

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

RENATA HUSEK

**A convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e a
legislação brasileira**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

RENATA HUSEK

**A convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e a
legislação brasileira**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Profa. Dra. Carla Teresa Martins Romar

**SÃO PAULO
2010**

Banca Examinadora:

Dedicatória

Aos meus pais Carlos e Cristina, pelos ensinamentos, pela força e pela coragem que me deram de seguir em frente sempre. Ao meu marido Renato, meu companheiro, pelo amor e pela paciência.

RESUMO

HUSEK, Renata. “A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e a legislação brasileira”, São Paulo, 2010. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC, São Paulo.

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, vigente no âmbito internacional desde 23.11.1985, veda a dispensa arbitrária de trabalhadores. Apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção em 5.1.1995 e de a mesma ter entrado em vigor no âmbito interno a partir da publicação do Decreto de Promulgação nº 1.855/1996, a Convenção foi denunciada pelo Presidente da República em 20.12.1996. No âmbito internacional, a denúncia foi considerada válida, mas internamente a legalidade da denúncia ainda está sendo discutida através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625. Concluímos que a denúncia realizada exclusivamente pelo Presidente da República é válida e, portanto, atualmente a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho não está vigente no Brasil. Por outro lado, entendemos que não há óbice legal para o Brasil ratificar, novamente, a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, o que nos parece ser o caminho que deveria ser seguido, em razão da necessidade de regramento do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, bem como das recentes decisões judiciais que alertaram sobre a ausência de diretrizes legais para a formalização de rescisões coletivas de contratos de trabalho. Na hipótese de nova ratificação da Convenção nº 158, suas regras integrariam o ordenamento jurídico com, ao menos, status de norma constitucional e as mudanças significativas referem-se à necessidade de motivação da rescisão do contrato de trabalho, a qual deveria ser baseada no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho ou no desempenho do trabalhador ou no funcionamento do empregador, bem como à incorporação das regras relacionadas à dispensa coletiva de trabalhadores, atualmente inexistentes na legislação pátria.

Palavras-chave: Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, integração, denúncia, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625.

ABSTRACT

HUSEK, Renata. “Convention No. 158 of the International Labor Organization and Brazilian law”, São Paulo, 2010. Master’s degree – Law Post-Graduation Program, PUC, São Paulo.

Convention No. 158 of the International Labor Organization, in force within the international sphere since November 23, 1985, prohibits arbitrary dismissal of employees. Although Brazil ratified the Convention on January 5, 1995 and it came into force within Brazil as from publication of Promulgation Decree 1855 of 1996, the effects of said Convention were vacated by the Brazilian President on December 20, 1996. Within the international sphere, this vacation has been considered valid, but the lawfulness of such vacation is still under discussion on domestic terms, as per Direct Action for Unconstitutionality No. 1625. We conclude that a vacating act performed solely by the Brazilian President is valid and, therefore, International Labor Organization Convention No. 158 is currently not in force in Brazil. On the other hand, we believe there is no legal obstacle for Brazil to ratify, once again, International Labor Organization Convention No. 158, which seems to us to be the course of action to be taken in view of the need of regulating article 7, item I of the Brazilian Federal Constitution, as well as due to the latest court decisions warning about the absence of legal guidelines for formal recognition of collective termination of employment contracts. If Convention No. 158 is once again ratified, its rules would be incorporated into the Brazilian legal system, being at least comparable to a constitutional rule; within this context, major changes would refer to the need of justification for termination of employment agreements, which should be based on article 482 of the Consolidated Labor Law or on the employee’s level of performance or on the employer’s operations, as well as to incorporation of rules on collective dismissal of employees, which currently do not exist in the Brazilian legislation.

Key-words: Convention No. 158 of the International Labor Organization, integration, vacation, Direct Action for Unconstitutionality No. 1625.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. TRATADOS	11
2.1. Conceito	11
2.2. Classificação	13
2.3. Requisitos para formação.....	15
2.4. Vigência e revisão.....	17
2.5. Extinção	19
3. TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO	22
3.1. Conflito entre Tratado e Direito Interno	22
3.2. Integração do Tratado no Direito Interno Brasileiro.....	24
3.2.1. Tratados de Direitos Humanos	28
3.3. Procedimento Legislativo Brasileiro para incorporação de Tratado.....	33
3.4. Procedimento para extinção do Tratado	37
4. CONVENÇÕES DA OIT	41
4.1. Organização Internacional do Trabalho.....	41
4.1.1. Criação	41
4.1.2. Objetivos.....	44
4.1.3. Estados-Membros	46
4.1.4. Estrutura.....	47
4.1.5. Normas.....	49
4.2. Natureza Jurídica das Convenções	53
4.2.1. Convenções Autoaplicáveis.....	54
4.2.2. Convenções de Princípios.....	54
4.2.3. Convenções Promocionais.....	55
4.3. Vigência.....	56
4.4. Extinção	59
5. CONVENÇÃO N. 158 DA OIT	62
5.1. Aspectos Gerais	62
5.2. Direitos e deveres previstos na Convenção	67
5.3. Vigência no âmbito internacional	72
5.4. Vigência no âmbito nacional	74
5.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480 do Supremo Tribunal Federal.....	83
5.6. Denúncia da Convenção e suas conseqüências.....	86
5.7. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1625 do Supremo Tribunal Federal.....	97
5.8. Conseqüências da inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/96	106
5.9. A Convenção e o atual ordenamento jurídico brasileiro.....	115
5.9.1. Campo de aplicação	121
5.9.2. Motivos para a rescisão do contrato de trabalho.....	127
5.9.3. Procedimento para a rescisão do contrato de trabalho.....	139
5.9.4. Direitos dos empregados demitidos	141
5.9.5. Recurso contra a rescisão do contrato de trabalho.....	147
5.9.6. Rescisão coletiva dos contratos de trabalho	160
6. CONCLUSÃO	170
7. ANEXO – DECRETO DE PROMULGAÇÃO Nº 1.855 DE 11.4.1996	178
8. BIBLIOGRAFIA	194

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, a qual veda a dispensa arbitrária de trabalhadores, com vigência no âmbito internacional a partir de 23.11.1985.

O tema foi escolhido em função das inúmeras discussões havidas no passado quanto à efetiva aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho aos trabalhadores brasileiros, levando-se em conta os trâmites previstos na Constituição Federal para a incorporação e denúncia de norma internacional no direito interno brasileiro, bem como a legislação vigente a respeito da rescisão de contratos de trabalho no Brasil.

Doutrinadores, estudiosos e a Justiça do Trabalho vêm há muito discutindo sobre a aplicação das regras estabelecidas pela Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, fato que teve de ser enfrentado para o desenvolvimento do presente assunto, a fim de possibilitar a formação de uma opinião conclusiva, lastreada em conceitos de Direito Internacional Público, Direito Constitucional e, essencialmente, Direito do Trabalho.

Procuramos sintetizar aqui alguns entendimentos quanto à formação e aplicação de normas de Direito Internacional Público, que visam regular as relações na sociedade internacional. Em especial, o que nos interessa é o ramo do Direito Internacional Público que versa sobre a proteção dos trabalhadores.

Assim, fizemos algumas considerações a respeito da Organização Internacional do Trabalho, que é um sujeito de Direito Internacional Público, bem como suas Convenções e Recomendações, que constituem fontes de Direito

Internacional Público e, em especial, das Convenções que versam sobre o Direito Internacional do Trabalho.

Com relação à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, tema deste trabalho, indicamos o momento de sua vigência no âmbito internacional, bem como as suas principais determinações em relação à dispensa de trabalhadores.

Em seguida, discorremos sobre a incorporação da Convenção no ordenamento jurídico pátrio à época de sua ratificação pelo Brasil em 5.1.1995, destacando as decisões proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480. Também fizemos considerações quanto à incorporação da Convenção atualmente, em razão da Emenda Constitucional nº 45/2004, que versa sobre a incorporação de tratado de direitos humanos no ordenamento jurídico.

Estabelecidas essas diretrizes, analisamos detalhadamente a denúncia da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho realizada pelo Brasil, bem como seus efeitos, tanto no âmbito internacional quanto no âmbito nacional, destacando as decisões já proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625, atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Além disso, procuramos destacar o ressurgimento do debate acerca da aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, em razão dos antagônicos posicionamentos do Congresso Nacional e da Justiça do Trabalho acerca da aplicação dessa Convenção no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em razão da necessidade da existência de regramento para a dispensa coletiva de trabalhadores.

Por fim, confrontamos os direitos e deveres previstos na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho com a legislação trabalhista vigente, apontando as principais mudanças que entendemos que deveriam ser observadas com a vigência dessa Convenção no Brasil.

Esperamos que este estudo venha a auxiliar nas discussões quanto à necessidade e possibilidade de aplicação das regras previstas na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho na dispensa dos trabalhadores brasileiros.

2. TRATADOS

2.1. Conceito

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 traz em sua Introdução o significado de Tratado:

(...) um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

HILDEBRANDO ACCIOLY conceitua tratado como um acordo entre Estados:

Os acordos ou ajustes entre Estados são atos jurídicos por meio dos quais se manifesta o acôrdo de vontades entre dois ou mais Estados. Ordinariamente, dá-se-lhes a denominação genérica de tratados, mas, conforme a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto, ou o seu fim, pode ter essa mesma denominação ou várias outras. Entre estas figuram as de convenção, declaração, protocolo, convênio, acôrdo, ajuste, compromisso, *modus vivendi*, etc.¹

Esse conceito, apesar de ainda vigente, está incompleto. Os Estados, sujeitos de Direito Internacional Público, eram antigamente os únicos que tinham capacidade para promover tratados. Atualmente, além dos Estados,

¹ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 6ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1964, p. 144.

também podem firmar tratados as Organizações Internacionais.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986, também apresenta em sua Introdução o significado de Tratado:

- (...) um acordo internacional regido pelo direito Internacional e celebrado por escrito;
- i) entre um ou mais estados e uma ou mais organizações internacionais; ou
 - ii) entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica.

O conceito de tratado também é minuciosamente explicado por VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI citando CLÓVIS BEVILÁQUA e PAUL REUTER:

Trata-se portanto, de um acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, regido pelo direito das gentes, visando a produzir imprescindivelmente efeitos jurídicos para as partes, contratantes. Ou, na definição de Beviláqua: “Tratado internacional é um ato jurídico, em que dois ou mais Estados concordam sobre a criação, modificação ou extinção de algum direito”, completando que “a definição acima exposta abrange todos os atos jurídicos bilaterais ou multilaterais do direito público internacional, que, realmente, podem ser designados pela denominação geral de tratados, mas que recebem, na prática e nos livros de doutrina, qualificações diversas”. E, ainda, na definição de Paul Reuter: “Um tratado é uma manifestação de vontades concordantes, imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional, e destinada a produzir efeitos

jurídicos de conformidade com as normas de direito internacional.²

A esse respeito afirma ARNALDO SUSSEKIND que:

Tratado é o instrumento básico e preponderante utilizado pelo Direito Internacional Público para a consecução das suas finalidades. Esse ramo da ciência jurídica possui outras fontes geradoras de direitos e obrigações: mas o tratado é, sem dúvida, a prevalente e mais importante delas.³

Assim, podemos dizer que Tratado é o acordo internacional, regido pelo Direito Internacional Público, que pode ser firmado entre Estados, entre Estado e Organização Internacional ou entre Organizações Internacionais e que constitui a manifestação de vontade desses sujeitos de Direito Internacional Público, destinando-se a produzir efeitos jurídicos na ordem internacional.

2.2. Classificação

Os Tratados podem ser classificados: (i) quanto à forma, pelo número de partes, podendo ser bilaterais, se existem apenas dois participantes, ou multilaterais, quando existem mais de dois participantes; (ii) quanto ao procedimento adotado para sua conclusão podem ser solenes, quando após a assinatura deve haver aprovação legislativa para ser ratificado; ou simples quando a assinatura do Estado é suficiente para sua entrada em vigor; (iii) quanto à natureza das normas pode dividir-se em tratados-contratos, que são aqueles que regulam situação específica de interesse direto dos Estados

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 40/41.

³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 33.

envolvidos ou tratados-leis, os quais produzem normas de conduta geral e abstrata para vários Estados e (iv) quanto à possibilidade de adesão⁴, constituindo-se em tratados fechados, aqueles que não permitem a adesão de outros sujeitos de direito internacional, mas tão somente os que negociaram o tratado, ou tratados abertos, ou seja, que estão abertos à adesão de outros Estados que não os contratantes originais.

Importa-nos aqui fazer a distinção entre tratados-leis e tratados-contratos, para avaliar suas conseqüências quanto à formação, aplicação e extinção, bem como em razão do entendimento doutrinário de que tão somente o primeiro é fonte de Direito Internacional Público.

A esse respeito, transcrevemos a seguir, os ensinamentos de CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO em relação à classificação dos Tratados quanto à sua natureza:

Do ponto de vista material, a doutrina os tem classificados em tratados-leis e tratados-contratos. Esta distinção remonta a Bergbohm, que observou possuírem determinados tratados normas jurídicas que os Estados aceitavam como normas de conduta; o que distinguia os tratados assim caracterizados dos outros era “a finalidade de criar normas jurídicas”. Triepel retoma esta orientação e assinala que determinados tratados (tratados-leis) são formados por vontade de conteúdo idêntico, enquanto, nos outros (tratados-contratos) as vontades teriam conteúdo diferente. Os tratados-leis seriam fonte de DIP e neles é que se manifestaria a vontade coletiva. Os doutrinadores apresentam às vezes diferenças na caracterização dos tratados, como é o caso de Bourquin, para quem os tratados-contratos são aqueles em que os Estados visam “fins diferentes” e criam “situações jurídicas subjetivas”, enquanto os tratados-leis estabelecem “uma situação

⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 35/36.

jurídica impessoal e objetiva.⁵

Assim, conclui-se que tratados-leis são aqueles firmados entre Estados com o objetivo de fixar normas de Direito Internacional Público e, portanto, nas palavras de HILDEBRANDO ACCIOLY⁶, podem ser equiparados às leis. Os tratados-contratos, por sua vez, regulam situações específicas de interesse tão somente dos Estados que são parte e são equiparados aos contratos.

2.3. Requisitos para formação

Existem quatro requisitos essenciais para a formação de um tratado, quais sejam: a capacidade das partes, a habilitação do agente signatário, o consentimento mútuo e objeto lícito e possível.

Com relação à capacidade das partes, é certo que, dentre os sujeitos de Direito Internacional Público, apenas os Estados e os Organismos Internacionais têm capacidade para firmar tratados, como destacado anteriormente.

Quanto à habilitação do agente signatário para a conclusão e assinatura de um tratado, é preciso que o Estado e/ou o Organismo Internacional estejam regularmente representados, sob pena de nulidade do tratado.

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, vol. 1, p. 219/220

⁶ “Mas a classificação indicada não tem nenhum significado jurídico. Por isto, certos autores entendem que a melhor classificação é a que tem em vista a natureza jurídica do ato. Sob este aspecto, admitem sua divisão nestas duas categorias: tratados-contratos e tratados-leis ou tratados-normativos. Estes últimos, celebrados geralmente entre muitos Estados, fixam normas de direito internacional e podem ser comparados a verdadeiras leis. Os outros procuram regular interesses recíprocos dos Estados que o firma; resultam de concessões mútuas e têm a aparência de contratos. Nada impede que um só tratado reúna as duas qualidades: é o que sucede, com frequência, em tratados de paz.” – ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 6ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1964, p. 146.

A representação do Estado é realizada pelo Chefe de Estado, ou pelo ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, ou ainda pelo chefe de missão diplomática, sendo que outros representantes podem ser admitidos, desde que detenham carta de plenos poderes assinada pelo Chefe de Estado. A esse respeito estabelece o artigo 7º da Convenção de Viena:

1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do estado em obrigar-se por um tratado se:
 - a) apresentar plenos poderes apropriados; ou
 - b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes.
2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes de seu Estado:
 - a) os Chefes de Estados, os chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado;
 - b) os Chefes de Missão Diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados;
 - c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado, em tal conferência, organização ou órgão.

Com relação aos Organismos Internacionais, prevê a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986, em seus artigos 6.3, que os Organismos são representados por pessoas que apresentarem plenos poderes apropriados ou as circunstâncias indicarem que a intenção do Organismo

Internacional era considerar essa pessoa seu representante para esse fim e dispensar os plenos poderes.

Como ocorre com a assunção de qualquer obrigação, para a conclusão do tratado é preciso que haja mútuo consentimento entre as partes, ou seja, não devem as partes e/ou seus representantes sofrer quaisquer dos vícios de consentimento (erro, dolo, coação ou corrupção do representante do Estado), sob pena de nulidade de todo o tratado ou de algumas de suas cláusulas.

Por fim, é certo que o tratado somente pode versar sobre objeto possível e permitido pelo Direito Internacional Público.

2.4. Vigência e revisão

Inicialmente é preciso fazer a distinção entre a assinatura, ratificação e adesão de um tratado. A assinatura, em um tratado solene, não representa a assunção da obrigação contida no tratado, mas a concordância com as cláusulas pactuadas, dependendo o comprometimento do Estado e/ou do Organismo Internacional de futura ratificação.

A ratificação, por sua vez, é “ato unilateral com o que o co-partícipe da feitura de um tratado expressa em definitivo sua vontade de se responsabilizar, nos termos do tratado, perante a comunidade internacional”⁷.

CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO utiliza do conceito de José Sette Câmara para definir a ratificação nos seguintes termos:

⁷ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2004. p. 66.

A ratificação, na definição de Sette Câmara, “é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais.”⁸

VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI afirma que a ratificação é a principal fase na formação de um tratado, uma vez que somente após a sua ratificação o tratado passará a ser obrigatório:

A ratificação é, pois, a expressão pelo sujeito de direito internacional, da vontade de obrigar-se ao conteúdo do que foi pactuado, e que se traduz na informação formal que a autoridade nacional dá às autoridades dos outros Estados, de que o projeto de tratado concluído pelos seus plenipotenciários foi aprovado, tornando-se o tratado, a partir daí (troca ou depósito dos instrumentos de ratificação), obrigatório para o Estado signatário.⁹

Por fim, a adesão é o ato pelo qual o Estado ou Organismo Internacional, que não participou da negociação e feitura do tratado, manifesta sua intenção de fazer parte do tratado. Por essa razão, a adesão somente ocorre em momento posterior à assinatura do tratado.

O tratado, em seu texto, expressamente esclarece o momento em que o mesmo entrará em vigor na ordem internacional que, em geral, conta-se a partir do ato de ratificação dos Estados e/ou Organismos Internacionais.

⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15^a. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, vol. 1, p. 228.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2^a. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 91.

Nesse sentido é o artigo 24 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969:

1. Um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelos Estados negociadores.
2. Na ausência de tal disposição ou acordo, um tratado entra em vigor tão logo o consentimento em obrigar-se pelo tratado seja manifestado por todos os Estados negociadores.
3. Quando o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado for manifestado após sua entrada em vigor, o tratado entrará em vigor em relação a esse Estado nessa data, a não ser que o tratado disponha de outra forma.
4. Aplicam-se desde o momento da adoção do texto de um tratado as disposições relativas à autenticação do seu texto, à manifestação do consentimento dos Estados em obrigarem-se pelo tratado, à maneira ou data de sua entrada em vigor, às reservas, às funções de depositário e aos outros assuntos que surjam necessariamente antes da entrada em vigor do tratado.

No mesmo sentido há previsão no artigo 24 da Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986.

2.5. Extinção

O prazo de vigência de um tratado está disposto em seu próprio texto e, caso não esteja, opera-se por tempo indeterminado, extinguindo-se por execução integral, verificação de condição resolutória, acordo mútuo, renúncia unilateral, denúncia, impossibilidade de execução, estado de guerra ou por outro

tratado, conforme previsão contida na Parte V da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986.

Dentre as formas de extinção do tratado, destacamos aqui a denúncia que representa a extinção do tratado pela vontade unilateral do co-partícipe. No caso de tratado bilateral, a denúncia faz com que o tratado deixe de existir. Já no tratado multilateral, a denúncia de um dos co-partícipes gera efeito tão somente ao denunciante, mantendo-se vigente o tratado aos demais co-partícipes.

As regras para denúncia de um tratado, em geral, devem ser estabelecidas em seu próprio corpo. Ainda que o mesmo não preveja regras para sua denúncia, essa pode ser efetuada conforme previsão contida nos artigos 56 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986.

Por esses artigos, caso não haja previsão no tratado, a denúncia poderá ser realizada, desde que as partes tenham pretendido admitir a possibilidade de denúncia ou retirada ou, da natureza do tratado, possa ser deduzido o direito de denúncia ou retirada.

O item 2 dos referidos artigos ainda prevê que a parte que pretenda denunciar o tratado deverá notificar os demais co-partícipes de sua intenção de denunciar ou se retirar do tratado, com pelo menos 12 meses de antecedência.

A esse respeito VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI indica o

procedimento a ser utilizado para realizar a denúncia de um tratado:

A denúncia “se exprime por escrito numa notificação, carta ou instrumento: sua transmissão a quem de direito configura o ato internacional significativo da vontade de romper o compromisso. Trata-se de uma mensagem de governo, cujo destinatário, nos pactos bilaterais, é o governo da parte co-pactuante. Se coletivo o compromisso, a carta de denúncia dirige-se ao depositário, que dela fará saber às demais partes”. Este depositário “é o governo de um dos Estados-partes no tratado coletivo, ou é a secretaria de uma Organização Internacional que tenha aceito esse encargo. Nos tratados institucionais, o depositário, para fins de denúncia, é sempre a secretaria da própria organização, ainda que outrora o tenha sido, para fins de ratificação, o governo de um dos Estados fundadores. Excepcionalmente, o depositário do tratado multilateral é um Estado não-parte, por não o haver ratificado depois de ter aceito, na fase negocial, aquele incumbência.¹⁰

Assim, no caso dos tratados bilaterais, a denúncia deve ser feita por um Estado ao outro. Já no caso de tratados multilaterais, a denúncia deve ser feito ao depositário do tratado que será o Governo de um dos Estados-parte ou a Secretaria de uma Organização Internacional.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2^a. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 91.

3. TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. Conflito entre Tratado e Direito Interno

O conflito entre as normas de Direito Interno e as normas de Direito Internacional Público são resolvidas através da aplicação de duas teorias, o monismo e o dualismo, que explicam a incorporação e prevalência do direito interno sobre o internacional, e vice-versa.

A Teoria Monista consagra que todos os Direitos emanam de uma só fonte. Assim, tanto o direito interno, quanto o direito internacional são ramos de uma mesma fonte. Essa teoria subdivide-se quanto à prevalência do direito interno ou do direito internacional.

Nesse aspecto, transcrevemos a seguir a definição de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI quanto à Teoria Monista:

Os autores monistas partem da inteligência oposta à dos dualistas, vez que têm como ponto de partida a unidade do conjunto das normas jurídicas. O direito internacional e o direito interno convergem para um mesmo todo harmônico, numa situação de superposição em que o direito interno integra o direito internacional, retirando deste a sua validade. É dizer, não existem dois círculos contíguos que não se interceptam, mas, ao contrário, dois círculos superpostos em que o maior representa o direito internacional que abarca, por sua vez, o menor, representado pelo direito interno.¹¹

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 215.

Como a opção na aplicação das teorias depende das normas de cada Estado, alguns adotam o monismo com prevalência no direito interno, ou seja, havendo conflito entre a norma internacional e a interna, sempre prevalecerá a norma interna. Outros consagram o monismo com prevalência no direito internacional, isto é, havendo conflito entre as normas, deverá prevalecer a norma internacional.

No entanto, existem os Estados que são dualistas. Entendem que há uma divisão radical entre as normas internacionais e as normas internas, sendo as duas normas equivalentes, porém incomunicáveis.

O melhor conceito para essa teoria é aquele dado por GILDA MACIEL CORREA MEYER RUSSOMANO: “são dois rios que fluem de nascentes distintas e que, no seu curso, nunca chegam a se encontrar”.¹²

A esse respeito, VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI¹³ afirma que os Estados que seguem a teoria dualista entendem que os tratados internacionais representam compromissos internacionais do Estado e, portanto, em nada interferem em seu ordenamento jurídico.

Pela Teoria Dualista, a norma internacional somente pode ser aplicada ao Estado quando incorporada ao Direito Interno através da

¹² RUSSOMANO, Gilda Maciel Correa Meyer. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol 1, p. 33.

¹³ “Esta concepção dualista de que o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas e independentes umas das outras, emana do entendimento de que os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado, gerando conflitos insolúveis dentro dele. Em um caso, trata-se de relações entre Estados, enquanto em outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos. Ou seja, os dois sistemas, para eles, são mutuamente excludentes, não podendo um interferir no outro por qualquer motivo. Não há nenhuma espécie de contato entre um e outro.”¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 208.

transformação do tratado em norma interna.

3.2. Integração do Tratado no Direito Interno Brasileiro

O artigo 5º. parágrafo 2º. da Constituição Federal admite os tratados internacionais, em que o Brasil seja parte, como fonte de direitos e garantias:

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

(...)

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

Adicionalmente, a Constituição Federal em seus artigos 49, inciso I, e 102, inciso III, letra “b”, determina a competência do Congresso Nacional para resolver sobre tratados e a do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratado:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordo ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Pela disposição prevista nesses artigos, é certo que o Brasil não admite a validade de tratados simplificados, ou seja, tratados em que a simples assinatura do representante do Estado é suficiente para torná-lo eficaz. Para o Brasil, o tratado apenas será válido se houver a efetiva aprovação do Congresso Nacional.

Dentre as duas teorias acima citadas, quais sejam, a Teoria Monista e a Teoria Dualista, entendemos que o Brasil não tende a adotar a Teoria Monista com prevalência no Direito Interno, posto que admite o Direito Internacional como uma das fontes de seu direito, estabelecendo regras para a vigência dos tratados no direito interno brasileiro.

No entanto, ainda não há uma definição quanto à aplicação da Teoria Monista com prevalência no Direito Internacional ou a Teoria Dualista pelo Brasil. Em alguns aspectos, entendemos que o Brasil tende a adotar a Teoria Monista com prevalência no Direito Internacional, como é o caso dos Tratados que versam sobre direitos humanos que veremos mais adiante¹⁴.

¹⁴ “No Brasil, a jurisprudência do STF desde os seus primórdios e por longo período de tempo, tinha afirmado a primazia do direito internacional sobre o direito interno, fato que levou Haroldo Valladão a alinhar uma ampla lista de precedentes da Excelsa Corte que comprovavam esse posicionamento.

(...)

Ademais, a Constituição brasileira de 1988, como instrumento organizador do Estado, ao conferir-lhe o poder que lhe delega o povo, diretamente ou por meio dos seus representantes, não faz nenhuma distinção entre a jurisdição interna e a internacional, limitando-se a dizer que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados ad referendum do Congresso Nacional (art. 84, VIII) e ao Parlamento a tarefa de resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I). Existe, assim, “unicidade da jurisdição, derivada do mesmo instrumento normativo que a instituiu no Estado, sem distinguir a jurisdição interna da internacional, que, na verdade são uma e mesma coisa, pois o Estado, ao se comprometer na ordem internacional, compromete a comunidade que lhe delegou autoridade para tanto”.

Disso resulta o primado do direito internacional sobre o direito interno, ainda mais procedente quando determinadas matérias da legislação interna estão a violar tratados ou princípios de direito internacional geral de caráter imperativo, a exemplo das norma de jus cogens, como é o caso das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 221 e 224

Por outro lado, pode-se afirmar que na medida em que o Brasil determina a existência de um Decreto de promulgação para ter validade o tratado internacional já devidamente ratificado pelo Presidente da República, tende a adotar a Teoria Dualista.

Há, entretanto, entendimento divergente a esse respeito, conforme ensina VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ao citar o posicionamento de AMÍLCAR DE CASTRO e NADIA DE ARAUJO e INÊS DA MATTA ANDREIUOLO:

Esta doutrina fora defendida, no Brasil, isoladamente, por Amílcar de Castro, para quem a ordem internacional “se distingue das estatais porque suas normas se caracterizam como inconfundíveis pelos sujeitos a que dirigem, pelo processo de formação, pelo conteúdo e pelos meios porque sua observância é assegurada”, além do que, “por não ser a convivência de Estados estruturada em subordinação a um governo, não há jurisdição internacional, e sem esta o direito das gentes só pode ser visto como único, ímpar, dessemelhante do estatal”.

Mais recentemente, Nadia de Araujo e Inês da Matta Andreiuolo, parecem também defender a doutrina dualista, quando assim lecionam: “(...) acreditamos que quando da análise da validade dos tratados no ordenamento interno é preciso destacar dois momentos distintos: o da sua incorporação e, em seguida, o da sua posição hierárquica vis-à-vis às demais leis já existentes. E de acordo com essa análise, somos dualistas porque não há como incorporar um tratado ao ordenamento jurídico interno sem em primeiro lugar proceder à sua internacionalização. Partindo-se da utilização dos critérios acima, entendemos que há, no Brasil, duas modalidades para cada teoria: o dualismo dividir-se-ia em radical – no qual haveria necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem

jurídica nacional -, e em moderado – no qual a incorporação prescindiria de lei, embora possuísse iter procedimental complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva.¹⁵

Nesse sentido é o entendimento de CARLOS ROBERTO HUSEK:

(...) Poderíamos nos situar entre o dualismo – incorporamos a norma internacional e a transformamos em lei interna, quando importante para nós – e/ou o monismo moderado, uma vez que pelos artigos correspondentes à competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 102, III, b e 105, III, a), os tratados ficam no mesmo patamar da lei ordinária federal e abaixo da Carta Magna, prevalecendo o Direito Internacional sobre o Direito Interno desde que não contrarie a norma constitucional, considerando-se ainda o § 2º. do art. 5º., quando estabelece 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 faz parte”. Em matéria de direitos humanos, no entanto, tivemos uma mudança fundamental, porquanto o §3º., que veio com a EC n. 45, determina que aqueles que obtiverem o voto de três quintos dos respectivos membros, em dois turnos, serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Optamos, pois, pela prevalência dos Tratados de Direitos Humanos sobre outros tratados e sobre a Lei Ordinária. Aqui, o monismo denuncia-se de forma clara.¹⁶

Com relação à hierarquia do tratado, apesar de haver discussão sobre o tema, entendemos que os tratados convencionais, excluindo-se àqueles referentes a Direitos Humanos, equivalem-se a normas infraconstitucionais (leis

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 211/212

¹⁶ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª. ed., São Paulo: LTr, 2009. p. 55/56.

ordinárias e complementares).¹⁷

Com relação aos tratados que versam sobre Direitos Humanos, diante da importância do tema, analisaremos mais aprofundadamente no item abaixo.

3.2.1. Tratados de Direitos Humanos

O Brasil ao considerar as normas internacionais como fonte de seu direito interno, segue a Teoria Monista com prevalência no direito internacional, apesar de existirem doutrinadores que entendem que o Brasil adota a Teoria Dualista moderada, já que existem regras para efetiva vigência de um tratado somente através do estabelecimento de norma interna.

Uma vez cumpridas essas regras, o tratado é individualizado no direito interno brasileiro no mesmo patamar de norma infraconstitucional, com exceção dos tratados que versam sobre direitos humanos os quais ganham acesso ao ordenamento interno com status de norma constitucional conforme Emenda Constitucional nº 45/2004 que incluiu o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal.

¹⁷ “O primeiro e mais imediato dos efeitos gerados por um tratado na ordem jurídica interna é o de revogar todas as disposições em contrário ou incompatíveis da legislação infraconstitucional – aí compreendidas, à exceção das emendas constitucionais, todas as demais espécies normativas que compõem o arcabouço normativo nacional. Tudo quanto está abaixo da Constituição, os tratados comuns (e não os que dispõem sobre direitos e garantias individuais, que têm índole e nível constitucionais) revogam ou modificam, sem com eles incompatível ou expressamente contrário. Havendo incompatibilidade entre as disposições convencionais e as normas de direito interno, uma vez que aqueles obedecem, em regra, aos mesmos parâmetros de vigência e eficácia das disposições legislativas domésticas, resolve-se eventual antinomia sempre em favor do tratado, que é hierarquicamente superior a qualquer disposição interna infraconstitucional. Aplica-se, ao caso – uma vez que, no mínimo, os tratados têm força de lei –, o disposto no art. 2º. § 1º. da Lei de Introdução ao Código Civil (...).” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 334.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a questão da incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao ordenamento pátrio tornou-se explícita, prevendo o artigo 5º. parágrafo 3º. que os Tratados de Direitos Humanos equivalem a Emenda Constitucional:

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

(...)

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, os tratados que versam sobre direitos humanos detêm natureza de norma constitucional, conforme entendimento de FLÁVIA PIOVESAN:

Enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, no termos do art. 102, III, b, do texto, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional.¹⁸

Nesse sentido também afirma VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI que:

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Os Direitos Humanos e o Direito internacional. Rio de Janeiro, p. 131 (apud BARROS, Cássio Mesquita. A Convenção nº 158 – Proteção contra a Despedida Injustificada. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, nº 7, jul./1996, v. 60., p. 43)

A Carta de 1988, com a disposição do §2º., do seu art. 5º., de forma inédita, passou a claramente reconhecer, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do seu direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados); e b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fonte do sistema constitucional de direitos e garantias. É dizer, tais tratados passam a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detém tais instrumentos internacionais no ordenamento brasileiro.¹⁹

Ainda a respeito dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, afirma ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, citado por VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI que:

O disposto no art. 5º., § 2º., da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação do Poder Legislativo de ato com força de lei, de modo a outorgar às suas disposições vigência ou

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 359/360.

obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos, passam, consoante os arts. 5º., § 1º. e 5º. § 2º., da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.²⁰

Sob o ponto de vista procedimental, os tratados de direitos humanos, além de entrarem no ordenamento jurídico com status de norma constitucional, têm aplicabilidade imediata, ou seja, não é necessária a edição de um decreto de promulgação para o início de sua validade, bastando apenas a ratificação do tratado pelo Presidente da República.²¹

Evidentemente que para que os tratados que versem sobre direitos humanos sejam incorporados como norma constitucional deverão ser aprovados por cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, posto que equivalem às Emendas Constitucionais.

A esse respeito, transcrevemos entendimento exposto por CARLOS ROBERTO HUSEK que afirma que os tratados de direitos humanos

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 376

²¹ “Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados de proteção dos direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1º., do seu art. 5º., a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já nos casos de tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, este decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário. Em outras palavras, com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o monismo internacional kelseniano, dispensando-se da sistemática da incorporação, o decreto executivo presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 371.

são materialmente constitucionais e, portanto constituem cláusulas pétreas, sendo que aqueles que são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro através da votação acima indicada, também são considerados formalmente constitucionais e, portanto, impossíveis de serem denunciados:

Segundo Flávia Piovesan, com o advento do § 3º, do art. 5º, surgiram duas categorias de Tratados de Direitos Humanos: “a) os materialmente constitucionais, por força do § 2º. do art. 5º.. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º. do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.”

Ante os termos do novo parágrafo em análise, somos obrigados a concordar com Flávia Piovesan, porque outros problemas podem decorrer do referido texto: primeiro, é possível discutir-se sobre a recepção ou não dos tratados anteriores de Direitos Humanos, como emendas, o que não parece razoável; depois, poderíamos pensar na possibilidade de um Tratado de Direitos Humanos não ter a votação de três quintos dos membros, o que o faria entrar como lei ordinária, o que também não seria razoável.

Os Tratados de Direitos Humanos, portanto, segundo a melhor interpretação, constituem-se em cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos por meio de emenda constitucional, isto é, resguardam os direitos e garantias individuais.

Todavia, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos materialmente constitucionais, como ensina Piovesan, são suscetíveis de denúncia por parte do Estado signatário, o que não acontece com os material e formalmente constitucionais.²²

Em conclusão, entendemos que os tratados de direitos

²² HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª. ed., São Paulo: LTr, 2009. p.105/106.

humanos, com base na redação do artigo 5º, parágrafo 3º., da Constituição Federal, terão sempre status de norma constitucional. Em outras palavras, serão sempre considerados materialmente constitucionais.

Contudo, aqueles tratados que também forem aprovados por cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, além de serem materialmente constitucionais, também serão considerados formalmente constitucionais.

3.3. Procedimento Legislativo Brasileiro para incorporação de Tratado

O artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal estabelece a competência do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, “sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

O artigo 49, inciso I, também da Constituição Federal, prevê que é da competência do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

Dessa forma, depois de assinado certo Tratado, este é enviado à Câmara dos Deputados para aprovação. Na Câmara dos Deputados o processo é encaminhado à Comissão de Relações Exteriores, que apresentará um Projeto de Decreto Legislativo o qual será submetido à análise da Comissão de Constituição, Justiça e Redação. Uma vez aprovado pelas duas Comissões, o Projeto é submetido ao plenário para votação que, aprovando-o, envia ao Senado

Federal²³.

No Senado Federal, o Projeto é encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional para análise. Após análise dessa Comissão, o Projeto é votado em plenário. Aprovado pelo Senado Federal, é de competência do Presidente do Senado a promulgação do Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional. Esse Decreto recebe um número e é publicado no Diário Oficial da União e no Diário do Congresso.

Em seguida à aprovação das duas casas do Congresso Nacional, o Decreto é enviado ao Presidente da República que está autorizado a ratificar o tratado internacional e, caso isso ocorra, deverá publicar o Decreto de Promulgação, cuja finalidade é atestar solenemente que todas as normas legais foram cumpridas para que o tratado entrasse em vigor. O Decreto de Promulgação deve ser publicado no Diário Oficial para que se inicie a vigência do tratado.

A esse respeito, afirma CARLOS ALBERTO BEGALLES que:

Assim, compete ao Presidente da República, como Chefe de Estado, celebrar a convenção internacional e ao Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo, aprovar a Convenção, que, inclusive, dispensa sanção por parte do Presidente da República, mas não promulgação e publicação.

A doutrina constitucional sustenta que o Presidente da República, após aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional através de Decreto Legislativo, deverá publicar Decreto de Promulgação para que tenha

²³ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2004. p. 79-80.

vigência e eficácia a Convenção em nosso ordenamento jurídico.²⁴

Ainda a respeito do procedimento utilizado para vigência de Tratado no Brasil, afirma o Ministro CELSO DE MELLO que:

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do congresso nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII) também dispõe enquanto chefe de estado que é da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais. Superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo chefe de estado. Conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (STF, ADIMC 1480, TP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 18.05.2001, p. 00429).²⁵

Em resumo, para que o Tratado tenha eficácia e validade perante o direito interno brasileiro, um Decreto Legislativo deverá ser aprovado pela

²⁴ BEGALLES, Carlos Alberto. Análise da Convenção n. 132 da OIT e o chamado período aquisitivo mínimo para direito às férias proporcionais (a divergência jurisprudencial). **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS. n.º. 253.

²⁵ BEGALLES, Carlos Alberto. Análise da Convenção n. 132 da OIT e o chamado período aquisitivo mínimo para direito às férias proporcionais (a divergência jurisprudencial). **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS. n.º. 253, p.591

Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, ou seja, pelas duas casas do Congresso Nacional que, após, estará sujeito à promulgação, por Decreto de Promulgação, pelo Presidente da República.

Realizados tais procedimentos, o tratado é incorporado, em nível de norma infraconstitucional, à legislação interna brasileira, revogando ou alterando legislação existente sobre o mesmo tema.

Com relação aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, como já esclarecido anteriormente, o entendimento doutrinário afirma que a partir da ratificação do Tratado pelo Presidente da República esse passa a ter sua aplicação imediata, não sendo necessário aguardar a publicação do Decreto de Promulgação para iniciar sua validade. Isso porque os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm aplicação automática no ordenamento jurídico brasileiro.²⁶

É certo, portanto, que a aprovação do Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional não assegura a incorporação do tratado no direito interno, sendo necessário que o Presidente da República promulgue o Decreto para garantir sua aplicação imediata no direito interno brasileiro, com exceção dos tratados que versam sobre direitos humanos, em que a sua ratificação basta para o início de sua validade no Brasil.

²⁶ “Em suma, claro está que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos por nós ratificados, têm aplicação imediata no Brasil, independentemente da edição de diploma normativo com força de lei (decreto de execução presidencial) que os materialize, para que só assim irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. É desnecessária, portanto, a posterior edição, pelo Executivo, de decreto de execução ou decreto executivo. Basta a ratificação do tratado, para que sua incorporação ao direito interno se faça de imediato, é dizer, automaticamente.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2^a. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 379.

3.4. Procedimento para extinção do Tratado

Como anteriormente esclarecido, o prazo de vigência de um tratado está disposto em seu próprio texto e, caso não esteja, opera-se por tempo indeterminado, extinguindo-se por execução integral, verificação de condição resolútoría, acordo mútuo, renúncia unilateral, denúncia, impossibilidade de execução, estado de guerra ou por outro tratado.

No caso da denúncia, que representa a extinção do tratado pela vontade unilateral do co-partícipe, há discussão na doutrina quanto à competência para realizar a denúncia. Afirmam alguns que o Chefe do Estado tem prerrogativa na realização da denúncia de um tratado. Outros doutrinadores, afirmam que a competência do Chefe do Estado somente se verifica se assim previr o tratado. Por fim, há doutrinadores que entendem que o tratado deve ser denunciado somente após concordância do órgão competente para sua ratificação.

A esse respeito, ARNALDO SUSSEKIND²⁷ cita os entendimentos de Clóvis Beviláqua e Hildebrando Accioly, que entendem que a denúncia é ato do executivo, uma vez que o Poder Legislativo, ao aprovar o tratado, já autorizou sua denúncia de forma unilateral pelo executivo:

Idêntico foi o pronunciamento de Hildebrando Accioly: “O ato da denúncia, como o da ratificação, é de caráter essencialmente executivo e cabe ao órgão incumbido da apresentação do Estado nas relações internacionais. Além disso, a permissão da denúncia deve achar-se no próprio tratado. Assim, se o ato internacional de que se trata pertence à categoria daqueles que exigem ratificação, precedida da aprovação do Poder Legislativo, sua denúncia unilateral já terá sido autorizada

²⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 50-51.

por este, ao aprovar o respectivo texto, no qual, como acabamos de dizer, a denúncia teria sido admitida.

FRANCISCO REZEK entende que se o tratado dependeu da vontade do executivo e do parlamento para ter sua validade, caso um desses dois poderes demonstre vontade de denunciar o tratado, o mesmo poderia ser feito, visto que não há mais consentimento entre os poderes quanto à validade do tratado.

Entendimento diverso é de ARNALDO SUSSEKIND²⁸ que afirma que se o tratado, para se incorporar à legislação nacional, passando a ter validade, teve que ser aprovado previamente pelo Congresso Nacional e, depois, ser ratificado pelo Presidente da República, seria injurídico admitir a possibilidade de revogação do tratado por simples ato administrativo do Poder Executivo. Além disso, a legislação nacional, que foi alterada ou revogada pela existência do tratado, não poderia ser restabelecida pela simples denúncia do Poder Executivo ao tratado.

Há ainda doutrinadores que entendem que a denúncia através de ato unilateral do Poder Executivo somente teria validade no caso de tratado-contrato, posto que este é celebrado pelo Presidente da República para depois ser submetido à homologação do Congresso Nacional. No caso de tratado-normativo, que devem ter aprovação prévia do Poder Legislativo para sua ratificação, não seria válida a denúncia realizada por ato unilateral do Presidente da República.

A esse respeito, ARNALDO SUSSEKIND, cita PONTES DE MIRANDA, que entende ser inválida a denúncia a tratado realizada

²⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 53.

exclusivamente por ato do Presidente da República:

E invocamos, sobre o tema, o magistério do maior dos juristas brasileiros dos últimos 60 anos, Pombal de Miranda:

“Pode o Presidente da República, só, denunciar os tratados, convenções ou acordos que foram aprovados pelo Poder Legislativo?

.....
 Aprovar tratado, convenção ou acordos, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, ad referendum do Poder Legislativo.

Com relação à denúncia dos tratados de direitos humanos, há grande controvérsia na doutrina quanto à possibilidade de tal ato, em razão do status constitucional que esses tratados são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque uma vez incorporados os tratados que versam sobre direitos humanos no ordenamento jurídico, torna-se impossível a sua posterior não aplicação em razão de denúncia realizada por ato do Poder Executivo, vez que os direitos ali previstos são considerados adquiridos pelos cidadãos brasileiros.

Nesse sentido afirma VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI:

Nas palavras do Prof. Luiz Olavo Baptista: “No Brasil, desde a Constituição de 1988, temos algumas regras de direito internacional que, introduzidas no direito brasileiro, não mais podem ser revogadas, pois estão sob o império da chamada cláusula pétrea. São as que nascem dos tratados sobre direitos e garantias individuais e que, por

isso, geram direitos subjetivos dos cidadãos. Assim, os direitos daí decorrentes (e não os tratados que os declararam) não podem mais ser abolidos ou revogados.”

Insiste-se, então, em dizer, que se nem mesmo pela via de Emenda à Constituição existe a possibilidade de subtração dos direitos já incorporados na Carta Magna, muito menos se pode pensar em tal fato quando para o ato de denúncia, no direito brasileiro, exige-se como tem demonstrado a prática diplomática a esse respeito, tão somente a vontade do Chefe do Poder Executivo.

A conclusão que se chega, então, é que no sistema brasileiro os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos são insusceptíveis de denúncia. Ou seja, proíbe-se qualquer tipo de denúncia, envolvendo tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista terem eles o mesmo status das normas constitucionais, além de incorporação automática no sistema jurídico brasileiro.²⁹

Em conclusão, entendemos que o entendimento que domina quanto à denúncia de tratados é o de que o Presidente da República tem competência para denunciar, independentemente da aprovação do Congresso Nacional. No entanto, quanto aos tratados que versam sobre direitos humanos, uma vez ratificados pelo Brasil, incorporam-se automaticamente ao ordenamento jurídico e não podem ser dele excluído apenas pela denúncia, uma vez que os tratados têm status de norma constitucional.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2^a. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 384/385.

4. CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

4.1. Organização Internacional do Trabalho

4.1.1. Criação

A Organização Internacional do Trabalho – OIT foi criada em 1919, com o final da Primeira Guerra Mundial, através do Tratado de Paz, mais conhecido como Tratado de Versailles.

Em seu endereço eletrônico na rede mundial de computadores, a Organização Internacional do Trabalho apresenta três principais motivações que determinaram sua criação, quais sejam: a humanitária, a política e a econômica.

A motivação humanitária deu-se em função da sociedade não mais aceitar as condições em que os trabalhadores prestavam serviços. Havia um aumento no número de trabalhadores, sendo os mesmos permanentemente explorados por seus empregadores, sem que houvesse qualquer preocupação e/ou regulamentação que garantisse a manutenção da saúde, da vida familiar e o progresso profissional.

Com o contínuo aumento do número de trabalhadores que prestavam serviços em péssimas condições nas indústrias, a segunda motivação

era de caráter político, uma vez que a situação precária da prestação de serviços poderia dar ensejo a conflitos sociais e, até mesmo, resultar em uma revolução.

No tocante à motivação econômica havia à época o entendimento de que o país que fizesse a reforma social teria um aumento no custo da produção de seus bens, o que resultaria, em última análise, em desvantagem comercial em relação aos demais países que não adotassem medidas para melhorar as condições de seus trabalhadores. Assim, a reforma social deveria ser universal, a fim de que a competição comercial entre os países não fosse prejudicada.

WAGNER GIGLIO descreve o momento e os motivos da criação da Organização Internacional do Trabalho:

A pressão dos trabalhadores, a situação pré-revolucionária existente em diversos países, agravada pela revolução russa de 1917, a promessa dos políticos de criar um mundo melhor após a guerra e a cooperação dos sindicatos dos Estados aliados levaram os governos das potências vencedoras a incluir, nos Tratados de Paz, um capítulo sobre os direitos trabalhistas.

(...)

Já na primeira sessão da Conferência de Preliminares da Paz, realizada em 25 de janeiro de 1919, decidiu-se criar uma comissão especial de quinze membros, sob a presidência de Samuel Gompers, líder do A.F.L., e da qual participavam outros líderes trabalhistas, além de representantes governamentais e membros da Associação Internacional (Fontaine, Delevingne e Mahaim), para estudar a questão da legislação internacional do trabalho.

O projeto final dessa comissão foi apresentado à Conferência de Plenipotenciários, e aprovado com pequenas modificações, passou a constituir o preâmbulo da Constituição da Organização Internacional

do Trabalho (...) ³⁰

As questões políticas, econômicas e sociais foram as principais motivações que deram suporte à criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, conforme claramente exposto no Preâmbulo de sua Constituição:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais (...)

Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços de outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.

Sobre a Organização Internacional do Trabalho, afirma ARNALDO SUSSEKIND que:

Por conseguinte, a OIT é uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais da entidade e das convenções que ratificam, integrando o sistema das Nações Unidas como uma das suas agências especializadas. A composição tripartida da sua assembléia geral (Conferência Internacional do Trabalho), do Conselho de Administração e de quase todos os seus órgãos colegiados, nos quais têm assento, com direito a voz e voto, representantes de Governos e de organizações de trabalhadores e de empregadores, constitui uma das características marcantes da OIT e fator de relevo na formação do alto

³⁰ GIGLIO, Wagner. **OIT e Convenções Internacionais do Trabalho ratificadas pelo Brasil**. 1ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1973, p. 23/24.

conceito que desfruta nos planos da cultura, da produção e do trabalho.³¹

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1946, com a aprovação da Carta das Nações Unidas e a conseqüente criação da Organização das Nações Unidas – ONU, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho foi revista, oportunidade em que, conforme artigo 57 da Carta das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho passou a estar vinculada à Organização das Nações Unidas.

4.1.2. Objetivos

A partir da revisão da Constituição da Organização Internacional do Trabalho em 1946, esta passou a ter personalidade jurídica própria, tendo como objetivos a Justiça Social, o bem comum e a melhora nas condições de vida dos trabalhadores, conforme Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho aprovada na 26ª Reunião da Conferência Internacional de Trabalho em 1944:

A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousam a Organização, principalmente os seguintes:

- a) o trabalho não é uma mercadoria;
- b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto;
- c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral;
- d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, a por um esforço internacional contínuo e

³¹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 122.

conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.

Com a finalidade de assegurar seus objetivos, a Organização Internacional do Trabalho passou a ter como competência, descrita no artigo II, letras “c”, “d” e “e” da referida Declaração, de apreciar, no domínio internacional, os programas de ação e as medidas de caráter econômico e financeiro dos Estados, de modo a verificar se tais dispositivos visam o bem estar dos trabalhadores.

Para tanto, a Organização Internacional do Trabalho poderá incluir em suas decisões e recomendações as disposições que julgar convenientes e que persigam o progresso social e o bem estar dos indivíduos.

De acordo com ARNALDO SUSSEKIND:

Essa nova filosofia da OIT, na esplêndida síntese de Valticos, apresenta as seguintes características:

- a) o objetivo da OIT não se restringe a melhorar as condições de trabalho, mas a melhorar a condição humana no seu conjunto;
- b) a OIT não procura unicamente a melhoria das condições materiais de existência. Ela dá ênfase tanto à luta contra a necessidade, visando o progresso material e à segurança econômica, como à defesa dos valores da liberdade – notadamente da liberdade de expressão e de associação – de dignidade e de igualdade – em particular da igualdade de oportunidades, independentemente da raça, da crença ou do sexo;
- c) a ação da Organização não se limita à proteção dos trabalhadores propriamente ditos, porquanto alcança o conjunto dos seres humanos nas suas relações com o trabalho;
- d) os textos fundamentais da OIT insistem na necessidade de um

esforço concentrado, internacional e nacional, para promover o bem comum, isto é, para assegurar o bem-estar material e espiritual da humanidade;

e) esses princípios de base da OIT sublinham que a ação para melhorar as condições sociais da humanidade, no sentido mais amplo do termo, não deve constituir um setor distinto das políticas nacionais ou da ação internacional, pois representa o próprio objeto dos programas econômicos e financeiros e que estes devem ser julgados por esse prisma. Afirma-se, assim, a primazia do social em toda planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento econômico.³²

4.1.3. Estados-Membros

São membros da Organização Internacional do Trabalho, de acordo com o artigo 1º e seus itens 2, 3 e 4, de sua Constituição:

(i) os Estados que já pertenciam à Organização Internacional do Trabalho em 1.11.1945;

(ii) os Estados que pertencem, ou que vierem a pertencer, à Organização das Nações Unidas e

(iii) os Estados que, apesar de não pertencerem à Organização das Nações Unidas, comuniquem ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho sua aceitação das obrigações decorrentes da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, sujeito à aprovação da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

O Brasil é membro fundador da Organização Internacional do

³² SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 128-129.

Trabalho e um dos dez membros permanentes de seu Conselho de Administração, ao lado da Alemanha, China, Estados Unidos, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia. São membros permanentes apenas os países de importância industrial mais considerável.

4.1.4. Estrutura

Em regra, todos os órgãos colegiados são constituídos por representantes do governo, de associações sindicais de trabalhadores e organizações de empregadores, surgindo o que se denomina tripartismo e que representa a grande diferença entre a Organização Internacional do Trabalho e as demais Organizações Internacionais.

Nas palavras de ARNALDO SUSSEKIND:

Fincando raízes históricas, o tripartismo não perdeu, como o passar do tempo, sua pujança no funcionamento da OIT. Ao contrário, o seu fortalecimento é constante no âmbito da Organização e isso se reflete, no plano nacional, porque, em muitos países, representantes de empregadores e de trabalhadores integram tribunais do trabalho, conselhos de administração das instituições de seguridade social ou de fiscalização de suas atividades, comissões de salário mínimo, órgãos encarregados da planificação sócio-econômica, etc., colaborando ou sendo consultados, tanto na aplicação de normas internacionais, como na preparação e execução dos projetos de cooperação técnica. Outrossim, a Constituição da OIT impõe aos governos dos Estados-membros a obrigação de enviar às organizações de trabalhadores e empregadores interessados, cópias das informações e relatórios anualmente encaminhados à RIT sobre a aplicação das convenções ratificadas e dos instrumentos escolhidos para um estudo geral (art.

23, § 2º), podendo as mencionadas organizações apresentar suas observações a respeito, que são apreciadas pelos órgãos competentes da OIT.³³

A Organização Internacional do Trabalho compõe-se, basicamente, de três órgãos: (i) a Conferência Internacional do Trabalho; (ii) o Conselho de Administração e (iii) a Repartição Internacional do Trabalho.

A Conferência Internacional do Trabalho é constituída pelos representantes dos Estados-membros e “traça as diretrizes gerais da política social a ser observada; elabora, por meio de convenções e recomendações, a regulamentação internacional do trabalho e das questões que lhe são conexas; adota resoluções sobre problemas que concernem, direta ou indiretamente, às suas finalidades e competência; decide os pedidos de admissão na entidade, oriundos de países que não pertencem à ONU; aprova o orçamento da organização; resolve as questões atinentes à inobservância das normas constitucionais e das convenções ratificadas, por parte dos Estados-membros, etc.”³⁴

É, portanto, da competência da Conferência Internacional do Trabalho a elaboração e aprovação das Convenções e Recomendações as quais são as normas que regulamentam o trabalho e questões conexas.

O Conselho de Administração tem como principal função tomar decisões acerca da política da Organização Internacional do Trabalho, estabelecer programa e orçamento a serem submetidos à adoção pela Conferência Internacional do Trabalho, além de eleger o Diretor Geral da

³³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000 p. 149/150.

³⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 153

Repartição Internacional do Trabalho.

Esse Conselho é constituído por 28 representantes de governos, 14 representantes dos empregadores e 14 representantes dos trabalhadores. Dos representantes do governo, 10 integram a categoria de membros permanentes, como é o caso do Brasil, sendo que os demais são eleitos de três em três anos. Os representantes dos empregados e dos trabalhadores também são eleitos trienalmente.

Por fim, a Repartição Internacional do Trabalho é o Secretariado Técnico Administrativo da Organização Internacional do Trabalho, comandada pelo Diretor Geral eleito pelo Conselho de Administração e cuja função é a centralização e a distribuição de todas as informações referentes à regulamentação internacional da condição dos trabalhadores e do regime de trabalho e, em particular, o estudo das questões que lhe compete submeter às discussões da Conferência para conclusão das convenções internacionais, assim como a realização de todos os inquéritos especiais prescritos pela Conferência, ou pelo Conselho de Administração, conforme previsto no artigo 10, parágrafo 1º, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

4.1.5. Normas

Como visto, as Convenções Internacionais do Trabalho constituem a atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e têm como objetivo a instituição de normas para regulamentação internacional do trabalho.

Muito se discute quanto à natureza jurídica das Convenções

Internacionais do Trabalho. WAGNER GIGLIO aponta o entendimento de alguns doutrinadores que afirmam que as Convenções Internacionais do Trabalho constituem leis internacionais adotadas por um órgão legislativo internacional³⁵.

O referido doutrinador, no entanto, não concorda com a natureza de lei internacional das Convenções, apontando que, em seu entendimento, as Convenções Internacionais do Trabalho diferem-se dos tratados internacionais, por serem formadas em razão de discussões entre os Estados membros da Organização Internacional do Trabalho. Contudo, entende WAGNER GIGLIO que a definição da nomenclatura é apenas questão acadêmica:

De resto, entender que as convenções sejam tratados, contratos ou leis internacionais é fundamentalmente uma questão de nomenclatura, com sabor acadêmico, e até certo ponto irrelevante. Mais importante é considerar os efeitos da regulamentação internacional do trabalho, e sob esse aspecto as convenções constituem instrumentos dos mais eficazes na comunidade universal, quer sejam assim denominados, quer se use outra nomenclatura.³⁶

Nos parece que esse entendimento tornou-se inadequado para os tempos atuais, no qual o estabelecimento de uma nomenclatura para as

³⁵ “Assim, Loussouarn, Troclet e Georges Scelle, entre outros, assumem a posição radical de considerar as convenções como leis internacionais adotadas por um órgão legislativo internacional, necessitando apenas, “para adquirir uma força legislativa interna”, como afirma Georges Scelle, “da superveniência de um ato-condição, que constitui a ratificação, e que seria na realidade uma adesão a um ato preexistente” (in “A organização Internacional do trabalho e o B.I.T., págs. 182/185, apud N. Valticos, op. cit., pág. 145).

Essa posição é criticada sob o fundamento de que, considerando a O.I.T. como um órgão legislativo supranacional, fere o princípio, básico no Direito Internacional Público, da soberania dos Estados.” GIGLIO, Wagner. **OIT e Convenções Internacionais do Trabalho ratificadas pelo Brasil**. 1ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1973, p. 42/43.

³⁶ GIGLIO, Wagner. **OIT e Convenções Internacionais do Trabalho ratificadas pelo Brasil**. 1ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1973, p. 45.

Convenções Internacionais do Trabalho possibilitará um melhor e mais eficaz cumprimento de suas obrigações.

CARLOS ROBERTO HUSEK classifica as Convenções Internacionais do Trabalho em tratados multilaterais, abertos à adesão e de caráter normativo:

As convenções internacionais do trabalho têm as seguintes características, que já foram observadas quando da classificação dos tratados internacionais: são tratados multilaterais abertos à adesão, de caráter normativo, podem ser ratificados sem limitação de prazo por qualquer Estado-membro.

Além dessas características genéricas, ainda é possível acrescentar que alguns prazos incidem em tais convenções, o que tornam tais tratados diferentes dos demais, com o dever do Estado-membro, após adotá-la, de submetê-la à autoridade nacional competente.³⁷

CARLOS HENRIQUE DA SILVA ZANGRANDO também indica a mesma classificação para as Convenções Internacionais do Trabalho:

Convenções são tratados multilaterais, de caráter normativo, abertos à ratificação de todos os Estados membros, sendo que, uma vez ratificados, passam a integrar sua legislação nacional.³⁸

Por fim, também transcrevemos o entendimento de ARNALDO SUSSEKIND quanto à natureza jurídica das Convenções Internacionais do Trabalho:

³⁷ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 114.

³⁸ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho**. Tomo I. São Paulo: LTr, 2008, p. 327

Até a revisão da Constituição da OIT, ocorrida em 1946, a Conferência adotava apenas “projeto de convenção”, que só se convertia em tratado depois de obtido o número de ratificações exigido para iniciar sua vigência no plano internacional. A partir de então, no entanto, tal como se tornou usual nos demais organismos internacionais, passou a aprovar convenções, na conformidade dos procedimentos descritos no item anterior – convenções que constituem, desde logo, tratados multilaterais abertos à ratificação dos Estados-membros da OIT, embora sua vigência internacional dependa do número de ratificações previsto no respectivo texto.

Reportando-nos ao que escrevemos no Capítulo terceiro, Seções I e II, da Primeira Parte deste livro sobre as modalidades, classificação e natureza jurídica dos tratados, cumpre-nos sublinhar que as convenções aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho são classificadas como tratados-leis, os quais têm sido comparados a leis, porque formulam regras ou princípios, de ordem geral, destinados a reger certas relações internacionais; estabelecem normas gerais de ação; confirmam ou modificam costumes adotados entre as nações. Em regra, resultam de congressos ou conferências e contribuem para a formação do direito internacional.³⁹

Em conclusão, podemos afirmar que as Convenções Internacionais do Trabalho, aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho, são consideradas tratados-leis, posto que prevêm regras que visam regulamentar as relações de trabalho. As Convenções também são classificadas como tratados multilaterais, uma vez que vários Estados as assinam, e estão abertas à ratificação dos Estados-membros da Organização Internacional do Trabalho.

Nesse aspecto, é importante esclarecer que, apesar de os

³⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983. pág. 162.

Estados serem membros da Organização Internacional do Trabalho, estes devem ratificar ou aderir à certa Convenção para que essa possa gerar os direitos e obrigações nela estabelecidos. A não ratificação ou adesão de um Estado à certa Convenção, significa que o mesmo não se obrigou a cumprir as normas nela previstas.

Nesse sentido, afirma ARNALDO SUSSEKIND:

Destarte, é com a prática do ato-condição (ratificação) que o Estado adere ao ato-regra (convenção aprovada pela Conferência). A soberania dos Estados é preservada porque não há obrigação de ratificar nem por parte dos países cujos delegados governamentais votaram a favor do tratado multilateral aberto.⁴⁰

As Recomendações, entretanto, não são tratados internacionais, não sendo submetidas à ratificação dos Estados. As Recomendações constituem apenas sugestões da Organização Internacional do Trabalho de normas que devem ser adotadas pelos Estados-membros em seu direito interno.

Assim, as Recomendações não criam obrigações aos Estados que participaram de sua instituição, sendo que a única obrigação desses Estados é a submissão da Recomendação à autoridade competente para legislar sobre a matéria em seu direito interno, para que esta autoridade tome conhecimento e, caso entenda necessário, adote medidas para transformar em lei os dispositivos da Recomendação.

4.2. Natureza Jurídica das Convenções

⁴⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983. pág. 163.

Na classificação geral, as Convenções Internacionais do Trabalho podem ser classificadas como tratados-leis, multilaterais e abertos à adesão.

Além dessa classificação, as Convenções Internacionais do Trabalho também têm classificação especial e podem ser divididas em: autoaplicáveis, de princípios e promocionais, como veremos a seguir.

4.2.1. Convenções Autoaplicáveis

As Convenções Internacionais do Trabalho autoaplicáveis são aquelas que já detêm todos os elementos necessários para entrarem em vigência de forma imediata, ou seja, não é necessária qualquer regulamentação para dar início à sua aplicação.

ARNALDO SUSSEKIND⁴¹ afirma que, mesmo nos países que possuem sistema dualista, a Convenção autoaplicável deve ser reproduzida em lei, entre o momento de sua ratificação e o início de sua vigência.

4.2.2. Convenções de Princípios

As Convenções Internacionais do Trabalho de princípios são aquelas que necessitam de adaptação do Estado-membro, ou seja, após a sua ratificação com o efetivo depósito na Repartição Internacional do Trabalho, tem o Estado-membro prazo para a adoção da medida necessária para transformar a Convenção em lei aplicável em seu país.

⁴¹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1998, p. 30.

ARNALDO SUSSEKIND descreve a característica desse tipo de convenção, afirmando que, em geral, as Convenções de Princípios são aprovadas simultaneamente com Recomendações:

b) de princípios gerais, que dependem, para sua efetiva aplicação, da adoção de leis ou outros atos regulamentares, a serem promovidos no prazo de doze meses, que medeia entre a ratificação e a vigência da convenção no âmbito nacional, salvo quando tais atos já vigoram no respectivo Estado. Em geral, essas convenções são aprovadas simultaneamente com recomendações suplementares, contendo proposições destinadas a propiciar a aplicação dos princípios gerais⁴²

4.2.3. Convenções Promocionais

As Convenções Internacionais Promocionais fixam objetivos e estabelecem programas para sua execução. O Estado-membro que ratifica uma Convenção Internacional Promocional tem como compromisso o atendimento de certas normas a curto, médio e longo prazo, de modo a cumprir integralmente o objetivo maior da Convenção.

Com relação às Convenções Promocionais, CARLOS ROBERTO HUSEK aponta a sua principal diferença com as Recomendações é o fato de a Convenção ser um tratado de cumprimento obrigatório ao Estado-membro que a ratificou:

Promocionais são as que fixam determinados objetivos e estabelecem programas para a sua consecução. Com elas o Estado se compromete a

⁴² SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983. pág. 164.

caminhar no atendimento de suas normas, mediante providências sucessivas, a médio e longo prazos. Não se confundem com as Recomendações, que não têm status de tratado, mas o iter procedimental é bem parecido, tendo em vista que a OIT, nestas últimas, cobra do Estado providências que tendem a implementar tais Recomendações. Como já vimos, as Recomendações não representam obrigações para o Estado, ao contrário das Convenções, que são tratados, pelos quais os Estados juridicamente se obrigam.⁴³

4.3. Vigência

A Convenção de Viena, em seu artigo 11, prevê que o início da vigência de um Tratado pode se dar de algumas formas, tais como através da simples assinatura do representante do Estado, na troca de instrumentos, pela ratificação, aceitação, aprovação, adesão, ou outros meios, conforme previsão acordada entre as partes.

Em geral, o início da vigência de um Tratado ocorre com a ratificação do Estado ou sua adesão. No entanto, as Convenções Internacionais do Trabalho, como regra, têm início, ou seja, vigência internacional, no prazo de 12 meses da data do registro da ratificação da Convenção, no Registro Internacional do Trabalho, pelo Estado.

A vigência internacional da Convenção não se confunde com sua vigência em âmbito nacional. O início da vigência no âmbito nacional ocorre no ato da ratificação da Convenção pelo Estado-membro⁴⁴.

⁴³ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. pág. 116.

⁴⁴ “A vigência de uma convenção no âmbito internacional não se confunde com a eficácia jurídica resultante da sua ratificação, por qualquer dos Estados-membros da OIT, embora essa eficácia esteja

Destacamos aqui o início da vigência da Convenção no Brasil. Antes da Emenda Constitucional nº. 45/2004, uma Convenção Internacional do Trabalho somente iniciava sua vigência no Brasil após a apresentação da ratificação na Organização Internacional do Trabalho e desde que fosse publicado o decreto legislativo e o decreto de promulgação.

No entanto, após a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que acrescentou o parágrafo 3º. ao artigo 5º. da Constituição Federal, os tratados que versem sobre direitos humanos se inserem no ordenamento jurídico automaticamente, ou seja, basta a sua ratificação pelo Brasil, sendo desnecessária a publicação do decreto de promulgação.

Ora, sendo as Convenções Internacionais do Trabalho tratados que versam sobre direitos humanos, é certo que para o início da vigência da Convenção basta o depósito da ratificação do Brasil na Organização Internacional do Trabalho. Podemos afirmar, portanto, que com relação a tratados de direitos humanos, o Brasil adota a Teoria Monista com primazia no Direito Internacional.

Nesse sentido transcrevemos o entendimento de CARLOS ROBERTO HUSEK sobre o assunto:

(...) As convenções internacionais do trabalho, da OIT, poderiam ser consideradas tratados de direitos humanos? Entendemos que sim, porque os direitos sociais são fundamentais, representam direito a uma

condicionada àquela vigência. Daí a conveniência de distinguir-se entre vigência internacional e vigência em relação ao Estado que aderiu à convenção. Esclareça, porém, que as disposições adjetivas, inclusive que tratam da vigência da convenção começam a vigorar no momento em que o instrumento, adotado pela Conferência, é assinado pelo Presidente da correspondente reunião pelo Diretor Geral da RIT.” SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983. p. 165/166.

vida digna, plena, de exercício da cidadania, de erradicação da pobreza, de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, de uma sociedade livre, solidária e justa, de prevalência dos direitos humanos, de repúdio ao racismo e outras formas de manifestação do poder. Desse modo, arriscamos: as convenções internacionais do trabalho assinadas e ratificadas pelo Brasil são de direitos humanos e não podem ser contrariadas por lei ordinária.⁴⁵

Como já discutido anteriormente, a hierarquia das Convenções Internacionais do Trabalho também gerou grande discussão a partir da Emenda Constitucional nº. 45/2004.

Nesse aspecto, adotamos o entendimento de CARLOS HENRIQUE DA SILVA ZANGRANDO que afirma que as Convenções Internacionais do Trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, são incorporadas ao ordenamento jurídico como Emendas Constitucionais:

Assim, as convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, e promulgadas anteriormente a EC n. 45, devem ser entendidas como hierarquicamente superiores ao ordenamento jurídico infraconstitucional, e inferior apenas à Constituição, se menos vantajosa. As convenções promulgadas posteriormente à EC n. 45, adentrarão nosso ordenamento em nível de Emendas Constitucionais

46

Assim, caso a Convenção Internacional do Trabalho seja aprovada pelo Congresso Nacional na forma de lei ordinária, será inserida no ordenamento jurídico com norma inferior apenas à Constituição Federal. No

⁴⁵ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 119.

⁴⁶ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho**. Tomo I. São Paulo: LTr, 2008. p. 342/343.

entanto, se a Convenção Internacional do Trabalho for aprovada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros, será inserida no ordenamento jurídico como Emenda à Constituição Federal.

4.4. Extinção

Como afirmado anteriormente, por ser um tratado, a Convenção deve prever as regras para sua denúncia, ou seja, o momento em que o Estado poderá denunciar a Convenção e a data em que a denúncia produzirá seus efeitos.

Em termos gerais, estabelece-se que o prazo de validade de cada ratificação é de 10 anos, sendo que, após esse prazo, o Estado poderá denunciar a ratificação mediante comunicação ao Registro Internacional do Trabalho. A denúncia apenas produzirá efeitos após 12 meses da data do seu registro.

No entanto, caso o Estado não tenha efetuado a denúncia da Convenção, dentro do prazo de 12 meses após o período de validade da ratificação, considera-se tacitamente renovada a ratificação, que passará a vigor por um novo período de 10 anos.

Mais uma vez, verifica-se a existência de diversos entendimentos doutrinários quanto às condições necessárias para que o Estado efetue a denúncia a uma Convenção.

Há a corrente doutrinária, da qual ARNALDO SUSSEKIND é um dos representantes, que entende que a denúncia de uma Convenção depende da

concordância do órgão competente para a sua ratificação que, no caso do Brasil, seria o Congresso Nacional:

Se as normas dos tratados, conforme reiteradamente tem decidido a Suprema Corte brasileira, se incorporam á legislação nacional, por ter sido a respectiva convenção aprovada pelo Congresso Nacional e depois ratificada pelo Presidente da República, revogando ou modificando as leis que dispunham em contrário, parece-nos injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo. Até porque a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia da sua ratificação (art. 1º., § 3º., da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). A denúncia, por conseguinte, deve ser autorizada pelo Congresso Nacional ou submetida ao seu referendo com a cláusula de condição suspensiva, eis que a denúncia da ratificação, no sistema da OIT, só tem eficácia 12 meses depois de registrada na República Internacional.⁴⁷

Destacamos também o entendimento de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI que afirma ser necessária a aprovação do Congresso Nacional para que o Presidente da República possa denunciar um tratado, mas que, no caso de tratados de direitos humanos, não se aplica nenhuma das duas teses acima indicadas, uma vez que o mesmo, após ratificação do Brasil, incorpora no ordenamento jurídico com status de norma constitucional e, portanto, insusceptível de denúncia:

Parece-nos mais acertada, contudo, a posição de Pontes de Miranda, sem embargo da engenhosidade da tese desenvolvida pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Francisco Rezek, hoje Juiz da Corte Internacional de Haia. Mas, frise-se, tanto uma quanto outra

⁴⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 238.

tese, não vigora no que diz respeito à denúncia de tratados de proteção dos direitos humanos, que, por ingressarem no ordenamento brasileiro com índole e nível de norma constitucional, petrificam-se como cláusulas eternas, passando a ser, portanto, insusceptíveis de denúncia por parte do Estado brasileiro (vide art. 5º. §§ 1º. e 2º. da CF).⁴⁸

Sendo as Convenções Internacionais do Trabalho consideradas como tratados que versam sobre direitos humanos, parece-nos que as Convenções, uma vez ratificadas pelo Brasil, não poderiam perder a sua vigência através de denúncia, seja por ato unilateral do Presidente da República ou por ato conjunto deste com o Congresso Nacional, uma vez que incorporadas ao ordenamento jurídico com status de norma constitucional.

⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 196/197.

5. CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

5.1. Aspectos Gerais

A primeira norma internacional a prever a proteção à dispensa do trabalhador foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, que assegurou em seu artigo XXIII a proteção ao desemprego⁴⁹.

Em 1949, foi promulgada a Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho que condena a rescisão do contrato de trabalho do trabalhador em razão de sua “filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais”⁵⁰.

Em seguida, em 1952, foi firmada a Convenção nº 103 que prevê a ilegalidade da rescisão do contrato de trabalho de trabalhadora gestante durante

⁴⁹ “Art. XXIII –1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.”

⁵⁰ “Art. 1 – 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.
2. Tal proteção deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a:
a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato;
b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.”

a sua licença, ou em razão do nascimento da criança, ou, ainda, a concessão de aviso prévio no curso ou que expire durante a licença⁵¹.

Posteriormente, temos a Recomendação nº 119 da Organização Internacional do Trabalho, de 26.6.1963, que trata da rescisão do contrato de trabalho dos trabalhadores em geral, consagrando a teoria da nulidade da despedida arbitrária. Como se tratava de uma Recomendação de caráter geral, não foram revogadas as Convenções anteriores para trabalhadores específicos.

A Recomendação nº 119 é considerada o texto que deu origem a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho. Nas palavras de ARNALDO SUSSEKIND⁵², essa Recomendação “consagra o princípio de que o trabalhador deve ter direito a permanecer no seu cargo, salvo se o empregador tiver uma razão válida para dar por terminada a redução de trabalho”.

Em 1971 foi estabelecida a Convenção nº 135 pela Organização Internacional do Trabalho, a qual prevê a proteção ao emprego dos trabalhadores que representam os empregados das empresas, em razão da filiação ao sindicato ou da participação na atividade sindical, desde que atuem de acordo com a lei, com o contrato de trabalho e com os acordos e as convenções coletivas⁵³.

Finalmente, em 22.6.1982, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Convenção nº 158 e a Recomendação nº 166 que tratam dos motivos para a rescisão do contrato de trabalho do trabalhador pelo empregador.

⁵¹ “Art. VI – Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada”.

⁵² SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 371.

⁵³ “Art. 1 – Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando.”

WALKURE LOPES RIBEIRO DA SILVA e JORGE LUIZ SOUTO MAIOR⁵⁴, citando Amauri Mascaro Nascimento, indicam que a votação na Conferência Internacional do Trabalho, para a aprovação da Convenção nº 158, foi majoritariamente a favor, apesar de o Brasil ser um dos Estados que votaram contra:

Amauri Mascaro Nascimento noticia que os resultados obtidos pelos dois instrumento na votação da Conferência foram expressivos: trezentos e cinquenta e seis votos a favor, nove votos contra e cinquenta e quatro abstenções. O Brasil votou contra a aprovação.

A respeito dessa Recomendação, afirmam WALKURE LOPES RIBEIRO DA SILVA e JORGE LUIZ SOUTO MAIOR⁵⁵ que a maioria dos países consultados já tinha, de alguma forma, aplicado suas recomendações, até em virtude das Convenções e Recomendação anteriores sobre o assunto, o que possibilitou a instituição da Convenção nº 158:

A Convenção n. 158 é mais ampla e aperfeiçoada do que a Recomendação n. 119. Também, quase vinte anos separaram as duas normas e tomou vulto a idéia de que o trabalhador precisa ser protegido contra a dispensa imotivada ou arbitrária.

Conforme relatório da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, apresentando ainda em 1974, abrangendo o período de dez anos após a adoção da Recomendação n. 119, dentre noventa e três países consultados, quarenta e cinco haviam consagrado expressamente na legislação nacional a exigência de causa

⁵⁴ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94, abr.-jun./1996, ano 25. p. 8.

⁵⁵ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94, abr.-jun./1996, ano 25. p. 8/9.

justificada para a dispensa, doze países haviam instituídos recursos contra dispensas arbitrárias e três países previam a utilização do conceito de abuso de direito (proveniente do direito francês), enquanto oito países não exigiam uma causa justificada, mas possuíam órgãos encarregados de fazer cumprir certos requisitos restritivos da dispensa, e vinte e cinco países não limitam o direito do empregador de romper o contrato de trabalho, a não ser através da imposição de aviso prévio e, em certos casos (gestantes, por exemplo), de restrições específicas. Com base nos dados contidos no relatório da Comissão de Perito das OIT consideramos que a maioria dos países consultados – sessenta sobre noventa e três – aceitou de uma forma ou de outra os preceitos da Recomendação n. 119.

Até o momento da elaboração desse trabalho, a Convenção nº 158 havia sido ratificada por 34 países membros da Organização Internacional do Trabalho, como indicado na tabela abaixo. O Brasil, como será discutido posteriormente, apesar de ter ratificado a Convenção nº 158 em 5.1.1995, apresentou sua denúncia à Organização Internacional do Trabalho em 20.11.1996.

Estado	Data da Ratificação
Antígua and Barbuda	16.09.2002
Austrália	26.2.1993
Bósnia-Herzegóvina	2.6.1993
Brasil	5.1.1995 (denúncia em 20.11.1996)
Camarões	13.5.1988
Chipre	5.7.1985
Eslovênia	29.5.1992
Espanha	26.4.1985

Etiópia	28.1.1991
Finlândia	30.6.1992
França	16.3.1989
Gabão	6.12.1988
Iêmen	13.3.1989
Latvia	25.8.1994
Lesoto	14.6.2001
Luxemburgo	21.3.2001
Macedônia	17.11.1991
Maláui	1.10.1986
Marrocos	7.10.1993
Montenegro	3.6.2006
Namíbia	28.6.1996
Nigéria	5.6.1985
Papua-Nova Guiné	2.6.2000
Portugal	27.11.1995
República Centro Africana	5.6.2006
República Democrática do Congo	3.4.1987
República da Moldávia	14.2.1997
Santa Lúcia	6.12.2000
Sérvia	24.11.2000
Suécia	20.6.1983
Turquia	4.1.1995
Ucrânia	16.5.1994
Uganda	18.7.1990
Venezuela	6.5.1985
Zâmbia	9.2.1990

5.2. Direitos e deveres previstos na Convenção

A principal intenção da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho é garantir ao empregado que a sua dispensa por seu empregador seja motivada, impedindo a rescisão arbitrária do contrato de trabalho, com a finalidade de garantir maior segurança na relação empregado-empregador.

A seguir, apresentaremos os principais direitos e deveres previstos na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho sem, contudo, analisar a sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro, o que será feito em capítulo posterior.

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho aplica-se a todas as atividades econômicas e a todos os trabalhadores que sejam empregados. No entanto, há previsão da possibilidade de exclusão de parte dos trabalhadores, sem a necessidade de consulta às organizações de empregadores e trabalhadores, que tenham sido contratados por prazo determinado ou por tarefa, bem como àqueles trabalhadores que serão submetidos a um período de prova ou que não tenham cumprido um período de serviço mínimo exigido e, finalmente, aqueles trabalhadores contratados em caráter ocasional por período de curta duração.

Também poderão ser excluídos da aplicação da Convenção, mas mediante consulta às organizações de empregadores e trabalhadores, certas categorias de empregados cujas condições de trabalho sejam regidas por normas especiais que prevejam proteção equivalente à da Convenção nº 158 ou de

categorias de empregados que apresentem problemas especiais, em razão de condições particulares de emprego ou de acordo com a natureza e a dimensão de seus empregadores.

Há determinação expressa no artigo 2.3. da Convenção de aplicação de penalidades à contratação de empregados por prazo determinado apenas com o objetivo de fraudar as garantias previstas na Convenção.

As categorias de empregados excluídos da aplicação da Convenção devem ser indicados pelos países signatários no Relatório acerca da aplicação da Convenção a ser entregue à Organização Internacional do Trabalho, bem como os motivos para essa exclusão e as determinações legais e práticas para assegurar à esses empregados as obrigações previstas na Convenção.

O principal objetivo da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho é impedir a rescisão do contrato de trabalho sem que exista um motivo relacionado à capacidade ou conduta do trabalhador ou necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, que possa justificar a necessidade de descontinuar a relação de trabalho mantida entre trabalhador e empresa. Essa regra está contida no artigo 4º da Convenção e, diante de sua importância, transcrevemos a seguir:

Não se dará término á 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.

Pode-se, assim, dividir os motivos que poderão justificar a rescisão de um contrato de trabalho em duas categorias: aqueles relacionados ao empregado e àqueles relacionados ao empregador.

Dentre os motivos referentes ao empregado, que podem gerar a rescisão do seu contrato de trabalho, destaca-se à sua falta de capacidade para realizar as tarefas a contento e/ou o seu comportamento como impedimento para a continuidade da relação empregatícia.

Quanto aos motivos relacionados ao empregador, que podem gerar a rescisão do contrato de trabalho, podemos destacar, por exemplo, o encerramento total ou parcial das atividades, o avanço tecnológico ou até mesmo problemas econômicos.

Prevê também a Convenção alguns fatos que não poderão ser utilizados como motivos justificadores para a rescisão do contrato de trabalho. Assim, a filiação do empregado a um Sindicato ou a participação em atividades sindicais e a candidatura do empregado a representante sindical não podem servir como motivo para a rescisão do contrato de trabalho, como expressa referência à previsão já contida na Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho.

Também não pode servir como motivo para a rescisão do contrato de trabalho do empregado a apresentação, por este, de queixa ou participação em procedimento contra o empregador em razão de violação a leis ou regulamentos.

A raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidade familiares, gravidez, religião, opinião política, ascendência nacional e origem social

também não podem ser utilizados como justificativa para a rescisão do contrato de trabalho.

Por fim, a ausência do trabalho durante a licença maternidade ou em razão de doença ou lesão também não são motivos que poderão ensejar a rescisão do contrato de trabalho, mais uma vez em referência à previsão já contida na Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho.

Nas hipóteses em que a rescisão do contrato de trabalho tiver como justificativa o comportamento ou desempenho do empregado, assegura o artigo 7º. da Convenção a possibilidade de o empregado se defender das acusações, “a não ser que não seja possível pedir ao empregador razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade”.

Independentemente do motivo apresentado para a rescisão do contrato de trabalho, caso o empregado entenda que não foi devidamente justificada a sua rescisão, poderá recorrer da decisão do empregador perante um organismo neutro.

A Convenção apenas prevê que esse recurso deve ser apresentado pelo empregado em prazo razoável da data do término da relação de emprego, sob pena de considerar que o empregado aceitou o motivo da rescisão do seu contrato de trabalho.

Com o intuito de proteger e viabilizar ao empregado a discussão quanto aos motivos para a rescisão do seu contrato de trabalho, a Convenção prevê que, no caso de o empregado recorrer ao organismo neutro, é ônus do empregador a prova da causa justificadora da rescisão do contrato de trabalho.

Caso o organismo neutro entenda que não houve motivo para a rescisão do contrato de trabalho, poderá determinar a sua reintegração ao emprego, desde que referido organismo tenha competência para tanto e haja possibilidade de empregado e empregador manterem a relação empregatícia.

Na hipótese de o organismo não estar habilitado a determinar a reintegração ou a reintegração não seja recomendável, o organismo neutro deverá estabelecer o pagamento de uma indenização ou outra reparação adequada pelo empregador ao empregado, conforme previsão contida no artigo 10 da Convenção.

Prevê ainda a Convenção a concessão de aviso prévio razoável pelo empregador ao empregado ou o pagamento de uma indenização adequada, quando seu contrato de trabalho estiver para ser terminado.

O artigo 12 da Convenção prevê o pagamento, pelo empregador ao empregado, no caso de rescisão do contrato de trabalho, sem a ocorrência de falta grave e devidamente justificada, de uma indenização por término do serviço, ou uma compensação análoga, fixada em razão do tempo de serviço e salário, bem como garantir, àqueles empregados qualificados pelo ordenamento de cada Estado, os benefícios de um seguro-desemprego ou assistência a desempregados ou, ainda, uma combinação entre essas duas medidas.

Os artigos 13 e 14 da Convenção prevêm passos a serem seguidos no caso de haver rescisão coletiva de contratos de trabalho motivada por razões econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos do empregador.

No caso de rescisão coletiva dos contratos de trabalho, o empregador deverá comunicar à autoridade competente e proporcionar aos

representantes dos empregados interessados as informações pertinentes ao número e a categoria dos empregados que serão afetados, bem como o período em que serão rescindidos os contratos de trabalho.

Da mesma forma, em conformidade com a legislação e prática dos Estados, os representantes dos empregados deverão ser informados das medidas a serem adotadas pelo empregador para limitar o número de rescisões e das medidas para recolocação dos empregados dispensados no mercado de trabalho.

Esses são os deveres e direitos previstos na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, os quais analisaremos a seguir pormenorizadamente sua integração no ordenamento jurídico brasileiro.

5.3. Vigência no âmbito internacional

Os artigos 15 e 16 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho determinam que somente os Membros da Organização Internacional do Trabalho que apresentarem suas ratificações formalmente ao Diretor da Repartição Internacional do Trabalho estarão obrigados a seguirem às determinações da Convenção.

O artigo 16, parágrafo 2º, ainda determina que a Convenção nº 158 passará a vigorar a partir do momento em que dois Membros tiverem registrado suas ratificações ao Diretor-Geral.

Nesse sentido, o artigo 18, parágrafo 2º. da referida Convenção prevê a obrigação do Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho em notificar os membros da Organização Internacional do Trabalho da segunda

ratificação da Convenção que lhe tiver sido comunicada, a fim de estabelecer a data em que a Convenção entrará em vigor.

Assim, no âmbito internacional, apesar da Convenção nº 158 ter sido aprovada na Conferência Internacional do Trabalho em 22.6.1982, somente entrou vigor a partir da segunda ratificação comunicada à Repartição Internacional do Trabalho, que ocorreu em 23.11.1985.

No entanto, o simples fato da Convenção nº 158 ter entrado em vigor, no âmbito internacional, em 23.11.1985, não é suficiente para que a mesma tenha validade no Brasil.

A entrada em vigor da Convenção em âmbito interno depende da ratificação da mesma pelo Estado membro e do cumprimento dos demais requisitos nela previstos, dentre eles, ter decorrido prazo de 12 meses a partir da ratificação pelo Estado membro.

Nesse sentido, afirma ARYON SAYÃO ROMITA⁵⁶ que:

Quando se trata de convenção aprovada pela OIT, cumpre distinguir vigência no plano internacional de validade perante o ordenamento interno.

A vigência de determinada convenção no âmbito internacional é geralmente regulada por uma cláusula da própria convenção. Em regra, as convenções aprovadas pela OIT têm incluído uma cláusula em cujos termos ela entrará em vigor, no campo internacional, doze meses após terem sido registradas, pelo Diretor Geral do BIT, duas ratificações de Estados-membros. A Convenção n. 158 contém

⁵⁶ ROMITA, Aryon Sayão. Efeitos da Ratificação da Convenção n. 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. **Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo: LTr. nº 5, mar./1996. p. 79.

cláusula que dispõe nesse sentido.

A vigência no campo internacional constitui requisito para que a convenção possa ter vigência no direito interno, após sua ratificação.

A Convenção n 158 entrou em vigor no âmbito internacional em 23.11.1985, por terem sido cumpridas as exigências previstas pela cláusula 16.2. Já foi, assim, preenchido este requisito para que a referida Convenção entre em vigor no Brasil.

Mas o ato da ratificação não confere automática vigência à convenção em face do ordenamento interno. Embora vigente no plano internacional e mesmo após a ratificação, é previsto um prazo para que o instrumento internacional tenha vigência no plano interno.

Assim, é certo que a Convenção nº 158 entrou em vigor no âmbito internacional em 23.11.1985, estando atualmente vigente no plano internacional com 34 países membros da Organização Internacional do Trabalho tendo ratificado a Convenção.

5.4. Vigência no âmbito nacional

O artigo 14.1, letra “a” da Convenção de Viena determina que “o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela ratificação quando o tratado disponha que esse consentimento se manifeste pela ratificação”.

Nesse sentido os artigos 15 e 16 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho determinam que somente os Estados membros da Organização Internacional do Trabalho que apresentarem suas ratificações formalmente ao Diretor da Repartição Internacional do Trabalho estarão obrigadas a seguirem às determinações da Convenção.

Quanto ao tempo para a apresentação da ratificação a uma Convenção, prevê o artigo 19, parágrafo 5º, letra “b” da Constituição da Organização Internacional do Trabalho de 1946, que o Estado membro da Organização Internacional do Trabalho terá prazo de um ano para submeter a Convenção à autoridade de seu país que possa transformar em lei ou tomar medidas para sua aplicação, contado da data do encerramento da sessão da Conferência. Caso ocorra alguma circunstância especial, o prazo poderá ser prorrogado, mas nunca poderá exceder 18 meses após o encerramento da sessão.

A Convenção nº 158 ainda prevê no artigo 16.3. que, uma vez apresentada a ratificação à Repartição Internacional do Trabalho, a Convenção somente passará a vigorar após o período de 12 meses da data do registro da ratificação.

Como já mencionado em capítulo anterior, no Brasil, a competência para resolver sobre tratados é do Congresso Nacional, conforme determinação prevista no artigo 49, inciso I, da Constituição Federal. Uma vez aprovada a Convenção pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, é promulgado o Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional.

Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, era necessário, de acordo com o artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal, que o Decreto Legislativo fosse enviado ao Presidente da República para publicação do Decreto de Promulgação no Diário Oficial para que se inicie a vigência do tratado.

No entanto, após a Emenda Constitucional 45/2004, não é mais necessário aguardar a publicação do Decreto de Promulgação, bastando a

ratificação pelo Presidente da República para o início da vigência da Convenção que versa sobre direitos humanos.

O Brasil, em cumprimento aos artigos 14.1., letra “a” da Convenção de Viena, encaminhou o texto da Convenção nº 158 para aprovação pelo Congresso Nacional. Essa aprovação ocorreu em 17.9.1992 através da publicação do Decreto Legislativo nº 68/1992 no Diário do Congresso Nacional, ou seja, quase após 7 anos da entrada em vigor da Convenção em âmbito internacional.

A promulgação do referido Decreto Legislativo gerou grande discussão entre os doutrinadores quanto ao início da vigência da Convenção nº 158, vez que doutrinadores como JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL⁵⁷ entendiam que o Decreto Legislativo tem força de lei:

Ao meu ver, a partir dessa publicação a Convenção n. 158, teria entrado em vigor no Brasil, no que concerne ao seu direito interno, pois um Decreto Legislativo tem força de lei no País e, na hipótese, diz o artigo 2º. do Decreto Legislativo n. 68, promulgado pelo Senador Mauro Benavides, que “este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação”.

No entanto, a maior parte dos doutrinadores entendia que a simples aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional não implicou no início de sua vigência no ordenamento jurídico pátrio, visto que, para tanto, seria necessária a promulgação do Presidente da República.

Não se pode também entender em vigor a Convenção no Brasil

⁵⁷ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 29/30.

perante a Organização Internacional do Trabalho em razão da sua aprovação pelo Congresso Nacional, visto necessitar da apresentação da ratificação na Repartição Internacional do Trabalho e do transcurso do prazo de 12 meses previsto no artigo 16.3 da Convenção.

Nesse sentido é o que afirma ARNALDO SUSSEKIND⁵⁸:

Como se infere, a aprovação da Convenção da OIT pelo Congresso Nacional constitui apenas uma fase de complexo procedimento da ratificação. Sem o ato formal praticado por quem representa o Estado nas suas relações internacionais não flui o prazo para o início da vigência da convenção no país que a ela aderiu. Daí estipular uma das disposições finais das Convenções da OIT, inclusive da ora questionada, de n. 158:

‘esta convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses depois da data em que haja sido registrada sua ratificação’ (art. 16 § 3).

Evidente, pois, que a aprovação desse trabalho pelo Congresso Nacional não importou na sua ratificação. Esta, como ensina o Professor Celso de Albuquerque Mello é um ato do Poder Executivo, ainda que só possa ser praticado mediante ‘prévia autorização do Legislativo’ (‘Curso de Direito Internacional Público’, Rio, Ed. Renovar, 9º. Ed., 1992, vol. I, pág. 174).

Por conseguinte, a Convenção OIT-158 não se incorporou ao direito positivo brasileiro pelo simples fato de ter sido aprovada pelo Congresso. E nem se alegue que, por ter sido essa aprovação proclamada num decreto legislativo, as suas normas foram convertidas em legislação nacional, regulamentadora do estatuído no inciso I, do art. 7º., da Carta Magna.

⁵⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. A Ratificação da Convenção da OIT sobre Dispensa Arbitrária. **Suplemento Trabalhista da LTr**. São Paulo: LTr, nº 16, 1995. p. 181/182.

Em 5.1.1995, após mais de dois anos da promulgação do Decreto Legislativo, foi ratificada a Convenção nº 158 pelo Presidente da República à época, Sr. Itamar Franco. Na mesma data, ou seja, em 5.1.1995 o Brasil apresentou a sua ratificação à Convenção nº 158 perante a Repartição Internacional da Organização Internacional do Trabalho.

Assim, nos termos do artigo 16.3 da Convenção nº 158, a mesma entraria em vigor no âmbito interno após o transcurso do prazo de 12 meses da data de 5.1.1995, data do depósito da ratificação no órgão da Organização Internacional do Trabalho. Assim, para a Organização Internacional do Trabalho e os demais países, a ratificação pelo Brasil da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho passou a vigorar a partir de 5.1.1996.

Naquele momento, alguns doutrinadores entenderam que, em razão da apresentação da ratificação do Brasil à Organização Internacional do Trabalho, a Convenção nº 158 havia entrado em vigor no ordenamento pátrio, não mais sendo necessário o Decreto de Promulgação. Nesse sentido, é o entendimento de JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL⁵⁹:

Veja-se que o ato do Presidente na Convenção, cuja aprovação é de exclusiva competência do Congresso Nacional, é o de depositá-la ou não na OIT, não tendo que promulgá-la, exatamente porque quem promulga é quem tem o poder de sanção, e, nessa hipótese, é o Congresso Nacional, mas, uma vez promulgada, cai por terra esta discussão.

Esse entendimento tornou-se minoritário, prevalecendo, naquela oportunidade, o entendimento de que, em razão do artigo 84, inciso VIII, da

⁵⁹ MACIEL, José Alberto Couto. Vigência e Compatibilidade da Convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6, jun./1996, vol. 60. p. 763.

Constituição Federal, é competência do Presidente da República ratificar os tratados internacionais. Ultrapassados os 12 meses da data do depósito da Convenção nº 158 pelo Brasil na Organização Internacional do Trabalho, a Convenção estaria em vigor no plano internacional, mas não teria aplicação no âmbito nacional até a publicação do Decreto de Promulgação, com a íntegra do texto da Convenção.

Nesse sentido, é o entendimento exposto por WALKURE LOPES RIBEIRO DA SILVA e JORGE LUIZ SOUTO MAIOR⁶⁰:

Em 05.01.1995 o Brasil comunicou ao Diretor geral do BIT a ratificação da Convenção n. 158, tendo decorrido o prazo de doze meses sem que o governo brasileiro promovesse a publicação do decreto de promulgação. O texto da Convenção somente havia sido publicado no Diário do Congresso Nacional na época de sua aprovação por aquele órgão.

Ora, na tradição brasileira os tratados internacionais são publicados duas vezes. A primeira, logo após a sua aprovação por decreto legislativo, e a segunda, no Diário Oficial da União, sob a forma de decreto de promulgação, com vistas à inserção do tratado no ordenamento jurídico nacional.

(...)

De qualquer forma, aqueles que apressadamente concluíram que a Convenção estaria em vigor no âmbito interno doze meses após o depósito da ratificação em Genebra, equivocaram-se. Como vimos, a publicação do decreto de promulgação configura ato formal final do procedimento de ratificação no direito brasileiro, do qual depende a vigência na ordem interna.

⁶⁰ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94, abr.-jun./1996, ano 25. p. 14.

O entendimento de JOSÉ FRANCISCO REZEK⁶¹ também é no sentido de ser necessária a existência do decreto de promulgação para a validade da Convenção ratificada pelo Brasil:

O ordenamento jurídico, nesta República é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe – resulte de produção legislativa internacional ou doméstica – presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional (...) no Brasil se promulgam, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional (...) Publica-os, pois o órgão oficial, para que o tratado – se introduza na ordem legal e opere desde o momento próprio.

ARYON SAYÃO ROMITA⁶², citando Hildebrando Accioly, também confirma a necessidade do Decreto de Promulgação para que a Convenção nº 158 iniciasse sua vigência no Brasil:

Trata-se, ainda, de considerar a questão da promulgação. A Convenção n. 158 ainda não foi promulgada, portanto, ainda não produz efeitos jurídicos.

À indagação: Que é promulgação: responde Hildebrando Accioly: ‘é o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão e, além disso, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal’ (ob. Cit., p. 602).

O tratado, por si só, não é fonte de direito interno. Cria apenas uma obrigação internacional para o Estado que o celebrou. A ratificação da convenção acarreta a obrigação, para o Estado-membro da OIT, de

⁶¹ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva. p. 84.

⁶² ROMITA, Aryon Sayão. Convenção n. 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, out.-nov.-dez./1997. p. 76.

introduzir o texto respectivo na ordem estatal. Este efeito fica subordinado à expedição de um ato jurídico interno, apto a transformar a convenção em regra interna obrigatória.

(....)

Portanto, sem que a Convenção n. 158 seja promulgada, ela não será executória na ordem interna, o que inviabiliza, por enquanto sua invocação perante a Justiça do Trabalho.

Também nesse sentido é o entendimento exposto por CÁSSIO MESQUITA BARROS⁶³:

(...) O decreto legislativo contudo, como ensinam os eminentes internacionalistas, não torna por si só a convenção obrigatória. Impõe-se pelo art. 84, VIII, da CF, a promulgação pelo Presidente da República. Esse ato manifesta a disposição do Estado em dar cumprimento à convenção internacional. Somente o decreto promulgado pelo Presidente da República incorpora o ato à legislação. Pelo processo legislativo atrás indicado se verifica que a convenção só se torna obrigatória mediante aprovação pelo Parlamento na forma enunciada e participação do Poder Executivo. (...)

Destacamos aqui que essa discussão ocorreu em 1995 e 1996, momento em que o Brasil havia ratificado a Convenção nº 158 perante a Organização Internacional do Trabalho. Nos tempos atuais, essa discussão não ocorreria já que, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Convenção nº 158, por tratar de direitos humanos, não necessitaria aguardar o Decreto de Promulgação para iniciar sua vigência, bastando o depósito da ratificação pelo Presidente da República na Organização Internacional do Trabalho.

⁶³ BARROS, Cássio Mesquita. A Convenção nº 158 – Proteção contra a Despedida Injustificada. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, nº 7, jul./1996, v. 60. p. 890.

Finalmente, em 11.4.1996, o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso promulgou a Convenção nº 158 através do Decreto nº 1.855/96, publicando-a no Diário Oficial da União, eliminando qualquer dúvida e discussão quanto à entrada em vigor da Convenção no Brasil.

Nesse sentido, WALKURE LOPES RIBEIRO DA SILVA e JORGE LUIZ SOUTO MAIOR⁶⁴ afirmam que, tendo sido eliminada a discussão através da publicação do Decreto de Promulgação, resta a dúvida quanto à compatibilidade da Convenção perante a legislação brasileira:

Após a publicação do decreto do Presidente da República está superada qualquer controvérsia quanto à validade jurídica da Convenção n. 158. Resta a problemática da compatibilidade entre a Convenção e a Constituição brasileira, levantada por alguns doutrinadores.

Também nesse sentido é a orientação de SÉRGIO PINTO MARTINS⁶⁵:

(...) Assim, embora não exista disposição da Constituição da OIT, da Constituição brasileira ou de lei determinando expressamente a promulgação da convenção da OIT por intermédio de decreto do presidente da República, para que possa ter vigência, a praxe consagrou essa orientação, ainda não estando em vigor a Convenção n. 158 da OIT, pois a lei ou o tratado internacional só vige ‘depois de oficialmente publicada’ (art. 1º. da LICC), o que é feito com o decreto de promulgação publicado no Diário Oficial.

⁶⁴ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94: 7-23, abr.-jun./1996, ano 25. p. 15.

⁶⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. A dispensa do trabalhador e a Convenção n. 158 da OIT. **Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo: IOB, nº 5, mar. 1996. p. 74.

Dessa forma, é certo que após a publicação do Decreto de Promulgação da Convenção nº 158 em 11.4.1996, essa entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

5.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480 do Supremo Tribunal Federal

Em 8.7.1996 a Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480 no Supremo Tribunal Federal pleiteando a declaração da inconstitucionalidade parcial do Decreto Legislativo nº 68 de 16.9.1992 e do Decreto nº 1.855 de 10.4.1996 que, como dito acima, ratificaram e promulgaram a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada, portanto, 40 dias após a entrada em vigor da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro.

Os Autores da Ação Direta de Inconstitucionalidade afirmaram ser inconstitucional o artigo 4º. e o artigo 10º. da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho que prevêm, respectivamente, a impossibilidade do término de um contrato de trabalho sem a existência de uma causa e a determinação da readmissão do empregado no caso de rescisão sem justificativa ou, na sua impossibilidade, a determinação de pagamento de uma indenização ou outra reparação que for considerada apropriada.

A esse respeito, afirmaram os Autores que havia inconstitucionalidade formal e material desses artigos da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

A inconstitucionalidade formal apontada refere-se à necessidade da promulgação de lei complementar para o estabelecimento de uma proteção à relação de emprego, conforme previsão contida no artigo 7º., inciso I, da Constituição Federal⁶⁶.

Em outros termos, se a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho entrou em vigor no Brasil através do Decreto Legislativo nº 68/92 e do Decreto nº 1.855/96, há inconstitucionalidade formal, posto que a alteração do artigo 7º., inciso I, da Constituição Federal somente poderia ocorrer através de lei complementar.

Além disso, também afirmaram os Autores que a inconstitucionalidade material verifica-se por ser inconciliável o artigo 7º., inciso I, da Constituição Federal e as previsões contida na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho. Isso porque a Constituição Federal prevê o pagamento de uma indenização compensatória no caso de rescisão sem justa causa do contrato de trabalho, enquanto que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho prevê a impossibilidade de rescisão do contrato de trabalho sem que exista uma justificativa para tanto.

Assim, pleitearam os Autores a concessão de medida cautelar para a suspensão da vigência dos artigos 4º. e 10º. da Convenção nº 158 da

⁶⁶ “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”

Organização Internacional do Trabalho até o julgamento final de procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Após julgamento das preliminares, em 4.9.1997, foi proferida decisão do Supremo Tribunal Federal acolhendo o pedido cautelar pleiteado na ação, sob a afirmação de não ser possível a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho alterar a Constituição Federal, já que, para tanto, é necessária a promulgação de lei complementar:

O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

Dessa forma, a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho que entrou em vigor no Brasil em 27.5.1996, teve sua vigência suspensa em 4.9.1997 em função de decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480.

Em 20.12.1996, o Presidente da República denunciou a Convenção nº 158 perante a Organização Internacional do Trabalho. Por esse motivo, em

27.6.2001 foi publicada decisão final que extinguiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade em virtude da perda superveniente de seu objeto, em razão da denúncia:

Vê-se, portanto, que a Convenção n. 158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia dessa convenção internacional, registrada, junto à O.I.T., em 1996, operou-se, quanto ao Brasil, a própria extinção do referido ato de direito internacional público, o que importa – considerada a integral cessação de sua eficácia – em situação configuradora de perda superveniente do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Não tendo sido apresentado qualquer recurso contra essa decisão, a mesma transitou em julgado e, em agosto de 2001, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480 foi enviada ao Arquivo Geral.

A seguir, discorreremos sobre a denúncia realizada pelo Presidente da República à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho diante dos diversos posicionamentos doutrinários adotados sobre o tema.

5.6. Denúncia da Convenção e suas conseqüências

O Brasil, em 20.11.1996, através de ato do seu Presidente da República, registrou sua denúncia à Convenção nº 158 na Organização Internacional do Trabalho. Em seguida, foi promulgado o Decreto nº 2.100 de 20.12.1996 tornando pública a denúncia realizada, nos seguintes termos:

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 n. 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.

Esse ato gerou inúmeras controvérsias dentre os doutrinadores e juristas quanto à sua legalidade e, também, quanto à conseqüente perda da vigência da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

O artigo 17 da própria Convenção nº 158 determina que a mesma poderá ser denunciada, no fim de um período de dez anos, “a partir da data da entrada em vigor inicial”, através de comunicado ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho. Essa denúncia passará a valer um ano após a data do seu registro.

Parte da doutrina entendeu que, com base nesse artigo, o Brasil não poderia ter denunciado a Convenção em 20.11.1996, uma vez que não havia se passado dez anos desde o início de sua vigência no Brasil, o que ocorreu com a ratificação apresentada em 5.1.1995.

A essa linha filiam-se ARNALDO SUSSEKIND e LUIZ INÁCIO B. CARVALHO⁶⁷, afirmando que a lógica jurídica pressupõe que o período de dez anos deve ser contado da data em que o Estado comprometeu-se a adotar a Convenção através da apresentação da ratificação perante a Organização Internacional do Trabalho:

⁶⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; CARVALHO, Luiz Inácio B. Parecer. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, nº 61, 1997, ano 33. p. 297.

A segunda corrente, a que nos filiamos (cf. nosso “Direito Internacional do Trabalho”, SP, LTr, 2ª. ed., 1987, pág. 218), considera que o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país. O método de interpretação sistemática parece fundamentar essa conclusão, porque o § 2º do mesmo artigo prescreve que, se o estado não usar do direito de denúncia no prazo previsto no parágrafo anterior, “ficará obrigado, durante um novo período de dez anos e, sucessivamente, poderá denunciar esta convenção à expiração de cada período de dez anos, nas condições previstas neste artigo” (grifamos). Ora, se o parágrafo alude a “um novo período de dez anos” para a vigência da ratificação nacional, é porque antes fluiu igual tempo de ratificação. Aliás, a lógica jurídica aponta para essa solução, porquanto afronta o bom senso admitir-se que um Estado possa denunciar um tratado que ratificou poucos dias antes, pelo fato de já vigorar no campo internacional há dez anos.

Também adotou esse entendimento MÁRCIO TÚLIO VIANA⁶⁸, afirmando não ser válida a denúncia realizada pelo Brasil:

Pergunta-se: para fins de denúncia, o que importa é a vigência objetiva ou subjetiva?

A nosso ver, não há dúvida de que é a subjetiva, pois só através dela o país-membro se obriga a cumprir a convenção. A se entender de outro modo, o prazo de dez anos também fluiria para os países que não a ratificaram, e poderá até ocorrer de um país denunciá-la no instante seguinte ao da ratificação.

Aliás, é fácil notar que o prazo de dez anos, findo o qual a denúncia se torna possível, é uma fase de experimentação, de vivência. Em outras palavras, o que se pretende é que o país possa praticar a Convenção, antes de se decidir a denunciá-la.

⁶⁸ VIANA, Márcio Túlio. Convenção 158: Denunciando a denúncia. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, nº 12, 1997, ano 33. p. 67.

No entanto, o entendimento que vem sendo adotado pela Organização Internacional do Trabalho é o de que o prazo de dez anos previsto no artigo 17 da Convenção nº 158 conta-se da data do início da vigência da Convenção no âmbito internacional.

A Convenção nº 158 iniciou sua vigência, no plano internacional, em 23.11.1985, após a segunda ratificação comunicada à Repartição Internacional do Trabalho e, portanto, estaria apta a ser denunciada a partir de 22.11.1995. Nessa linha, a denúncia apresentada pelo Brasil em 20.11.1996 estaria válida.

ARNALDO SUSSEKIND e LUIZ INÁCIO B. CARVALHO⁶⁹, apesar de entenderem de forma diversa, apontam que o entendimento da Organização Internacional do Trabalho é o de que a data do início da contagem é da vigência da Convenção no âmbito internacional:

Segundo o depoimento de João Carlos Alexim, ilustre Diretor da OIT no Brasil, o Departamento de Normas Internacionais da Organização já propôs que fosse modificada a orientação que vem sendo observada, porque o “procedimento adotado até hoje não é o mais justo, o mais lógico” (“Jornal Trabalhista, n. 636, de 2.12.96, pág. 1517). Até hoje, porém, não foi alterado o entendimento de que o dies a quo do decênio é o da vigência internacional da convenção.

Nesse sentido, afirma ARION SAYÃO ROMITA⁷⁰:

O prazo de 10 anos previsto pelo art. 17, § 1º da Convenção nº 158

⁶⁹ SUSSEKIND, Arnaldo; CARVALHO, Luiz Inácio B. Parecer. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, nº 61, 1997, ano 33. p. 297.

⁷⁰ ROMITA, Arion Sayão. Convenção n. 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, out.-nov.-dez./1997. p.71.

para que o Estado possa denunciá-la conta-se não do início da vigência subjetiva, mas sim da data em que ela teve a vigência do plano internacional (vigência objetiva). Já que a Convenção nº 158 entrou em vigor no plano internacional em 23.11.85 (como se lê em um dos considerando do Decreto nº 1.855), ela poderia ser denunciada a partir de igual dia do ano de 1995 (10 anos depois). A nota do Governo Brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, comunicando a denúncia, foi registrada em 20 de novembro de 1996. Vê-se, portanto, que a exigência do decurso do prazo de 10 anos para que a convenção possa ser denunciada foi respeitada pelo Governo brasileiro.

Conclui-se, portanto, que com relação ao prazo para a apresentação de denúncia à Convenção nº 158, o Brasil adotou o procedimento correto perante o entendimento da Organização Internacional do Trabalho.

Superada a questão temporal da apresentação da denúncia, houve discussão quanto ao não cumprimento do artigo 2º da Convenção nº 144 da Organização Internacional do Trabalho, devidamente ratificada pelo Brasil em 27.9.1994 e promulgado seu texto através do Decreto de Promulgação nº 2.518 de 12.3.1998, para a realização da denúncia. Esse artigo prevê a necessidade do Estado, antes de promover a denúncia de uma Convenção, efetuar consultas aos representantes do Governo, empregadores e trabalhadores sobre o assunto:

Art. 2 – 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção compromete-se a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere o art. 5, parágrafo 1, adiante.

2. A natureza e a forma dos procedimentos a que se refere o parágrafo

1 deste artigo deverão ser determinadas em cada país de acordo com a prática nacional, depois de ter consultado as organizações representativas, sempre que tais organizações existam e onde tais procedimentos ainda não tenham sido estabelecidos.

O Ministério do Trabalho, em 13.11.1996, convocou reunião com os representantes das Confederações Nacionais dos diversos ramos econômicos, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção Civil, a Central Única dos Trabalhadores – CUT, a Confederação Geral dos Trabalhadores – CGT e a Força Sindical, na qual foram expostos os motivos e as razões para a denúncia da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

ARNALDO SUSSEKIND, a esse respeito, entende que não foram cumpridas as determinações previstas na Convenção nº 144 da Organização Internacional do Trabalho, uma vez que não houve consulta efetiva às associações representantes dos empregadores e dos trabalhadores, mas simples comunicação da decisão já tomada pelo Governo Federal:

Demais disso, não houve “consultas efetivas” às entidades convidadas para a reunião. Numa única sessão, o “Secretário de Relações do Trabalho” expôs “os motivos e as razões da denúncia”, evidentemente já decidida pelo governo federal (...)

(...)

O governo brasileiro não observou, portanto, as normas da Convenção n. 144, que integram a legislação nacional, tornando vulnerável, sob o prisma formal, a denúncia promulgada pelo Decreto n. 2.100 citado.

Parece-nos, no entanto, que essa discussão também restou superada uma vez que efetivamente foi realizado o esclarecimento aos representantes dos empregadores e dos trabalhadores quanto aos motivos da denúncia da

Convenção pelo Governo Federal, ainda que não tenha havido uma consulta sobre o assunto.

Surgiu, ainda, mais uma controvérsia doutrinária quanto à denúncia realizada pelo Brasil à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho em relação à necessidade de autorização do Congresso Nacional para que o Poder Executivo pudesse ter apresentado a referida denúncia.

Parte dos doutrinadores entende que, como a denúncia realizada pelo Brasil foi feita tão somente pelo Presidente da República, a falta de autorização do Congresso Nacional implicaria na invalidade do ato.

Essa controvérsia surgiu em 1926, quando o Brasil decidiu desligar-se da Sociedade das Nações. Naquela oportunidade, Clóvis Beviláqua sustentou que o ato da denúncia era meramente administrativo e, portanto, o Presidente da República poderia denunciar um tratado internacional, sem ter a necessidade de aprovação prévia do Congresso Nacional.

Nesse sentido, ARION SAYÃO ROMITA⁷¹ transcreve o entendimento exposto por CLÓVIS BEVILÁQUA:

No Brasil, a questão de saber se o Presidente da República pode, por si só, independentemente de autorização do Congresso Nacional, denunciar um tratado internacional cuja celebração dependeu da aprovação do Legislativo surgiu em 1926, quando, no Governo de Artur Bernardes, o Brasil decidiu desligar-se da Sociedade das Nações. Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, emitiu parecer, no qual sustentava ser o ato de

⁷¹ ROMITA, Aryon Sayão. Convenção n. 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, out.-nov.-dez./1997. p.71.

denúncia meramente administrativo. Em consequência, pode o Presidente da República denunciar o tratado independentemente de autorização do Congresso Nacional. Dizia Clóvis: “Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser ele denunciado”. A denúncia do tratado não passaria de um modo de executá-lo, tarefa exclusiva do Poder Executivo.

FRANCISCO REZEK⁷² também sustenta a validade da denúncia realizada tão somente pelo Presidente da República, sob fundamento diverso daquele adotado por Clóvis Beviláqua. Para esse doutrinador, basta que uma das partes não queira se manter obrigada, nesse caso o Poder Executivo, para se desfaça a obrigação assumida:

(...) o chefe do governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais (...) parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, repute-se suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-lo por meio de denúncia.

Também segue esse entendimento ARION SAYÃO ROMITA⁷³:

No Brasil, falta disposição constitucional que regule o procedimento de denúncia dos tratados e convenções internacionais. O ordenamento brasileiro não contém norma idêntica à constante do art. 95, inciso 2 da Constituição espanhola. O Brasil sempre seguiu a “prática internacional uniforme e pacífica” de assegurar ao Presidente da República a atribuição de denunciar tratados e convenções

⁷² REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva p. 114.

⁷³ ROMITA, Aryon Sayão. Convenção n. 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, out.-nov.-dez./1997. p. 71.

internacionais sem a prévia autorização do Congresso Nacional. No caso em tela – denúncia da Convenção nº 158 da OIT – não há razão para proceder de maneira diversa.

Em resumo e em conclusão: a denúncia da Convenção nº 158, tornada pública pelo Decreto nº 2.100, de 20.12.96, constitui medida de natureza política, a respeito da qual o Poder Judiciário, acaso provocado (CF, art. 5º, 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; em consequência, não pode ser validamente acoimada de ineficaz.

Entendimento contrário é aquele exposto por PONTES DE MIRANDA⁷⁴ que entende haver necessidade da aprovação do Congresso Nacional para a validade da denúncia:

(...) aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais.

Seguindo o entendimento de Pontes de Miranda, citamos ARNALDO SUSSEKIND e LUIZ INÁCIO B. CARVALHO⁷⁵ que afirmam ter sido inválida a denúncia realizada pelo Presidente da República à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho porque as obrigações devem ser revogadas pela mesma forma que foram aprovadas e não se pode restabelecer a legislação alterada ou revogada por tratado internacional através de sua simples denúncia:

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, vol. III. p. 107.

⁷⁵ SUSSEKIND, Arnaldo; CARVALHO, Luiz Inácio B. Parecer. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, nº 61, 1997, ano 33. p. 297.

43. Se as normas internacionais se incorporam à legislação nacional, por ter sido a respectiva convenção aprovada pelo Congresso Nacional e depois ratificada pelo Presidente da República, revogando ou modificando as leis que dispunham em contrário (jurisprudência pacífica do col. STF), parece-nos injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo. Até porque a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia da sua ratificação (art. 1º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). A denúncia, por conseguinte, deve ser autorizada pelo Congresso Nacional ou submetida ao seu referendo com a cláusula de condição suspensiva, eis que a denúncia da ratificação, no sistema da OIT, só tem eficácia doze meses depois de registrada na Repartição Internacional.

(...)

46. Afigura-se-nos, por esses fundamentos, que o ato do Governo Federal promulgado pelo Decreto n. 2.100 citado feriu a Constituição. O Poder competente (Congresso Nacional) para aprovar a convenção cujas disposições, com essa aprovação e conseqüente ratificação (ato jurídico complexo), se converteram em normas legais, é igualmente competente para aprovar ou referendar a denúncia de iniciativa do Poder Executivo. Por um incontroverso princípio de direito, o ato jurídico complexo deve ser revogado da mesma forma como foi praticado. E ainda que se admita como válida a delegação do Poder Legislativo ao Presidente da República para denunciar tratado que faculte este procedimento, certo é que a Convenção n. 158, ao tratar da denúncia (art. 17), se refere a Membro (Estado) e não a governo.

JAIR TEIXEIRA DOS REIS⁷⁶, citando o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, também aponta ser inválida a denúncia realizada à Convenção nº 158 tão somente pelo Presidente da República:

⁷⁶ REIS, Jair Teixeira dos. Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no Direito Brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. vol. 347, set.-out./2004.

Nosso entendimento acompanha posição manifestada pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, consoante ensinamentos de Loguercio (1996) em que o executivo promoveu a denúncia de norma internacional sem qualquer autorização do legislativo, afinal, o processo de ratificação de Tratados e Convenções Internacionais é complexo, passando, necessariamente pela aprovação do Congresso Nacional. Se a Convenção se incorpora ao direito interno equiparada às leis federais conforme enunciamos, a sua denúncia implicaria em revogação de norma de direito interno, com o que, para preservar o equilíbrio entre poderes, necessária seria a aprovação do Congresso para que o Governo Brasileiro pudesse formular a denúncia. Outrossim, conforme art. 49, XI, da Constituição Federal é competência exclusiva do Congresso Nacional – “zelar pela preservação da sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes”. Ademais, a revogação de leis passa expressamente pelo Poder Legislativo em atendimento ao princípio da separação dos poderes.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR⁷⁷, citando Márcio Túlio Viana também segue o mesmo entendimento:

Por fim, dê-se relevo à posição de Márcio Túlio Viana, que destaca a inconstitucionalidade da denúncia, na medida em que o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciar, mediante Decreto, a Convenção, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. Argumenta Viana: se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais, como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los.

(...)

A denúncia, portanto, fora ato inconstitucional que, portanto, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em

⁷⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção n. 158 da OIT. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, nº 247. p. 14/15.

exame.

Diante da acirrada controvérsia gerada pela denúncia realizada pelo Presidente da República à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, sem a prévia aprovação do Congresso Nacional, bem como dos efeitos causados por esse ato, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625 no Supremo Tribunal Federal, que será analisada a seguir.

5.7. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625 do Supremo Tribunal Federal

Em 16.6.1997, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e a Central Única dos Trabalhadores – CUT ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625 no Supremo Tribunal Federal requerendo seja declarado inconstitucional o Decreto nº 2.100 de 20.12.1996 que havia denunciado a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Na Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, os autores afirmaram que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, a qual o Brasil havia ratificado, deveria ser classificada como um tratado-normativo ou tratado-lei, diferenciando-se dos tratados-contratos. Os tratados-lei ou tratados-normativo produzem normas de conduta geral e abstrata para vários Estados e os tratados-contrato regulam situação específica de interesse direto dos Estados envolvidos.

Seguindo essa linha de raciocínio, afirmaram os autores que as Constituições Federais anteriores à de 1988 regulavam tão somente a celebração

de tratados-contrato. A Constituição Federal promulgada em 1988, em seus artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII, prevê a competência do Congresso Nacional para resolver sobre tratados em geral e a atribuição do Presidente da República para celebrar tratados, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

Assim, entendem os autores que o Presidente da República ou por seus plenipotenciários tem competência para assinar tratados-contratos e, depois, submetê-los à aprovação do Congresso Nacional. Já os tratados-normativos ou tratados-leis devem necessariamente ser submetidos ao Congresso Nacional e, somente após sua prévia autorização, é permitido ao Presidente da República apresentar a ratificação.

Tendo sido realizada essa distinção entre tratados-lei e tratados-contrato, o Presidente da República teria competência exclusiva somente para denunciar os tratados-contratos, sendo que os tratados-lei devem ter aprovação prévia do Congresso Nacional para que sejam denunciados, da mesma forma como precisaram para a sua ratificação.

Em conclusão, como a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho é considerada um tratado-normativo, a sua denúncia pelo Presidente da República, sem a prévia autorização do Congresso Nacional, fere dispositivo constitucional. Dessa forma, pleitearam os autores a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100 de 20.12.1996, pela não observância do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal.

Em 19.11.2997, a Advocacia Geral da União apresentou Defesa na Ação Direta de Inconstitucionalidade sustentando que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho é uma convenção de princípios e, como tal, vincula os Estados que a ratificaram a legislar sobre o término dos contratos

de trabalho por iniciativa dos empregadores. Assim, como a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho não pode ser considerada um tratado-normativo ou tratado-lei, já que não se criou regras específicas sobre o término dos contratos de trabalho, o Decreto nº 2.100 de 20.12.1996 não poderia ser objeto de questionamento via Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No mérito, afirmou a Advocacia Geral da União que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, por ser um tratado-contrato, uma vez que não instituiu nenhuma lei, mas tão somente o dever de o Estado legislar sobre o assunto, não tinha a necessidade de ter sido submetida à aprovação do Congresso Nacional para sua ratificação e, por consequência, também não havia necessidade de prévia aprovação do Congresso Nacional para que o Presidente da República apresentasse sua denúncia.

O Procurador Geral da República, em parecer juntados aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, adotou o mesmo entendimento exposto na Defesa apresentada pela Advocacia Geral da União, afirmando, no mérito, que o Presidente da República tem competência exclusiva para ratificar e denunciar a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, sem a necessidade do referendo do Congresso Nacional, por ser um tratado-contrato.

Realizada a primeira sessão no Supremo Tribunal Federal para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Britto julgaram procedente em parte a ação por entenderem que, efetivamente, é necessário o referendo do Congresso Nacional para que a denúncia realizada pelo Presidente da República tenha eficácia plena.

Em seu voto, afirmaram os Ministros que somente uma norma da mesma hierarquia poderia retirar do ordenamento brasileiro um tratado

devidamente ratificado pelo Brasil. Assim, como a ratificação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho foi realizada através de ato complexo, também deveria sê-lo a sua denúncia.

Em conclusão, esses Ministros não declararam a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100 de 20.12.1996, mas afirmaram que sua eficácia plena somente ocorreria a partir do referendo do Congresso Nacional à denúncia realizada pelo Presidente da República à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Em seguida, após vista dos autos, o Ministro Nelson Jobim entendeu ser a Ação Direta de Inconstitucionalidade improcedente, por entender válida a denúncia realizada exclusivamente pelo Presidente da República, sem a necessidade de prévia aprovação pelo Congresso Nacional.

O Ministro Joaquim Barbosa, também após pedir vista dos autos, entendeu ser totalmente procedente a ação através de voto em que minuciosamente analisou a questão.

Inicialmente, ponderou o Ministro Joaquim Barbosa, que nunca houve previsão legal no Brasil quanto ao procedimento para denúncia de um tratado. O posicionamento adotado por Clóvis Beviláqua, em 1926, qual seja, a possibilidade de o Presidente da República denunciar um tratado sem a necessidade do referendo do Congresso Nacional, não pode ser utilizado como fundamento para a constitucionalidade do Decreto nº 2.100 de 20.12.1996. Isso porque, o papel do Congresso Nacional brasileiro é mais amplo do que a simples aprovação ou reprovação dos tratados, havendo interação entre o Poder Legislativo e o Executivo, na medida em que o primeiro já determinou a reserva

de alguns aspectos de tratados internacionais que foram observados pelo Poder Executivo no momento de sua ratificação:

A tese de Beviláqua é inconsistente porque sugere uma delegação feita pelo Legislativo ao Executivo, delegação essa não específica, sem prazo certo e sem condição, coisa impossível de acontecer no direito brasileiro.

Em seguida, afirmou o Ministro que o artigo 4º da Constituição Federal estabeleceu uma pauta de princípios que deve ser buscado pela política externa, destacando o inciso II do referido artigo que prevê a prevalência dos direitos humanos como princípio guiador das relações exteriores. Assim, impedir o Congresso Nacional de deliberar sobre a denúncia de uma Convenção da Organização Internacional do Trabalho obstruiria a realização do dever constitucional previsto no artigo 4º da Constituição Federal.

Aponta também o Ministro a existência de um princípio de co-participação entre parlamento e governo em relação a tratados internacionais. Por esse princípio, para um Estado poder se comprometer interna e externamente, o Poder Legislativo e o Poder Executivo devem deliberar em conjunto. Da mesma forma, deve ser observado quanto se trata da desvinculação do Estado de uma obrigação prevista em um tratado internacional.

Também afirma o Ministro que por ter um tratado força de lei, ou seja, equiparando-se materialmente às leis, somente poderia ser revogado, tendo em vista o direito interno brasileiro, por um ato posterior de idêntica ou hierarquia superior. Nessa linha, o decreto Presidente da República não pode ser considerado um ato de idêntica e, muito menos, hierarquia superior, motivo adicional pelo qual a denúncia à Convenção nº 158 da Organização

Internacional do Trabalho precisaria ter sido referendada pelo Congresso Nacional;

(...) Se os tratados possuem força de lei, isso significa que, do ponto de vista do direito interno brasileiro, eles somente podem ser revogados por um ato posterior de idêntica ou de superior hierarquia. Na prática, reconhecer que o Presidente da República pode, sozinho, denunciar um tratado, é reconhecer que seu decreto que torna pública a denúncia tem força de lei. A grande contradição é que a Constituição de 1988 não reconhece a existência de nenhum ato com força de lei em que o Parlamento não tenha algum tipo de intervenção.

Afasta também o Ministro a tese de Francisco Rezek que afirma que se o tratado é um ato de vontade do Poder Executivo e do Poder Legislativo e uma das partes deixa de ter a mesma vontade, o tratado não tem mais validade e pode ser denunciado. Para tanto, o Ministro apresenta dois motivos: “primeiramente porque, de acordo com a sistemática da Constituição de 1988, não pode o Poder Legislativo constranger o Executivo a exercitar uma competência privativa sua, qual seja, a de decidir se deseja ou não denunciar certo tratado” e segundo “estimular que o Congresso force o Executivo a denunciar um tratado elaborando lei interna contrária a ele pode também estimular uma postura de profunda deslealdade para com o direito internacional”. Continua ainda afirmando que a possibilidade de denúncia privilegia o Poder Executivo, em função da sistemática do processo legislativo, e que a possibilidade de adotar uma das vontades, seja a Poder Executivo ou a do Legislativo, é reconhecer que uma vontade deve prevalecer sobre a outra, o que não se aplica.

Feitas essas considerações quanto aos tratados internacionais que fundamentam a necessidade de aprovação do Congresso Nacional para a

realização de denúncia, com relação especificamente à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, o Ministro apontou outros dois motivos para a anuência prévia do Congresso Nacional, quais sejam a forma como o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e o fato da Convenção versar sobre direitos humanos.

O Decreto Legislativo nº 68/92, através do qual o Congresso Nacional aprovou a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 1º, parágrafo único, determina que também estarão sujeitos à aprovação do Congresso Nacional os atos que possam resultar em revisão e/ou em ajustes complementares à Convenção. Deveria entender-se, em razão desse parágrafo, que a denúncia também estaria sujeita à aprovação do Congresso Nacional:

Se assim o é, percebe-se que a ressalva contida em vários decretos legislativos que aprovam tratados, dentre eles o Decreto legislativo nº 68/1992, que aprovou a Convenção 158 da OIT, visa a evitar que o Poder Executivo extinga um tratado sem a intervenção do Congresso. Não haveria qualquer sentido em se ressaltar a extinção surgida em virtude da conclusão de um novo tratado e não ressaltar a denúncia, que é uma extinção unilateral. Se assim fosse, estar-se-ia permitindo que o Presidente da República, em certos casos, denunciasse um tratado que, em princípio, deveria ser revogado ou emendado, a fim de evitar uma possível rejeição por parte do Parlamento. Desse modo, parece-me claro que esse parágrafo único possui um sentido de preservar uma voz ao Parlamento em todos os casos em que o Estado brasileiro, por vontade própria, queira extinguir um tratado.

Quanto ao fato da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho versar sobre direitos humanos, ponderou o Ministro que, ainda que não se aceite a tese de que os tratados de direitos humanos ratificados antes da

Emenda Constitucional nº 45/2004 tenham status constitucional, os tratados de direitos humanos teriam, ao menos, status supralegal, sendo inferiores tão somente à Constituição Federal.

Assim, se a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, que versa sobre direitos humanos, tem status infraconstitucional, não seria válida a sua retirada do ordenamento jurídico através de ato do Poder Executivo, sem a intervenção do Poder Legislativo, e a sua permissão poderia ser interpretada como tendo o Poder Executivo possibilidade de reduzir arbitrariamente os direitos humanos:

Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o status de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitido que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional. Se já é inviável pensar que seja possível a revogação de um ato com força de lei por ação apenas do Executivo, o fato de estar-se diante de um ato com força supralegal agrava ainda mais a situação.

Por fim, o Ministro ainda rebate o posicionamento adotado pelos Ministros Maurício Corrêa e Carlos Britto, afirmando ser tecnicamente equivocado o condicionamento da denúncia à aprovação do Congresso Nacional, sendo necessária a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100 de 20.12.1996.

Por esses motivos, o Ministro Joaquim Barbosa julgou totalmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, entendendo ser inconstitucional o Decreto nº 2.100 de 20.12.1996 e afirmando que, como consequência dessa declaração, o Decreto que tornou lei a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho ainda está em vigor e que não há impedimento para que o Presidente da República venha ratificar novamente, no futuro, a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho:

Em conclusão, pelas longas razões acima exposta, creio não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional. Por essa razão, divirjo do relator e vou além para julgar inconstitucional, no todo, o Decreto 2100/1996.

Em virtude de a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional creio ser importante explicitar duas consequências advindas da declaração de inconstitucionalidade.

Primeira: a declaração de inconstitucionalidade somente terá o efeito de tornar o ato de denúncia não-obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como consequência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT no Brasil continua em vigor.

(....)

Segunda: a declaração de inconstitucionalidade somente atinge o decreto que deu a conhecer a denúncia. Nada impede que o Presidente da República ratifique novamente a Convenção 158 da OIT.

No momento da elaboração desse trabalho, em fevereiro de 2010, os autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade estavam conclusos à Ministra Ellen Gracie para análise e julgamento.

Parece-nos que o entendimento que predomina no Supremo Tribunal Federal, no momento da elaboração desse trabalho, é de que a denúncia

realizada pelo Presidente da República não é válida e que, para tanto, é necessária a prévia aprovação do Congresso Nacional. Evidentemente que esse resultado poderá ser modificado, uma vez que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou na ação.

5.8. Conseqüências da inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/96

Na hipótese da Ação Direta de Inconstitucionalidade vir a ser julgada procedente, entendemos que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100 de 20.12.1996 restabeleceria a validade e a aplicabilidade da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Parece-nos que, ainda que o resultado final seja pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, não há óbice legal para que o Presidente da República venha solicitar a aprovação do Congresso Nacional para denunciar a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, tornando-a inválida no âmbito interno, seguindo o entendimento dos Ministros Maurício Corrêa e Carlos Britto expostos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625.

Também é fato que, caso a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625 seja julgada improcedente, há a possibilidade de o Presidente da República requerer a apreciação e a aprovação do Congresso Nacional brasileiro para, mais uma vez, ratificar a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, tornando inválida a denúncia realizada em 20.11.1996 tanto no âmbito internacional quanto em âmbito nacional.

Essa eventual aprovação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, pelo Congresso Nacional, ocorreria sob a nova redação do artigo 5º e seu parágrafo 3º da Constituição Federal que prevêm que os tratados que versam sobre direitos humanos, se aprovados nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Lembramos que recentemente, em 13.2.2008, o Presidente da República levou novamente à apreciação do Congresso Nacional a possibilidade de nova ratificação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho através da Mensagem nº 59/2008.

No entanto, a Câmara dos Deputados, em 2.7.2008, opinou por rejeitar a Mensagem nº 59/2008, não aprovando a ratificação pelo Presidente da República da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, sob quatro principais fundamentos.

O primeiro argumento é de que, em termos gerais, os países que ratificaram a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho ou têm baixo nível de desenvolvimento e, portanto, nenhum regramento para proteção ao trabalho, ou são países com economia muito forte, “renda per capita elevada, contratos especiais de trabalho, benefícios previdenciários e seguro desemprego generosos”. O Brasil não estaria em nenhum dos extremos, mas em uma faixa intermediária, que também é composta pelos demais países que compõem o Mercosul e os atuais países emergentes, que não ratificaram essa Convenção.

O segundo argumento utilizado fundamenta-se nas experiências sofridas pelos países que ratificaram a Convenção. De acordo com o parecer do

Deputado Federal relator, esses países tiveram um aumento da taxa de desemprego proporcionado pela ratificação da Convenção que inibiu a criação de novos postos de trabalho.

A existência de previsão legal determinando o pagamento do seguro desemprego, bem como o pagamento de verbas rescisórias legais, dentre elas a multa de 40% do saldo dos recolhimentos realizados ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, com o objetivo de assegurar a sobrevivência do empregado até a obtenção de um novo emprego, é o terceiro fundamento utilizado para a rejeição da Mensagem nº 59/2008.

Finalmente, o quarto argumento utilizado diz respeito à rotatividade no emprego. Para a Câmara dos Deputados, a rotatividade nos postos de trabalho deve-se às atividades desenvolvidas e a vontade do trabalhador na mudança de emprego, não sendo consequência de ato do empregador, uma vez que para este é alto o custo para a rescisão dos contratos de trabalho.

Afirma ainda que o texto que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho seria contrária às determinações previstas na Constituição Federal, o que já teria sido objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a referida Convenção necessitava de regulamentação legal para vigorar no Brasil.

Em conclusão, a Câmara dos Deputados decidiu por rejeitar a Mensagem nº 59/2008 nos seguintes termos:

Em função do enorme prejuízo para os trabalhadores, para a geração de empregos, para o crescimento interno e a competitividade internacional do país, aponta-se para a desnecessidade da adoção da

Convenção 158. Em seu texto, está claro que esta não se aplica quando se chocar com as leis nacionais (artigo 1º) e, no caso do Brasil, isso ocorre com a própria Constituição Federal. Pelo fato da ratificação vir carregada de inconstitucionalidade, não poderia, como legislador e, principalmente, pela nossa formação, manifestarmos-nos favoráveis à tal proposta, justamente quando nós, constituintes derivados, comemoramos 20 anos de promulgação de nossa Carta Magna. Pelas razões descritas acima e diante das mesmas, somos pela rejeição da Mensagem nº 59, de 2008.

No momento da elaboração desse trabalho, estava pendente de apreciação Recurso apresentado contra essa decisão da Câmara dos Deputados, questionando a inconstitucionalidade da Mensagem em razão da prévia apreciação da Convenção pelo Congresso Nacional que resultou no Decreto Legislativo nº 68/1992.

É fato que, diante dos atuais acontecimentos mundiais, que geraram o agravamento da situação dos trabalhadores que tiveram seus contratos de trabalho rescindidos em razão da crise mundial, o Congresso Nacional brasileiro possa vir a adotar posição diversa daquela que adotou em junho de 2008, aprovando uma nova ratificação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho pelo Presidente da República.

Em polêmico Dissídio Coletivo ajuizado recentemente pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo e como assistente litisconsorcial o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construções de Aeronaves Aeroespacial de São Paulo contra a Empresa Brasileira de Aeronáutica – EMBRAER (Processo nº 00309-2009-000-15-00-4 em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região), foi

pleiteada a nulidade da dispensa coletiva realizada pela EMBRAER - em torno de 4.200 contratos de trabalho foram rescindidos - sob a alegação de violação aos princípios democráticos da relação entre capital e trabalho no mundo contemporâneo e às normas internacionais do trabalho, requerendo tivesse sido realizada negociação coletiva para debater alternativas que não acarretassem impacto social.

A sentença proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região no referido Dissídio Coletivo mencionou, por diversas vezes, a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, afirmando que, apesar de não estar vigente no Brasil, deveriam ser seguidos seus princípios e diretrizes em relação às dispensas coletivas, posição já adotada por diversos países no Mercosul e na União Européia:

Aduz que Convenção 158 da OIT declara que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

No Brasil, a Convenção 158 da OIT, a que se referem os dois renomados professores, foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 68 de 17.09.92, cuja publicação no diário oficial só se deu em 11.04.96, mas, infelizmente, teve vida curta porque foi denunciada em 20.11.96. Assim, vigorou no Brasil por apenas oito meses. Embora o ato de denúncia seja objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, equivale dizer, o ato denunciante esteja sub judice, encontra-se formalmente banida do ordenamento jurídico, tanto que o STF arquivou, por perda do objeto, a ADIN movida pela Confederação Nacional dos Transportes que visava a

declaração de sua inconstitucionalidade.

Os argumentos utilizados para a denúncia são de que a Convenção 158 contemplava uma exagerada proteção ao empregado nas demissões individuais e coletivas para um país de economia frágil como a nossa, além de criar entrave para o desenvolvimento econômico e acarretar o aumento do chamado custo Brasil, com elevação ainda maior do custo de produção, diminuindo a competitividade dos nossos produtos no mercado de um mundo globalizado.

Entretanto, conquanto o governo refutasse a sua permanência no Brasil, antes de 1995 a Convenção 158 da OIT já havia sido ratificada na 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.

Curiosamente, não há notícia de que nenhum daqueles países tenha denunciado a Convenção, como fez o Brasil. E mais, basta uma vista d'olhos para se detectar com facilidade que a maioria dos países signatários da convenção possui economia muito menos desenvolvida que o Brasil.

(...)

Em todo caso, a falta de regramento da matéria tem sido contornada com a introdução de cláusulas em acordos e convenções coletivas de trabalho que estabelecem os mais variados critérios para a demissão coletiva. Estes critérios normativos inspiram-se geralmente nos costumes, como é o caso dos PDV's, ou nas diretrizes da própria Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

(...)

Assim, rejeitada a proposta de suspensão do contrato, não havendo previsão normativa da categoria que estabeleça critérios para a demissão coletiva, constata-se uma inarredável lacuna no ordenamento jurídico em relação à matéria, a menos que se admita a eficácia da Convenção 158 da OIT.

(...)

Não se desconhece que, acerca da Convenção nº. 158 da OIT, o ato de denúncia encontra-se sub judice. E que Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 de 04.07.97, movida pela Confederação Nacional dos Transportes, teve deferida em parte a liminar ao fundamento de que a convenção não é sucedâneo de lei complementar exigida pelo art. 7º da CF/88. Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu o conteúdo programático da Convenção nº. 158, o que não impede que seus comandos sejam interpretados como princípios gerais de direito do trabalho, conforme a doutrina da normatividade dos princípios jurídicos, acima examinada.

Vê-se, portanto, que apesar de ter sido denunciada a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil e, recentemente, o Congresso Nacional não ter aprovado a sua ratificação, nosso ordenamento jurídico carece de princípios e diretrizes para o término dos contratos de trabalho, visando garantir segurança jurídica e econômica aos trabalhadores ou, ao menos, estipular regras para a dispensa coletiva de empregados.

Contra a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região nos autos do referido Dissídio Coletivo, que entendeu abusivo o procedimento adotado pela Empresa Brasileira de Aeronáutica e manteve vigente os contratos de trabalho, foi apresentado Recurso Ordinário ao Tribunal Superior do Trabalho.

Os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho decidiram dar provimento ao Recurso Ordinário, reformulando a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho, para declarar não ter sido abusiva a rescisão dos contratos de trabalho, vez que a mesma foi realizada nos termos da legislação vigente, inexistindo jurisprudência

que vedasse, restringisse ou estabelecesse parâmetros para a realização de dispensas coletivas:

Na hipótese dos autos, segundo o entendimento deste Relator, é incontroverso que as dispensas foram efetivadas sem nenhuma negociação prévia com o sindicato obreiro, e sem o necessário estabelecimento de critérios objetivos e sociais para escolha dos trabalhadores diretamente prejudicados, pelo que a conduta empresarial afronta a ordem jurídica pátria. Mas a d. Maioria da Seção, repita-se, entendeu pertinente apenas fixar a referida premissa, com efeitos para casos novos, não se aplicando, conforme já exposto, ao presente caso.

(...)

No entanto, a d. Maioria, vencidos este Relator e a Ministra Kátia Arruda, decidiu dar provimento ao recurso ordinário das empresas, afastando a declaração de abusividade das dispensas, e não vendo também afronta à boa-fé objetiva. Para a d. Maioria, até então a jurisprudência era pacífica em não restringir as dispensas coletivas; logo, não houve, para esta interpretação, nem abusividade, nem falta de boa-fé objetiva.

Constata-se pela decisão do Tribunal Superior do Trabalho, mais uma vez, que falta ao ordenamento jurídico brasileiro lei que regulamente, principalmente, as dispensas coletivas, o que estava estabelecido na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, mas que também estabeleça parâmetros para as dispensas individuais visando garantir maior segurança aos trabalhadores e impedindo que os empregadores terminem os contratos de trabalho sem uma justa motivação.

Nessa linha é o entendimento de SÉRGIO PINTO MARTINS⁷⁸:

⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Despedida Coletiva. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: IOB, nº 242, 2009. p. 69

Dependendo da hipótese, a dispensa coletiva é a única salvação para evitar o fechamento da empresa, porém, deve ser controlada, visando evitar abusos. O controle deve dizer respeito aos motivos alegados para a dispensa, permitindo que cada pessoa prejudicada possa ajuizar ação para discutir seus direitos. A futura lei que tratasse do tema poderia estabelecer critérios para a dispensa do trabalhador, como os indicados no parágrafo anterior, além de promover o retreinamento do obreiro. Essas hipóteses poderiam também ser especificadas em cláusula da norma coletiva.

Não existe previsão constitucional ou legal sobre despedidas coletivas. Pelo mesmo motivo, não existe obrigação de se fazer negociação coletiva para proceder à despedida coletiva. A questão social das dispensas é indiscutível, mas não existe impedimento legal para as dispensas coletivas.

Como já advertiu Montesquieu, “não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar”. A dispensa coletiva é um assunto que precisa ser pensado devido a sua importância e notada frequência em debates nos últimos tempos.

Diante dos recentes questionamentos sobre a rescisão dos contratos de trabalho no Brasil, entendemos possível que venha a ser iniciada nova discussão a respeito da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, concluindo-se por necessária a sua ratificação pelo Brasil, ainda que com reservas.

Por essa razão, discorreremos a seguir a respeito dos direitos e deveres constantes na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, comparando-os com o atual ordenamento jurídico brasileiro.

5.9. A Convenção e o atual ordenamento jurídico brasileiro

Considerando a hipótese de a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho vir a ser novamente ratificada pelo Brasil, entendemos que a mesma será realizada com a aprovação das duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros, incorporando-se ao ordenamento jurídico brasileiro como Emenda à Constituição Federal, uma vez que se trata de tratado de direitos humanos, conforme previsão contida no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Em razão da nova redação da Constituição Federal pela Emenda nº 45/2004, as discussões havidas no passado quanto à validade das regras da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho não mais existirão.

À época da primeira ratificação realizada pelo Brasil à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, muito se discutiu, dentre os doutrinadores, quanto à validade da Convenção, vez que o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal prevê que a despedida arbitrária ou sem justa causa deve ser regulada por lei complementar:

Diversos doutrinadores têm sustentado a incompatibilidade da Convenção n. 158 com o art. 7º, I, da CF, entendendo que este exclui a reintegração no emprego, ao determinar a proteção da relação de emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”⁷⁹

⁷⁹ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94, abr.-jun./1996, ano 25. p. 16.

Naquele momento, entendiam os doutrinadores que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, devidamente ratificada pelo Brasil, seria incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária. Por ser a lei ordinária hierarquicamente inferior à lei complementar, entendiam os doutrinadores ser impossível a regulamentação da dispensa arbitrária através da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, sendo necessária posterior regulamentação através de lei complementar:

Se a Constituição Federal determina que a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deve provir de lei complementar, injurídica será a afirmação de que ela já está regulada pela Convenção nº 158. A convenção internacional ratificada não substitui a lei complementar, que tem previsão constitucional específica; CF, arts. 59, II, e 69.⁸⁰

Caso não houvesse lei complementar sobre a dispensa arbitrária dos trabalhadores, afirmou ARION SAYÃO ROMITA⁸¹ que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho não seria eficaz e que permaneceriam em vigor o artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

Em conclusão: enquanto não for editada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, inc. I da Constituição Federal, a Convenção n. 158 da OIT, não terá eficácia no Brasil, permanecendo em vigor a atual situação, ou seja, a aplicação do art. 10 das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

⁸⁰ ROMITA, Aryon Sayão. Convenção n. 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, out.-nov.-dez./1997. p. 66.

⁸¹ COELHO, Pedro Texeira. OIT – Convenção n. 158 sobre término da relação de trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, nº 103, 1996. p. 595.

No entanto, outros doutrinadores, dentre eles WALKURE LOPES RIBEIRO DA SILVA e JORGE LUIZ SOUTO MAIOR⁸², entendiam não haver atrito entre a Convenção e a Constituição Federal, pois há possibilidade, pela Convenção, de se optar pela reintegração ou pagamento de uma indenização adequada:

Contudo, outros doutrinadores entendem que não há incompatibilidade entre a Convenção n. 158 e a Carta de 1988 exatamente porque a primeira estipula a reintegração no emprego ou o pagamento de indenização como alternativas. Seria incompatível se previsse a reintegração como única solução em caso de dispensa injustificada.

(...)

Também Eduardo Gabriel Saad não vê qualquer atrito entre a Convenção e a Constituição Federal, pois “é permitido ao direito nacional optar entre a recondução do empregado ao serviço, quando se comprovar ser injustificada sua dispensa, e o estabelecimento de uma indenização”.

(...)

Enfim, sem entrar no mérito da discussão sobre o conteúdo do dispositivo constitucional – se este exclui ou não a reintegração no emprego -, consideramos que a Convenção n. 158 é suficientemente flexível para não colidir com a Constituição Federal.

Ora, tendo havido a alteração da Constituição Federal pela Emenda nº 45/2004, não há mais espaço para essa discussão, uma vez que os tratados de direitos humanos, como é o caso da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, são incorporados como Emenda Constitucional.

⁸² SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94, abr.-jun./1996, ano 25. p. 16/17.

Ainda que não haja a votação prevista no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, a Convenção seria, ao menos, incorporada como lei infraconstitucional, mas supralegal e, portanto, hierarquicamente superior à lei complementar, o que também não mais permitiria a discussão quanto à sua eficácia.

Assim, entendemos que caso a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho venha a ser novamente ratificada pelo Brasil, passaria a ser automaticamente aplicada.

Além disso, seguimos o entendimento de que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho deve ser classificada como tratado-normativo ou tratado-lei, visto que seu objetivo é o estabelecimento de regras relativas ao término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador:

As normas da Convenção 158 além de estarem coadunadas com a CF de 88, não exigem lei ordinária que as regule porque, a nosso ver, são auto executáveis, na medida que existem normas na nossa legislação interna perfeitamente compatíveis com os seus efeitos.⁸³

Há, entretanto, entendimento contrário ao acima exposto, no sentido de que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho é um tratado de princípios e, portanto, para sua aplicação é necessária a promulgação de lei ordinária para regular os princípios, como afirma ARION SAYÃO ROMITA⁸⁴:

A Convenção n. 158 não pode ser considerada uma convenção do tipo

⁸³ CORTEZ, Rita de Cássia S.; XAVIER, José Luís Campos. Sobre a Convenção da OIT, ratificada pelo Brasil, sobre o término da relação do trabalho por iniciativa do empregador. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, jun./1996, vol. 60. p. 509.

⁸⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. p. 45.

das auto-aplicáveis. Vistas as modalidades de convenções adotadas pela OIT, a de n. 158, deve ser incluída entre as de princípios, que dependem, segundo a lição de Arnaldo Sussekind, “para sua efetiva aplicação da adoção de lei ou outros atos regulamentares pelos países que as ratificaram” (“Convenções da OIT”, LTr, São Paulo, 1994, pág. 10).

O art. 1º da Convenção n. 158 dispõe que se deverá dar efeito às respectivas disposições por meio 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.

No entanto, seguimos o entendimento adotado por ARNALDO SUSSEKIND⁸⁵ de que, já há época da primeira ratificação, entendia auto-aplicável a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho por ser um tratado normativo:

Entendemos, por conseguinte, que desde 11 de abril deste ano, a Convenção n. 158 vige no Brasil, com eficácia jurídica, salvo no concernente as disposições atinentes às despedidas coletivas (arts. 13 e 14), a respeito das quais as suas normas não são self executing e a legislação nacional é omissa. Os demais preceitos devem ser imediatamente aplicados:

- a) os que são auto-aplicáveis, porque recepcionam, alteram ou sanam omissões da legislação nacional;
- b) os que contêm opções, porque há legislação brasileira compatível com as alternativas consignadas.

⁸⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, jun./1996, vol. 60. p. 736.

Seguindo a mesma linha é o entendimento exposto por JORGE LUIZ SOUTO MAIOR⁸⁶:

Muitos diziam, ainda, que as normas da Convenção nº 158, da OIT, não eram auto-aplicáveis, pois que necessitavam de outras normas regulamentadoras.

Cabe verificar, sob este aspecto, que apenas a “Parte I” da Convenção nº 158 (arts. 1º e 3º) é conceitual, dispondo sobre “métodos de aplicação, área de aplicação e definições”. A partir da “Parte II” a Convenção é normativa. Embora se diga que, geralmente, as normas das Convenções da OIT sejam bastante elásticas, verdadeiras regras de princípios, para poderem ser amoldar aos ordenamentos peculiares dos diversos Estados-membros e para, assim, poderem obter quorum para aprovação, o fato é que do teor das normas da Convenção nº 158, da OIT, adotada a técnica mais rudimentar da interpretação, ou seja, a gramatical, que embora não seja auto-suficiente, dela não se pode fugir, não se extrai qualquer dúvida de conteúdo, no sentido de que ao empregador não é dado dispensar o empregado senão quando houver uma “causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento”, nos casos de dispensa individual, ou “baseada na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (“motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”), nos casos de dispensa coletiva, cabendo ao Tribunal competente, para julgamento de recurso dos empregados dispensados, examinar “as causas alegadas para justificar o término da relação”.

(...)

Assim, mesmo que os preceitos da Convenção nº 158 precisassem de regulamentação, já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa “regulamentação”.

⁸⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção n. 158 da OIT. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, nº 247, p. 11/12.

Partindo-se do pressuposto de que, através de uma nova ratificação, a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho integraria no ordenamento jurídico brasileiro como Emenda à Constituição Federal e que a referida Convenção pode ser classificada como um tratado-normativo, analisaremos a seguir as obrigações previstas na Convenção, em comparação ao ordenamento jurídico pátrio, quanto à rescisão dos contratos de trabalho por iniciativa do empregador.

5.9.1. Campo de aplicação

O artigo 2.1 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho prevê que as regras nela contidas deverão ser aplicadas a todas as áreas da atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.

Entendemos que esse conceito coaduna-se com aquele previsto no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho que determina que toda a pessoa física, que prestar serviços com subordinação e habitualidade, mediante o recebimento de uma remuneração, é considerado empregado.

O artigo 2.2 indica a possibilidade de exclusão das seguintes categorias de pessoas empregadas: trabalhadores contratados por prazo determinado ou para determinada tarefa; trabalhadores em período de experiência ou que não tenham tempo de serviço exigido e trabalhadores contratados em caráter ocasional durante período de curta duração.

A legislação trabalhista brasileira pode ser perfeitamente interpretada com o artigo 2.2 da Convenção nº 158, vez que expressamente

determina os trabalhadores que poderão ser contratados através de contrato de trabalho por prazo determinado.

Nesse sentido, o artigo 443 em seus parágrafos 1º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho descreve o contrato por prazo determinado e prevê quais os trabalhadores e para quais atividades poderá ser firmado um contrato de trabalho por prazo determinado.

Assim, não estariam acobertados pelas obrigações previstas na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho os empregados contratados sob o contrato de experiência, contrato de trabalho temporário (Lei nº 6.019/1974), contrato de safra (Lei nº 5.889/1973), contrato de atleta profissional do futebol (Lei nº 9.615/98), contrato de trabalho do artista (Lei nº 6.335/1978), contrato por obra certa (Lei nº 2.959/1956), contrato de trabalho com técnico estrangeiro (Decreto-Lei nº 691/1969), contrato de trabalho sob a égide da Lei nº 9.601 de 21.1.1998 (lei de incentivo a novos empregos) e contrato de trabalho firmado com trabalhador avulso:

O parágrafo 2º, numa nova demonstração de compromisso com o pleno emprego, permite também a exceção de abrangência em relação aos contratos por prazo determinado, gênero dentre os quais inserem-se os contratos de obra certa, de experiência, de safra e os atinentes aos atletas profissionais do futebol, além dos contratos por prazo determinado *stricto sensu*.

Acrescente-se a esses o contrato temporário (Lei n. 6.019/74). (...)

Os trabalhadores avulsos, dada a ocasionalidade de sua vinculação, também encontram-se atingidos pela presente cláusula de exclusão.

Despiciendo salientar que os contratos a prazo encontram-se minuciosamente regulamentados pela legislação interna.⁸⁷

⁸⁷ RESENDE, Almor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 30/31.

O artigo 2.3. prevê que deverá ser determinada garantia para evitar que sejam utilizados os contratos por prazo determinado, para a contratação de trabalhador, com o simples intuito de evitar a aplicação das regras previstas na Convenção.

Também nesse sentido, a legislação trabalhista brasileira se mostra compatível com a Convenção, na medida em que prevê no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho que será considerado nulo os atos praticados com o intuito de “desvirtuar, impedir ou fraudar” a aplicação da lei.

Em seguida, o artigo 2.4 da Convenção determina que, mediante prévia consulta das organizações de empregadores, trabalhadores e autoridades competentes, também poderão ser excluídos categorias de empregados “cujas condições de emprego forem regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta Convenção”.

O ordenamento jurídico brasileiro já prevê alguns empregados que, em razão de sua categoria ou condição, são detentores de estabilidade no emprego.

Assim, em análise ao ordenamento jurídico brasileiro, entendemos que os servidores públicos, os empregados membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA, os dirigentes sindicais, os empregados que sofreram acidente ou possuem doença profissional e as empregadas gestantes, durante o período da estabilidade no emprego prevista na legislação, ficariam excluídos das regras e obrigações previstas na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Também serão excluídos os empregados que detiverem estabilidade no emprego em função de previsão em Acordo Coletivo de Trabalho, Convenção Coletiva de Trabalho, sentença normativa ou acordo particular firmado entre as partes.

O artigo 2.5 da Convenção ainda possibilita a exclusão, do cumprimento das regras previstas na Convenção, dos empregados que apresentem problemas especiais “que assumam certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou a natureza da empresa que os emprega”, desde que realizada a prévia consulta aos representantes dos empregadores, dos trabalhadores e às autoridades competentes.

Com base no nosso ordenamento jurídico, entendemos que estarão excluídos da aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, os empregados que tenham sido contratados por pessoa física e, portanto, detenham forte relação pessoal como, por exemplo, os empregados domésticos, os empregados de pequenas empresas e àqueles detentores de cargo de confiança.

Nessa linha é o entendimento de JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL⁸⁸:

Evidente que não se pode pensar em garantia no emprego da empregada doméstica, nem é possível exigir, em trabalho de natureza tão subjetiva, que envolva uma relação quase familiar, que se mantenha determinada empregada no emprego, vinculada ao

⁸⁸ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 53/54.

empregador, trabalhando em sua residência, ou privando de toda a vida familiar do mesmo, quando não há mais confiança ou interesse na relação entre as partes.

Da mesma forma, empresas pouco dimensionadas, com um máximo de cinco empregados, não estarão vinculadas à garantia de emprego de seus trabalhadores, pois a prestação de serviços nessas hipóteses tem muito de uma personalidade forte, de uma atuação quase sempre artesanal, acontecendo a rotatividade, ou, ao contrário, a própria estabilidade do obreiro, decorrente não da legislação, mas do vínculo relevante existente entre os participantes da contratação.

No mesmo sentido é o entendimento de JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR⁸⁹:

É importante salientar que caso sejam os exercentes de cargo de confiança detentores também de posto efetivo, a exclusão somente terá eficácia em relação à função de confiança.

Os empregados de microempresas e equiparados, além daqueles altamente especializados, poderão vir a ser também excluídos, desde que se verifique o requisito da consulta prévia.

Divergem referidos doutrinadores quanto à exclusão dos empregados de empresas prestadores de serviços. JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL entende que essa categoria de empregados deveria ser excluída da aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho por entender que praticamente inexistente relação de subordinação e personalidade com seu empregador:

Empresas prestadoras de serviços, no meu entender, também estão excluídas da aplicação da Convenção 158, pois seus empregados, e já

⁸⁹ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 32.

agora, de forma contrária aos trabalhadores domésticos e vinculados a pequenos empregadores, ou seja, no outro extremo, têm uma pessoalidade e subordinação quase inexistentes com referência ao empregador, porque, pela própria natureza da empresa, ela subloca os serviços deles, os quais, normalmente, estão subordinados às ordens de um terceiro na relação, responsável subsidiariamente por seus direitos.

Por outro lado, JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR⁹⁰ entende que não há razão para que essa categoria de empregados possa ser excluída da aplicação da Convenção:

Quanto aos trabalhadores sob o regime de terceirização, ao contrário de José Alberto Couto Maciel, entendemos que o art. 2º não lhes retira, em nenhum de seus parágrafos, a garantia de emprego.

Admitimos, contudo, caso a empresa de prestação de serviço perca o contrato com a tomadora, que tal hipótese possa ser analisada à luz das causas econômicas, justificadoras da dispensa, nos termos do art. 4 da Convenção.

Seguimos o entendimento desse último doutrinador, uma vez que há subordinação entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, posto que configurada está uma relação de emprego, e o fato do trabalhador prestar serviço em local diverso do seu empregador, em geral na empresa tomadora de serviço, não constitui motivo para exclusão dessa categoria de empregado da aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

⁹⁰ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 32.

Por fim, o artigo 2.6 da Convenção apenas determina que a categoria dos trabalhadores que forem excluídos da aplicação da Convenção deverão ser listados pelo Estado que a ratificar, explicando os motivos dessa exclusão.

Assim, o Brasil, no Relatório Anual a ser encaminhado à Organização Internacional do Trabalho, deverá apontar as categorias que não serão abrangidas pela Convenção, justificando os motivos com base na legislação trabalhista.

5.9.2. Motivos para a rescisão do contrato de trabalho

O artigo 4º da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, descrito abaixo, prevê a impossibilidade da rescisão do contrato de trabalho a não ser que exista uma causa justificada para tanto, que pode ser relacionada à capacidade ou comportamento do trabalhador ou ao funcionamento do empregador.

De maneira geral, as causas relacionadas ao trabalhador serão utilizadas como justificativa para a rescisão do seu contrato de trabalho. Já as causas relacionadas ao funcionamento do empregador deverão ser utilizadas para a rescisão coletiva dos contratos de trabalho.

Entendemos que a previsão contida no artigo 4º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho está de acordo e vem complementar a determinação prevista no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece a impossibilidade da rescisão arbitrária ou sem justa causa do contrato de trabalho.

Essa determinação não restabelece a antiga estabilidade decenal, na qual o empregado que contasse com mais de dez anos de serviço para o mesmo empregador somente poderia ser dispensado por justa causa. A previsão contida no artigo 4º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho não é de estabilidade no emprego, mas obrigação de o empregador motivar a rescisão.

Nesse sentido é o entendimento de JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL⁹¹:

Não se trata, como se vê, da estabilidade absoluta ou da estabilidade de restringir a atuação da empresa contida no texto da Consolidação das Leis do Trabalho já revogado que, em seu artigo 492, estabelecia que o empregado que contasse mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderia ser despedido se não por motivo de falta grave por circunstância de força maior devidamente comprovados.

(...)

A Convenção 158, em seu art. 4º, não objetiva inserir no país o retorno a esse tipo de estabilidade, a essa garantia que definitivamente era prejudicial tanto ao trabalhador quanto às empresas. O que expressa e garante a Convenção 158 é a impossibilidade da despedida arbitrária ou sem justa causa de acordo com o princípio mais saudável, adotado pela maioria dos países, no sentido de garantir ao trabalhador o emprego. O empregado que trabalha despende energia, gastando seu físico e sua mente. Desse trabalho, que não pode ser definido como uma mercadoria, decorre um desgaste que se insere na empresa e que, em consequência do tempo de serviço, não pode apenas ser considerado como objeto de pagamento, sem que dele decorra outros direitos.

⁹¹ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 57/58.

Esse também é o entendimento de ALAOR SATUF REZENDE⁹²:

Assim, como bem lembrou José Alberto Couto Maciel, não se trata de retorno ao regime da estabilidade decenal prevista na CLT. O que a Convenção trouxe de novo foi a necessidade de o empregador justificar a dispensa.

Seguindo a mesma linha é o entendimento exposto por RAIMUNDO CERQUEIRA ALLY⁹³:

A norma em foco não cogita da estabilidade absoluta. Ela genericamente impõe limitações ao poder patronal de despedir empregados sem uma causa justificada, seja por incapacidade profissional ou ato faltoso, seja por comprovada necessidade patronal.

Assim, para a rescisão individual dos contratos de trabalho, o empregador poderá justificá-la em razão da capacidade e do comportamento do empregado.

Para JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL⁹⁴ a capacidade e o comportamento do empregado já estão descritas no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, entende esse doutrinador que a partir da aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, é impossível a dispensa do empregado pelo empregador que não seja por justa causa:

⁹² RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 37.

⁹³ ALLY, Raimundo Cerqueira. A Convenção nº 158 da OIT e a Constituição do Brasil. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6, jun/1996, v. 60. p. 779.

⁹⁴ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 57/58.

Quais as causas relacionadas à capacidade ou comportamento do empregado? A meu ver, estão elas descritas no artigo 482, da CLT, que prevê a possibilidade de demissão do empregado mediante justa causa para rescisão do seu contrato de trabalho pelo empregador (...).

(...)

A diferença entre a demissão por justa causa anterior à Convenção 158, e a demissão atual, é que esta deve ser efetuada mediante motivos que caracterizem a justa causa, pois, poderá o empregado somente discutir em juízo o ato no qual se baseou a empresa para a sua demissão.

Não nos parece ser essa a melhor interpretação do artigo 4º da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho em comparação com a legislação trabalhista brasileira. Entendemos que, quanto à capacidade, o empregador poderia, mediante avaliação do empregado e comparação com os demais, concluir que esse empregado não desempenha as suas funções e obrigações a contento e utilizar disso para justificar a rescisão do contrato de trabalho.

A esse respeito, ARNALDO SUSSEKIND⁹⁵ detalha os motivos que podem gerar a rescisão do contrato de trabalho:

Justificando essa norma, o documento-base submetido à Conferência acentuou que os motivos válidos para a despedida referente à capacidade do trabalhador contemplam as seguintes hipóteses: a carência de qualificação ou de capacidade para cumprir o trabalho para o qual foi contratado; o trabalho deliberadamente deficiente ou a negligência no seu desempenho; a reiterada ausência ao trabalho ou a incapacidade permanente para trabalhar resultante de enfermidade ou

⁹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. A Convenção da OIT sobre despedida imotivada. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, nº 5, 1997, ano V. p. 52/53.

acidente.

Quanto à conduta do trabalhador, visa-se punir a falta do empregado que importa em violação da disciplina. Essas faltas – aduz o precitado documento – correspondem a duas categorias: “a primeira compreende, em geral, um inadequado cumprimento das tarefas ajustadas; a segunda se refere, geralmente, a diversos tipos de comportamento inapropriado, que podem perturbar a ordem dos locais de trabalho ou prejudicar o cumprimento das tarefas”.

ALAOR SATUF REZENDE⁹⁶ entende que, quanto ao comportamento do empregado, poder-se-ia entender que os atos elencados nos artigos 482 e 508 da Consolidação das Leis do Trabalho deveriam ser utilizados como justificativa para a rescisão do contrato de trabalho:

Se o empregado não desempenha a contento sua função, o que pode ser aferido pela comparação com a média dos demais empregados, sua dispensa será justificada. Neste caso, imprescindível que o empregado seja ouvido e tenha direito de defesa, na forma prevista no art. 7º da Convenção n. 158 da OIT.

(...)

Quanto ao comportamento do empregado, a dispensa será possível nas hipóteses elencadas no arts. 482 e 508 da CLT, bem como aquela do § 3º do art. 7º do Decreto n. 95.247/87 (vale-transporte) e demais hipóteses previstas em lei.

Também nesse sentido é o entendimento de MARIA APARECIDA GURGEL⁹⁷:

A capacidade ou incapacidade do trabalhador está atrelada à falta de

⁹⁶ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 37.

⁹⁷ GURGEL, Maria Aparecida. Convenção n. 158 é ou não auto-aplicável? **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6, jun./1996. p. 757.

qualificação ou aptidão necessária para executar as tarefas exigidas e, também, à má execução do trabalho, descartadas as hipóteses de que a mesma tenha ocorrido por consequência de acidente no trabalho ou enfermidade momentânea.

A causa relacionada com o comportamento do trabalhador pode ser de caráter profissional derivada da indisciplina ou de uma falta relativa à conduta repreensível. Na de cunho profissional estão compreendidas a negligência, violação do regulamento da empresa, desobediência de ordens superiores, ausência ou chegada tarde injustificada e habitual. Quanto à conduta relaciona-se a indisciplina, a violência, a agressão, a embriaguez, o consumo de drogas no local de trabalho, a fraude, o abuso de confiança, a divulgação de segredos industriais e danos causados aos bens da empresa.

No Brasil, sabe-se, a prática de determinadas faltas graves dá ensejo à despedida por justa causa (artigo 482, CLT).

Na mesma linha é o entendimento de RITA DE CÁSSIA S. CORTEZ e JOSÉ LUIS CAMPOS XAVIER⁹⁸:

Entendemos que nas causas diretamente ligadas ao comportamento do trabalhador (aspecto disciplinar), a norma da Convenção 158 independe, também, de ajuste legal, na medida em que há previsão na lei interna, mais precisamente na CLT, art. 482 e outras normas da legislação especial, sobre as situações disciplinares que justificam a dispensa do empregado.

ARION SAYÃO ROMITA⁹⁹ entende que deve ser promulgada lei que indique qual a falta de capacidade e quais os comportamentos que podem motivar a rescisão de um contrato de trabalho:

⁹⁸ CORTEZ, Rita de Cássia S.; XAVIER, José Luís Campos. Sobre a Convenção da OIT, ratificada pelo Brasil, sobre o término da relação do trabalho por iniciativa do empregador. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, jun./1996, vol. 60. p. 511.

⁹⁹ ROMITA, Aryon Sayão. Efeitos da Ratificação da Convenção n. 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. **Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo: LTr. n° 5, mar./1996. p. 76.

(...) Entretanto, cabe a indagação: quando se considera justificada a despedida? A resposta é óbvia: nos casos previstos em lei. A própria Convenção nº 158 não desenvolve o tópico, limita-se a fornecer indicações genéricas (motivos relacionais com o comportamento ou desempenho do trabalhador, além de motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos). Só mesmo a lei poderá explicitar a matéria. Sem lei que disponha a contento, o juiz não terá os elementos indispensáveis à prolação de uma sentença justa ou, pelo menos, satisfatória.

Como já esclarecemos, entendemos que, quanto à capacidade, o empregador deve avaliar o empregado em comparação com os demais e, quanto ao comportamento, esse deve ser enquadrado em um dos incisos do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, razão pela qual não nos parece necessária a promulgação de lei para dar aplicabilidade às disposições da Convenção.

Compartilhamos do entendimento de WALKURE LOPES RIBEIRO DA SILVA e JORGE LUIZ SOUTO MAIOR¹⁰⁰ que afirmam que, a partir da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, a rescisão dos contratos de trabalho somente poderá ocorrer por justa causa, nos termos do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho ou motivada, nos termos do artigo 4º da Convenção, inexistindo a possibilidade de dispensa sem justa causa:

Assim, sob o âmbito individual, passa-se a ter três tipos de dispensa: a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); a motivada (sem

¹⁰⁰ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94, abr.-jun./1996, ano 25. p. 20.

justa causa); e a com justa causa – como disposto, aliás, na própria Constituição (art. 7º, I).

A primeira, nos termos da Convenção n. 158, está proibida, gerando duas situações possíveis, a critério do órgão competente para julgamento dos motivos da dispensa – no caso do Brasil, a Justiça do Trabalho: a reintegração ou condenação ao pagamento de uma indenização.

Os artigos 5º e 6º da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho listam alguns motivos que não poderão ser utilizados como justificativa para a rescisão do contrato de trabalho do empregado. Entende LUÍS OTÁVIO LINHARES RENAULT que esse rol é meramente exemplificativo e que o legislador poderia estabelecer outros motivos que não poderiam ser utilizados como justificativa para a rescisão do contrato de trabalho:

Este artigo é meramente exemplificativo e não taxativo, por isso que outras situações podem ser instituídas pelo legislador, retirando-as do círculo de imputação jurídica do conceito do que é causa justificada. Assim, o caráter conflituoso emergente da condição do empregado ou da empregada parece ser elemento básico determinante da segregação. Aliás, para que assim se conclua basta que se leia o texto original da Convenção, vazado nos seguintes termos:

“Ne constituent pas des motifs valables de licenciement, notamment: (...)”

O advérbio “notamment” indica que a lista de motivos não válidos para a dispensa é mínimo e não máxima, encerrando, por conseguinte, reserva para outras situações, tais como a participação em greve, a recusa do empregado de se submeter ao detector de mentira, o estado de saúde, a deficiência física, etc., conforme salientado, pela publicação relativa à 82ª Sessão da Conferência Internacional do

Trabalho, realizada em 1995.¹⁰¹

Assim, determinam os artigos 5º e 6º que não pode ser utilizados como motivo para a rescisão do contrato a filiação do empregado a um Sindicato e/ou sua participação em atividades sindicais. Esse aspecto já está devidamente previsto no artigo 8º, inciso V, da Constituição Federal que determina a liberdade do trabalhador em filiar-se ou desfiliar-se de um Sindicato.

Também vem a favor desse aspecto o artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal que prevê a estabilidade provisória do empregado a partir de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, uma vez eleito, até um ano após o término do seu mandato. Determina esse artigo que a rescisão do contrato de trabalho somente poderá ocorrer pelo cometimento de falta grave pelo empregado, ou seja, somente se restar caracterizada uma das situações previstas no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A candidatura e atuação do empregado à representante dos trabalhadores também não pode ser utilizada como motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Esse aspecto também já está previsto, de forma genérica, no artigo 11 da Constituição Federal que assegura a eleição de um representante dos trabalhadores para as empresas que possuem mais de 200 empregados.

Não se trata aqui da estabilidade provisória no emprego mas, simplesmente, da impossibilidade de rescisão do contrato de trabalho fundamentada na candidatura e atuação de certo empregado como representante dos trabalhadores.

¹⁰¹ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 41.

Também não pode ser utilizado como justificativa para a rescisão do contrato de trabalho o fato de o empregado ter apresentado queixa e/ou participado de procedimento contra o empregador por violação de lei ou regulamento. Trata-se, aqui, da não retaliação do empregador ao descobrir que seu empregado ajuizou Reclamação Trabalhista na Justiça do Trabalho, apresentou denúncia perante a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, ao Ministério Público do Trabalho e/ou ao Sindicato profissional.

Entende LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT¹⁰² que a excludente indicada na alínea “c” do artigo 5º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho facilitará o ajuizamento de Reclamações Trabalhistas na Justiça do Trabalho durante o contrato de trabalho, e não somente após a rescisão, como geralmente acontece, melhorando a celeridade processual, diminuindo o número de ações e possibilitando o efetivo cumprimento da legislação trabalhista pelos empregados:

Além do mais, a conclusão inexorável a que se chega é que, com esta excludente, interpretada com a nossa realidade nos olhos, haverá, irrefragavelmente, uma maior facilidade na produção e na reunião das provas, ensejando tanto a celeridade quanto a economia processuais, e, via transversa, a diminuição da litigiosidade trabalhista, tradicionalmente retida na vigência contratual e só difusa com a extinção do vínculo, mas que com maior e pronto poder de reivindicação dos trabalhadores levará as empresas a terem significativa preocupação com a efetividade dos direitos dos empregados.

¹⁰² RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 43.

A alínea “d” do artigo 5º da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho prevê que a raça, sexo, cor, estado civil, responsabilidade familiar, gravidez, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social também não podem servir como justificativa para a rescisão do contrato de trabalho. Nesse sentido, entendemos que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, já prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, proibindo qualquer forma de discriminação.

A última alínea do artigo 5º da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho determina que a ausência do trabalho da empregada durante licença-maternidade também não pode ser considerado um motivo para justificar a dispensa da empregada.

O ordenamento jurídico pátrio garante, no artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a estabilidade provisória da empregada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O direito previsto no nosso ordenamento jurídico é melhor e garante mais segurança à empregada gestante do que aquele previsto na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho:

Embora a gestante não se beneficie do controle judicial a priori, nem da exigência de falta grave para ser dispensada, a licença-maternidade acarreta a suspensão executiva do pacto. Com isso, preserva o contrato, abrangido o afastamento pela proteção do bem maior, que é garantia de emprego, não mais por período previamente estabelecido em lei, artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT, porém em longo fio fora do alcance das mãos, muita vez, impiedosas e implacáveis da empregadora.

Em suma, se o contrato de trabalho está suspenso e a causa é exógena, estendida a proteção para além da própria empregada, não há como

falar que a ausência ao trabalho, durante a licença-maternidade (auxílio-maternidade), constitui causa justificada para o término da relação de emprego.¹⁰³

Por fim, o artigo 6º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho veda a utilização da ausência do trabalho por motivo de doença ou lesão como causa justificadora da rescisão do contrato de trabalho. Nesse aspecto, nosso ordenamento jurídico pátrio também prevê melhor e mais eficaz condição para o empregado que estiver doente ou tiver sofrido acidente.

O empregado que estiver doente ou tiver sofrido acidente terá seu contrato de trabalho interrompido durante os primeiros 15 dias e, a partir do 16º dia, seu contrato de trabalho ficará suspenso. Durante o período em que o contrato de trabalho estiver interrompido ou suspenso, não é permitido ao empregador rescindi-lo.

Caso o empregado venha a receber auxílio-doença acidentário do Instituto Nacional do Seguro Social, prevê a Lei nº 8.213/1991 em seu artigo 118, a garantia do emprego pelo prazo mínimo de 12 meses após a cessação do pagamento do auxílio-doença acidentário.

Constata-se, assim, que a legislação brasileira já prevê a impossibilidade de rescisão do contrato de trabalho em razão da ausência temporal por motivo de doença e acidente.

Em resumo, entendemos possível concluir que a grande modificação na legislação trabalhista brasileira refere-se à necessidade de motivação da rescisão do contrato de trabalho. Os fatos que não podem ser

¹⁰³ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 45.

utilizados como motivação para a rescisão, previstas nos artigos 5º e 6º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, se coadunam com o ordenamento jurídico pátrio que, de alguma forma, já considera ilícito a sua realização.

5.9.3. Procedimento para a rescisão do contrato de trabalho

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 7º, determina que o empregador, antes da rescisão do contrato de trabalho, deverá conceder ao empregado a possibilidade de se defender das acusações quanto ao seu comportamento ou ao seu desempenho que justificariam o término do contrato de trabalho, “a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade”.

Entende ALAOR SATUF REZENDE¹⁰⁴ que a inserção da obrigatoriedade de o empregado defender-se, antes da rescisão do seu contrato de trabalho, representa progresso para a “inserção do trabalhador na empresa e a democratização das relações de trabalho”:

Em suma, a obrigatoriedade de se conceder ao empregado direito de defesa, quando a dispensa motivar-se em causas ligadas à sua capacidade e ao seu comportamento, havendo exceções neste último caso, representa progresso considerável para as relações de empregados e empregadores, a ser visto como um passo na total inserção do trabalhador na empresa e democratização das relações de

¹⁰⁴ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 49.

trabalho.

Na prática, entendem ALAOR SATUF REZENDE e JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL que esse processo deve ser realizado através de um inquérito administrativo interno, no qual o empregador informará o motivo da rescisão do contrato de trabalho e o empregado terá a chance de apresentar sua defesa:

Estabelece o referido artigo 7º que a despedida deve ser motivada e, mais do que isso, a ela precederá um inquérito administrativo interno, no qual o empregado terá o direito de defesa das acusações contra ele feitas.

Tal norma vem de encontro à tese já hoje pacificada na doutrina nacional, da necessidade de serem criadas comissões paritárias de conciliação nas empresas. Tais comissões teriam a possibilidade de apreciar a defesa de empregados demitidos por justa causa e viabilizar acordos, ou conter demissões injustas, evitando, também, o acesso demasiado de processos judiciais.¹⁰⁵

Mas como deve funcionar o direito de defesa do empregado perante o empregador?

Não se tratando de estabilidade, a forma utilizada deve guardar alguma semelhança com a sindicância prevista no Estatuto dos Servidores Civis da União. (...) ¹⁰⁶

No entanto, divergem os doutrinadores quanto aos motivos que devem gerar o direito de defesa do empregado. Há doutrinadores, como ALAOR SATUF REZENDE, que entendem que se a rescisão do contrato de

¹⁰⁵ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 65.

¹⁰⁶ REZENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 51.

trabalho é motivada pela incapacidade do empregado, este tem direito de se defender das acusações realizadas pelo empregador.

Contudo, quando a justificativa estiver restrita ao comportamento do empregado, não é possível pedir ao empregador, razoavelmente, que conceda a possibilidade de defesa, uma vez que a rescisão do contrato de trabalho estará baseada em um dos incisos do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que impede a manutenção do vínculo empregatício até o final do transcurso do inquérito interno:

Nas hipóteses de dispensas decorrentes do comportamento do empregado, ou, utilizando a linguagem mais tradicional em Direito do Trabalho, nos casos de faltas tipificadas na legislação como justas causas, nem sempre será exigível a adoção da sindicância como direito de defesa.

Isto, pois, nestes casos, nem sempre é “possível pedir ao empregador, razoavelmente” que aguarde a tramitação da sindicância sugerida, ainda que ela possa se resolver no prazo de 10 dias.¹⁰⁷

Tendo havido a oportunidade de o empregado defender-se quanto aos motivos apresentados pelo empregador para a rescisão do seu contrato de trabalho, o empregador deverá decidir se mantém, ou não, sua decisão quanto à rescisão do contrato de trabalho do empregado.

5.9.4. Direitos dos empregados demitidos

O artigo 11 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho assegura ao empregado que tiver seu contrato de

¹⁰⁷ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 51.

trabalho rescindido a concessão de um prazo razoável de aviso prévio ou 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 de aviso-prévio”.

A Consolidação das Leis do Trabalho já prevê, em seu artigo 487, que o empregador deverá avisar ao empregado da data da rescisão do seu contrato de trabalho, com antecedência mínima de 30 dias para os empregados que recebem quinzenal ou mensalmente e 8 dias para os empregados que recebem por semana ou tempo inferior. Assim, entendemos que esse instituto previsto na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho se coaduna com a legislação atualmente vigente.

Importante notar aqui que o aviso prévio continua devido pelo empregador ao empregado ainda que haja motivação para a rescisão do contrato de trabalho, mesmo não tendo havido justa causa para o término.

A exceção para a concessão do aviso prévio seria somente nos casos tipificados no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho que prevêm as condições para a rescisão por justa causa do contrato de trabalho, tornando “irrazoável pedir ao empregador” que continue com o empregado pelo período do aviso prévio.

Nessa linha é o entendimento de JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JUNIOR¹⁰⁸:

Assim, o que primeiro deve ser considerado é que o aviso prévio, a

¹⁰⁸ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 66.

partir de agora, torna-se devido ainda que haja justificção para a dispensa. A exceção, clara e expressa na Convenção, seriam as hipóteses alusivas a faltas cometidas pelos empregados, a exemplo do disposto no artigo 482 da CLT.

Também determina a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, no artigo 12, parágrafo 1º, que o empregado que tiver seu contrato de trabalho rescindido terá direito a uma indenização por término de serviço ou compensação análoga; ou aos benefícios do seguro desemprego; ou a uma combinação de tais indenizações e benefícios.

Também nesse aspecto, a Convenção n 158 da Organização Internacional do Trabalho se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio que já prevê, no caso de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, o pagamento de uma indenização equivalente a 40% do saldo do FGTS, conforme artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Esse é o entendimento de JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JUNIOR¹⁰⁹:

O que, todavia, podemos admitir é que o nosso ordenamento jurídico trabalhista já se encontra ampla e satisfatoriamente regulado no que toca às conseqüências econômicas da dispensa socialmente justificada – vista a questão, esclareça-se, pelo prisma, puramente jurídico – porquanto o sistema vigente até então, qual seja, o da possibilidade da dispensa não-justificada, revela-se inteiramente compatível com as hipóteses das dispensas socialmente justificadas, inclusive no que toca à indenização equivalente a 40% do FGTS.

(...)

¹⁰⁹ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 68.

Finalmente, resta apenas registrar que a atual sistemática de indenização pela dispensa socialmente justificada encaixa-se perfeitamente no modelo prescrito pela alínea c do art. 12.1 da Convenção.

A esse respeito, afirma ANTÔNIO TAVARES DA SILVA¹¹⁰ que, de acordo com a legislação brasileira, o empregado teria direito a levantar o FGTS e a receber o seguro desemprego, sendo que a multa de 40% sobre o saldo do FGTS não seria mais aplicável, já que o empregado dispensado sem motivo terá direito ao recebimento da indenização prevista no artigo 10 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho:

A indenização prevista no item a) tem natureza objetiva e se refere à perda do contrato de trabalho considerada um fato em si mesma. Independentemente dos motivos da cessação, a perda do emprego é um mal para o empregado, a sociedade e o Estado. Por isso a possibilidade de uma indenização objetiva para compensar o dano presumido daí emergente.

(...)

Esta indenização do art. 12, a) pode ser operada através do FGTS, cujo levantamento sempre se dará nas dispensas causadas, salvo se a falta cometida pelo empregado for de tal monta que impeça a concessão de aviso prévio. A correlação do FGTS da Convenção 158 será debatida em item à parte, a seguir.

O seguro-desemprego está instituído entre nós desde 11.1.90 pela Lei n. 7.998 e modificado pela Lei n. 8.900/94 e é garantido independentemente dos demais direitos a que o empregado faça jus por ocasião da dispensa. Portanto pode ser estabelecida uma coexistência harmônica e equilibrada entre os itens sub a) e b), levando-se em conta as razões do contrato de trabalho.

¹¹⁰ SILVA, Antônio Tavares da. As indenizações previstas na convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6, jun./1996, vol. 60.p. 746.

(...)

A consequência natural a extrair é que o item I do art. 10 do ADCT, de vigência temporária, deixou de existir e a multa de 40% não será mais paga pelo empregador. O empregado não será em nada prejudicado porque receberá indenização prevista no artigo 10.

Compartilhamos do entendimento de José Eduardo de Resende Chaves Junior, uma vez que a multa de 40% do saldo do FGTS deve ser considerada como a indenização prevista no artigo 10 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

O empregado ainda tem direito, quando da rescisão do seu contrato de trabalho sem justa causa, ao recebimento do seguro-desemprego, desde que preenchidas as condições previstas no artigo 3º da Lei nº 7.998/1990.

Além disso, pela legislação trabalhista, o empregado também deve receber, no momento da rescisão do seu contrato de trabalho, férias vencidas e proporcionais, acrescidas do terço constitucional, e 13º salário proporcional, além de outros benefícios garantidos por Acordo Coletivo do Trabalho, Convenção Coletiva do Trabalho, Regulamento interno e costume.

Em seguida, o artigo 12.2 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho prevê que, o fato de o empregado não obter as condições necessárias para o recebimento do seguro desemprego ou de assistência aos desempregados, não gera automaticamente a responsabilidade do empregador no pagamento da indenização por término de serviços.

A esse respeito afirma JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JUNIOR¹¹¹ que não há que se falar em responsabilidade objetiva do empregador, no caso de o empregado não preencher os requisitos para receber o seguro-desemprego:

Deste tópico resultam objetivamente dois critérios fundantes. O primeiro, que a responsabilização do empregador, em sede de seguro desemprego, é subjetiva, em decorrência da assertiva de não-exigibilidade do pagamento de indenização pelo único fato de o trabalhador não preencher os requisitos legais, ou seja, tal indenização compensatória só pode ser exigida por outros motivos. O segundo, é o de que mesmo a responsabilidade objetiva do órgão competente nesta área pode estar sujeita a requisitos prévia e indistintamente traçados pela lei.

Nesse ponto, entendemos que há perfeita compatibilidade entre a Convenção e o ordenamento jurídico pátrio na medida em que há previsões distintas para o pagamento, ao empregado, de verbas rescisórias pelo empregador e seguro desemprego pelo Estado.

Por fim, o artigo 12.3 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho prevê que no caso de a rescisão do contrato de trabalho ocorrer por justa causa, o empregado poderá perder o direito à indenização prevista no artigo 12.1 alínea “a”.

Essa previsão também se coaduna com a legislação trabalhista brasileira que garante o pagamento de valor equivalente a 40% do

¹¹¹ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 68/69.

saldo do FGTS e do seguro desemprego somente aos empregados que tiverem seus contratos de trabalho rescindidos sem justa causa:

O dispositivo reforça ainda mais a tese da compatibilidade da sistemática nacional, anterior à Convenção OIT n. 158, com as hipóteses de dispensa socialmente justificada, em face da expressa previsão de perda das indenizações legais aquando da dispensa por falta praticada pelo empregado, inclusive em relação ao seguro-desemprego.¹¹²

Assim, entendemos que os direitos garantidos aos empregados dispensados pela Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho já estão devidamente previstos no nosso ordenamento jurídico pátrio, não sendo necessária qualquer alteração, modificação ou complementação.

5.9.5. Recurso contra a rescisão do contrato de trabalho

Os artigos 8º, 9º e 10º da Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho determinam a forma e os procedimentos para que o empregado questione o motivo da rescisão do seu contrato de trabalho pelo empregador.

O artigo 8º determina que o trabalhador poderá questionar o motivo da rescisão do seu contrato de trabalho perante um organismo neutro. No caso de ter havido a autorização do término por autoridade competente, o questionamento deverá ocorrer conforme legislação e prática nacional e o

¹¹² RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 69.

trabalhador terá um prazo razoável para recorrer da sua dispensa, sendo que, se não o fizer, será considerado que o empregado renunciou ao seu direito.

Ressalte-se que, nesse momento, já terá sido realizado e encerrado o inquérito interno, no qual o empregador concedeu ao empregado a chance de se defender dos motivos que geraram a rescisão do seu contrato de trabalho e, após essa defesa, o empregador decidiu manter a rescisão do contrato de trabalho.

No Brasil, o organismo neutro é a Justiça do Trabalho que, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal, tem competência para processar e julgar as ações relativas à relação de trabalho.

Com relação ao prazo para o ajuizamento de ação questionando o motivo da rescisão do contrato de trabalho, entende JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL¹¹³ que o prazo deveria ser de 60 dias, não podendo ser aplicado o prazo prescricional de 2 anos previsto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal:

Entendo que, no caso, não se trataria de prazo prescricional, pois não é justo que o empregado passe até dois anos sem emprego, vindo após tal prazo requerer seu retorno ao empregado anterior. Haveria um longo tempo, com prejuízo relevante para a empresa, e que não se coadunaria com a função da norma que é garantir o emprego, sendo de se presumir que o trabalhador, demitido há longo tempo já estaria trabalhando para outro empregador, desinteressando-se tacitamente do emprego anterior.

Creio que o empregado deverá reclamar judicialmente em prazo não superior a sessenta dias de sua demissão, contado esse prazo ou a

¹¹³ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 66.

partir da conclusão do inquérito administrativo, ou, inexistente este, da data em que for efetivamente demitido, pois se passar mais de sessenta dias sem reclamar seu direito de ser reintegrado no trabalho, certamente ficará demonstrada, sua renúncia a esse direito, uma vez que o salário, normalmente em nossa legislação, é pago por mês, criando-se dificuldades econômicas para o trabalhador o fato de estar ele demitido, sem reclamar, em prazo superior a sessenta dias, equivalente a um mês de trabalho e outro de aviso prévio.

ALAOR SATUF REZENDE¹¹⁴ tem entendimento contrário, afirmando que o prazo deve ser de 30 dias para que o empregado questione, na Justiça do Trabalho, o motivo da rescisão do seu contrato de trabalho, com base no prazo estipulado no artigo 853 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Razoável, no caso, seria considerar o prazo de 30 dias. Em primeiro lugar, por não ser suficientemente longo a ponto de já ter o empregador contratado um substituto (que poderia ser dispensado em razão da reintegração do outro), nem curto demais de forma a inviabilizar a ação do empregado. Em segundo lugar, tal prazo é o mesmo que se exige do empregador, no caso de ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave, matéria nitidamente análoga. Este prazo começaria a fluir a partir do término do aviso.

Concordamos com o entendimento de que o prazo para o ajuizamento de ação seria decadencial de 30 dias, pois nos parece que o prazo prescricional de 2 anos é tempo demasiado longo para o questionamento da rescisão do contrato de trabalho e, o prazo de 60 dias, não tem qualquer previsão legal.

¹¹⁴ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 54.

O artigo 9º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho determina que, no caso de ajuizamento de ação pelo empregado para discutir a rescisão do contrato de trabalho, é ônus do empregador a prova da existência de um motivo para o término, sendo que o organismo neutro que irá analisar a ação deverá julgar o pedido “levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e as práticas nacionais”.

MÁRCIO TÚLIO VIANA¹¹⁵ entende que essa distribuição do ônus da prova está de acordo com nosso ordenamento jurídico, visto que se trata de fato modificativo do direito:

Na nossa opinião, o que o dispositivo quer dizer é que cabe ao empregador a prova da justificativa – sem que isso signifique que o julgador tenha de ficar sempre à espera da prova, como se verá melhor adiante.

Ora: nada disso é novidade.

Basta notar que, pelas regras do processo, o autor prova o fato constitutivo; e o réu, os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos. Pois bem. A justificativa da dispensa é fato alegado pelo réu; impede que o fato argüido pelo autor gere os efeitos que lhe seriam normais. Daí aplicar-se a hipótese o art. 818 da CLT, c/c art. 333, II, do CPC.

Em outras palavras: o empregado diz que foi despedido; o empregador admite a dispensa, mas lhe acrescenta um quid, ao apontar um motivo justificado. Tal como já acontecia no tocante à justa causa, esse quid deve ser provado por quem o alega. A propósito, é sempre bom lembrar, como o faz a própria OIT, que, quando se discute a razão da dispensa, é o empregador quem se encontra em posição de força, especialmente porque é ele quem controla as fontes de informação.

¹¹⁵ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 55/56.

JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL¹¹⁶ entende que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho inverteu o ônus da prova quando o empregado é dispensado pelo empregador:

Com relação ao ônus da prova, se o empregado foi despedido inverte-se o ônus em seu favor, sendo que a prova da existência da causa justificada para o término deverá ser feita, em princípio, pelo empregador, podendo, entretanto, o Juiz decidir, levando em consideração outros aspectos que, em conformidade com o processo do trabalho, possibilitem alcançar de melhor forma a verdade dos autos.

Ora, tendo sido produzidas as provas nos autos da ação, é competência do Juiz da Justiça do Trabalho, julgar o processo nas condições em que ele se encontra.

O artigo 9.3 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho determina que, ainda que o motivo para a rescisão do contrato de trabalho decorra do funcionamento da empresa, o Juiz do Trabalho também terá competência para analisá-las a fim de confirmar a validade da rescisão:

Quando o empregador alegar que o término da relação de trabalho se deu em decorrência de necessidades de funcionamento, poderá a Justiça do Trabalho requisitar, na forma da legislação nacional, documentos que comprovem efetivamente o fundamento do término da relação.¹¹⁷

¹¹⁶ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 68.

¹¹⁷ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 68.

Por fim, o artigo 10 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho prevê o pagamento de uma indenização ou reparação adequada, no caso de se verificar que o término da relação de trabalho não foi devidamente justificado e “se, em virtude da legislação e práticas 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”.

A Justiça do Trabalho, considerada o organismo neutro competente para dirimir a questão da rescisão do contrato de trabalho, terá duas alternativas, como explicita ANTÔNIO TAVARES DA SILVA¹¹⁸, no caso de se verificar não ter sido devidamente motivada a dispensa: anular a rescisão e determinar a reintegração do empregado ou determinar o pagamento de uma indenização ou outra reparação:

Este órgão (ou seja, a Justiça do Trabalho, para o Brasil), considerando injustificada a dispensa, terá as seguintes alternativas:

a) anular a dispensa e determinar a readmissão do empregado. Para a readmissão há duas ressalvas:

- falta de competência para determiná-la.

- impossibilidade, dadas as circunstâncias do caso, da readmissão.

Se o órgão não tem competência para reintegrar, ela se torna, como é óbvio, impossível perante aquele ordenamento jurídico. Se, embora tendo competência, julga-a inconveniente, ela não se verificará por motivo ligado à liberdade de decidir.

b) indenização ou outra reparação que for considerada apropriada, ante a impossibilidade da readmissão.

¹¹⁸ SILVA, Antônio Tavares da. As indenizações previstas na convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6, jun./1996, vol. 60. p. 742.

Também nessa linha é o entendimento de ARNALDO SUSSEKIND¹¹⁹:

Decompondo, numa análise lógica e jurídica, o estatuído no art. 10, fácil será concluir-se que, nos casos de despedida injustificada:

- a) se o organismo neutro (no Brasil, a Justiça do Trabalho) estiver autorizado a determinar ou propor a readmissão do trabalhador, deverá fazê-lo, salvo se, em virtude das circunstâncias que envolvem o dissídio, considerar desaconselhável o retorno ao emprego;
- b) se o organismo neutro não estiver a tanto autorizado pela lei ou pelo direito consuetudinário, deverá ter a faculdade de determinar o pagamento de justa indenização ou outra reparação apropriada.

A esse respeito, JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL¹²⁰ entende que a disposição da Convenção está de acordo com o artigo 496 da Consolidação das Leis do Trabalho que já prevê o pagamento de indenização no caso de ser desaconselhável a reintegração:

Pelo artigo 496 da Consolidação das Leis do Trabalho, que vigia quando da existência da estabilidade em nosso País, quando a reintegração do empregado estável fosse desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o Tribunal do Trabalho poderia converter aquela obrigação em indenização. O artigo 7º, item I, da Constituição brasileira trata de indenização compensatória mediante lei complementar.

Creio que os Tribunais Trabalhistas poderão, de acordo com o artigo 8º da Convenção 158, aplicar a conversão da reintegração em indenização, sempre quando considerarem, em decorrência do próprio

¹¹⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. A Convenção da OIT sobre despedida imotivada. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, nº 5, 1997, ano V. p. 52/54.

¹²⁰ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 69.

processo trabalhista, a existência de incompatibilidade na continuidade dos serviços. (...)

A esse respeito, entendem alguns doutrinadores que a multa de 40% do saldo do FGTS, já existente no nosso ordenamento jurídico, seria aplicada no caso de rescisão do contrato de trabalho sem a devida motivação, como forma de indenização compensatória, nos termos do artigo 10 da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Nesse sentido é o entendimento de IRANY FERRARI, conforme citado por Walkure Lopes Ribeiro da Silva e Jorge Luiz Souto Maior¹²¹:

Essa interpretação remete-nos a outro problema, o da indenização cabível em caso de dispensa injustificada ou arbitrária. Irany Ferrari entende que a Constituição Federal já prevê esse direito no art. 7º, I, combinado com o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Portanto, o empregado imotivadamente despedido faria jus aos depósitos na conta vinculada do FGTS, acrescidos da multa de quarenta por cento.

No entanto, os doutrinadores WALKURE LOPES RIBEIRO DA SILVA e JORGE LUIZ SOUTO MAIOR, discordam dessa posição, afirmando que a indenização prevista no artigo 10 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho deve ser complementar à multa de 40% do saldo do FGTS:

Lembrando a interpretação dada à matéria pela Comissão de Peritos

¹²¹ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94, abr.-jun./1996, ano 25. p. 17/18.

na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, supracitada, não concordamos com tal entendimento. A convenção refere-se a indenização adequada e prevê vários métodos nacionais de aplicação: legislação, contratos coletivos, laudos arbitrais, sentenças judiciais ou qualquer outra forma de acordo com a prática nacional. Portanto, a Justiça do Trabalho é competente para fixar, em cada caso concreto, a indenização cabível, acrescentando um plus ao montante do FGTS, se julgar necessários.

Nos parece ser essa a melhor interpretação desse artigo. A multa de 40% do saldo do FGTS é o valor devido ao empregado quando a rescisão do seu contrato de trabalho ocorrer sem justa causa, mas for devidamente motivada conforme determinação do artigo 4º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Como já vimos anteriormente, a multa do FGTS se coaduna com o artigo 12 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, que prevê o pagamento de uma indenização ao empregado quando da rescisão do seu contrato de trabalho.

Entendemos que a indenização prevista no artigo 10 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho é devida quando constata que houve irregularidade na rescisão do contrato de trabalho, mas se tornou impossível a reintegração do empregado. Esse é o entendimento de MÁRCIO TÚLIO VIANA¹²²:

Como fala em “indenização”, pode parecer que esse artigo não trouxe qualquer mudança em nosso ordenamento jurídico. É, aliás, o que pensam alguns autores de renome. Para eles, se a dispensa for

¹²² RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 58.

“injustificada”, o empregado receberá os 40% sobre o FGTS.

Mas as aparências enganam.

Basta notar que a norma carrega em seu coração uma outra, que é sua matriz: o artigo 4º. Como vimos, está escrito ali, com todas as letras, que “não se porá termo à relação de trabalho de um trabalhador a menos que para isso exista uma causa justificada (...)”.

Assim, o que há é uma proibição, vale dizer, declaração de ilicitude. Aliás, essa conclusão se pode extrair do próprio artigo 10, já que este fala em “anular” a despedida imotivada – e só se anula o que é ilícito.

No mesmo sentido é o entendimento de JORGE LUIZ SOUTO MAIOR¹²³:

Assim, aplicados os preceitos constitucionais e legais, sob o âmbito individual, passam a existir quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a motivada (mas, sem justa causa); c) a com justa causa (art. 482, da CLT); e d) a discriminatória (prevista na Lei nº 9.029/95).

(...)

A dispensa que não for por justa causa ou não se embasar em motivo suficiente, como dito, considerar-se-á arbitrária e, portanto, não está autorizada ao empregador. Quanto aos efeitos não se pode entender que à dispensa arbitrária aplica-se a indenização de 40% do FGTS, pois que isto equivaleria a dizer que dispensa sem justa causa e dispensa arbitrária são a mesma coisa, e, evidentemente, não são. A dispensa sem justa causa não tem base em uma causa considerada “justa” pela lei (art. 482, CLT), mas deve possuir uma causa (um motivo), sob pena de ser considerada arbitrária.

Ainda a esse respeito, ARNALDO SUSSEKIND¹²⁴ entende que a legislação nacional poderá adotar “outra indenização adequada”, conforme

¹²³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção n. 158 da OIT. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, nº 247, p. 9/10.

previsão contida na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, excluindo a aplicação de reintegração do empregado como reparação à dispensa imotivada:

Ora, a previsão da “indenização adequada”, tal como a indenização compensadora, do art. 7º, I, da Constituição brasileira, exclui, se adotada pela legislação nacional, a reintegração do trabalhador como fórmula de reparação da despedida injustificada ou arbitrária. Daí a completa sintonia entre os dispositivos examinados da Convenção n. 158 e a Lex Fundamentalís do nosso país.

(...)

Como escrevemos alhures, a referência “a indenização em caso de despedida arbitrária, adotada como regra, exclui a reintegração, que seria o corolário jurídico da despedida sem justa causa do empregado com direito à estabilidade (“Instituições de Direito do Trabalho, SP, LTr, 15ª ed., 1995, vol. I, pág. 642). No mesmo sentido alinham-se os pronunciamentos de renomados juristas pátrios: Celso Ribeiro Bastos (“Comentários à Constituição do Brasil”, SP, Saraiva, 1989, vol. II, págs. 410 e segs.), Amauri Mascaro Nascimento (“Direito do Trabalho na Constituição de 1988”, SP, LTr, 1989, vol. I, pág. 436) e Eduardo Gabriel Saad (“Constituição e Direito do Trabalho”, SP, LTr, 1989, págs. 86 e segs.). Aliás, a própria legislação posterior à nova Carta Magna consagrou esse entendimento (cf. o art.12 da Lei n. 7.839, de 12 de outubro de 1989, concernente ao FGTS).

No mesmo sentido é o entendimento de CÁSSIO MESQUITA BARROS¹²⁵ que afirma que, pelas disposições da Convenção, é possível que o Brasil determine o pagamento de uma indenização, quando se constatar a irregularidade na rescisão do contrato de trabalho:

¹²⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. A Convenção da OIT sobre despedida imotivada. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, nº 5, 1997, ano V. p. 54/55.

¹²⁵ BARROS, Cássio Mesquita. A Convenção nº 158 – Proteção contra a Despedida Injustificada. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 7, jul./1996, v. 60. p. 889.

A respeito da reintegração, o artigo 10 dá preferência à anulação da dispensa e à readmissão do empregado como meio da dispensa injustificada. Prevê contudo, a possibilidade do País assegurar outras vias de reparação a serem estabelecidas mediante poderes conferidos a organismos neutros que existam para decidir a respeito ou mediante a lei local. Se a lei local não contempla a reintegração, a Convenção acrescenta que a lei ou prática nacional preverem ao invés da reintegração o pagamento de uma indenização compensatória, o preceito internacional preconiza que a indenização seja adequada. A reintegração não é, em muitos casos, a solução recomendável. O transcurso de um prazo demasiadamente longo entre a dispensa e a reintegração, não favorece uma decisão que imponha a reintegração, pois o chão de fábrica ou os serviços, no período de ausência do empregado, podem ter sofrido tantas modificações transformando radicalmente o conteúdo da função do empregado que não o restabelecimento obrigatória da relação de trabalho.

Com relação ao valor da indenização, entende ANTÔNIO TAVARES DA SILVA¹²⁶ que devem ser utilizados os critérios estabelecidos no artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho para o estabelecimento do valor da indenização:

A falta de um critério definido, que a Convenção 158 propositadamente deixou de enumerar, cabe ao julgador estabelecer procedimentos equânimes na sua fixação.

A indenização, fixada segundo os critérios do art. 477 da CLT, colocada em desuso pelo FGTS, pode ser de grande utilidade. Poderá ser calculada uma indenização proporcional ao tempo de serviço, com base na maior remuneração. O período inferior a um ano seria pago proporcionalmente, à semelhança das férias e do 13º.

¹²⁶ SILVA, Antônio Tavares da. As indenizações previstas na convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6, jun./1996, vol. 60. p. 744.

No entanto, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR¹²⁷ entende que a indenização deve ser arbitrada pelo Juiz da Justiça do Trabalho, baseado no dano causado ao empregado dispensado, com fundamento no artigo 186 do Código Civil:

Quanto à indenização, nos casos de dispensa, considerada arbitrária em que a reintegração se mostre desaconselhável ou impossível, qual seria esta?

Para responder a essa indagação é necessário recordar que nenhuma regra legal precisa existir para que os juízes do trabalho, julgando os conflitos com poder de discernimento, estabeleçam o valor da indenização devida em cada caso concreto, como se faz há muito, aliás, na Justiça Comum no julgamento das causas que têm por fundamento o art. 186 do Código Civil – dispositivo que prevê a obrigação de indenizar aquele que causar dano a outrem e que é base jurídica, diga-se de passagem, para as ações de indenização por acidente do trabalho. Tal dispositivo não estabelece o valor da indenização e ninguém nunca negou sua eficácia porque um Decreto executivo não o tivesse regulamentado. A fixação do valor é feito por arbitramento, segundo critérios de verificação do dano sofrido, da necessidade de quem pede a reparação e da possibilidade econômica do condenado. E nem se diga que o art. 186 do Código Civil não pode ser invocado neste tema porque se trata de um preceito não inserido na ordem legislativa trabalhista, e que a Justiça do Trabalho não teria competência para aplicá-lo. Ora, o preceito mencionado está posto no Código Civil porque é neste Diploma que se encontram as regras de teoria geral do direito, teoria que se aplica, sem sombra de dúvida, em todos os ramos do direito não-penal, como é caso do direito do trabalho.

¹²⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção n. 158 da OIT. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, n° 247, p. 11/12.

Em conclusão, entendemos que nosso ordenamento jurídico pátrio já prevê a Justiça do Trabalho, como órgão competente para julgar ação questionando o motivo da rescisão do contrato de trabalho, bem como o ônus do empregador em provar o motivo da dispensa. Além disso, também se pode concluir que, no caso de constatar a ilegalidade da rescisão, a Justiça do Trabalho é competente para determinar a reintegração do empregado ou, no caso de não ser aconselhável, arbitrar um valor para a indenização a ser paga pelo empregador.

5.9.6. Rescisão coletiva dos contratos de trabalho

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, em sua Parte III, artigos 13 e 14, prevê regras adicionais para a dispensa de trabalhadores por iniciativa do empregador baseado no funcionamento da empresa e que, em geral, acarretam a rescisão coletiva dos contratos de trabalho.

Inicialmente, a esse respeito, importa-nos ressaltar que não há na legislação brasileira regras que prevejam a dispensa coletiva de trabalhadores, conforme afirmado por SÉRGIO PINTO MARTINS¹²⁸:

A legislação brasileira não trata de despedida coletiva, nem estabelece conceito no sentido do que é despedida coletiva. Não há proibição em lei da dispensa coletiva ou de que a empresa tenha de tomar certas providências para assim proceder.

(...)

Se o empregador for fazer dispensa coletiva, ele tem liberdade para

¹²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Despedida Coletiva. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: IOB, nº 242, 2009. p. 69.

fazê-la, uma vez que a nossa legislação não prevê critério para tal fim. A dispensa coletiva poderá ser, porém, disciplinada em convenção, acordo ou dissídio coletivo, como permite o art. 1º da Convenção nº 158 da OIT. O Brasil, entretanto, denunciou a referida norma internacional, que não está em vigor no nosso País.

Assim, as previsões contidas nos artigos 13 e 14 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho incorporar-se-iam ao ordenamento jurídico brasileiro, sem qualquer discussão quanto às possíveis controvérsias.

Diante disso, no caso de vir a ser ratificada a Convenção pelo Brasil, resta-nos apenas verificar a melhor interpretação dos artigos da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho a respeito da rescisão coletiva de contratos de trabalho para sua aplicação, bem como a necessidade de lei posterior para estabelecer casos específicos.

O artigo 13 da Convenção nº 158 determina que, quando a rescisão dos contratos de trabalho ocorrer por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá ser proporcionado aos representantes dos trabalhadores, em tempo oportuno, a informação quanto aos motivos da rescisão, número e categorias dos trabalhadores afetados e o seu período de duração.

Além disso, será oferecido aos representantes dos trabalhadores uma consulta sobre as medidas a serem adotadas para atenuar as conseqüências da rescisão.

Também deverá ser discutido com os representantes o percentual de trabalhadores quem deverá ter seu contrato de trabalho rescindido, sempre visando um menor impacto social.

A esse respeito, afirma AMAURI MASCARO NASCIMENTO¹²⁹ que o objetivo da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho é estabelecer uma discussão entre as partes antes da rescisão dos contratos de trabalho, diferenciando-se, da legislação brasileira, que trata a rescisão como ato instantâneo:

A Convenção 158 da OIT tem, como concepção, a dispensa coletiva como procedimento obrigatório previamente planejado pela empresa, um ato jurídico complexo e de trato sucessivo e não, como na lei brasileira, ato instantâneo, sem etapas sucessivas, perfazendo-se, de pleno direito, com a simples comunicação da dispensa aos atingidos. Esse aspecto é fundamental e a comparação entre o sistema da Convenção e o modelo brasileiro mostra a diferença entre ambos.

Com relação ao motivo utilizado para a rescisão dos contratos de trabalho, esse deve ser de tal monta que o empregador se encontre obrigado a rescindir os contratos de trabalho, ou seja, nas palavras de LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT e MÁRCIO TÚLIO VIANA¹³⁰ “não são motivos apenas *justificantes*, mas *determinantes*”.

Os representantes dos trabalhadores, indicado no artigo 13 da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, devem ser

¹²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As dispensas coletivas e a convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. nº 6, jun./1996, vol. 60. p. 728.

¹³⁰ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 71.

entendidos não somente como os Sindicatos que representam os trabalhadores, mas também àquela representação prevista no artigo 11 da Constituição Federal:

Tão logo resolva dispensar, o empregador deve comunicar sua intenção ao(s) representante(s) dos trabalhadores. No caso brasileiro, essa representação é prevista no art. 11 da Constituição, para as empresas com mais de 200 empregados. Mas nada impede que se forme uma comissão de negociação apenas para esse fim, por analogia ao disposto no art. 4º, § 2º da Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve). Pode ser intra-empresa ou extra-empresa. No último caso, formada pelo sindicato.¹³¹

Além disso, entendem alguns doutrinadores que a obrigação do empregador é de consultar os representantes dos trabalhadores a respeito dos motivos que poderão gerar a rescisão dos contratos de trabalho. Isso quer dizer, que a intenção da Convenção não é simplesmente comunicar sobre a rescisão dos contratos de trabalho, mas discutir com os representantes a efetiva necessidade da rescisão, o modo, os trabalhadores que serão dispensados, o período e a forma:

Note-se, ainda, que embora a Convenção se refira a informação, falta também em consulta. Vale dizer: não se trata de noticiar um fato já consumado, mas de abrir as portas para soluções alternativas.

Assim é que podem as partes estabelecer critérios para as dispensas, priorizando, por exemplo, os mais jovens, os desqualificados, os que têm menos filhos ou menos tempo de casa, etc. Podem também prever que os despedidos terão prioridade em futuras contratações. Por fim, podem restringir e até rever por completo a decisão anterior de despedir.¹³²

¹³¹ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 72.

¹³² RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 72.

A esse respeito comenta ORÍS DE OLIVEIRA¹³³:

A razão de ser da consulta se evidencia nas propostas da Recomendação n. 166 (arts. 19 a 26). Ela deve ser prévia para que os representantes dos trabalhadores possam apresentar, em tempo oportuno, sugestões sobre futuras readmissões, sobre transferências internas, sobre formação e requalificação dos trabalhadores, sobre planos de pedidos de demissão com adequada proteção econômica, sobre diminuição de horas extras e sobre redução da jornada de trabalho, sobre eventual redução de salário, sobre critérios de seleção dos trabalhadores a serem despedidos, sobre propostas de readmissão preferencial dos despedidos.

Também nessa linha afirma SÉRGIO PINTO MARTINS¹³⁴ que a comunicação ao Sindicato deve ser feita, mas a rescisão dos contratos de trabalho não depende da sua aprovação:

Trata-se de mera informação ao sindicato, não sendo condicionada à aprovação do sindicato dos trabalhadores. Assim, o empregador deverá comunicar aos representantes dos trabalhadores que forem reconhecidos pela legislação nacional o motivo da dispensa.

Em seguida, o artigo 14 da Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho determina que o empregador também deverá notificar à autoridade competente, comunicando a exposição, por escrito, dos motivos do término dos contratos de trabalho, número e categoria dos trabalhadores, bem como o período de duração desses termos. Essa notificação deverá ocorrer

¹³³ OLIVEIRA, Orís de. A despedida coletiva na Convenção n. 158 da OIT e no direito brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n° 94, abr.-jun./1996. p. 56.

¹³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Despedida Coletiva. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: IOB, n° 242, 2009. p. 70.

com um prazo mínimo de antecedência da data em que poderão ser realizados os termos.

A esse respeito, JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL¹³⁵ afirma que a dispensa coletiva de trabalhadores, de acordo com a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, depende de prévia discussão com o Sindicato profissional e anuência do Ministério do Trabalho que, no Brasil, deve ser a autoridade competente mencionada no artigo 14:

Dessa forma, quando a despedida se der de forma coletiva, por necessidade da empresa, estabelecimento, ou serviço, previamente deve esta necessidade ser debatida com o sindicato profissional, bem como ter propriamente a anuência do Ministério do Trabalho, autoridade competente para apreciar a motivação e suas consequências, havendo, em decorrência, uma notificação com prazo mínimo de antecedência que possibilite o estudo do Sindicato e da autoridade competente sobre a matéria.

LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT e MÁRCIO TÚLIO VIANA¹³⁶ entendem que a comunicação à autoridade competente deve ocorrer no mesmo prazo do aviso prévio aos trabalhadores, mas após a discussão com os representantes dos trabalhadores:

Diz a Convenção que a autoridade competente será comunicada das dispensas “o mais breve possível”. Entendemos que essa comunicação pode (e deve) coincidir com o preaviso aos empregados despedidos. Ou seja: tão logo termine a fase de consulta com o órgão representativo, e se definam as dispensas, o empregador preavisará os

¹³⁵ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 1996. p. 74.

¹³⁶ RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996. p. 73.

empregados e expedirá a notificação à autoridade. O que não pode, em hipótese alguma, é o aviso prévio fluir antes de encerradas as negociações com a comissão.

Parece-nos que o entendimento acima seria o mais coerente, pois se discutiria com os representantes as rescisões necessárias e haveria apenas comunicação da rescisão aos órgãos competente, mas no mesmo prazo do aviso prévio, para que, caso as autoridades entendam necessário, possam opinar antes da efetiva rescisão dos contratos de trabalho.

Ainda a esse respeito, ARNALDO SUSSEKIND¹³⁷, citando Plá Rodriguez, aponta que a autoridade administrativa poderá se certificar dos motivos para a rescisão coletiva do trabalho e sugerir a adoção de medidas para evitar ou diminuir o número de dispensas:

Como bem acentua Plá Rodriguez, a autoridade administrativa assim provocada poderá controlar e verificar: “a) existência real das dificuldades; b) a impossibilidade de serem adotadas outras medidas substitutivas ou a insuficiência das mesmas para resolver a situação; c) os critério objetivos utilizados na seleção do pessoal encaminhado ao seguro-desemprego” (“La terminación de La relación de trabajo por iniciativa del empresario”, Madrid, ACARL, 1983, pág. 172). E esse renomado jurista uruguaio indica, dentre outras, as seguintes medidas, que poderão ser adotadas em tais casos: plano de reorganização da empresa, que torne desnecessárias as despedidas ou as adie consideravelmente; não provimento das vagas resultantes das despedidas; estímulo às aposentadorias; supressão das horas extraordinárias; ampliação do prazo do aviso prévio; redução da jornada de trabalho ou do número de dias trabalhados no mês; suspensão do contrato de trabalho; redução do salário (ob. Cit., págs.

¹³⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. A Convenção da OIT sobre despedida imotivada. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, nº 5, 1997, ano V. p. 56/57.

125 a 129).

Discute-se, também, qual a sanção que deverá ser imposta ao empregador caso não sejam obedecidos os procedimentos de discussão com os representantes dos trabalhadores e comunicação das autoridades competentes, no caso de dispensa coletiva.

A esse respeito, seguimos o entendimento de ORÍS DE OLIVEIRA¹³⁸ que afirma que, no caso de dispensa coletiva, não se pode determinar a reintegração dos empregados como sanção pelo não cumprimento das obrigações previstas na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, vez que o motivo da dispensa continuará vigente, mas deverá ser aplicado o pagamento de uma multa:

Nuances, todavia, se impõem quando se trata de desobediência aos procedimentos. Quando o despedimento se faz por motivos econômicos, tecnológicos e estruturais, estes não desaparecem com a desobediência. Assim, nas despedidas coletivas, sempre afetadas por estes motivos, a desobediência deverá importar em sanção pecuniária. É o que dispõe, por exemplo, o Código Francês do Trabalho (L. art. 122-14-4).

No mais, entendemos que devem ser seguidos os procedimentos adotados para a rescisão individual do contrato de trabalho, no que se refere à possibilidade de questionamento do motivo da rescisão do trabalho pelo trabalhador.

¹³⁸ OLIVEIRA, Orís de. A despedida coletiva na Convenção n. 158 da OIT e no direito brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94, abr.-jun./1996. p. 59.

O trabalhador tem direito a questionar o motivo da rescisão do seu contrato, perante órgão neutro, que avaliará as alegações do empregador quanto à efetiva necessidade da rescisão do contrato de trabalho. Nesse procedimento, o ônus da prova será do empregador que deverá, portanto, comprovar a causa justificadora da rescisão dos contratos de trabalho.

Parece-nos claro, entretanto, que apesar de cada trabalhador ter direito a questionar o motivo ensejador da rescisão do seu contrato de trabalho, em se tratando de interesse coletivo, visto que o motivo para a rescisão não foi individual, mas de ordem econômico, tecnológico, estrutural ou análogo, caberia ao representante dos trabalhadores, como o Sindicato profissional, ajuizar a referida ação.

Questão a ser regulada por lei posterior seria o prazo para o ajuizamento de referida ação e o procedimento processual a ser adotado, de forma que decisão a ser proferida pela Justiça do Trabalho possa ter efetividade:

O prazo razoável para recorrer nas despedidas coletivas merece uma disciplina diferenciada porque, por um lado, não deve ter a mesma elasticidade do prescricional comum e, de outro, não tão curto como o previsto para despedidas individuais. Se elástico demais não obvia os efeitos negativos de uma despedida coletiva: se curto demais pode dificultar pleno conhecimento da complexidade que os motivos econômicos, tecnológicos e estruturais envolvem.

Podemos concluir, no que se refere à dispensa coletiva de trabalhadores, que as regras previstas na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho poderiam ser imediatamente aplicadas no Brasil. Contudo, regulamentação posterior precisaria ser promulgada no que se refere

aos prazos, procedimentos e legitimidade para recorrer dos motivos que ensejaram a rescisão.

Transcrevemos entendimento de JOSÉ CARLOS AROUCA¹³⁹ que entendemos resume o objetivo da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho no que se refere às dispensas coletivas:

Na verdade, a proteção contra dispensas coletivas não fere o absolutismo das empresas, mas exige delas um mínimo de lealdade, ainda mais quando se assiste o fenômeno que para os adeptos do neoliberalismo é coisa natural redução dos empregos, o desmonte da legislação de proteção ao trabalho. Indispensável, em nome da boa-fé, que a empresa, antes de causar um dano à coletividade, prevendo a necessidade de dispensas em função de motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, represente o sindicato e a autoridade administrativa para assuntos do trabalho, informando as razões determinantes, o número de pessoas que serão atingidos, a época em que isto se dará, como estabelece o art. 13 da Convenção. Claro que a notificação ao órgão local do Ministério do Trabalho, na qualidade de autoridade administrativa, não tem a ver com o papel repressor exercido ao tempo da ditadura quando executava as intervenções solicitadas pelo DOPS e o delegado outra coisa não fazia senão correr atrás dos dirigentes assustados. Cumpriria à autoridade exercer o papel de mediadora para, em nome da sociedade minimizar a extensão do conflito. De sua parte, o sindicato, como representante dos trabalhadores promoveria as negociações coletivas para impedir as dispensas, reduzir o número de atingidos ou atenuar o tamanho do conflito.

¹³⁹ AROUCA, José Carlos. Convenção 158 da OIT e as dispensas coletivas. **Revista Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 130, abr.-jun./2008. p. 386.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho foi realizado com o objetivo de estudar a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, a qual veda a dispensa arbitrária dos trabalhadores, desde sua ratificação pelo Brasil, a sua incorporação ao direito pátrio, a denúncia realizada pelo Presidente da República e seus efeitos, bem como a compatibilidade de suas regras com àquelas atualmente vigentes para a dispensa dos trabalhadores brasileiros.

A Convenção nº 158 foi aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho em 22.6.1982 e entrou vigor em 23.11.1985, sendo que, até o momento da elaboração desse trabalho, a Convenção havia sido ratificada por 34 países membros da Organização Internacional do Trabalho.

O Brasil ratificou a Convenção nº 158 em 5.1.1995 e, após 12 meses, esta passou a vigor com relação ao Brasil no plano internacional. No âmbito interno, no entanto, a Convenção apenas entrou em vigor, como lei ordinária, após a publicação do Decreto de Promulgação nº 1.855, de 11.4.1996.

Em 4.9.1997, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência da Convenção nº 158, em decisão acolhendo pedido liminar formulado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480, ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte e pela Confederação Nacional da Indústria, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto de Promulgação nº 1.855/1996.

A suspensão da vigência da Convenção foi baseada na afirmação de que não era possível uma lei ordinária alterar a Constituição Federal com relação às regras para a rescisão dos contratos de trabalho, já que, para tanto, seria necessária a promulgação de lei complementar.

Em seguida, em 20.12.1996, o Presidente da República denunciou a Convenção nº 158 perante a Organização Internacional do Trabalho, tendo publicado o Decreto nº 2.100/1996. No âmbito internacional, a denúncia realizada pelo Brasil foi considerada válida pela Organização Internacional do Trabalho.

Internamente, no entanto, ainda se discute a validade da denúncia, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625, ajuizada em 16.6.1997 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, no Supremo Tribunal Federal.

Os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Britto entenderam que a denúncia será válida mediante referendo do Congresso Nacional. O Ministro Nelson Jobim entendeu que a denúncia é válida e, finalmente, o mais recente voto, proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, foi pela procedência da ação, vez que entendeu que o Congresso Nacional deveria ter sido consultado, sendo inválida a denúncia realizada de forma exclusiva pelo Presidente da República.

Entendemos que a denúncia é válida, ainda que realizada tão somente pelo Presidente da República, uma vez que a obrigação depende da aprovação tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo e se uma das partes não deseja manter-se obrigada, não há como conservar o compromisso assumido.

Parece-nos que, ainda que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1625 venha a ser julgada procedente, bastaria o referendo do Congresso Nacional ao ato de denúncia praticado exclusivamente pelo Presidente da República, para a perda da vigência da Convenção nº 158. Nesse sentido, o Congresso Nacional, em 13.2.2008, opinou novamente pela não ratificação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, através da rejeição da Mensagem nº 59/2008.

Por outro lado, entendemos que, mesmo que o resultado final seja pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, não há óbice legal para o Brasil ratificar, novamente, a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Esse nos parece que seria o caminho que deveria ser trilhado pelo Brasil que, diante dos atuais acontecimentos mundiais, vem observando o agravamento da situação dos seus trabalhadores que, coagidos pelo fantasma do desemprego, através de rescisões sem motivação, vêm-se forçados a aceitar a precarização dos seus direitos.

Ademais, entendemos que nosso ordenamento jurídico carece de princípios e diretrizes para o término dos contratos de trabalho, visando garantir segurança jurídica e econômica aos trabalhadores, principalmente no que se refere à ausência de regras para a dispensa coletiva de empregados.

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho ainda suprimiria a falta de regramento quanto à previsão contida no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece a impossibilidade da rescisão arbitrária ou sem justa causa do contrato de trabalho.

Nessa hipótese, defendemos a nova ratificação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil. Essa nova ratificação seria realizada sob o manto da Emenda Constitucional nº 45/2004, com o que a Convenção integraria o ordenamento jurídico com, ao menos, status de norma constitucional ou, se for aprovado por cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, integraria como Emenda Constitucional.

No caso da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho vir a ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, entendemos que a mesma deverá ser aplicada a todas as pessoas empregadas em todas as áreas da atividade econômica.

Ficariam excluídos da aplicação das suas regras os trabalhadores que prestam serviços sob contrato por prazo determinado, em razão da transitoriedade na prestação de serviços. Também estariam excluídos os empregados que, em razão de sua categoria ou condição, já sejam detentores de estabilidade no emprego. Entendemos, ainda, que os empregados que tenham forte relação pessoal com o empregador, como os empregados domésticos, os empregados de pequenas empresas e aqueles detentores de cargo de confiança, por sua condição, também estariam excluídos da aplicação da Convenção.

A grande alteração na legislação trabalhista brasileira será quanto à necessidade de a rescisão do contrato de trabalho vir a ser necessariamente acompanhada de uma motivação, que pode ser relacionada à capacidade ou comportamento do trabalhador ou ao funcionamento do empregador.

Individualmente, entendemos que os fatos relacionados ao comportamento do trabalhador são aqueles já elencados pelo artigo 482 da

Consolidação das Leis do Trabalho. As questões relacionadas à capacidade do trabalhador devem ser baseadas na conclusão de não desempenho das funções e obrigações a contento, quando da avaliação do empregado em comparação com os demais.

Assim, a partir da aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, a rescisão do contrato de trabalho somente poderá ocorrer por justa causa, nos termos do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho ou motivada, nos termos do artigo 4º, inexistindo a possibilidade de dispensa sem justa causa. Os fatos que não podem ser utilizados como motivação para a rescisão, previstas nos artigos 5º e 6º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, se coadunam com o ordenamento jurídico pátrio que, de alguma forma, já considera ilícito a sua realização.

Na hipótese de a motivação da rescisão do contrato de trabalho estar relacionada à capacidade do trabalhador ou ao funcionamento da empresa, o empregador deverá, antes de efetivar a rescisão do contrato de trabalho, conceder ao empregado a possibilidade de se defender das acusações, o que entendemos que deve ser realizado através de um inquérito administrativo interno.

Os empregados que tenham seus contratos de trabalho rescindidos em razão do desempenho ou do funcionamento da empresa terão direito a um aviso prévio, conforme previsão já existente no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Adicionalmente ao aviso prévio, o empregado que tiver seu contrato de trabalho rescindido em razão do desempenho ou funcionamento do empregador, também terá direito a uma indenização por término de serviço ou aos benefícios

do seguro desemprego. Essa regra prevista na Convenção também se coaduna com a legislação pátria que prevê o pagamento de valor equivalente a 40% do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do seguro desemprego nos casos de rescisão sem justa causa.

Entendemos que, se após a efetivação da rescisão do contrato de trabalho, o empregado quiser questionar o motivo que gerou a rescisão do seu contrato pelo empregador, poderá fazê-lo através do ajuizamento de uma ação, na Justiça do Trabalho, a qual é competente para dirimir discussões havidas durante a relação de trabalho, conforme previsão contida no artigo 114 da Constituição Federal.

A mudança na legislação brasileira, nesse aspecto, seria quanto ao prazo para o ajuizamento da ação, pois nos parece tempo demasiado o prazo de 2 anos previsto constitucionalmente, devendo ser aplicado prazo decadencial de 30 dias às rescisões individuais de contratos de trabalho, através da aplicação análoga do artigo 853 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Uma vez ajuizada a referida ação, determina a Convenção que é ônus do empregador a prova do motivo do término do contrato de trabalho, o que também nos parece estar de acordo com as regras processuais do nosso ordenamento pátrio previstas nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil, visto que se trata de fato modificativo do direito.

A Convenção ainda determina o pagamento de uma indenização ou reparação adequada, caso se verifique que o término da relação de trabalho não foi devidamente motivado e em razão das circunstâncias, não for possível a reintegração do trabalhador. Essa determinação está em consonância com o

artigo 496 da Consolidação das Leis do Trabalho que prevê o pagamento de indenização no caso de não ser aconselhável a reintegração.

Na hipótese de a motivação da rescisão do contrato de trabalho ser baseada no funcionamento da empresa que, em geral, acarreta a rescisão coletiva dos contratos de trabalho, entendemos que deveriam ser incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro as determinações previstas na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, em razão da inexistência de qualquer previsão nesse sentido no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, quando a rescisão dos contratos de trabalho ocorrer por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá ser proporcionado aos representantes dos trabalhadores, em tempo oportuno, a informação quanto aos motivos da rescisão, número e categorias dos trabalhadores afetados, período de duração e medidas a serem adotadas para atenuar as conseqüências da rescisão. Aos representantes dos trabalhadores cabe discutir as rescisões dos contratos de trabalho, visando menor impacto social.

A Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, no entanto, deverá ser tão somente comunicada quanto às rescisões dos contratos de trabalho, no prazo do aviso prévio, sem que, no entanto, seja necessária a discussão e/ou sua aprovação.

Por fim, quanto aos procedimentos a serem seguidos para o questionamento, interno e judicialmente, dos motivos da rescisão dos contratos de trabalho, entendemos que deveria haver regulamentação posterior quanto aos prazos, procedimentos e legitimidade para recorrer, vez que se trata de interesse coletivo, não podendo ser questionado individualmente.

Em conclusão, entendemos que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho poderia ser imediatamente aplicada no Brasil, sendo que as mudanças significativas que deveriam ser observadas referem-se à motivação das rescisões dos contratos de trabalho, principalmente no que se refere ao desempenho do trabalhador, bem como aquelas relacionadas à dispensa coletiva de trabalhadores, baseadas no funcionamento do empregador.

7. ANEXO – DECRETO DE PROMULGAÇÃO Nº 1.855 DE 11.4.1996

DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996

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

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 GENEBRA, 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 importantes 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 todas 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 subsequentes 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 essa 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 temporal 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 um 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 um 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 término 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 termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos:

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 termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos 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 término 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 termos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses termos.

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 igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

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

8. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 6^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1964.

ALLY, Raimundo Cerqueira. A Convenção nº 158 da OIT e a Constituição do Brasil. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6: 777-785, jun/1996, v. 60.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e o Ferimento da Constituição Federal. **Suplemento Trabalhista da LTr**. São Paulo: LTr, , nº 83: 501-504, 1996.

AROUCA, José Carlos. Convenção 158 da OIT e as dispensas coletivas. **Revista Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 130: 384-387, abr.-jun./2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2^a ed., São Paulo: LTr., 2006.

BARROS, Cássio Mesquita. A Convenção nº 158 – Proteção contra a Despedida Injustificada. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 7: 886-891, jul./1996, v. 60.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. As normas internacionais do trabalho como normas de direitos fundamentais na CF/88 e EC nº 45. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 7: 841-846, jul./2009, v. 73.

BEGALLES, Carlos Alberto. Análise da Convenção n. 132 da OIT e o chamado

período aquisitivo mínimo para direito às férias proporcionais (a divergência jurisprudencial). **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS. n°. 253.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Pedro Texeira. OIT – Convenção n. 158 sobre término da relação de trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, n° 103: 593-595, 1996.

CORTEZ, Rita de Cássia S.; XAVIER, José Luís Campos. Sobre a Convenção da OIT, ratificada pelo Brasil, sobre o término da relação do trabalho por iniciativa do empregador. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, 505-515, jun./1996, vol. 60.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed., São Paulo: LTr, 2009.

GIGLIO, Wagner. **OIT e Convenções Internacionais do Trabalho ratificadas pelo Brasil**. 1ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1973.

GUGEL, Maria Aparecida. Convenção n. 158 é ou não auto-aplicável? **Revista LTr**. São Paulo: LTr, n° 6: 756-759, jun./1996.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª. ed., São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. 2ª. ed., São Paulo: LTr, 1996.

_____. Vigência e Compatibilidade da Convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6: 763-765, jun./1996, vol. 60.

MAGANO, Octavio Bueno. Convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6: 748-750, jun./1996, vol. 60.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção n. 158 da OIT. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, nº 247: 7-21.

MATTOS, Belford. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1979.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla Teresa Martins. **CLT e Legislação Complementar em vigor**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. A dispensa do trabalhador e a Convenção n. 158 da OIT. **Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo: IOB, nº 5: 75-73, mar. 1996.

_____. **Direito do Trabalho**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Despedida Coletiva. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São

Paulo: IOB, nº 242: 68-80, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, vol. 1.

MELLO, Ialba-Luza Guimarães de. A Convenção n. 158. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, nº 142: 781-785, 1995.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, vol. III.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As dispensas coletivas e a convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. nº 6: 727-734, jun./1996, vol. 60.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Iniciação do Direito do Trabalho**. 31ª ed., São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Eveline de Andrade. A Convenção nº 158 da OIT e a denúncia de tratados: Um olhar a partir do julgamento da ADIN nº 1625 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, nº 291: 30-44.

OLIVEIRA, Orís de. A despedida coletiva na Convenção n. 158 da OIT e no direito brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos

Tribunais. nº 94: 49-54, abr.-jun./1996.

REIS, Jair Teixeira dos. Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho no Direito Brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. vol. 347: 443-447, set.-out./2004.

RESENDE, Alaor Satuf; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende et al. **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996.

REZEK, Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direito Internacional Público**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

ROMITA, Aryon Sayão. Efeitos da Ratificação da Convenção n. 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. **Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo: LTr. nº 5: 79-75, mar./1996.

_____. Convenção n. 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. 63-73, out.-nov.-dez./1997.

_____. A denúncia da Convenção n. 158 da OIT. **LTr Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, nº 75: 363-366, 1997, ano 33.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Correa Meyer. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol 1.

SILVA, Antônio Tavares da. As indenizações previstas na convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, nº 6: 742-747, jun./1996, vol. 60.

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e Eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 94: 7-23, abr.-jun./1996, ano 25.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

_____. A Ratificação da Convenção da OIT sobre Dispensa Arbitrária. **Suplemento Trabalhista da LTr**. São Paulo: LTr, nº 16: 181-182, 1995.

_____. Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, 735-738, jun./1996, vol. 60.

_____. A compatibilidade entre a Convenção OIT-158 e a Constituição Brasileira. **Suplemento Trabalhista da LTr**. São Paulo: LTr, nº 8: 53-55, 1996, ano 32.

_____. A Convenção da OIT sobre despedida imotivada. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, nº 5: 48-57, 1997, ano V.

_____; CARVALHO, Luiz Inácio B. Parecer. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, nº 61: 295-217, 1997, ano 33.

_____. **Convenções da OIT**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1998.

_____ et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, v. 2.

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

_____ et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 2.

_____. **Convenções da OIT e outros Tratados**. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2007.

_____. Da denúncia de Convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, 903-906, ago./2008, vol. 72.

VIANA, Márcio Túlio. Convenção 158: Denunciando a denúncia. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo: LTr, nº 12: 65-67, 1997, ano 33.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho**. Tomo I. São Paulo: LTr, 2008.