do liberalismo, de que a liberdade das pessoas com relação a questões de caráter pessoal não deve ser infringida, defenderei essa tese somente contra as refutações fundamentadas em seus argumentos distributivos (DWORKIN, 2005, p. 157).

Para o autor, a aceitação da igualdade de recursos como a melhor concepção da igualdade distributiva entende que a liberdade é um aspecto da igualdade, e não um ideal político autônomo. Defende-se a igualdade de recursos, em prejuízo da noção de igualdade de bem-estar, pois a igualdade de recursos oferece uma explicação mais aceitável de nossas convicções intuitivas sobre liberdade do que as teorias que defendem a liberdade e a igualdade como valores independentes e conflituosos. Para o filósofo, o mercado econômico, com atribuição de preços a bens e serviços, deve estar no núcleo de qualquer teoria da igualdade de recursos (DWORKIN, 2005). “A liberdade é essencial para a justiça política porque a comunidade que não protege a liberdade de seus membros não os trata – não pode tratá-los – com igual consideração da melhor forma que se possa entender o que significa” (DWORKIN, 2005, p. 248).

A igualdade de bem-estar seria um esquema distributivo que trata as pessoas como iguais quando não há transferência a ser feita para deixar as pessoas mais iguais em bem-estar. A igualdade de recursos, por sua vez, distribui os recursos de modo que nenhuma transferência possa tornar a distribuição das parcelas do total mais igual (DWORKIN, 2005).

“Se eu estiver certo nos diversos argumentos que fiz, a igualdade de bem-estar não é um ideal tão coerente ou atraente como geralmente se crê.” (DWORKIN, 2005, p. 74). A igualdade de bem-estar é combatida e um dos argumentos é a consequência dessa teoria, que diz que as pessoas que cultivam gostos dispendiosos devem ter mais recursos do que as pessoas de gostos baratos. Aqueles que possuem gostos dispendiosos deveriam ter maior renda para alcançar o mesmo nível de bem-estar daqueles com gostos menos dispendiosos. A manutenção de gostos dispendiosos reduziria o bem-estar geral com um estoque de recursos. O compromisso intuitivo exigido pelo problema dos gostos dispendiosos está dentro da idéia de igualdade (DWORKIN, 2005).

A questão das deficiências também é posta em cheque pelo filósofo. Para ele, não fica claro que se precisa de uma concepção de bem-estar para explicar por que os deficientes devem ter mais recursos que os saudáveis. Não é sempre que as pessoas com deficiência têm menos bem-estar que os que não portadores de necessidades especiais (DWORKIN, 2005).

Proponho igualmente que os direitos individuais a diferentes liberdades devam ser reconhecidos somente quando se puder mostrar que o direito fundamental a ser tratado como igual exige tais direitos. Se isso for correto, o direito a diferentes liberdades não entra em conflito com nenhum suposto direito à igualdade concorrente; ao contrário, decorre de uma concepção de igualdade que se admite como mais fundamental (DWORKIN, 2002, p. 421).

Tecidas tais considerações sobre os ideais de liberdade e igualdade, é possível explanar como esses valores se relacionam na teoria de Dworkin. Existe uma aparência de colisão entre liberdade e igualdade, mas essa aparência não se demonstra verdadeira. E não é que elas dêem as mãos amigavelmente, elas se tensionam. É preciso pensar a igualdade dentro do contexto da liberdade e vice-versa, e não sopesando uma com a outra, mas admitindo a integridade do direito como uma exigência simultânea de articulação de ambos, tanto igualdade quanto liberdade.

Se uma teoria colocar como cerne a colisão entre liberdade e igualdade na interpretação do direito, não vai servir o direito como instrumento de resistência à economia ou à política. Se resolvermos a tensão do ponto de vista de quantificar a necessidade de liberdade e de igualdade, ocorrerá a submissão da lógica da interpretação do direito aos interesses da maioria. Em cada caso é preciso, sempre, afirmar simultaneamente liberdade e igualdade, tensionadas, e provar como elas estão presentes (DWORKIN, 2000).

Para Dworkin, a questão soberana da teoria política consiste em saber, em um estado liberal de igualdade, quais desigualdades de bens, oportunidades e liberdades são permitidas em tal estado e o motivo dessa concessão. O governo deve tratar as pessoas com igual consideração e respeito, e isso implica igual tratamento (mesma distribuição de bens e oportunidades) e ser tratado como igual (direito a igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos) (DWORKIN, 2002).

Um governo que respeita a concepção liberal de igualdade pode restringir a liberdade, de maneira adequada, com base em tipos limitados de argumentos. Os

argumentos de princípio dizem que a restrição específica à liberdade é exigida para proteger o direito específico de algum indivíduo que seria prejudicado pelo exercício da liberdade. Os argumentos de política apóiam as restrições por serem elas necessárias para alcançar algum objetivo político geral que beneficie a comunidade como um todo (DWORKIN, 2002). É ilusório o caráter igualitário dos argumentos como os de política, de cunho utilitarista, em que as restrições à liberdade são necessárias para promover um objetivo coletivo da comunidade que seja mais desejado que qualquer outro, tratando cada membro da comunidade com igual consideração e respeito. A preferência global por uma política seria definida tanto por preferências sociais quanto por preferências externas, as quais não deveriam ser levadas em conta, de acordo com o autor (DWORKIN, 2002).

Os argumentos de política ideais afirmam que a comunidade estaria em melhor situação por estar mais próxima de uma comunidade ideal, pouco importando se seus membros desejam ou não tal melhoria. Para os liberais, tais argumentos não podem ser usados se a idéia for controversa dentro da comunidade. Um governo, para eles, não pode dizer que certas formas de vida são mais valiosas que outras (DWORKIN, 2002).

Ressalte-se que a igualdade a que se está a referir é a de recursos, ou, ainda a igualdade de possibilidade de invocação de garantias fundamentais. Trata-se de um direito que não revoga o modo de produção capitalista. Não se quer, por exemplo, um direito do trabalho que vai obter a vitória do proletariado, pois é aceitável e sabido que vivemos numa sociedade desigual do ponto de vista econômico. O máximo que se discute, no campo do direito, é a possibilidade de uma igualdade que não seja formal, que seja substancial, mas do ponto de vista dos recursos jurídicos invocáveis e disponíveis.

Em relação à dispensa imotivada, a liberdade do empregador de despedir arbitrariamente precisa ser pensada a partir da concepção de que não há um direito geral de liberdade. O direito de liberdade deve ser entendido dentro da noção de igualdade. E, no mesmo sentido, os recursos jurídicos disponíveis deve proporcionar um incremento de igualdade substancial, ou seja, é preciso fazer com que a vedação à despedida arbitrária de fato aumente a igualdade das relações trabalhistas.

Em termos de liberdade e igualdade, pode-se pensar que há a liberdade do empregador de demitir e há a igualdade a ser empenhada no tratamento dado aos

empregados. Partindo-se da configuração de que a igualdade de tratamento dos empregados, do ponto de vista constitucional, colide com a liberdade do patrão, isto é, a valorização social do trabalho colide com o direito de iniciativa, o direito não vai resolver isso. Será sempre necessário recorrer a teorias políticas ou econômicas e verificar também a orientação ideológica de quem decide. Alguém que se filie a ideologias de direita, afirmaria a liberdade do patrão, e alguém que acredite na esquerda, afirmaria a igualdade do trabalhador. O direito ficaria reduzido a preferências ideológicas, perdendo a sua função.

O direito precisa vincular para além dessas preferências ideológicas e vincular a comunidade de princípios aos seus valores em competição. O patronato, invariavelmente, deseja ter toda a liberdade possível e não há dúvidas de que o empregado quer ter todos os direitos e garantias possíveis. É imperioso destacar que ambos formam a mesma comunidade política. A solução para isso, em Dworkin, não é colocar um em colisão com o outro, mas compreender que, em cada decisão, é preciso dar completo curso a ambos os comandos constitucionais. A resposta de como fazer isso se encontra em cada caso concreto, em cada objeto concreto de pesquisa.

Há quem defenda que empregados podem ser demitidos livremente pelo empregador, até por que existe uma meritocracia em que o mau empregado será dispensado. A discussão liberal vai dizer que os empregados podem ser demitidos livremente pelo empregador sem meritocracia, sendo que o bom empregado pode também ser demitido. A noção de bom ou mau empregado, dessa forma, envolve a perspectiva subjetiva. E a garantia pública de igualdade do empregado não pode depender de ele ser bom ou mau subjetivamente, mas objetivamente, pois é preciso demonstrar uma necessidade patronal para a demissão.

O que se busca, aplicando a garantia pública de igualdade à problemática da motivação da dispensa, é que as razões deixem de ser meramente subjetivas e passem a ser carregadas de certa objetividade. É nada mais que isso que a Convenção n. 158 da OIT está afirmando: é preciso demonstrar a necessidade patronal de demissão. Não está recuperando a estabilidade no emprego e não está passando do capitalismo para o socialismo. A Convenção, pelo contrário, confirma o sistema capitalista.

O escopo da objetividade nas motivações das despedidas decorre, também, do caráter público que se atribui aos atos, até então entendidos como privados, no

Estado Democrático de Direito. A dispensa de empregado não é ato exclusivamente privado, considerando que, a rigor, nenhum ato o é. Nem o ato mais íntimo que se possa imaginar, que é a relação sexual, é exclusivamente privado. Se, na relação sexual, ainda que consensual, houver o uso de violência, há uma garantia pública da vítima contra o seu parceiro. A relação se eiva de ilegalidade se ausente o consentimento desvirtuado da outra pessoa. Nenhum ato para a sociedade moderna é absolutamente privado: nenhum deles existe sem que haja de fato uma garantia pública de igualdade e de liberdade. Sem uma garantia pública, nem mesmo a liberdade sexual sobrevive argumentativamente como exercício de uma liberdade privada.

A relação entre público e privado no Estado Democrático de Direito está deixando de ser exclusão para se tornar tensão entre as duas coisas, podendo essa ser observada em greves e em questões cotidianas.

O que é público requer uma garantia privada para permanecer público, e o que é privado requer uma garantia pública para permanecer privado. Isso pode ser observado em uma relação macro, como a relação entre a soberania do Estado e os direitos humanos, que podem ser traduzidos nos ordenamentos internos como direitos e garantias fundamentais. Na soberania do Estado, há uma pretensão pública muito forte carregada nos direitos e garantias fundamentais. Mas direitos e garantias fundamentais precisam, para serem respeitados, de um Estado soberano ou de uma comunidade de estados soberanos que lhes dê garantia. Um Estado soberano, por seu turno, precisa, para permanecer democrático, de direitos e garantias fundamentais.

No campo dos direitos mais especificamente tratados nos direitos internos, essa mesma tensão se estabelece. A compreensão da relação de trabalho, por exemplo, requer a tensão e a complementariedade entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho, ambos princípios constitucionais brasileiros. A resposta vai ser encontrada, portanto, com a união de dois princípios constitucionais que, no lugar de se excluírem, tensionam-se e se complementam.

Para que haja a valorização social do trabalho, garantia pública da relação trabalhista, é preciso que se respeite a autonomia que as pessoas têm de trabalhar ou não, conforme a sua escolha. Mas, ao mesmo tempo, essa garantia da livre escolha entre exercer ou não atividade laboral requer uma garantia pública de que as relações de trabalho não pertencem exclusivamente às partes. É nesse contexto

que se afirma a existência de princípios constitucionais que delimitam mínimos civilizatórios para cada contrato individual de trabalho.

Então um contrato individual de trabalho, assim como tudo no Estado Democrático de Direito, é, simultaneamente, tanto público como privado. O que se percebe é a necessidade, para a relação de emprego, de uma garantia pública de observância de um mínimo civilizatório fixado no texto constitucional. Fixado, não imutavelmente, mas fixado para um futuro que é presente, que se abre agora e se incorpora na articulação, por exemplo, de uma garantia como essa: de que nenhuma demissão será absolutamente arbitrária, pois precisa estar justificada publicamente.

Temos políticas públicas de emprego, empregabilidade, ocupação de mão de obra. São garantias necessárias a uma sociedade livre e produtiva. A vivência em um regime capitalista deve passar pela compreensão de que tal sistema não precisa estar abaixo dos patamares civilizatórios que temos incorporados pela nossa própria trajetória civilizatória.

A Convenção n. 158 da OIT, de todos que estão empregados ou empregam, exige uma justificativa. Há que se esclarecer que o empregador vai continuar a ter justificativas pessoais para demitir um funcionário. É preciso apenas saber se essas justificativas se sustentam publicamente, se não são simples abusos de interesse pessoal. A Convenção promove igualdade obrigando as liberdades a tomarem determinada feição. Não está simplesmente restringindo liberdades, está tornando públicas as razões da demissão e, desse modo, verificando se tal demissão se sustenta publicamente.

Importa, ainda, à análise da vedação à despedida arbitrária, o direito à propriedade. Ao considerar o direito à propriedade, diz Dworkin, em comparação com a liberdade, que ele conclui não existir como direito genérico:

Não consigo imaginar nenhum argumento de que uma decisão política de limitar esse direito – da maneira como as leis sobre o salário mínimo o limitaram – antecipadamente faça valer preferências externas, de um modo que agride o direito a igual consideração e respeito daqueles cuja liberdade é reduzida. Se, como penso, nenhum argumento desse tipo pode ser concebido, então o pretextado direito não existe. Seja como for, não pode haver nenhuma incoerência em negar que ele exista enquanto se defende, com unhas e dentes, o direito a outras liberdades (DWORKIN, 2002, p. 427).

A propriedade privada precisa ter uma função social na leitura constitucional. Essa função social seria aplicável também à propriedade do capital como um todo. Nesse sentido, o capitalista precisa dar função social à sua propriedade, sendo a ele

negado o direito de demitir alguém por simples capricho. Todavia, nenhum ato, para ser constitucional, pode ser ato de capricho. O argumento de princípio que toda argumentação jurídica tem que ter é o respeito à constituição. Pode o ato ser de vontade, mas com observância de direitos públicos na liberdade privada.

Dworkin explica, a esse respeito, que a propriedade privada não é uma relação singular entre uma pessoa e um recurso material, mas uma relação multifacetada, de que advêm aspectos politicamente acordados (2005, p. 80).

Ao abordar aspectos politicamente definidos, o autor fala de políticas públicas. O juiz não delibera sobre políticas públicas, não pode, por exemplo, dizer qual é a política de proteção contra a dispensa arbitrária, pois não lhe cabe decidir o que fazer para proteger o trabalhador.

No que tange à proibição de dispensa imotivada, contudo, há a possibilidade de efetivar a proteção pela ação do Judiciário. As esferas políticas já tomaram a decisão em torno da vedação à dispensa imotivada: participar da Convenção no âmbito internacional e ratificá-la no ordenamento interno. Os juízes, portanto, ao decidirem a favor da proibição da dispensa imotivada, não estariam inventando essa proteção. Ela existe e consta na própria constituição federal, sendo, portanto, inadmissível a postura do juiz que se limita a lamentar a denúncia que tentou retirar do ordenamento a garantia de vedação à dispensa arbitrária.

## **2.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

A análise econômica sustenta, em seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de modo que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social atribuindo, por exemplo, direitos aos que comprariam, não fossem os custos da transação (DWORKIN, 2000, p. 356).

A maximização da riqueza social é defendida como um objetivo digno pela teoria imodesta proposta por Posner, que diz que a riqueza social é o único componente do valor social, e pela teoria modesta, em que a riqueza social é um componente entre outros do valor social. Assiste melhor razão, todavia, à tese de que a riqueza social não pode ser defendida como um componente de valor. Nenhuma das duas teorias poderia estar correta, pois a história mostra que um ganho de riqueza pode ser contrabalançado por perdas de utilidade ou justiça. Para

Dworkin, é também inexitoso o esforço de buscar um valor instrumental da maximização de riqueza (2000).

Não basta, de acordo com o referido autor, afirmar que a maximização da riqueza encorajará o respeito aos direitos individuais, é preciso que a sociedade especifique tais direitos. Para ele, a afirmação de Posner, de que os direitos devem ser atribuídos instrumentalmente de forma que promova a maximização de riqueza, precisa ser limitada, ou seja, demandaria alguma afirmação moral independente a favor dos direitos recomendados pela maximização da riqueza.

Para Dworkin, não fica clara a relação entre a maximização de riqueza e a melhora de bem-estar na sociedade pela produção de bens e serviços, pois pode ser que a maximização não gere mais bem estar para os outros do que sistemas políticos e econômicos encorajadores de um altruísmo mais direto (DWORKIN, 2000).

A lógica do capital sugere a liberdade de demissão do empregado, por favorecer a manutenção da competitividade entre empresas, reduzindo os custos da produção de bens e viabilizando um mercado consumidor maior. Nela, tudo é feito e pensado para maximizar o lucro. Se, para isso, for preciso abrir mão de liberdades e garantias individuais, elas serão sacrificadas. Direitos fundamentais do indivíduo deixam de ser essenciais diante de algo mais fundamental: o desenvolvimento econômico. Para essa corrente, o direito é não mais que um apêndice de políticas que se curvam a necessidades, por exemplo, de ordem econômica.

Em síntese, Posner afirma que os direitos devem ser atribuídos instrumentalmente de forma que promova a maximização da riqueza. A crítica feita por Dworkin é que esse argumento não é limitado, como se recomendaria. Seria necessário haver alguma afirmação moral independente a favor dos direitos que a maximização de riqueza recomenda. Posner diz que, em uma sociedade voltada para a maximização da riqueza, as pessoas só melhoram sua posição beneficiando outros, ao produzir bens e serviços. Dworkin critica aduzindo que não é claro que a maximização de riqueza vai gerar mais bem-estar (DWORKIN, 2000).

Conclui-se que Dworkin não aceita a maximização da riqueza nem como valor em si, nem como valor instrumental. Ele rejeita as duas concepções e enuncia que a maximização de riqueza não é parâmetro para interpretar o direito. Não é propósito do direito promover a maximização de riquezas. O propósito do direito é promover a liberdade e a igualdade, simultaneamente nas suas extensões



completas. É necessário buscar, no lugar de decidir conforme conveniências econômicas, nos princípios constitucionais, justificativa que preserve a liberdade e a igualdade. A constituição é uma afirmação da exigência de igualdade e liberdade. Toda a interpretação constitucional deve ser buscada diante desse par de valores.

Para Dworkin, o economista deve adotar uma teoria da justiça padronizada, em que a distribuição é justa quando se conforma a algum padrão que possa ser distinguido independentemente da história de como a distribuição ocorreu (DWORKIN, 2000, p. 381).

As afirmações instrumentais a favor da maximização da riqueza são mais plausíveis se forem associadas a uma das teorias padronizadas, não meritocráticas, de justiça, tal como as teorias de utilidade ou *maximin*, do que a qualquer outra. Elas não podem ser excluídas conceitualmente, como, por exemplo, as afirmações instrumentais de Posner. Mas ainda são – no estado atual, com certeza – afirmações sem nenhum fundamento (DWORKIN, 2000, p. 392).

Posner afirma que órgãos do governo, como Tribunais, devem maximizar a riqueza social. Para tanto, embasa-se em dois argumentos: pelo argumento do consentimento, é possível considerar que todos aprovaram antecipadamente princípios ou regras que serão aplicados pelos juízes; pelo argumento do interesse universal, a imposição desses princípios ou regras é do interesse de todos, inclusive do litigante que perde a ação.

O argumento do consentimento não é válido por que Posner termina por confundir consentimento efetivo com escolha contrafactual, a qual é, por sua vez, irrelevante para a justificação política (DWORKIN, 2000, p. 413).

O argumento de Posner do interesse comum tem o objetivo de fornecer as características utilitárias (DWORKIN, 2000, p. 425). A eficiência de Pareto requer que quase todos estejam em situação melhor e ninguém esteja em situação pior. O problema é que vai existir alguém em prejuízo não indenizado e que, portanto, estará em situação pior. O bem-estar efetivo de todos, portanto, não estará aumentado. Posner vai dizer que só um fanático insistiria na unanimidade absoluta, mas Dworkin vai insistir que o critério de Pareto exige que ninguém fique em situação pior, sendo a regra de tudo ou nada. O critério de Pareto teria valor ao evitar a justificativa para que o prejuízo de alguns ocorra como condição para o lucro de outros, apesar de violar a igualdade absoluta de bem-estar ao colocar alguém em melhor situação que os outros, ainda que não prejudique ninguém (DWORKIN, 2000).

## 2.5 INTEGRIDADE

Como o convencionalismo, o direito como integridade aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas. (...). Supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurarem, entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce. A resposta da integridade à terceira pergunta – sua descrição da natureza da coerência com as decisões políticas do passado, exigida pelo direito – apresenta uma diferença correspondente com a resposta dada pelo convencionalismo. Sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa (DWORKIN, 2007, p. 120).

O direito como integridade possui três dimensões. A primeira é a que afirma ser a decisão judicial uma questão de princípio, não de acordo político ou estratégia. A segunda é a afirmação vertical da integridade, em que o juiz deve demonstrar que uma liberdade é fundamental por meio de precedentes da Suprema Corte ou estruturas principais de nosso sistema constitucional. A terceira é a afirmação horizontal da integridade, por meio da qual o juiz que adota um princípio deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide (DWORKIN, 2003, p. 204).

O direito, em Dworkin, é feito pela comunidade personificada, a partir de uma concepção de justiça e equidade. A comunidade teria uma só voz para dizer o que seria o direito em cada caso, e a voz seria identificada pelo trabalho hercúleo do juiz. A personificação da sociedade é em um sentido atuante, pressupondo que a comunidade pode adotar e ser fiel a princípios próprios, diversos dos de seus cidadãos enquanto indivíduos. Essa personificação da comunidade proposta pelo direito como integridade é mais séria do que falar de membros médios ou representativos de uma comunidade (DWORKIN, 2007, p. 208).

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 272).

A justiça e a equidade estariam associadas no direito como integridade. A justiça é a distribuição de recursos materiais e proteção de liberdades civis,

garantindo um resultado moralmente justificado. Verifica-se a justiça no caso concreto. A equidade é a certeza de que as normas jurídicas continuam valendo de forma geral e abstrata para todo mundo, que aquilo que está sendo julgado não é um caso de exceção. A equidade busca encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político da maneira mais adequada, que atribuem a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões de seus governantes (DWORKIN, 2007).

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à exata natureza dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização (DWORKIN, 2007, p. 202).

O compromisso com a norma na argumentação seria a necessidade de afirmar que ela vale para todo mundo. Para, só então, verificar se, naquele caso, ela justifica a aplicação do princípio. A equidade corresponde à alegação de que a constituição vale para todo mundo.

Se ela obriga a todos, a questão é descobrir, valendo a norma para todo mundo, os princípios que ela leva a incidir naquele caso. É preciso determinar os princípios que se aplicam à situação concreta. A constatação de que parte dos princípios não se aplica ao caso, não corresponde à revogação da constituição, só significa que não se aplica ao caso.

Nesse sentido é que é verdadeiramente interpretativa a noção de direito como integridade, sob o ponto de vista principiológico. O direito como integridade enseja a origem e a continuidade das interpretações, o encadeamento.

A integridade se divide em dois princípios, o legislativo e o jurisdicional. O legislativo torna o conjunto de lei coerente ao restringir o que os legisladores ou criadores do direito podem fazer ao expandir ou alterar as normas públicas. A integridade jurisdicional faz com que a lei seja vista como coerente, ou seja, requer que os juízes decidam como se respeitassem um conjunto coerente de princípios, que interpretem as normas descobrindo normas implícitas sob as explícitas (DWORKIN, 2007).

O cidadão tem seu papel ampliado na integridade. A vida moral e a política do cidadão se unem, e ele passa a agir interpretando a organização comum da justiça a que está comprometido pela cidadania. O público e o privado infundem-se em benefício de ambos. A obrigação política não é apenas obedecer às regras, mas há uma conotação protestante de fidelidade com o que cada um acredita ser o sistema de sua comunidade (DWORKIN, 2007). Dessa forma, a integridade se torna um ideal muito atraente.

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esse princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito (DWORKIN, 2007, p. 228-229).

São também três os modelos de comunidade elaborados por Dworkin. O modelo das circunstâncias tem membros que tratam a sua associação como acidente de fato da história e da geografia. Esse modelo rejeita a integridade e não distingue a sua comunidade das outras, ao cuidar de uma justiça abstrata e universalista. O modelo de regras afirma que os membros da sua comunidade obedecem a regras estabelecidas de uma forma específica da comunidade, e o conteúdo das regras esgota sua obrigação. Esse modelo, da mesma forma, não se adequa à integridade.

O modelo que satisfaz a integridade é o modelo do princípio, em que a comunidade política exige compreensão compartilhada. As pessoas são membros de uma comunidade política genuína quando governadas por princípios comuns, e não apenas por regras. A política é um espaço de debates sobre os princípios a serem adotados pela comunidade como sistema. Os direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas pelas instituições, mas dependem do sistema de princípios que essas decisões endossam. Essa comunidade não é automaticamente justa, pois a concepção de interesse equitativo pode ser falha, mas é o modelo que melhor satisfaz as condições da verdadeira comunidade política (DWORKIN, 2007).

Ainda que a nossa prática viole a integridade, aceitamos a integridade como um ideal político. A igualdade formal exige integridade e uma coerência lógica ao requerer fidelidade às regras, à equidade e à justiça (DWORKIN, 2007).

O direito como integridade exige que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação. E essa interpretação da constituição, para ser competente, precisa reconhecer que alguns direitos constitucionais se destinam exatamente a impedir que as majorias sigam suas próprias convicções quanto ao que a justiça requer. A equidade, portanto, deve render-se a certos direitos fundamentais (DWORKIN, 2007).

Sendo a constituição o fundamento, o juiz ideal, Hércules, deve ajustar a interpretação às disposições básicas do poder político da comunidade. É necessária uma justificativa oriunda de aspectos filosóficos da teoria política. Hércules precisa fazer questionamentos com o intuito, por exemplo, de descobrir até que ponto a constituição limita o Congresso e os estados a decidirem sobre questões de política e princípio. A constituição, por sua vez, vai estabelecer que cada jurisdição aceite o princípio igualitário de que as pessoas devem ser tratadas como iguais (DWORKIN, 2007).

De acordo com o direito como integridade, porém, essa inusitada intrusão judicial nas funções administrativas é apenas a consequência, em circunstâncias extremamente especiais e conturbadas, de uma visão perfeitamente tradicional do cargo de juiz. A tese de Hércules é, pelo menos, plausível: os juízes têm a obrigação de fazer cumprir os direitos constitucionais até o ponto em que o cumprimento deixa de ocorrer no interesse daqueles que os direitos deveriam proteger, e essa tese ofereceu uma interpretação aceitável e atraente da prática constitucional do passado (DWORKIN, 2007, p. 467).

Os direitos fundamentais descritos em uma constituição podem ser interpretados como princípios abstratos ou como expectativas concretas e específicas do constituinte e do legislador. Esse último entendimento define uma constituição de detalhes, reunindo um conjunto de pontos de vista históricos independentes que não possuem grande coerência. O primeiro entendimento, da constituição de princípios, é estimulante e determina que o governo deve respeitar princípios fundamentais e tratar os cidadãos com igual consideração e respeito. Afirma ser necessária a criação de uma constituição de princípios estipulando critérios morais, de grande alcance geral, que o governo deve respeitar, mas que

deixa para estadistas e juizes decidirem o que significam tais critérios nos casos concretos (DWORKIN, 2003).

Acredito que a desconfiança popular para com uma Constituição de princípios está mal colocada; a Constituição norte-americana, entendida como uma Constituição de princípios, provê uma forma de governo melhor do que qualquer outra em que as subdivisões governamentais do legislativo e do executivo sejam juridicamente livres para desconsiderar princípios fundamentais de justiça e decência. Uma Constituição de princípios, colocada em prática por juizes independentes, não é anti-democrática. Ao contrário, uma das precondições da democracia legítima encontra-se na exigência de que o governo trate todos os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade. A menos que se satisfaçam essas condições, não pode haver nenhuma democracia verdadeira, pois em tais circunstâncias a maioria não terá o direito moral legítimo de governar (DWORKIN, 2003, p. 172).

É preciso insistir em um princípio geral genuíno de poder: “os juizes, sejam quais forem suas concepções de justiça e equidade, devem aceitar uma restrição independente e superior, decorrente da integridade, em suas decisões” (DWORKIN, 2003, p. 204).

Os juizes precisam dar o melhor de si para elaborar e revisar, no decorrer do tempo, a estrutura de liberdade e igualdade exigida pelas cláusulas constitucionais abstratas. O poder dos juizes, contudo, não pode ser controlado por instrumentos mecânicos ou semânticos. As restrições devem ser encontradas na boa argumentação (DWORKIN, 2003, P. 202). “O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história” (DWORKIN, 2003, p. 204-205).

Os juizes conservadores, ou revisionistas, entendem que a Constituição detalhada deve ser interpretada pelo originalismo. É preciso questionar se os autores da constituição ou da Emenda pretendiam que ela tivesse essa consequência que se pretende atribuir. Há algumas dificuldades nesse processo. A primeira é descobrir quem foram de fato os autores da constituição, escolhendo entre congressistas, legisladores dos estados, a comunidade. Outra dificuldade seria definir o que se quer significar com intenção. O originalismo só se mostra útil por pedir aos juizes para atentar não para o que os autores queriam dizer, mas para os objetivos que pretendiam alcançar ao dizer o que disseram (DWORKIN, 2003).

Os juízes revisionistas dizem que as cláusulas de um sistema de princípios apenas aparentam ser abstratas, mas são, na verdade, mensagens codificadas de acordos históricos concretos e detalhados (DWORKIN, 2003).

A distinção feita pelos revisionistas entre direitos enumerados e não enumerados não faz sentido se aplicada às cláusulas constitucionais abstratas. Ao tomar essa distinção como base, decidem, na verdade, arbitrariamente (DWORKIN, 2003).

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p. 291).

O juiz Hércules proposto por Dworkin, e já mencionado, é mais reflexivo e autoconsciente, possui capacidade e paciência sobre-humanas e faz o que os juízes fariam se dispusessem de toda uma carreira para cuidar de uma só decisão. Ele aceita o direito como integridade (DWORKIN, 2007).

Hércules vai, como medida primeira do processo decisório, perguntar se, ao decidir, se adequou aos precedentes. Depois, se enunciou um princípio de justiça e, por último, se alguma das interpretações deve ser excluída por incompatibilidade com a prática jurídica geral. Ou seja, em dimensões temporais, o compromisso do juiz é examinar os precedentes do passado, o compromisso com o presente (justiça do caso concreto), e a preocupação com o futuro (sua decisão sinaliza que princípios são adequados ou inadequados para esse tipo de caso). O juiz Hércules, portanto, atua nas três dimensões do tempo (DWORKIN, 2007).

A integridade exige que o juiz questione se a sua interpretação poderia compor uma teoria coerente que justificasse a rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade como um todo (DWORKIN, 2007, p. 294).

Para Dworkin, decidir como Hércules é concordar em agir como participante de um empreendimento que estipula certas condições de verdade para as proposições do direito. A proposição de direito será verdadeira se for mais coerente com o direito estabelecido do que a contrária (DWORKIN, 2002).

Quando o juiz Hércules escolhe entre uma interpretação e outra, precisa tentar encontrar o argumento para que o direito seja o melhor possível. Isso é o que

Dworkin chama de “ler o direito à sua melhor luz”, dar ao direito a sua melhor leitura possível naquele caso concreto, que seria nada menos que o máximo.

Hércules acredita que é possível encontrar um conjunto de princípios plausíveis, mesmo que não se chegue a uma coerência perfeita. As contradições encontradas não são abrangentes em cada ramo do direito a ponto de inviabilizar a ação de Hércules (DWORKIN, 2007).

Nossa imperfeição na aplicação do direito é inerente à nossa condição humana, mas não devemos usar a nossa condição humana como desculpa para não exigir da aplicação o seu máximo. O juiz não pode dizer que não sabe se vai conseguir dar a melhor decisão para um caso concreto. Isso é inaceitável, ainda que aplicar o direito seja uma tarefa difícil.

Aplicação exigente do direito tem papel importante para Dworkin, que sabe que é ideal, mas não abre mão dela. O autor é, portanto, antipragmatista. Um pragmático diria que não chegamos nunca ao ideal, enquanto ele exige o ideal. Em uma democracia, qualquer pessoa exige o ideal do juiz, faz questão do juiz Hércules.

Ao comparar interpretações, o juiz Hércules deve refletir o princípio que seja o mais importante, o mais fundamental (DWORKIN, 2007). Do ponto de vista de Hércules, o propósito ou intenção da lei vem da integridade, de uma atitude interpretativa em relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei; e não da combinação de propósitos de legisladores particulares. Essa é, para Dworkin, a melhor interpretação da verdadeira prática judicial.

Hércules pode ser acusado de ignorar o verdadeiro direito e, em seu lugar, usar suas próprias concepções. O juiz ideal, contudo, dirá que é preciso uma razão política para afirmar que as interpretações devem corresponder às intenções dos juízes do passado. Hércules não abandona a integridade ao escolher entre duas interpretações adequadas. Cai por terra, portanto, a noção de que Hércules seria um impostor por defender que há uma resposta correta apenas, sendo que a subjetividade da moral política não permite a existência de uma única resposta correta (DWORKIN, 2007).

Se as autoridades nos tratam como reunidos e vinculados numa associação de princípios, perde o sentido dizer que não é justo que a resposta de um juiz seja definitiva se não há como provar que a opinião vencedora é a melhor (DWORKIN, 2007).



Dessa forma, a inclusão da Convenção 158 no nosso ordenamento deve levar em conta eventos políticos de sua aprovação para revelar a melhor interpretação da prática. Sendo a ratificação da Convenção corretamente interpretada pela integridade, pode-se alegar que foi um erro a sua denúncia.

A submissão da lei à história legislativa deve se dar, do ponto de vista de Hércules, da seguinte forma: o propósito ou intenção da lei vem da integridade, de uma atitude interpretativa em relação a eventos políticos que incluem a aprovação da lei e não da combinação de propósitos de legisladores particulares (DWORKIN, 2007).

Para Hércules, a integridade e a equidade irão balizar a justiça e a sabedoria de várias maneiras. A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem (DWORKIN, 2007, p. 405).

A comunidade baseada em princípios encara a legislação como decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política. A legislação não é apenas baseada no texto do código. Serão distinguidos atos legislativos performativos das explicações interpretativas desses atos e Hércules pode ou não aceitar tais interpretações como parte da lei (DWORKIN, 2007).

Hércules rejeita a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e recebe um único significado eterno. Ele interpreta o texto da lei e sua vida, seu processo. Sua interpretação muda na medida em que a história vai se transformando. A lei não tem, nessa leitura, criadores exclusivos, é identificada com uma multiplicidade de pessoas e instituições. Hércules vai buscar, no momento presente, a melhor descrição de uma história política que inclui a lei (DWORKIN, 2007).

Hércules não é um passivista, por não aceitar a ideia rígida de que os juízes devem se subordinar às autoridades eleitas. Ele também não é um ativista, pois vai se recusar a substituir seu julgamento por aquele do legislador, quando acreditar que a questão é política e não de princípio. Hércules também não se enquadra na categoria dos historicistas.

Hércules não cede à vontade da maioria contra disposições de proteção do indivíduo. Guia-se pela integridade constitucional, crê na constituição como a melhor interpretação da prática e do texto constitucionais como um todo e se preocupa, ao buscar a melhor interpretação, com as virtudes políticas concernentes à questão (DWORKIN, 2007, p. 474).

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. (...). Mas, se Hércules tivesse renunciado à responsabilidade que descrevi, que inclui a responsabilidade de decidir quando deve basear-se em suas próprias convicções sobre o caráter de seu país, teria sido um traidor, e não um herói da limitação judicial (DWORKIN, 2007, p. 476).

### **3 CRÍTICA À CONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA**

#### **3.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA DENÚNCIA**

A Convenção n. 158 foi submetida ao devido processo legislativo previsto na Constituição Federal para se incorporar ao ordenamento jurídico nacional. O Congresso Nacional aprovou o seu texto por meio do Decreto Legislativo n. 68/1992, com fulcro no art. 49, I, da Magna Carta, o qual estabelece a competência do Congresso para decidir sobre Tratados Internacionais. Como etapa posterior ao mesmo procedimento complexo, foi ratificada e promulgada pelo chefe do Executivo pelo Decreto n. 1.855/1996, nos termos do art. 84, IV e VIII, da Constituição. Coube também ao presidente da República publicar o tratado normativo.

É possível que a denúncia da Convenção n. 158 da OIT tenha sido realizada por uma pressão proveniente da incompreensão, por parte do patronato, a respeito dos objetivos de tal instrumento internacional. O escopo da Convenção não é conferir estabilidade ou garantia de emprego ao trabalhador. O que se intenta é limitar o poder potestativo do empregador na rescisão do contrato, exigindo-se a explicitação dos motivos justificadores da dispensa, que devem ser socialmente aceitáveis.

O fim da estabilidade decenal e o amplo poder de demitir, assegurados na Carta de 1988, possibilitaram dispensas discriminatórias e fraudulentas. Para além das dispensas discriminatórias, abrangidas pela Lei 9.029/95, ficam resguardadas pela Convenção n. 158 situações como, por exemplo, as dispensas de mão de obra com o único propósito de contratar novos trabalhadores por salários menores e as dispensas retaliativas. A Convenção, honrando o devido processo legal, protege o direito do obreiro de saber o porquê de sua dispensa, para, se for o caso, defender-se de acusações.

A Carta Política de 1988 não estabelece explicitamente o procedimento para denúncia de Tratados Internacionais, de forma que há dois entendimentos: o que defende que a denúncia deve observar o mesmo procedimento da incorporação de Tratados e o que admite a possibilidade de denúncia unilateral do Presidente da República. Melhor razão assiste à primeira corrente. Seria muito duvidosa a

possibilidade de o Presidente da República poder denunciar um Tratado Internacional (VIANA, 1997, p. 67).

A alegada tradição brasileira da possibilidade de denúncia de tratado pelo Poder Executivo, sem ouvir o Congresso, teve início com um parecer do doutíssimo Clóvis Bevilacqua, datado de 5 de julho de 1926, no caso do desligamento do Brasil da Liga das Nações. A premissa do parecer, contudo, é a de que o Poder Executivo esteja autorizado no próprio Tratado a fazer a denúncia nos termos nele estipulados (SUSSEKIND, 2008).

As disposições finais das convenções adotadas pela Organização Internacional do Trabalho dispõem, tal como o §1º do art. 17 da Convenção n. 158, que a faculdade de exercitar a denúncia é do Membro da Organização, e não do respectivo governo. A OIT, que observa com extremo cuidado a nomenclatura jurídica, distingue nitidamente o “Membro”, que é o Estado a ela filiado, do “Governo”, representado, no Brasil, pelo Poder Executivo (SUSSEKIND, 2008, P. 903).

A Convenção n. 158, portanto, prevê que é do Estado membro a competência para denunciar. É preciso, conforme citado, evitar a identificação entre os conceitos de Estado e governo.

O Decreto n. 2.100/96, que denuncia a Convenção, é frágil no aspecto formal, pois, da mesma forma que o governo não pode ratificar Tratado Internacional sem a participação do Congresso, não poderia denunciá-lo. Essa seria uma atitude subversiva dos princípios democráticos e constitucionais. Exige-se uma paridade de formas na aprovação e na denúncia de um instrumento internacional. Pelo princípio da simetria, são exigidas as atuações do Congresso e do chefe do Executivo para dar eficácia à norma internacional no âmbito doméstico e, na mesma medida, para fazer cessar a vigência desse mesmo Tratado (SOUZA, 2009, p. 33).

Ainda que não fosse exigido o princípio da simetria, o menos absurdo seria que a competência para resolver definitivamente e unilateralmente acerca de denúncia de instrumento internacional recaísse sobre o Congresso Nacional, que representa o povo. O reconhecimento da impossibilidade jurídica da denúncia teria como efeito a responsabilização internacional do Brasil e o reconhecimento dos direitos dos arbitrariamente despedidos:

Finalmente, em sendo a denúncia descompassada em relação à sistemática processual exigida pela Carta Política de 1988, a consequência é a de que o descumprimento da Convenção n. 158 da OIT gera, no plano internacional, a responsabilidade do Brasil, e no âmbito interno, seria como se não existisse, possuindo os trabalhadores contemplados pela referida

Convenção direito subjetivo ao pleito de proteção contra despedidas imotivadas e, caso elas já tenham ocorrido, à indenização cabível, consoante dispõe a Convenção n. 158 da OIT (ROSSI, 2010, p. 57).

A Convenção n. 144 da OIT dispõe que o Brasil, ao deliberar a respeito da denúncia da Convenção n. 158, deveria discutir de forma tríplice entre representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores (STEPAN, 2009). O art. 2 da Convenção n. 144, que estabelece que, antes de decidir pela denúncia, deve o governo consultar as organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, não foi observado pelo governo brasileiro.

Na reunião do dia 13 de novembro de 1996, não compareceram as confederações nacionais de trabalhadores dos diversos ramos profissionais e não houve consulta efetiva às entidades presentes. O Secretário de Relações do Trabalho expôs os motivos e as razões da denúncia, já decidida pelo governo federal, conforme notícia anterior da imprensa. Além disso:

(...) os presidentes das três centrais de trabalhadores discordaram e pediram a presença de Ministro do Trabalho, ou a submissão da matéria ao órgão Nacional, de composição tripartite, não sendo atendidas em nenhuma das solicitações, razão por que protestaram e duas delas se retiraram. Os representantes das confederações de empregadores concordaram com a denúncia (SUSSEKIND, 2008, p. 904).

Ademais, o art. 84 da Constituição Federal, que trata da competência privativa do presidente da República, não menciona a competência exclusiva sobre Tratados Internacionais ou a possibilidade de denúncia deles por ato do presidente.

A denúncia da Convenção foi ilícita, também, por se pautar em parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, órgão incompetente para tal, extrapolando suas funções e incorrendo em irregularidade.

O processo de Denúncia da Convenção 158 da OIT foi impulsionado por parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Referido parecer, contudo, trata-se de uma verdadeira interpretação de um instrumento internacional, dada por um órgão estatal, e cuja opinião foi acolhida uniformemente pela Administração Federal (SIQUEIRA NETO, 1998, p. 99).

Ao se admitir que a vedação à despedida arbitrária soma-se ao rol dos direitos e garantias fundamentais, a aceitação da denúncia se torna ainda mais improvável. É inadmissível que o presidente efetue uma denúncia a tal instrumento internacional, pois, se nem uma Emenda Constitucional, que passa por duas casas no Congresso, com *quorum* qualificado, pode abolir uma garantia fundamental, com muito menos razão poderia fazê-lo um ato unilateral do Presidente da República.

Há um direito expresso que requeria uma densificação, a qual ocorreu com a ratificação da Convenção, que foi ratificada e depois foi denunciada de maneira inaceitável. A denúncia não pode gerar o esvaziamento de uma garantia fundamental constitucionalmente assegurada. Se há até um instrumento constitucional, o mandado de injunção, para dar efetividade a essas garantias fundamentais, careceria de sentido aceitar como constitucional um ato unilateral do presidente da República tendente a fazer desaparecer a regulação de um direito fundamental previsto pela constituição.

Repousa, portanto, nesses argumentos a inconstitucionalidade formal do decreto que denunciou a Convenção n. 158 da OIT. O vício material, de acordo com Souza, consiste na violação ao princípio da vedação ao retrocesso social (2009, p. 34).

A observância do princípio do não-retrocesso social também permite a efetivação dos postulados democráticos no interior do Estado e no âmbito das instâncias públicas e privadas existentes na sociedade. Assim ocorre porque algumas expressões da democracia, tais como a valorização do trabalho, o pleno emprego e a cidadania, representam objetivos que a República compromete-se em realizar a fim de construir uma sociedade justa e solidária, promotora do bem de todos, incorporando normas jurídicas consagradas pelo Direito Internacional. E essas finalidades não dispensam a colaboração efetiva da empresa privada (ARAÚJO, 2007, p. 96).

O princípio que veda o retrocesso social, decorrente de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, é implícito em normas constitucionais e infraconstitucionais. O art. 2 do Pacto Internacional de Direitos Humanos, por exemplo, garante a realização progressiva dos direitos fundamentais reconhecidos. Por esse princípio, nenhum direito fundamental pode ser sacrificado sem que isso signifique a previsão de outro direito mais abrangente, em face da garantia legal de crescente melhoria das condições de vida da pessoa humana (GOMES, 2010).

Identificados os vícios formais e materiais do Decreto nº 2.100/1996, cabe ao magistrado, na análise do caso concreto, afastar a validade da denúncia da convenção 158 da OIT, restabelecendo a vigência da norma internacional no ordenamento jurídico brasileiro (SOUZA, 2009, P. 35).

A Convenção n. 158 está em compatibilidade material com o inciso I, do art. 7, da Carta Magna. Ambos os dispositivos prezam pela vedação à despedida imotivada do trabalhador. A compatibilidade formal entre a ordem constitucional brasileira e a Convenção n. 158 baseia-se no §2º, do art. 5º, da Constituição, cuja análise se aprofundará em tópico posterior. Cumpre acrescentar ainda que é

insustentável a interpretação que admite a inconstitucionalidade formal da Convenção n. 158 baseando-se na reserva de regulamentação da matéria por lei complementar (SOUZA, 2009, p. 36).

Tem-se, portanto, argumentos pela inconstitucionalidade formal e material da denúncia que retirou a Convenção n. 158 do ordenamento brasileiro. Em síntese, a inconstitucionalidade formal remete à inobservância do princípio da simetria, segundo o qual a denúncia deveria contar com a participação do Congresso Nacional; ao fato de a Convenção n. 144 da OIT prever uma deliberação tríplice para a denúncia de Tratados, que não foi respeitada; à ausência de previsão expressa no art. 84 da Magna Carta a respeito da possibilidade de denúncia exclusiva do presidente; à irregularidade da adoção de parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda; à extinção de garantia fundamental de maneira contrária à sistemática constitucional, que impede que direitos fundamentais sejam extintos até mesmo por Emendas Constitucionais e que prevê o Mandado de Injunção para efetivar tais direitos e garantias. A inconstitucionalidade material teria como base a contrariedade ao princípio da proibição ao não retrocesso social. Essa análise, contudo, adquire nova dimensão ao se considerar a vedação à despedida imotivada como um princípio constitucional.

### **3.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL EXPRESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Nas sociedades modernas, a eticidade volta-se criticamente para si mesma, tornando-se reflexiva. Tal fato facilita a mudança de tradições, práticas e pensamentos. Em todas as atitudes, são selecionadas práticas que tem potencial de aceitabilidade pública, devendo ser evitadas atitudes abusivas e discriminatórias. Para que esse tipo de prática seja modificada, é preciso problematizá-la, retirar do silêncio, da prática velada, que termina por moldar a leitura até mesmo da constituição. As práticas silenciosas, neutralizadas, acabam norteando o imaginário da sociedade e assegurando o continuísmo (PAIXÃO; CARVALHO NETTO, 2007).

A cultura constitucional a ser instaurada no nosso país deve ser aberta ao futuro e permitir a elevação de uma comunidade política consciente e reflexiva, capaz de aprender com a experiência histórica. O texto constitucional deve ser entendido como uma comunidade de princípios. “A maturidade democrática requer

uma eticidade reflexiva capaz de rever como inadmissíveis antigas práticas naturalizadas.” (PAIXÃO; CARVALHO NETTO, 2007, p. 11).

As sociedades modernas necessitam, para transformar sua prática, conferir visibilidade a atos abusivos praticados de forma silenciosa. A constituição deve ser entendida como um instrumento que, ao olhar para sua experiência histórica, abrange tanto permanência quanto mudança. A Carta Magna deve ser aberta a ponto de permitir que a comunidade, madura e consciente, reflita sobre a história constitucional e, entendendo necessário, elimine práticas naturalizadas. É nesse espírito que esse trabalho convoca a uma reflexão a respeito da prática dos juízes brasileiros de aceitação da denúncia da Convenção n. 158, silenciando sobre a sua inconstitucionalidade.

O direito possui uma capacidade integrativa, que mantêm agregadas sociedades complexas. Ele ocupa o lugar de mecanismos integrativos outros que falharam, tais como os mercados, valores, normas (HABERMAS).

O direito moderno é positivado por um legislador político e confere com sua forma uma autoridade vinculante a políticas flexíveis e sua implementação. Assim, ele atende ao modo particular de operação do moderno estado administrativo (HABERMAS, p. 2).

No direito moderno, a expectativa de estabilização de comportamentos está condicionada à aceitação intersubjetiva das normas como legítimas. Os cidadãos exigem boas razões para obedecerem às leis.

As sociedades modernas, compostas por multiplicidade de valores, contam com o direito como mecanismo de integração. A modernidade guarda estreita relação com o constitucionalismo. Nessa esteira, os direitos fundamentais têm especial relevo. As sociedades modernas possuem como amálgama agregador os direitos fundamentais. “Tais sociedades não podem mais exigir juridicamente de seus membros uma comunhão de valores ou uma relação de afeto.” (OLIVEIRA, 2009a, p. 1).

Os direitos fundamentais são os pilares de apoio das democracias nas sociedades contemporâneas. Os direitos sociais fundamentais indicam, em momentos de crise, patamares mínimos indispensáveis à dignidade humana, que devem ser respeitados por todos.

Para cumprir o seu papel limitador dos direitos fundamentais, o direito precisa funcionar como uma fronteira aos discursos da política e da economia. A



sociedade precisa entender que as garantias fundamentais devem sobrepor-se a debates valorativos, institucionais, impondo-se o respeito a elas independentemente de discussões em outros âmbitos da sociedade. O papel do direito é caminhar na contra mão da política, assegurando os direitos contramajoritariamente. “Em resumo, se a política é majoritária e factual, o direito há de ser adjudicado mesmo que de modo contra-majoritário e contra-factual.” (OLIVEIRA, 2009a, p. 2).

A sociedade contemporânea deve compreender que o direito, para cumprir o seu papel, precisa que sejam respeitadas a sua autonomia e a sua forma de aplicação. A resposta em momentos de crise não traz grande inovação e insiste em um preceito elementar: é necessário respeitar a Constituição, considerando-a indispensável. Insere-se também a urgência de conscientização a respeito do uso que se faz do texto da Magna Carta. É preciso resistir às tentativas de se tratar a nossa Constituição como artigo de conveniência, fazendo dela espaço para a realização de interesses imediatos. A Carta Fundamental não deve operar na medida em que convém, deve ser entendida como uma opção política fundamental da sociedade.

O debate acerca do papel da Constituição e dos direitos fundamentais nas sociedades modernas importa para o objeto de pesquisa do presente trabalho na medida em que se reconhece que o direito do trabalho deve ser lido por um recorte constitucional, partindo do Estado Democrático de Direito. A leitura democrática do direito do trabalho envolve escolhas que desenham uma política pública cujo papel central é assegurar o cumprimento normativo dos princípios constitucionais sociais.

O direito do trabalho é nada mais que a implementação legislativa de políticas públicas assecuratórias de princípios, dotados de normatividade, em um sentido constitucional social. O principal instrumento de adensamento dessa normatividade democrática desenhada por políticas públicas é o legislativo. Cabe ao Parlamento, e não ao Judiciário, portanto, estabelecer políticas públicas.

O direito, como exposto no item 2.1 do capítulo anterior, inclui tanto princípios como regras, ambos obrigando da mesma forma e consistindo em fonte de observância obrigatória pelos juízes em sua função. O princípio, ao contrário da regra, não fornece um resultado. Ele inclina a decisão em determinada direção. Isso não pode, contudo, significar que a aplicação do princípio é parte do poder discricionário do juiz. O juiz tem a obrigação de decidir de acordo com a direção apontada pelo princípio de maior peso.

Entender a vedação constitucional à dispensa arbitrária como princípio é dar-lhe força normativa, e não apenas encará-la como mero enunciado programático:

A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua *natureza de norma jurídica efetiva*, e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais de Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa* (DELGADO, 2009, p. 22).

O princípio dworkiniano seria um padrão a ser observado por uma exigência de alguma dimensão da moralidade, como a justiça ou a equidade. As regras, em Dworkin, refletem o princípio, pois elas teriam forma diversa se nenhum peso fosse dado ao princípio. A regra, contudo, não é simples resultado de um princípio, mas possui uma lógica aplicativa diferente da usada nos princípios. Nesse sentido, a vedação à dispensa arbitrária, como princípio constitucional, em última análise, dá subsídio a regras como a Convenção n. 158 da OIT.

A proibição da despedida imotivada, ao ser entendida como princípio, será analisada em relação à adequabilidade de sua incidência. Nesse esforço, o princípio contrário deve ser experimentado hipoteticamente no caso concreto para que se possa garantir que ele não é adequado à situação. Os princípios, portanto, divergindo das regras, não se apresentam como contraditórios, pois precisam ser considerados no caso, ainda que apontem em direções opostas. É nesse sentido que Dworkin afirma que, apenas em cada contexto é possível diferenciar princípios e regras, ao atentar para a sua lógica operacional.

É no caso concreto que o direito como integridade de Dworkin, descrito no item 2.5, deve, simultaneamente, aplicar as suas normas e realizar a justiça de cada situação apresentada. Defende o filósofo que há apenas uma decisão correta para cada litígio real e essa decisão é hermenêutica, pois é fruto de circunstâncias irrepetíveis e nada impede que outro contexto leve a resultado diverso. Isso não deve levar a concluir que o juiz será detentor de discricionariedade na aplicação das leis ao individualizar a justiça. As decisões judiciais precisam guardar relação com um arcabouço principiológico que resguarde o Judiciário de objeções políticas. A correta aplicação do direito ao caso concreto é a que afirma direitos fundamentais, operando de forma contramajoritária. Se, portanto, é a justiça individualizada

encarregada de preservar direitos fundamentais, o direito como integridade exige, como única resposta correta, que passem os juízes a dar concretude ao direito fundamental constitucional de necessidade de motivação, passível de ser publicamente sustentada, das dispensas dos empregados.

É assim, respeitada a irrepetibilidade das circunstâncias históricas e não ocultada a indeterminação de sentidos da linguagem, que o projeto da modernidade, no Direito, ganha uma feição realizável: um conceito de constituição imerso na polissemia e nas contradições da vida social, de tessitura tão complexa quanto esta própria vida – e, paradoxalmente, por isto mesmo mais apto a propiciar a segurança jurídica (...). Um conceito de constituição que, de forma exigente e insistente, ao formar e ao aplicar o Direito, não abre mão do que filosoficamente motiva a modernidade: a afirmação improvável, feita contra milênios de tradição humana, de que somos livres e iguais (OLIVEIRA, 2009b, p. 103).

Tem-se, portanto, que, a necessidade de compreender esse conteúdo como princípio é anterior aos debates sobre a hierarquia das normas ou sobre a forma como Tratados e Convenções Internacionais devem ser ratificados ou denunciados no ordenamento interno. Assim como os problemas de teoria do direito são, no fundo, para Dworkin, problemas relativos a princípios morais.

O ordenamento visto como uma estruturação de princípios obriga que atos flagrantemente contrários ao princípio em vigor sejam desconsiderados. A denúncia da Convenção, por exemplo, em uma leitura principiológica, não poderia se tornar visível no caso concreto, por ir de encontro a um princípio constitucional consagrado, que, assim como as regras, possui obrigatoriedade de lei.

A ratificação da Convenção n. 158 da OIT é exemplo de uma regra que, ao ser considerada obrigatória, deixou implícito que possui uma base de sustentação composta por princípios que o juiz não tem a liberdade de desconsiderar. Tais princípios são mais importantes que outros princípios que contenham razões em favor de uma mudança de regras. No caso da Convenção em análise, o princípio implícito seria exatamente o já previsto no art. 7º, I, da Constituição Federal, que, por estar previsto, deixa de ser implícito.

A decisão do STF, e, em consequência, decisões do TST e dos TRTs, insistem em dizer que a vedação da dispensa arbitrária depende de lei complementar. Para justificar essa interpretação errônea, é usado um dispositivo do ADCT que rege que, enquanto não for regulada, a indenização deve multiplicar por quatro a multa do FGTS, que passa de 10% para 40%.

A Convenção n. 158 da OIT, estando em acordo com o que preceitua a Constituição no art. 7º, I, complementa-o. A ausência de lei complementar, devido ao *quorum* qualificado, não pode negar aplicabilidade da Convenção Internacional, inclusive por ter a formação de uma Convenção, na arena internacional, exigências formais mais complexas que as de uma lei complementar, demonstrando amadurecimento internacional em relação à matéria (SOUTO MAIOR, 2004, p. 119).

Assim, a Convenção n. 158, estando de acordo com o preceito constitucional previsto no art. 7º, I, termina por complementá-lo de maneira mais eficaz do que faria a lei complementar (SOUTO MAIOR, 2005, p. 2523). A necessidade de uma lei complementar, quando há um Tratado Internacional, demonstra uma inércia interpretativa que não se justifica desde 1988.

A inexistência de lei complementar não obsta a validade do preceito constitucional que estabelece o princípio de que se deve coibir a despedida arbitrária. A ausência desse instrumento normativo sobre a matéria não elide a obrigatoriedade de submissão à vontade do constituinte originário. A aplicação desse princípio independe sequer de uma norma positiva que o regule. De qualquer forma, o máximo que caberia a uma lei complementar seria a regulação de um preceito constitucional, nunca o impedimento de sua eficácia. A alegada necessidade de uma lei complementar para que se passe a cumprir a garantia fundamental de vedação à dispensa imotivada é nada mais que um artifício, que desvia a atenção do debate para que não se perceba que nem mesmo a Convenção seria necessária à executoriedade de uma garantia fundamental prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição. A concepção do direito como integridade, que prevê uma constituição coerente, entendida a partir dos direitos fundamentais, obriga à aplicação imediata de garantias constitucionais. A Convenção n. 158 apenas confirmou o que já estava previsto constitucionalmente e não há que se falar em exigência de lei complementar para dar cumprimento a preceito constitucional.

A idéia de que a demissão absolutamente arbitrária ainda é presente em nosso ordenamento vem de uma ignorância interpretativa fundamental que ataca toda a prática interpretativa trabalhista: que é se ler a Constituição a partir da Consolidação das Leis do Trabalho, a partir do Código Civil, do Código de Processo Civil, a partir do Código de Processo Penal. É uma prática muito antiga persistir na legislação infraconstitucional como orientadora da leitura constitucional, quando deveria ser o contrário.

Esse princípio constitucional veio a ser adensado com a ratificação da Convenção 158, que não defende que vale somente a demissão com justa causa. Podem ser alegados motivos econômicos, administrativos. O adensamento que se deu pela Convenção 158, como mencionado anteriormente, se incorporou à Constituição Federal como direito e garantia fundamental. Tudo que o empregador tem a fazer é justificar a demissão de uma maneira que se sustente publicamente, pois a relação entre público e privado no Estado Democrático de Direito já não é a que se imaginava antes.

Para Habermas, é preciso conciliar as liberdades dos sujeitos de direito privado e a autonomia política dos cidadãos. O exercício de uma autonomia não pode prejudicar a existência de outra. A liberdade privada existe quando essa autonomia vem acompanhada da consciência do exercício da cidadania. A autonomia privada, ao se inserir no direito, adquire forma dual de autonomias pública e privada, não mais prevalecendo a indivisibilidade da liberdade individual do campo moral. Os que possuem personalidade jurídica devem entender a si mesmos, ao mesmo tempo, como autores das normas e como sujeitos a elas (HABERMAS).

Os cidadãos podem produzir normas justas para o seu status privado somente se fizerem um uso apropriado de seus direitos políticos no domínio público (HABERMAS, p. 6).

Para o autor, os direitos humanos devem ser concebidos como necessários à institucionalização jurídica do processo democrático de auto-legislação, especialmente os direitos fundamentais que constroem a autonomia política dos cidadãos (HABERMAS).

Então este é o argumento central: sem direitos fundamentais que assegurem a autonomia privada dos cidadãos não existiria um *médium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais esses cidadãos poderiam fazer uso de sua autonomia privada. Portanto, autonomias pública e privada se pressupõem mutuamente de tal forma que nem direitos humanos nem soberania popular podem reclamar primazia uma sobre a outra (HABERMAS, p. 3-4).

Os cidadãos, portanto, só estarão aptos a assegurar a sua autonomia privada quando puderem exercer de fato a sua autonomia cívica, no âmbito público. Esses cidadãos precisam exigir que, em suas sociedades com interesses diversos, todos tenham a chance de articular seus argumentos publicamente, como forma de igual distribuição de liberdades para todos os cidadãos. O que se apresenta é o paradigma procedimental, em que o cidadão participa da formação da opinião

pública e das decisões políticas. Sua razão de ser repousa na imprescindibilidade da autonomia cívica para uma fruição adequada das liberdades individuais privadas.

Dessa forma, reconhecendo-se a necessidade de participação dos cidadãos na esfera pública, é que a divisão entre o público e o privado foi mitigada a ponto de ser possível exigir, de relações antes pertencentes ao âmbito privado, justificação pública. Nesse ponto, recupera-se o já descrito em tópico do capítulo anterior. É exatamente esse entendimento que prevê que os atos do empregador agora precisam ter uma justificativa que seja aceita na esfera pública. A rigor, não existe mais, no Estado Democrático de Direito, relações que sejam exclusivamente privadas.

Paralelamente ao debate acerca da força normativa do princípio da vedação à demissão arbitrária, busca-se uma utilidade prática para a Convenção. Partindo-se da noção de que mesmo sem a Convenção já seria possível banir as dispensas arbitrárias, com fundamento nos direitos humanos e nos princípios constitucionais ou decorrentes do Código Civil, passa-se a procurar alguma utilidade para a Convenção, no sentido de efeitos práticos. Ela seria útil para reconstruir a identidade do homem trabalhador, ao permitir uma vida com menos medo, reduziria a concorrência entre os trabalhadores, ao mitigar a ameaça sofrida pelos de dentro em relação aos de fora. Os laços poderiam ser refeitos e as identidades coletivas, reconstruídas. Ao reduzir o medo, aumentaria a aderência ao sindicato e facilitaria o acesso à Justiça. A Convenção n. 158 seria uma ponte entre passado, presente e futuro, viabilizando uma segurança mínima ao trabalhador (VIANA, 2007, p. 241).

A integridade jurisdicional de Dworkin determina que a lei seja vista como coerente e que os juízes decidam como se respeitassem um conjunto coerente de princípios que interpretem as normas descobrindo normas implícitas sobre as explícitas. A aplicação do direito deve guardar coerência principiológica se entendida como a interpretação do direito em uma comunidade de princípios. Ver a lei como coerente é, *in casu*, admitir como inconstitucional a denúncia da Convenção n. 158 da OIT. Os direitos e deveres não podem se esgotar em decisões particulares institucionais, na comunidade política do direito como integridade. Os direitos devem depender do sistema de princípios que essas decisões institucionais endossam. O sistema de princípios refletido no texto constitucional, que confirmou a vedação à despedida imotivada como princípio implícito de nosso sistema constitucional, precisa começar a ser reconhecido e respeitado pelos Tribunais brasileiros.

A coerência principiológica pode tanto apontar para a afirmação do que tem sido dito tradicionalmente, quanto indicar que a melhor interpretação é a que rompa com a prática anterior.

Levar os direitos a sério, partindo-se de Dworkin, faria com que o governo buscasse respostas corretas seguindo uma teoria coerente sobre a natureza dos direitos, agindo de maneira consistente com suas convicções. A denúncia da Convenção n. 158 da OIT é dissonante da coerência das decisões do governo.

Os direitos fundamentais constitucionais são direitos dos cidadãos contra o governo e contra a maioria. As justificativas utilitaristas não devem causar a invalidação de direitos individuais. Uma decisão isolada do governo, como a denúncia da Convenção, não pode ser hábil a desconstruir um princípio que se erigiu à condição de direito fundamental a partir da ratificação da Convenção no Brasil, qual seja o da vedação à dispensa arbitrária. Os direitos fundamentais descritos em uma constituição devem ser interpretados como princípios. A constituição de princípios não permitiria que a Convenção n. 158 deixasse de fazer parte do ordenamento brasileiro.

O juiz Hércules proposto por Dworkin, já descrito no final do capítulo 2, é autoconsciente e busca seguir o direito como integridade. Ele verifica a adequação de sua decisão aos precedentes, procura enunciar um princípio de justiça e, por fim, confere se a sua decisão deve ser desconsiderada por incompatibilidade com a prática jurídica geral.

Os juízes brasileiros não estariam julgando como faria o juiz Hércules de Dworkin. Estariam deixando de se questionar se a decisão enunciou ou princípio de justiça e se a interpretação feita deve ser excluída por incompatibilidade com a prática jurídica geral. As decisões de nossos juízes, para adquirirem coerência justificadora da rede de estruturas e decisões políticas da comunidade, precisariam falar a favor da Convenção n. 158 da OIT. O juiz brasileiro, para agir como Hércules, deveria escolher a interpretação que faça com que o direito seja o melhor possível. Ler o direito fundamental do obreiro à sua melhor luz consistiria em dar cumprimento ao preceito constitucional que veda a despedida arbitrária. O juiz que procure decidir como se Hércules fosse não quedaria derrotado ao se deparar com a denúncia da Convenção, pois dele se exige o máximo no caso concreto. Hércules vê a lei a partir da interpretação da integridade e, dessa forma, a interpretação cabível é o reconhecimento da inconstitucionalidade da denúncia expressa pelo Decreto

2.100/96. Hércules não vai ceder à vontade da maioria contra disposições de proteção ao indivíduo.

A interpretação deve atribuir o maior valor possível à prática jurídica. O intérprete, o jurista, contudo, não pode fazer da prática aquilo que deseja. O juiz do direito como integridade, ao buscar uma interpretação construtiva, teria cuidado de não aceitar a denúncia da Convenção n. 158 da OIT. As proposições jurídicas devem derivar, na concepção de integridade, da justiça, da equidade e do devido processo legal, além de oferecer a melhor interpretação construtiva.

Conforme exposto no item 2.2, argumentos de política prezam pelo objetivo, pelo interesse público, enquanto argumentos de princípio cuidam de direitos. As decisões da jurisprudência pátria estariam baseadas, em última análise, em argumentos de política ao deixar de aplicar o dispositivo constitucional, art. 7, I, que proíbe a dispensa arbitrária. O que se exige, contudo, no direito como integridade, é que sejam sustentados argumentos de princípio nas decisões judiciais.

O modelo ideal à integridade é o da comunidade de princípio. As pessoas são governadas por princípios comuns e não apenas por regras. As obrigações e os direitos políticos fundamentais são absorvidos para além da enunciação de regras. Os direitos e deveres não se reduzem a decisões institucionais. Tais decisões não devem ser aceitas em si pelo seu texto, mas devem ser entendidas como representativas de um sistema de princípios que endossam. A comunidade de princípios não possui iguais e idênticos valores, mas, em seu procedimento, tem uma estrutura aberta de construção de normas, entendidas principiologicamente. Aplicando-se o descrito no capítulo anterior a esse respeito, o sistema de princípios vigente é o que proíbe a demissão arbitrária, previsto constitucionalmente e reafirmado pela ratificação de um instrumento internacional. A denúncia da Convenção não endossa os princípios adotados pela comunidade, sendo mera decisão institucional e, ainda assim, de constitucionalidade duvidosa, perdendo, portanto, seu valor.

### **3.3 DIREITOS ADVINDOS DE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOMAM-SE AO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**



O §2º, do art. 5º, da Constituição de 1988 diz que os direitos e garantias expressos na 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.

Esse dispositivo afirma que podem decorrer de princípios constitucionais outros direitos e garantias que não os expressos. Consta desse excerto constitucional também a possibilidade de inclusão de direitos advindos de Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Observando esse artigo nota-se que, de uma forma ou de outra, o nosso ordenamento repele a dispensa imotivada: ou encarando a proibição a ela como um princípio (sinalizado expressamente no art. 7º, I, da CF), em acordo com o que se expôs no tópico anterior, ou respeitando o Tratado Internacional que assinou, qual seja a Convenção n. 158 da OIT.

A Carta Magna brasileira de 1988, no Título I alusivo aos “Princípios Fundamentais”, afirmou que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§2º do art. 5º). E distinguiu, adequadamente, entre o tratado-contrato firmado pelo Presidente da República ad referendum do Congresso Nacional (art. 84, VII) e o tratado normativo adotado por organismo internacional, o qual, para ser ratificado pelo Presidente da República, deve ser prioritariamente aprovado pelo Congresso Nacional em resolução de sua exclusiva competência (art. 49, I) (SUSSEKIND, 1997, p. 7).

Para além desse dispositivo constitucional, há ainda o art. 4º, II, da Constituição, que dispõe que o Brasil, em suas relações internacionais, deve reger-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, que são direitos fundamentais em uma perspectiva internacional. A sociedade moderna complexa permite que também entre particulares se forme uma relação desigual e de sujeição. É preciso, portanto, garantir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, sua concretização nos conflitos entre particulares. Nesse ponto, insere-se o direito do trabalho, pois não há dúvidas de que o valor social do trabalho abrange direitos humanos, como, por exemplo, a dignidade da pessoa do trabalhador.

Ainda que se considere que o Tratado Internacional integra o ordenamento como norma infraconstitucional, não há obstáculo para que se regule por meio dele matéria de lei complementar, sobretudo quando a lacuna impede a eficácia de garantias fundamentais.

No âmbito do direito internacional, há o Protocolo de San Salvador, art. 7º, d, em que se garante ao trabalhador injustificadamente demitido o direito à indenização ou readmissão. Há ainda a noção de que a eficácia interna de normas internacionais de direitos humanos se dá pelo conjunto formado pelas Convenções e pela Constituição, mesmo que não ratificados os instrumentos internacionais. Por toda essa argumentação, não é plausível defender que a Convenção n. 158 seja inaplicável por faltarem normas regulamentadoras (SOUTO MAIOR, 2004, p. 118-121).

Uma re-ratificação da Convenção n. 158 da OIT não seria necessária porque a denúncia foi inconstitucional e, portanto, não deve produzir efeitos. Re-ratificar só teria um sentido político de afirmação na comunidade, mas, do ponto de vista principiológico constitucional, não se pode denunciar uma Convenção Internacional com validade constitucional por um ato unilateral do chefe do Executivo. Assim como também não é possível propor Proposta de Emenda Constitucional tendente a suprimir direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 60, §4º, IV, da Carta Magna de 1988. O que se tem, na verdade, é uma garantia fundamental que é adensada por uma Convenção Internacional, que, por sua vez, se incorpora ao texto constitucional por disposição expressa na própria Constituição, no §2º e no §5º, do art. 5º.

Perguntamos, ao fim: a proteção contra a dispensa arbitrária não se insere no rol dos direitos sociais, como garantia ao hipossuficiente, equilíbrio da relação de trabalho e restabelecimento do princípio da igualdade, tanto assim que mereceu regulação constitucional, conforme o art. 7º? Também não se insere nas garantias fundamentais implícitas a que se refere o artigo 5º, §2º da CF/88? Não têm essas garantias imediata vigência, à luz do art. 5º, §1º da CF/88? Não é, portanto, desnecessária a transformação do direito convencional internacional para ter eficácia no território brasileiro, em face da referida cláusula de recepção?

A todas essas indagações respondemos que sim. Daí por que, a nosso ver, mostram-se indiscutíveis a vigência, a constitucionalidade e a eficácia da Convenção 158 na esfera do direito nacional (...) (MELLO FILHO, 1996, p. 88).

Partindo-se, portanto, da vigência da proibição ao poder de despedir arbitrariamente do empregador, seja pela inconstitucionalidade da denúncia ou pela necessidade de dar efetividade a uma garantia constitucional, expressa no art. 7, I, e reafirmada pela Convenção n. 158 e pela inclusão no rol de direitos e garantias fundamentais, por meio do §2º e do §5º, do art. 5º; cumpre discorrer, ainda que brevemente, a respeito de possíveis efeitos do reconhecimento da existência da

Convenção n. 158 em nosso ordenamento jurídico. Como primeira consequência, a empresa precisaria de fato cumprir seu papel democrático na sociedade e os empregados imotivadamente dispensados seriam reintegrados ou indenizados.

Deve o direito do trabalho ser entendido como mecanismo de proteção das relações de produção, autorizando a utilização do trabalho humano, mas resguardando a dignidade e a personalidade do indivíduo. Nesse contexto, são estabelecidos limites no ato de disposição do empregador sobre a força de trabalho de seu empregado. A empresa deve seguir o exemplo do Estado e se comprometer com a construção de uma sociedade justa e solidária. A nova empresa, para funcionar de acordo com a ordem constitucional, precisa ser democrática, participativa, hábil a integrar os trabalhadores em suas finalidades econômicas, sociais e morais (ARAÚJO, 2007).

A justificativa para se manter a multa de 40% sobre o FGTS com a indenização compensatória prevista na Convenção 158 da OIT decorre do fato de serem diferentes as repercussões da dispensa sem justa causa da dispensa arbitrária. Esta resulta de terminação do contrato por abuso de direito do empregador, caracterizado pelo desvio de finalidade do ato demissionário ou a ofensa ao princípio da boa-fé. A dispensa arbitrária é identificada quando não se configurar incapacidade ou mau comportamento do trabalhador, ou quando não houver motivo técnico, econômico ou financeiro da empresa capaz de autorizar a rescisão contratual. (...). Já, a dispensa sem justa causa é aquela motivada, mas sem ter como base uma justa causa fixada no art. 482 da CLT, daí por que receber a denominação de dispensa socialmente justificada, ou seja, a dispensa que se funda na capacidade ou no comportamento do trabalhador, ou na necessidade de funcionamento da empresa (motivo técnico, econômico ou financeiro) (SOUZA, 2009, p. 39).

Sobre os efeitos da efetivação desse princípio em nosso ordenamento, em oposição aos manuais clássicos, há quem defenda que a reintegração seria cabível para empregado arbitrariamente dispensado. O fundamento de tal corrente estaria nos arts. 495 e 496 da CLT, segundo os quais, inexistente falta grave do empregado, ficaria o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e, apenas quando a reintegração for desaconselhável, devido ao grau de incompatibilidade do dissídio, a obrigação poderá ser convertida em indenização. A defesa da reintegração também repousa no preceito da teoria geral do direito, que diz que a nulidade do ato deve reconstituir as coisas ao estado anterior ao do ato anulado, na função social do direito e no princípio da progressividade das garantias, pelo qual o FGTS não pode impedir a reintegração. A exemplo da dispensa discriminatória, descrita na Lei 9.029/95, deveria também a dispensa arbitrária ensejar reintegração

ou indenização compensatória. A indenização, na dispensa imotivada, em casos em que desaconselhável a reintegração, deveria ser fixada pela jurisprudência e não se limitaria aos 40% sobre o FGTS (SOUTO MAIOR, 2004, p. 112-114).

## CONCLUSÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior do Trabalho e de Tribunais Regionais do Trabalho continua admitindo a possibilidade de que a ruptura do contrato de trabalho por vontade do empregador aconteça sem qualquer motivação. As razões argumentativas utilizadas para o desrespeito da Convenção n. 158 são a exigência constitucional de lei complementar para regular a matéria e a não necessidade desse instrumento normativo por já existir a indenização do art. 10, I, do ADCT em resposta ao despedimento arbitrário.

A doutrina tradicional reproduz esses argumentos e se limita a lamentar a denúncia e concluir que o art. 7º, inciso I, da Carta Magna não é auto-aplicável. Há, ainda, autores advogando pela inaplicabilidade da Convenção, pois ela representaria nova forma de garantia de emprego.

O presente trabalho buscou demonstrar que se equivocam doutrina e jurisprudência. A previsão constitucional de proibição de dispensa arbitrária não depende de lei complementar para ter eficácia jurídica, já é uma garantia constitucional dos trabalhadores. É, inegavelmente, uma norma de eficácia plena (SOUTO MAIOR, 2004, p. 110-111). Ademais, não há que se confundir, como faz a jurisprudência, a dispensa sem justa causa não arbitrária, prevista no inc. I, do art. 10, do ADCT, com a dispensa arbitrária, que é proibida no ordenamento brasileiro e enseja a restituição ao estado anterior: reintegração ou, diante da impossibilidade, indenização compensatória, diversa daquela de 40% sobre o FGTS.

Tentou-se demonstrar a inconstitucionalidade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT. É inconstitucional formalmente por ausência de paridade de formas entre a entrada e a saída da Convenção do nosso ordenamento, pois a denúncia não contou com a participação do Poder Legislativo. Também foi desrespeitada a exigência formal de deliberação tríplice para denúncia de instrumento internacional, prevista na Convenção n. 144 da OIT. A inconstitucionalidade da denúncia pode decorrer ainda da impossibilidade de extinção de garantia fundamental constitucionalmente assegurada. Materialmente, alega-se que a denúncia é inconstitucional por ferir o princípio do não retrocesso social.

Sendo a denúncia da Convenção ato inconstitucional, não pode ter o efeito de retirar do nosso ordenamento jurídico a Convenção n. 158 da OIT, que é perfeitamente compatível com o nosso sistema constitucional.

Dessa forma, a jurisprudência e a doutrina precisam rever a argumentação utilizada ao insistir na necessidade de lei complementar como requisito para aplicação da Convenção n. 158 no direito brasileiro, pois a ausência de lei complementar não elimina a obrigatoriedade de submissão dos juízes à vontade do constituinte originário. Precisam também evitar insistir na identificação da dispensa arbitrária com a situação do art. 10, I, do ADCT.

Há, entretanto, questão de fundo fundamental permeando o debate: o reconhecimento da previsão do art. 7º, I, da Constituição como princípio.

Os princípios devem ser aplicados com a mesma normatividade das regras, pois não se reduzem a padrões extrajurídicos. Agem, dessa forma, de modo a desrespeitar, em última análise, a cultura constitucional e o Estado Democrático de Direito os juízes que não reconhecem a proibição à despedida arbitrária como um princípio constitucional. Os direitos fundamentais, nas sociedades modernas, devem ser invariavelmente observados, pois garantem os patamares mínimos indispensáveis à dignidade.

Considerando a cultura constitucional na sociedade moderna, que deve ser aberta e dotada de eticidade reflexiva, a presente pesquisa buscou refletir, em uma leitura constitucional e democrática do direito do trabalho, a respeito da prática dos juízes brasileiros, que silenciam quanto à inconstitucionalidade da denúncia. A vedação à dispensa arbitrária entendida como um princípio adquire força normativa, não tendo caráter meramente programático. Devem as decisões judiciais manter a coerência com os princípios, evitando que sejam consideradas objeções políticas. E deve a Constituição ser tratada como opção política fundamental, e não como artigo de conveniência. Dessa feita, o art. 7º, I, da Magna Carta seria a expressão de um princípio que prescinde de qualquer outra espécie legislativa para ter executoriedade. A Convenção apenas confirmou essa inclinação principiológica e, estando em total acordo com o espírito constitucional, não poderia ter sido denunciada.

O princípio constitucional, adensado pela ratificação da Convenção n. 158, se incorporou à Constituição como direito e garantia fundamental, nos termos do §2º, do art. 5º, da Constituição de 1988. É auto-aplicável, portanto. Remete ao

direito internacional a necessidade de prevalência dos direitos humanos, representado, na questão, pela dignidade do trabalhador ferida com o desrespeito ao princípio de vedação à dispensa arbitrária.

Conclui-se, então, que se exige da jurisprudência, em homenagem a uma atuação coerente exigida pela integridade, um giro de posicionamento, passando a condenar empregadores que não justifiquem a demissão de maneira que se sustente publicamente, nos termos da Convenção irregularmente denunciada. Não se pretende restaurar a estabilidade ou a garantia de emprego, intenta-se, apenas, preservar o direito, constitucionalmente assegurado, do trabalhador de saber o porquê de sua demissão, podendo o empregador alegar razões relativas à capacidade do obreiro ou à necessidade de funcionamento do estabelecimento.

É preciso que os juízes brasileiros julguem lendo o direito à sua melhor luz: rejeitando a denúncia. Dessa forma, a identidade e a cidadania do trabalhador poderiam ser reconstruídas, pois ele trabalharia sem medo, o que diminuiria o clima de concorrência e aumentaria a força do sindicato. É nesse sentido que sinalizam princípios como o devido processo legal, o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça.

Na relação de tensão e complementariedade entre livre iniciativa e valor social do trabalho, deve o juiz respeitar a história constitucional e a construção normativa de direitos fundamentais dando efetividade à proteção contra a despedida arbitrária.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **Paradigmas constitucionais para a construção de um novo perfil de empresa**. Rev. TST, vol. 73, n. 3, jul-set 2007, Brasília, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2007.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. **Rescisão contratual trabalhista e a trilogia do desemprego**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em 17 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1.480. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 18 de maio de 2001, p. 429.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 179193. Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 18 de dezembro de 1996. **Diário da Justiça**, 19 de outubro de 2001, p. 48.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. ED-RR - 485617-92.1998.5.12.5555. Relator: Juiz Convocado João Amílcar Silva e Souza Pavan, julgado em 13/06/2001, 1ª Turma. Publicado em 10 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. ED-RR - 497952-84.1998.5.07.5555. Relator: Juiz Convocado Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 12/12/2001, 2ª Turma. Publicado em 22 de fevereiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 423321-83.1998.5.03.5555, Relator Ministro: Rider de Brito, Data de Julgamento: 21/11/2001, 5ª Turma. Publicado em 08 de fevereiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 43600-92.2008.5.01.0081, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 26/04/2011, 5ª Turma. Publicado em 06 de maio de 2011.

CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.. RO – decisão 034447/1998-SPAJ do processo 0135400-02.1996.5.15.0028 - 1ª Vara do Trabalho de Catanduva – Publicada em 01/12/1999.

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

\_\_\_\_\_. **Os princípios na estrutura do direito**. Rev. TST, vol. 75, n. 3, jul-set 2009.



DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões; Revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. – 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Direito do trabalho no STF**. São Paulo: LTr, 2002.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direitos dos trabalhadores: a Convenção n. 158 da OIT**. In: Revista IOB: trabalhista e previdenciária, v. 21, n. 247, p. 51-68, jan. 2010.

HABERMAS, Jurgen. **Fatidade e validade: reflexões de um autor**. Tradução para fins acadêmicos: Paulo Henrique Blair de Oliveira, a partir do publicado na Denver University Law Review, vol. 76:4, p. 937-942.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral e direito individual do trabalho. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2000.

MAGANO, Octavio Bueno. **Aplicabilidade do direito internacional no direito interno**: problemática e atores. In: O direito do trabalho e o direito internacional, questões relevantes: homenagem ao professor Osiris Rocha. Organização de Emerson José Alves Lage e Mônica Sette Lopes. São Paulo: LTr, 2005, p. 75-93.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17ª Ed. Revista e atualizada com a Constituição de 1988 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. **A Convenção n. 158 e o Problema de sua Vigência**. In: Teoria e Prática da Convenção 158. Coordenação de Márcio Túlio Viana. São Paulo: LTr, 1996, p. 77-88.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO – 17094/96, Relator: Luiz Carlos da Cunha Avellar, publicado no dia 18/04/1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. **Indispensável é a Constituição**. Publicado em 09 de setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. **Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin e a indeterminação estrutural do direito**. In: Ver. TST, Brasília, vol. 75, n. 3, jul/set. 2009.

PAIXÃO, Cristiano. CARVALHO NETTO, Menelick de. **Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição**. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.). Constituição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. 1ª Ed. Sapucaia do Sul – RS: Notadez, 2007, p. 97-109.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia; MARTINS, Tahinah Albuquerque. **Proteção do Direito ao Trabalho**: a necessidade de motivação das despedidas. Observatório da Constituição e da Democracia, v. 28, p. 08-09, 2008.

REZENDE, Alaor Satuf. **Vigência e Eficácia da Convenção n. 158**. In: Teoria e Prática da Convenção 158. Coordenação de Márcio Túlio Viana. São Paulo: LTr, 1996, p. 89-93.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO processo 0070800-45.2009.5.04.0020 – 20ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, data: 28/04/2011.

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

ROSSI, Júlio César. **Celebração e denúncia de tratados internacionais: o caso da Convenção n. 158 da OIT**. In: Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário, v. 7, n. 39, p. 45-57, Nov./dez. 2010.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. Curitiba: Juruá, 1999.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 02990292530, processo n. 02980322282, data de publicação: 06/07/1999, 8ª Turma do TRT 2ª Região.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **As inconstitucionalidades e ilegalidades da denúncia do Brasil da convenção 158 da OIT**. In: Trabalho e doutrina: processo, jurisprudência, n. 17, p. 87-100, jun. 1998.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A Convenção 158 da OIT e a perda do emprego**. In: Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior, v. 32, p. 85-128, 2008.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade do art. 7º, I, da CF/88 e da Convenção 158 da OIT**. In: O trabalho, n. 95, p. 2521-2525, jan. 2005.

\_\_\_\_\_. **Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção 158 da OIT**. In: Revista de direito do trabalho, v. 30, n. 116, p. 110-125, out./dez. 2004.

SOUZA, Claudenir Alves de. **Convenção 158 da OIT e a dispensa (i)motivada do empregado: análise da constitucionalidade formal e material do Decreto 2.100/1996**. In: Juris plenum trabalhista e previdenciária, v. 5, n. 26, p. 31-40, out. 2009.

STEPAN, Cláudia Coutinho. **O debate sobre a validade constitucional da denúncia da convenção n. 158 da OIT**. In: Revista do direito trabalhista, v. 15, n. 7, p. 20-21, jul. 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Da denúncia de convenção n. 158 da OIT**. In: Revista LTr: legislação do trabalho, v. 72, n. 8, p. 903-906, ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **Denúncia da Convenção Gera Renúncia**. In: Consulex Revista Jurídica, v. 1, n. 1, p. 5-7, jan. 1997.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. Volume I. 22 ed. Atualização de Arnaldo Sussekkind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. **Convenção 158: denunciando a denúncia**. In: LTr, Suplemento Trabalhista, v. 33, n. 12, p. 65-67, 1997.

\_\_\_\_\_. **Trabalho sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT**. In: Ver. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 235-246, jul./dez. 2007.

**ANEXO A****Decreto Legislativo nº 68, de 1992**

Aprova o texto da Convenção n.  
158, da Organização  
Internacional do Trabalho - OIT,  
sobre o Término da Relação do  
Trabalho por Iniciativa do  
Empregador, adotada em  
Genebra em 1982, durante a 68ª  
Sessão da Conferência  
Internacional do Trabalho.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. É aprovado o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre o término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982.

*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.

Art. 2º. Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.  
Senado Federal, 16 de setembro de 1992.

**SENADOR MAURO BENEVIDES**

Presidente

## ANEXO B

### DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996.

Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e

Considerando que a Convenção Número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982;

Considerando que a Convenção ora promulgada foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68, de 16 de setembro de 1992;

Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 23 de novembro de 1985;

Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe, em 05 de janeiro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 05 de janeiro de 1996, na forma de seu artigo 16;

#### **DECRETA:**

Art. 1º A Convenção número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 10 de abril de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Luiz Felipe Lampreia*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 11.4.1996

ANEXO AO DECRETO QUE PROMULGA A CONVENÇÃO NÚMERO 158, DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, SOBRE O TÉRMINO DA

RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR, CONCLUÍDA EM GENEVRA, EM 22 DE JUNHO DE 1982/MRE

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO

CONVENÇÃO 158

CONVENÇÃO SOBRE TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição

Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua Sexagésima-Oitava Sessão;

Tendo tomado nota das normas internacionais contidas na Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1963, foram registradas importante novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange.

Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como consequência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em grande número de países;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da Reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma Convenção, adota, na data 22 de junho de 1982, a presente Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982:

## PARTE I

Métodos de Aplicação, Área de Aplicação e Definições!

### Artigo I

Dever-se-á dar efeito às disposições da presente Convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

### Artigo 2

A presente Convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a toda as pessoas empregadas.

Todo membro poderá excluir da totalidade algumas das disposições da presente Convenção as seguintes categorias de pessoas empregadas:

- a) os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa;
- b) os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que tenha o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável;
- c) os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.

1. Deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista nesta Convenção.

Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Convenção, ou de algumas de suas disposições, certas categorias de pessoas empregadas, cujas condições de emprego forem regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta Convenção.

Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Convenção ou de algumas de suas disposições, outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentam-se problemas especiais que assumam certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou natureza da empresa que os emprega.

Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias que tiverem sido excluídas em para essa exclusão, e deverá indicar nos relatórios subseqüentes

a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou se tenciona aplicar a Convenção essas categorias.

### Artigo 3

Para os efeitos da presente Convenção as expressões "término" e "término da relação de trabalho" significam término da relação de trabalho do empregador.

## Parte II

### Normas de Aplicação Geral

#### SEÇÃO A

#### Justificação do Término

### Artigo 4

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

### Artigo 5

Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

### Artigo 6

A ausência temporar do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.



## SEÇÃO B

### Procedimentos Prévios ao Término por Ocasão do Mesmo

#### Artigo 7

Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.

## SEÇÃO C

### Recurso Contra o Término

1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante uma organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.
2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.
3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.

#### Artigo 9

1. Os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para examinarem as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso, e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado.
2. A fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:
  - a) caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como foi definido no artigo 4 da presente Convenção;
  - b) os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causas alegadas para justificar o término,

levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais.

3. Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para verificar se o término foi devido realmente a essas razões, mas a medida em que esses organismos estarão habilitados também para decidirem se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 desta Convenção.

#### Artigo 10

Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

### SEÇÃO D

#### Prazo de Aviso Prévio

#### Artigo 11

O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

### SEÇÃO E

#### Indenização por Término de Serviços e Outras Medidas

#### De Proteção dos Rendimentos

#### Artigo 12

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregados; ou

b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou

c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

1. Quando o trabalhador não reunir as condições de qualificação para ter direito aos benefícios de um seguro desemprego ou de assistência aos desempregados em virtude de um sistema de alcance geral, não será exigível o pagamento das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a), do presente artigo, pelo único fato do trabalhador não receber benefício de desemprego em virtude do item b) do parágrafo mencionado.

2. No caso de término devido a falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a), do presente artigo pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

### PARTE III

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

#### SEÇÃO A

Consulta aos Representantes dos Trabalhadores

#### Artigo 13

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

a) Proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos:

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotados para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar

as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. Para efeitos do presente artigo, a expressão "representantes dos trabalhadores interessados" aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores, em 1971.

## SEÇÃO B

### Notificação à Autoridade Competente

#### Artigo 14

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes os términos referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os términos, prazo que será especificado pela legislação nacional.

## PARTE IV

### Disposições Finais

#### Artigo 15

As ratificações formais da presente Convenção serão comunicadas, para serem registradas, ao Diretor da Repartição Internacional do Trabalho.

#### Artigo 16

1. Esta Convenção obrigará exclusivamente àqueles Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.
2. Entrará em vigor 12 (doze) meses após a data em que as ratificações de 2 (dois) Membros tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.
3. A partir desse momento, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, 12 (doze) meses após a data em que sua ratificação tiver sido registrada.

#### Artigo 17

1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de 10 (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 1 (um) ano após a data de seu registro.
2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral fará notar aos Membros da Organização a data em que a presente Convenção entrará em vigor.

#### Artigo 19

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para efeitos do registro e em conformidade com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, uma informação completa sobre todas as ratificações, declarações e atos de denúncia que tiver registrado, de acordo com os artigos precedentes.

#### Artigo 20

Cada vez que o considerar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência um relatório sobre a aplicação da Convenção e considerará a conveniência de se incluir, na agenda da Conferência, a questão de sua revisão total ou parcial.

#### Artigo 21

1. No caso da Conferência adotar uma nova Convenção que implique uma revisão total ou parcial do presente, e a não ser a nova Convenção contenha disposições em contrário:  
a ratificação, por um Membro, da nova Convenção revista implicará, ipso jure, a denúncia imediata da presente Convenção, não obstante as disposições contidas no artigo 17, sempre que a nova Convenção revista tiver entrado em vigor;

a partir da data de entrada em vigor da nova Convenção revista, a presente Convenção deixará de estar aberta para ratificação por parte dos Membros. A presente Convenção permanecerá em vigor em todos os casos em forma e conteúdo atuais, para aqueles Membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

#### Artigo 22

As versões inglesa e francesa do texto desta Convenção são igualmente autênticos.

## ANEXO C

DECRETO Nº 2.100, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.

*Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da  
Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da  
Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.

Brasília, 20 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia