



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MORGANA DE SOUSA BANDEIRA

**A VEDAÇÃO DA DISPENSA ARBITRÁRIA NO BRASIL: UMA
ANÁLISE DO ART. 7º, I, DA CF E DA CONVENÇÃO Nº 158
DA OIT**

Salvador
2013

MORGANA DE SOUSA BANDEIRA

**A VEDAÇÃO DA DISPENSA ARBITRÁRIA NO BRASIL: UMA
ANÁLISE DO ART. 7º, I, DA CF E DA CONVENÇÃO Nº 158
DA OIT**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Juliane Facó

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

MORGANA DE SOUSA BANDEIRA

A VEDAÇÃO DA DISPENSA ARBITRÁRIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO ART. 7º, I, DA CF E DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2013

Aos meus pais, que orientam todos os meus passos e disciplina os meus erros, a quem eu devo tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que contribuíram na minha vida acadêmica, tornando possível este trabalho.

À minha mãe, Maria José, pelo amor imensurável que me preenche a cada dia.

Ao meu pai, Nelson Rodrigues, por ter me apresentado o Direito e por se fazer presente a todo o momento, demonstrando que eu posso ir mais além.

Às amigas Fernanda Bravo e Isabele Veiga, que irradiaram a minha vida de felicidade.

À minha orientadora Juliane Facó, pelo brilhantismo com que compartilhou os seus conhecimentos e pela contribuição na escolha do tema.

“As pessoas têm medo das
mudanças. Eu tenho medo que as
coisas não mudem”

Chico Buarque

RESUMO

O art. 7, I da Constituição Federal contempla a vedação da dispensa arbitrária no Brasil. Contudo, o referido diploma constitucional transfere a uma lei complementar a regulamentação da matéria, lei essa que se faz inexistente até os dias atuais. No que tange o assunto, há apenas previsão de indenização compensatória no art. 10, I, da ADCT. Desta feita, a Convenção 158 da OIT, ratificada e posteriormente denunciada por ato unilateral do Presidente da República, disciplina a matéria da dispensa imotivada, versando sobre a extinção do contrato empregatício por iniciativa do empregador. A Convenção elenca os motivos nos quais poderá ser viabilizada a dispensa, devendo ser pautado na capacidade ou comportamento do obreiro, ou então em motivos relacionados à empresa, técnicos, estruturais, tecnológicos ou análogos. Determina a reintegração do obreiro caso a dispensa seja injustificada, o que é alvo de críticas na doutrina, alegando alguns que tal reintegração não tem aplicabilidade no Brasil, visto que foi extinto o modelo de estabilidade (estabilidade decenal), restando apenas alguns casos de estabilidade provisória. A par disso, será explorado neste trabalho, a curta vigência deste Tratado no direito interno, bem como o seu processo de incorporação e as primeiras discussões que surgiram quanto a sua aprovação pelo Congresso Nacional, evidenciando a compatibilidade material e formal da Convenção com o art. 7, I da CF, focando o objetivo do legislador constituinte quanto a elaboração do aludido diploma constitucional. Questiona-se a validade da denúncia feita pelo Presidente da República, e se a Convenção comporta o modelo de garantia de emprego adotado pelo Brasil, examinando as divergências doutrinárias que permeiam o tema. Terá como tema central a eventual aplicabilidade da Convenção no Brasil, assim como os seus reflexos socioeconômicos caso seja aprovada.

Palavras-chave: Vedação à dispensa arbitrária; Convenção 158 da OIT; Dispensa imotivada; garantia de emprego.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CF/88	Constituição Federal da República
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CNT	Confederação Nacional do Transporte
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CONTAG	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RIT	Repartição Internacional do Trabalho
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DO TRABALHO	14
2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	15
2.2 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS	21
2.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO	24
2.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE	26
2.5 PRINCÍPIO DA BOA FÉ	28
3 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO	30
3.1 EXTINÇÃO PELA VIA NORMAL	30
3.2 EXTINÇÃO PELA VIA EXCEPCIONAL	32
3.2.1 Dissolução por rescisão	33
3.2.1.1 Dispensa motivada	34
3.2.1.2 Dispensa imotivada	40
3.2.2 Dissolução por resolução	42
3.2.3 Dissolução por rescisão	46
4 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	47
4.1 SURGIMENTO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	48
4.2 ESTRUTURA DA OIT	50
4.3 OBJETIVOS DA OIT	52
4.3.1 Objetivos gerais	52
4.3.2 Objetivos estratégicos	53
4.4 RECOMENDAÇÕES E CONVENÇÕES	54
4.5 APROVAÇÃO, RATIFICAÇÃO, VIGÊNCIA E DENÚNCIA	59
5 CONVENÇÃO 158 DA OIT	62
5.1 ASPECTOS GERAIS DA CONVENÇÃO 158 DA OIT	64
5.2 PROCEDIMENTOS PARA O TÉRMINO DA RELAÇÃO DE EMPREGO	68
5.2.1 Dispensa por capacidade ou comportamento do trabalhador	69
5.2.2 Dispensa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos	70
5.3 VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT NO BRASIL	71
5.4 A DENÚNCIA E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE	75

5.5 ADIN 1480-3 e ADIN N° 1.625	79
6 ANÁLISE DA CONVENÇÃO N° 158 DA OIT E DO ART. 7º, I DA CF	82
6.1 VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA ART.7º, I, DA CF	82
6.2 INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	86
6.3 APLICABILIDADE OU INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 158?	89
6.4 REFLEXOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA CONVENÇÃO 158	94
7 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

É cediço que a OIT (Organização Internacional do Trabalho) tem fundamental importância para afirmação dos direitos trabalhistas no cenário internacional, tendo como um dos seus principais objetivos melhorar as condições de trabalho em um mundo plural, compatibilizando com o progresso econômico, assegurando o alcance da justiça social.

Em Genebra, Suíça, no ano de 1982 foi aprovada a Convenção nº 158 da OIT, versando sobre a cessação do vínculo laboral por iniciativa do empregador. O obreiro poderá ser despedido desde que de forma fundamentada, pautado em um dos motivos disciplinados pela referida Convenção. O art. 4º do diploma internacional prevê como se daria o término da relação de emprego, devendo o empregador fundamentar a dispensa em uma das causas elencadas por este dispositivo, quais sejam, por motivos relacionados ao empregado (comportamento ou capacidade) ou referente à empresa (econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos).

No Brasil, a supracitada Convenção foi aprovada pelo Parlamento em 16 de setembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 62. A ratificação foi realizada pelo Presidente da República em 1995, entrando em vigor no país após um ano do seu registro na repartição internacional do trabalho, RIT. Nesse desiderato, o Tratado foi promulgado em 1996, através do Decreto n.1855, passando a vigorar no território nacional.

A curta passagem do Tratado no ordenamento jurídico brasileiro provocou uma série de irresignações na classe empresarial brasileira, o que possibilitou debates jurídicos acerca da incompatibilidade das normas estatuídas pela Convenção com o sistema brasileiro. A par disso, a Confederação nacional do transporte e a Confederação nacional de indústria, ajuizaram a ADIN 1480 alegando a inconstitucionalidade parcial, formal e material, no que tange os arts. 4 a 10. Atendendo ao pleito o STF concedeu liminar em 1997.

Em meio à repercussão que a vigência dos referidos dispositivos causou no Brasil, passou-se a questionar se a sua aprovação era realmente necessária no cenário interno. Assim, diante das controvérsias existentes, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, denunciou a Convenção por meio de ato unilateral, sem a consulta do Congresso Nacional. O Decreto n.2.100/1996 conferiu publicidade ao ato, deixando de vigorar no âmbito interno em 1997 (de acordo com a OIT, a denúncia só é válida após um ano da data do seu registro internacional).

Contudo, a denúncia realizada pelo presidente não enterrou os debates, ao contrário, ampliou. Nota-se que, o ato foi praticado sem a devida aprovação do Congresso Nacional, dessa maneira, surgiram discussões acerca da eventual inconstitucionalidade da denúncia praticada pelo então presidente Fernando Henrique, o que será examinado ao longo deste trabalho.

O cerne de estudo deste trabalho não se resume a análise da constitucionalidade do ato praticado pelo presidente, mas também quanto aos reflexos que a aprovação desta Convenção poderá causar no Brasil. As divergências são muitas, de um lado há quem acredite que a Convenção só trará benefícios, pois só reforça uma vedação constitucional já existente, além de aumentar a segurança do trabalhador nos seus postos de trabalho. De outro lado, há quem sustente que caso a Convenção seja aprovada aumentaria a taxa de desemprego, conseqüentemente, o número de empregos informais no país, e aniquilaria com o direito potestativo do empregador.

A questão ainda está para ser analisada no STF através da ADIN 1.625 ajuizada pela CONTAG, a qual pleiteia a inconstitucionalidade do ato praticado pelo presidente e a aprovação da Convenção nº 158 no Brasil.

Enquanto não se consolidar o entendimento do STF, a controvérsia não cessará, motivo pelo qual torna-se relevante o estudo sobre o tema. É necessário analisar os reflexos que essa Convenção poderá causar no Brasil, para que se conclua pela sua aplicabilidade ou inaplicabilidade no sistema normativo brasileiro.

Diante do exposto, surge a seguinte problemática: O sistema jurídico brasileiro comporta o modelo de garantia de emprego que proíbe a dispensa imotivada do empregado? Quais os reflexos sociais e econômicos da aprovação da Convenção nº 158 da OIT?

Em torno da importância do tema, o presente trabalho busca resolver os problemas suscitados, e, para isso, encontra-se dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo, buscar-se-á enumerar os princípios informadores do Direito do Trabalho que se relacionam com o tema em estudo. Pois, exsurge cristalino que os interpretes e aplicadores do direito devem ter amplo conhecimento sobre os aludidos postulados, visto que orientam a solução dos casos.

O segundo capítulo versa sobre as causas geradoras do término do contrato de emprego. Serão abordadas as espécies de dispensa existentes no Brasil, diferenciado a dispensa motivada (dispensa com justa causa, sem justa causa e a discriminatória) da dispensa arbitrária ou imotivada. Sendo salutar este tópico, pois a Convenção 158, bem como o art. 7, I, da CF, trata da cessação do contrato, destaque-se para a dispensa arbitrária.

O terceiro capítulo discorre sobre a Organização Internacional do Trabalho, apontando o seu surgimento, sua estrutura e os seus objetivos na comunidade internacional. Diferenciará os instrumentos normativos da OIT utilizado para o alcance dos seus objetivos, quais sejam as recomendações e convenções. O conceito e a diferença entre os referidos institutos contribuirão para a compreensão do papel da Convenção 158. Por fim, no final deste capítulo, será estudado o processo de formação dos Tratados internacionais, destacando as peculiaridades adotadas pela OIT.

No quarto capítulo será feito um estudo sobre a Convenção 158, destacando o dispositivo que causa maior celeuma, o qual disciplina as causas para o término da relação de emprego. Após a exposição dos aspectos gerais da Convenção, verificar-se-á vigência da Convenção no Brasil, e a posterior denúncia pelo Presidente da República, analisando as divergências existentes quanto à inconstitucionalidade do ato praticado pelo presidente, expondo se é necessária aprovação prévia do Congresso Nacional.

Serão abordadas em tópico específico as Adins que surgiram em torno da repercussão da aplicabilidade ou não do Tratado. Examinando o contexto no qual surgiram, e os argumentos que foram suscitados para sustentar as alegações, sendo a ADIN 1480- 3 ajuizada pela CTN e CNI, e a ADIN nº 1.625 ajuizada pela CONTAG.

O núcleo do presente trabalho é tratado no quinto e último capítulo. O art. 7, I, da CF será objeto de estudo, sendo discutido o objetivo do legislador constituinte quanto a sua elaboração, examinando, também, as controvérsias a extinção ou não da estabilidade no sistema brasileiro. Por sua vez, será examinado se há vedação à dispensa arbitrária no Brasil e como o legislador tratou da matéria, abordando as consequências adotadas para aqueles que descumprem suposta vedação.

Também são apresentados contrapontos entre a Convenção 158 com ordenamento brasileiro, identificando as peculiaridades e diferenças entre eles. Ao final, será exposta as divergências existentes quanto à aprovação desta Convenção no Brasil e a sua eventual aplicabilidade, identificando, por fim, os prejuízos e benefícios socioeconômicos que a aprovação da Convenção poderá trazer ao Brasil, para que se possa estabelecer uma conclusão acerca da sua aplicabilidade.

2 PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DO TRABALHO

Com o fito de analisar a convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico pátrio, se faz necessário, inicialmente, partir dos princípios que se relacionam com o tema em estudo, diante da evidente necessidade do domínio desses pelos interpretes e aplicadores do Direito. Ricardo Mauricio Freire (2010) expõe que, hodiernamente, a sociedade está vivenciando uma nova fase principiológica, decorrente do constante uso de princípios no mundo jurídico, sendo, portanto, fundamental o seu conhecimento para os estudiosos do direito.

É cediço que os princípios têm essencial importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois são eles que atribuem uma carga valorativa às normas, que, por sua vez, devem apresentar conformidade com os princípios jurídicos, caso contrário, não terão qualquer validade. Nesta senda, Humberto Ávila (2009, p.78-79) conceitua princípios como:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Em todos os ramos do Direito os princípios se fazem presentes, podendo ser gerais (aplicáveis a todos os ramos jurídicos) ou então os ditos princípios peculiares (aplicáveis aos ramos jurídicos em referência). No que tange ao Direito do Trabalho, verifica-se a relevância do uso dos princípios, em especial aqueles específicos ao âmbito justralhista, devido à tamanha proteção jurídica atribuída ao trabalhador.

Às regras seriam insuficientes na regulação das lides trabalhistas, sendo extremamente necessários os valores extraídos dos princípios, a exemplo do princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, cujo estudo será aprofundado posteriormente. Caso não existisse tal princípio, o empregador poderia, por seu mero arbítrio, colocar no contrato de trabalho cláusulas que lhe garantem benefícios em detrimento do trabalhador. Assim, por meios artificiosos tentaria burlar as regras constantes na CLT, deixando o obreiro sem qualquer proteção jurídica.

Diante do que foi esposado, cumpre salientar que um sistema composto somente de regras seria um verdadeiro caos. As regras não conseguem acompanhar o ritmo dos acontecimentos sociais, haja vista que a realidade atual é mais complexa do que um fato descrito em uma figura típica. Logo, princípios e regras se complementam, ao passo de que um sistema jurídico composto somente por princípios não teria outra sorte, a não ser aquela anteriormente citada às regras, o caos, pois também há a necessidade de segurança jurídica. Desse modo, é justificável a apreciação dos princípios peculiares trabalhistas no presente trabalho.

2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

A relação de emprego, na maioria das vezes, é marcada por um evidente contraste em um dos seus polos. Com isso, verificar-se-a hipossuficiência e a necessidade das mais variadas fontes do direito com o intuito de conferir proteção à parte em desigualdade, buscando, assim, igualar aquele que estava em uma situação de inferioridade na referida relação jurídica.

A hipossuficiência revela que uma das partes está em desvantagem, e essa desvantagem poderá ser de diversas formas, seja hipossuficiência econômica, social, técnica ou até mesmo a hipossuficiência jurídica. No liame empregatício, em especial, nota-se com maior intensidade a chamada hipossuficiência econômica, pois, aqui, o empregado se encontra em uma relação de subordinação, devendo respeitar os comandos do empregador, que dita como deve proceder o trabalho.

Destarte, o empregador é o detentor do poder econômico, a parte economicamente mais forte da relação traçada, enquanto o empregado é o executor dos comandos ditados, que podem ser eivados de arbitrariedades, extrapolando, assim, os ditames legais. O trabalhador normalmente repeita as regras fixadas por medo da cessação do contrato de emprego e na dificuldade de conseguir uma nova oportunidade de trabalho diante de uma sociedade marcada pelo desemprego.

Não se pode olvidar dos tempos da revolução industrial, em que a classe trabalhadora foi alvo de incansáveis condutas abusivas e desumanas, ao exemplo de longas jornadas de trabalho em ambientes insalubres, em que os direitos dos

trabalhadores eram reduzidos a zero. Porém, felizmente, esse quadro mudou, fruto de longas lutas trabalhistas, de modo que há uma maior proteção aos trabalhadores, tentando minimizar a desigualdade existente na relação jurídica pautada entre empregado e empregador.

É na esteira de conquistas trabalhistas, ao exemplo dos acontecimentos da revolução industrial, que se pode extrair o sentido do princípio da proteção. O Direito do Trabalho traz um conjunto de normas e princípios que tendem a diminuir essa desigualdade e estabelecer a tão comentada igualdade substancial.

Vólia Bomfim (2011) destaca que, no Brasil, o princípio da proteção é um reflexo da intervenção do Estado nas relações de emprego, estabelecendo condutas e normas que devem ser seguidas pelos seus destinatários, restringindo, dessa forma, a autonomia da vontade das partes. Tais mandamentos a serem observados deverão estruturar o contrato de emprego.

É importante destacar que nem sempre o empregado se encontra em uma posição de desigualdade frente ao empregador, deve-se analisar o caso concreto. Nesse sentido, Luciano Martinez (2011) salientou que, quando há a relação coletiva de trabalho não se pode falar em princípio da proteção, pois a presença do sindicato iguala os contratantes.

Ademais, narra Arion Sayão Romita(2003, p.23-24):

Não é função do direito do trabalho proteger o empregado. Função do direito do trabalho é regular as relações entre empregado e empregador, *tout court*. Afirmar *a priori* a função protecionista do direito do trabalho em benefício do empregado desconhece a bilateralidade da relação de emprego. Aceito o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, seria de rigor a aceitação de igual dose de proteção concedida ao empregador: o instituto da falta grave e a repressão à greve podem ser lembrados como exemplos.

Para exercer sua função social, ao reconhecer a inicial posição de desvantagem em que se encontra o trabalhador quando celebra um contrato subordinativo, o direito do trabalho equilibra as posições econômicas dos respectivos sujeitos por meio da concessão de garantias ao mais fraco, com o intuito não de protegê-lo, mas de realizar o ideal de justiça.

Consoante demonstrado por Martinez e Romita, o princípio da proteção poderá ser benéfico ao trabalhador na medida em que o Direito do Trabalho busca amenizar as desigualdades existentes no vínculo empregatício. De outro lado, na hipótese do obreiro não estar em desigualdade frente ao empregador, o referido postulado

orientará a solução que visa concretizar o ideal de justiça, seja favorável a empresa ou ao empregado.

A grande maioria da doutrina trabalhista, a exemplo de Luciano Martinez e Alice Monteiro de Barros, segue a divisão de três vertentes do princípio da proteção proposta pelo jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, sendo eles: o princípio da aplicação da norma mais favorável, manutenção da condição mais benéfica, e por último, o princípio *in dubio pro operário*. Em sentido contrário, Mauricio Godinho (2011) argumenta que, o princípio da proteção é muito mais amplo do que as três vertentes demonstradas pelo jurista uruguaio, pois, esse princípio engloba uma série de outros princípios trabalhistas, como demonstrado no princípio da imperatividade das normas trabalhistas, esse e tantos outros princípios conferem a proteção aos trabalhadores.

Diante dos desdobramentos do princípio da proteção apresentados por Américo Plá Rodriguez, o princípio da aplicação da **norma mais favorável** será o primeiro a ser abordado neste trabalho. Luciano Martinez (2011) faz uma objeção a respeito do termo “norma mais favorável”, pois, caso houvesse uma interpretação estritamente gramatical, daria a entender que trata-se de aspectos meramente normativos, porém, o princípio abrange também as relações contratuais, como por exemplo, o contrato individual de emprego. O que ocorre, na verdade, é uma imprecisão terminológica, já que o princípio é mais amplo do que o nome propriamente dito.

Assim, como o próprio nome já diz, este postulado revela o caso da vigência simultânea de diversas fontes jurídicas aplicáveis ao mesmo caso, prevalecendo aquela que for mais favorável ao obreiro. Desempenha, também, diferentes funções, conforme destacou Maurício Godinho (2004, p.84-85) que:

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

Diante disso, é sabido que os conflitos entre regras são solucionados pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. De outro lado, os princípios correspondem aos *hard cases*, são mais difíceis de serem solucionados do que as regras, não são pautados no lema do “tudo ou nada” desta última. Aqui, haverá a

proporcionalidade e a ponderação de bens e interesses, buscando a melhor solução para o caso concreto.

Sem prejuízo dos critérios tradicionais de solução de regras e princípios jurídicos, quando se trata da hipossuficiência do trabalhador, nota-se que a fonte jurídica de maior hierarquia vai ser aquela mais favorável ao empregado.

Consigna, ainda, que a aplicação do princípio da norma mais favorável não é tão simples como aparenta ser, surgindo à dificuldade de identificar qual fonte jurídica seria a mais favorável no caso concreto, destarte, foram surgindo diferentes critérios com o intuito de solucionar o problema em referência. Cabe registrar a lição de Alice Monteiro de Barros (2010, p.181) sobre tais formas de solução:

A aferição da norma mais favorável pressupõe alguns problemas de ordem técnica, pois existem, como já salientado, três critérios para a sua comparação. O primeiro critério é conhecido como teoria do **conglobamento**, em que se prefere a norma mais favorável, após o confronto em bloco das normas objeto de comparação. O segundo critério, intitulado teoria da **acumulação**, se faz selecionando, em cada uma das normas comparadas, o preceito mais favorável ao trabalhador. Finalmente, o terceiro critério (teoria do **conglobamento orgânico ou por instituto**) apresenta como solução uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norma.

Diante dos critérios sintetizados por Alice Monteiro de Barros, insta informar que, para a autora, o sistema brasileiro adotou a “teoria do conglobamento parcial, orgânico, mitigado ou por instituto”, sob o fundamento de que o art. 3º, II da Lei 7.064/82¹ não deixa dúvidas quando demonstra o cuidado com a organização do sistema jurídico na aplicação das normas, considerando que tal artigo estabelece a necessidade da observância das normas de mesma matéria. Em sentido contrário, Mauricio Godinho (2011) assevera que a melhor técnica a ser utilizada seria a “teoria do conglobamento”, pois o operador do direito deve buscar a melhor norma ao caso concreto observando o sistema jurídico como um todo.

¹ Art. 3º A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar- lhe-á, I - os direitos previstos nesta Lei;

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Parágrafo único. Respeitadas as disposições especiais desta Lei, aplicar-se-á a legislação brasileira sobre Previdência Social, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e Programa de Integração Social - PIS/PASEP.

Em que pese todos os critérios anteriormente comentados, deve-se sempre observar as técnicas clássicas para aplicação das normas e princípios jurídicos, sob pena de prejudicar a eficácia do sistema.

Entre as três vertentes do princípio da proteção, encontra-se, também, o princípio da **manutenção da condição mais benéfica**, conhecido também como princípio da inalterabilidade contratual *in pejus*. Aqui, o obreiro está protegido contra qualquer alteração no contrato de trabalho que possa lhe retirar benefícios conquistados no curso desse contrato.

Para ilustrar o mencionado princípio, poderá ser citado o exemplo de um regulamento empresarial em que estabelece adicional de 40% no salário para aqueles que alcançarem a meta da empresa, porém, por conseguinte, o referido adicional é retirado do regulamento, passando a ser inexistente. Essa alteração é vedada pelo princípio em tela, só poderia ser válida para os trabalhadores que entrarem após essa alteração contratual.

Por óbvio, as alterações contratuais que tenham o fito de causar maiores vantagens serão válidas, podendo ser direitos que não se encontram nas normas trabalhistas e, também, em outras normas do sistema jurídico, como por exemplo, a concessão de férias para empregados celetistas por duas vezes no ano, totalizando 60 dias.

Existem situações em que a benesse não está expressa no contrato, logo, o empregador concede benefícios esporádicos, não havendo frequência na sua concessão. Por meio da inexistência de uma cláusula expressa, se faz necessária à habitualidade no ato. Vólia Bomfim (2011) sintetiza que, caso a execução de determinado benefício seja frequente, esse irá aderir ao contrato de trabalho. Diante da dificuldade para estabelecer o tempo em que se configuraria a habitualidade, ela será avaliada subjetivamente de acordo com a prudência daquele que julgará o caso.

Salienta-se que, o princípio em análise não se resume em alterações contratuais prejudiciais ao trabalhador, há, também, a hipótese de cláusulas contratuais abordando a mesma matéria, cuja vigência é simultânea, prevalecendo, assim, a cláusula contratual que contempla maiores vantagens ao empregado. Tal fato apresenta harmonia com o princípio da norma mais favorável, diferenciando-se no

momento em que aqui o que está em questão são cláusulas contratuais, não fontes jurídicas.

Observa-se alguns dos artigos que estão ligados ao princípio em tela: art. 468 da CLT que dispõe sobre as alterações contratuais, essas só podem ser efetuadas caso o empregado concorde com tal mudança, e mesmo assim, se não gerar prejuízos ao trabalhador. Outrossim, verifica-se também o art. 5º, XXXVI da CF/88², sendo ressaltado a proteção ao direito adquirido, esse dispositivo nada mais é do que uma vedação expressa a essas alterações *in pejus*.

Por fim, o princípio da proteção finaliza com a sua última vertente: princípio ***in dubio pro operário***, onde, na hipótese de dúvida, essa será interpretada em favor do trabalhador. A dúvida a qual se faz referência tem estreita ligação com a hermenêutica jurídica, aqui haverá uma cláusula contratual ou até mesmo uma norma que pressupõe distintas interpretações, prevalecerá aquela mais vantajosa ao empregado. Ivan Horcaio (2008) esclarece que, para que seja aplicado o princípio em análise é necessário o cumprimento de duas condições, sendo elas, a existência real de dúvida quanto à abrangência do sentido da norma e que a interpretação esteja em consonância com a intenção do legislador.

Insta informar que, alguns doutrinadores argumentam que o princípio da aplicação da norma mais favorável abrange o princípio *in dubio pro operário*, sendo, portanto, desnecessário se falar da existência deste último no ordenamento jurídico.

Em que pese o ora princípio ser aplicado na imensa maioria das vezes na interpretação dos contratos de trabalho, a sua incidência não poderá se resumir a estes. Caso haja dúvida entre um determinado preceito legal, também haverá a aplicação deste princípio.

No que tange ao processo trabalhista, não será aplicado o princípio em tela, deverá ser aplicado às regras de distribuição do ônus da prova. Caso ambos os polos da relação contratual (empregado e empregador) tragam provas sustentando os seus argumentos, o juiz deve examinar todo o acervo probatório, e em caso de dúvida sob a prova a ser considerada, não poderá ser aplicado o *in dubio pro operário*, sob pena de prejudicar a eficácia do sistema processual, além de provocar uma nítida desigualdade entre as partes, pois, apesar da hipossuficiência do empregado, não

² Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

se deve tomar como verdade absoluta que este sempre tem razão, considera-se a prova que tem maior aplicabilidade e presunção de veracidade no caso concreto.

Em sentido contrário, Luiz Pedreira (2004) expõe que, em uma relação processual, não é correto afirmar que os sujeitos do contrato de trabalho estejam em situação de isonomia jurídica, sendo que, no momento em que se legisla em prol do empregador está asseverando a sua hipossuficiência e subordinação perante o empregador. O autor, afirma, ainda que o magistrado não deixa de ser imparcial quando aplica o princípio do *in dubio pro operário*.

2.2 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS TRABALHISTAS

As normas trabalhistas são frutos de uma notável conquista da sociedade, em especial da classe trabalhadora, mas é evidente que essa conquista não se procedeu da noite para o dia, assim como salientado no princípio da proteção, anteriormente examinado, registra-se mais uma vez que fatos como a revolução industrial revelam a longa luta pelo reconhecimento dos direitos trabalhistas.

Diante do árduo caminho percorrido pelo Direito do Trabalho, encontra-se a importância do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Trata-se de mais um princípio que garante o caráter protetivo do ordenamento jurídico pátrio conferido aos trabalhadores. De nada adiantaria tanto esforço para tentar igualar empregador e empregado, se a classe empresarial pudesse ao seu bem entender restringir ou aniquilar os direitos constantes nas mais diversas fontes jurídicas.

Hodiernamente, o desemprego continua sendo um dos maiores problemas do Brasil, e diante desse quadro é comum verificar pessoas aceitando trabalhar em condições completamente diversas daquelas em que as normas trabalhistas disciplinam. A título de exemplo temos uma situação em que o empregado é contratado para trabalhar em uma jornada de trabalho de 8 horas, porém com salário inferior ao mínimo. O obreiro poderá se submeter a essa condição, por encontrar dificuldades em conseguir outra oportunidade de emprego.

Diante de tudo o que foi esposado, fica claro a importância do princípio em questão. O empregador fica impedido de tentar desvirtuar as normas trabalhistas e o

empregado, por sua vez, não poderá dispor dos direitos ali constantes, pois tratam-se de uma série de benefícios assegurados por normas cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes.

Cumpra salientar que, apesar do nome aqui adotado, alguns doutrinadores utilizam-se da expressão “princípio da irrenunciabilidade de direitos”, porém Mauricio Godinho (2011) assevera que, essa expressão não é a mais adequada, pois não se trata apenas da renúncia, mas também de outros institutos como a transação.

Desse modo, é inviável falar do princípio em questão sem tratar da renúncia e da transação, afinal, são atos em que há a disponibilidade de direitos. Nesse sentido, se faz necessária a conceituação de tais institutos, conforme bem acentuou Sergio Martins (2009, p. 62-63):

A transação pressupõe incerteza de direito para que possam ser feitas concessões mútuas. Para haver transação é preciso que exista dúvida na relação jurídica (*res dúbia*). Se não há dúvida, uma das partes faz doação para outra, dependendo do caso. (...)

Compreende a transação concessões recíprocas. Por isso, é bilateral. A renúncia é unilateral. Objetiva a transação prevenir litígios. A transação envolve direito duvidoso. A renúncia diz respeito à extinção do direito. A transação concerne à extinção da obrigação.

A renúncia e a transação não são permitidas na ordem jurídica trabalhista, contudo, essa regra comporta exceções, conforme será demonstrado posteriormente. A propósito, ensina Cláudio Menezes (1991) que tais institutos devem ser tratados como exceções, a interpretação, por sua vez, deverá ser limitada.

Em que pese à existência das exceções, o que deve ficar claro é que a regra é pautada na indisponibilidade, seja por meio da transação, seja por meio da renúncia, conforme o disposto em diversos dispositivos na CLT, deixando clara a nulidade de atos de despojamento dos direitos trabalhistas, entre eles, cabe destacar os arts. 9º, 444 e 468 da CLT.³

Tais dispositivos legais não deixam dúvidas, caso o empregador por meios ardilosos ou então por uma suposta ingenuidade, tente desconsiderar o que está exposto e

³ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444º As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468º Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

consolidado no âmbito trabalhista, será fulminado pela nulidade. O contrato de trabalho deve respeitar essas normas, e também não será permitido ao empregado o despojamento de tais direitos, considerando o arsenal de prejuízos que iria lhe causar, por ser a parte economicamente mais fraca, se fosse permitido à disponibilidade dessas normas.

É de se frisar que, conforme mencionado anteriormente, há exceções para a regra da indisponibilidade, logo, apesar da renúncia ser vista como algo que não merece lograr êxito no âmbito justarabalista, há hipóteses em que ela é permitida, a exemplo da estabilidade decenal que pode ser convertida na opção pelo regime do FGTS, esse exemplo é um entre os raríssimos casos em que a renúncia não será invalidada. Apesar da raridade, não se pode olvidar que, por força da liberdade, o obreiro poderá renunciar desde que não fique constatado vício de consentimento no seu ato e deverá se tratar de direito disponível.

Mesmo que não se trate de norma de ordem pública, a renúncia, caso seja válida, deverá estar em consonância com os demais princípios trabalhistas, tais princípios tem a tendência de restringir a renúncia. No mais, são indisponíveis as mais variadas fontes do direito do trabalho, como por exemplo, as convenções coletivas e as sentenças normativas, exceto se o mencionado negócio jurídico for permitido pelo ordenamento jurídico, além de não acarretar prejuízo para o empregado e à sociedade. (SUSSEKIND, 2008)

Quanto à transação, deve-se frisar que ela é legalmente permitida, o que não é permitido é transacionar com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a ordem justarabalista, assim como disposto no art. 9º da CLT. Com relação à validade da transação no ordenamento trabalhista, assevera Valton Pessoa (2011, p.118):

O julgador deverá constatar se foram respeitados todos os requisitos imprescindíveis à validade do referido negócio jurídico, e somente invalidá-lo quando inobservadas uma das condições, o que obstará sua eficácia jurídica e a aplicação de seu efeito liberatório.

De qualquer sorte, compete a quem decidir eventual lide envolvendo a transação realizada, observar as peculiaridades de cada caso concreto, procurando identificar o real objetivo do negócio firmado, utilizando, se for o caso, os remédios legais amplamente previstos no ordenamento jurídico, a exemplo dos arts. 9º e 468 da CLT, para invalidar o termo celebrado.

Depreende-se da análise de tais institutos, a ausência de distinção entre a renúncia e a transação quando o objetivo de uma delas estiver centrado no despojamento de algum dos direitos conferidos aos destinatários da norma, tratando-se de direitos

indisponíveis, a consequência não será outra além daquela que foi explanada, a nulidade. Incumbe ao juiz decidir sobre a validade ou a invalidade de tais atos, o que inclui a transação extrajudicial, na hipótese do empregado se sentir lesado com o referido negócio jurídico.

2.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Com base no tema central deste trabalho, o princípio da continuidade da relação de emprego tem notável importância nesse estudo. A vedação a dispensa arbitrária corresponde ao espírito deste princípio, na mesma linha de pensamento, a Convenção nº 158 da OIT traz a proteção objetivada pelo referido postulado.

A continuidade da relação de emprego representa a preocupação do Direito do Trabalho em proteger o meio de subsistência do empregado, e, destarte, todos os dispositivos legais que garantem um rol de direitos e garantias aos trabalhadores, caso contrário, de nada adiantaria tamanha preocupação com as normas de cunho protecionista, se os titulares destas ficassem impossibilitados de gozar de tais normas em virtude da constante cessação do seu emprego.

De início, cumpre ressaltar que o antigo sistema da estabilidade decenal e o indenizatório (esse último na hipótese em que a dissolução contratual tenha ocorrido antes de completar dez anos no emprego), contempla, de fato, o princípio da continuidade da relação de emprego, representando, assim, a dificuldade na extinção do vínculo empregatício.

Todavia, o referido sistema foi perdendo espaço a partir do surgimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ao contrário do sistema clássico, o FGTS garantiu ampliação ao direito potestativo do empregador, pois o obreiro passa a não ter mais a estabilidade inerente ao sistema decenal. Não obstante o fim desta estabilidade, o ordenamento trabalhista não pecou no seu objetivo maior de garantir um arsenal de direitos e garantias aos trabalhadores, incluindo, ademais, a continuidade da relação de emprego entre os seus objetivos, tentando dificultar ao máximo a dissolução do contrato de trabalho.

O surgimento do FGTS ensejou na diminuição da garantia ao emprego, andando na contramão da estabilidade decenal. Nesse novo sistema o empregador passa a ter o direito potestativo de despedir o empregado desde que pague as indenizações devidas. Porém, insta destacar que, uma das possibilidades de saque do FGTS é na hipótese da extinção do vínculo empregatício por iniciativa do empregador, salvo a hipótese de justa causa. O que verifica é que mesmo não havendo mais a estabilidade no emprego, o Direito do Trabalho tentou dificultar o término desse vínculo.

Além do mais, o art. 7º, I, CF/88 contemplou expressamente o princípio ora comentado, visto que, proíbe a dispensa arbitrária no Brasil. O referido dispositivo legal faz, contudo, referência a uma lei complementar que deveria regulamentar a vedação à dispensa arbitrária, porém, tal lei se faz inexistente. O FGTS tem implicação direta neste dispositivo, haja vista que o empregador poderá despedir o trabalhador arbitrariamente desde que pague uma multa de 40% sobre o FGTS.

Diante do que foi dito acerca do art. 7º, I da CF/ 88, o surgimento da Convenção nº 158 da OIT ganhou notável posição no que tange a vedação à dispensa arbitrária, pois a referida Convenção disciplina a forma de extinção do contrato de emprego, fixando o alcance do art. 7º da Magna Carta, qual seja, a proibição da dispensa sem motivação. Essa convenção nada mais é do que a materialização do princípio em comento, todavia, os seus reflexos não se resumem na regulação da dispensa, fazendo-se necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema.

Francisco Lima (1994) ao tratar da despedida imotivada, explica que o princípio em comento não consiste em imortalizar o contrato de trabalho. O empregado ainda terá a liberdade de trocar de emprego e de cessar o vínculo empregatício, vez que, a restrição deve ser observada pelo empregador, devido à pressuposição que esse é o polo mais forte da relação jurídica.

O autor citado alhures usa a expressão “anomalia jurídica” para tratar da dispensa imotivada, frisando o papel desempenhado pelo direito do trabalho para a criação de empecilhos tendentes a impedi-la, porém, salienta que a legislação brasileira é fraca quanto a esse quesito.

Importa destacar o conteúdo da súmula 212 do TST⁴, em que expõe a ideia da continuidade da relação de emprego, quando existir discussão a respeito do abandono de emprego ou demissão, caberá ao empregador o ônus de provar que houve a cessação do vínculo.

Não se pode olvidar que, apesar da existência dos contratos por tempo determinado, a exemplo do contrato de trabalho temporário, a regra é que os contratos trabalhistas serão por tempo indeterminado, se nada for disciplinado ao contrário. Enfim, o ordenamento jurídico pátrio cria um conjunto de garantias e direitos que tendem estimular a permanência do obreiro no seu emprego, seja por meio de indenizações caso ocorra à dissolução do vínculo ou pela inexigibilidade de formalidades na celebração do contrato (salvo exceções, por exemplo, o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol).

2.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Ao contrário dos demais princípios aqui apresentados, o princípio da primazia da realidade poderá se revelar contra o obreiro. Haja vista que, o objetivo principal do ora princípio, é justamente fazer prevalecer a realidade dos fatos. Desta forma, a verdade poderá se manifestar a favor do empregador, e não do que alega o empregado. Para que se alcance essa suposta realidade, o juiz irá dar privilégio às situações fáticas decorrentes ao longo do contrato, assim como demonstra decisão da Juíza Alice Monteiro de Barros:

EMENTA: PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE - SALÁRIO "POR FORA" - PROVA. O princípio da primazia da realidade norteia o contrato de trabalho, não só quanto à sua formação, mas durante toda a execução do pacto. Logo, embora haja recibo comprovando a quitação de determinado salário, ele pode ser elidido por depoimentos de testemunhas, que confirmaram a quitação de salário pago "por fora".⁵

A decisão da referida Juíza sintetiza o princípio da primazia da realidade, demonstrando que não será analisado somente o que foi inicialmente pactuado, mas

⁴ Súmula 212 TST. DESPEDITAMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (Res. 14/1985, DJ, 19-9-1985)

⁵ TRT- 3º região – 2º T. RO-2278-2003-073-03-00-6

sim, toda a trajetória do contrato de emprego, essa será decisiva para que se busque uma determinada realidade fática.

Nesse sentido, mesmo que em um documento conste registros laborais de um referido empregado, e os fatos demonstrem o contrário, por força do aludido princípio, será privilegiado os fatos e não as provas documentais, pois está nos fatos a presunção da veracidade da situação. O mesmo ocorre quando pactuado um contrato de prestação de serviços, dessa forma, caso no curso deste contrato a existência dos fatos demonstrem que estava presente à subordinação e os demais requisitos ditos essenciais para a configuração do vínculo empregatício, deverá desconsiderar a denominação de contrato de prestação de serviços, passando a ser notória a relação de emprego.

Faz-se mister salientar que poderão surgir fraudes em contratos, como também em registros documentais, esses inclusive, com a assinatura do próprio empregado, pois, sabe-se que o trabalhador se encontra em uma situação economicamente inferior a do seu empregador, sendo, portanto, possível que aceite quaisquer condições impostas por esse último, diante da real necessidade de ter um meio de subsistência. É diante desta realidade que está à importância deste princípio, é sabido que o empregador poderá tentar desvirtuar as cláusulas de um contrato, ou em demais documentos, tratando-se de mais um princípio que busca tutelar o empregador em virtude da sua hipossuficiência.

Nesse cenário, tem-se que o princípio em tela também poderá ser desfavorável ao empregado, visto que a realidade poderá ser a favor do empregador, conferindo razão a esse. Ocorre que, não só no Direito do Trabalho, mas como em demais ramos do Direito, a existência de um litígio e conseqüentemente a provocação do judiciário, faz surgir à necessidade da instauração de provas para que seja alcançada a melhor solução para aquela demanda, qual seja, o que efetivamente aconteceu, atribuindo razão a aquele cuja prova teve maior presunção de veracidade no caso concreto.

Não se pode olvidar que esse princípio faz parte da carga protetorista conferida aos empregados, além do mais, poderá ser aplicado conjuntamente com os demais princípios justralhista, a fim de que não se cometa equívocos no que tange a

realidade dos fatos, ao exemplo do princípio da manutenção da condição mais benéfica.

O empregador poderá suscitar ao seu benefício a primazia da realidade diante de uma mudança contratual que retire uma vantagem do empregado, e esse, conseqüentemente, ao assinar tal contrato levaria a presunção da aceitação da nova cláusula, porém o princípio da manutenção da condição mais benéfica iria garantir a ineficácia de tal aceite, pois deveria ser aplicada a última cláusula compactuada, a qual garantia maiores benefícios ao empregado. Constata-se, assim, que o princípio da primazia da realidade não deixa de conferir a devida proteção aos trabalhadores, na medida em que a realidade dos fatos se revele ao seu favor.

2.5 PRINCÍPIO DA BOA FÉ

O princípio em referência se faz presente em todos os ramos do Direito, a par disso, destaca-se a sua importância no Direito do Trabalho, decorrente da superação da ideia de sistema fechado deste ramo jurídico, em virtude da nova postura exigida dos intérpretes e aplicadores do Direito, consoante demonstrado com o uso dos princípios, bem como, a verificação da boa-fé no caso concreto.

Por oportuno, há que se enfatizar que a boa-fé se subdivide em boa fé subjetiva e objetiva, conforme destacou Judith Martins-Costa (1999, p.411- 412):

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.). (...)

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para os interesses do "alter", visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional.

Diante dos conceitos abordados pela autora, há que se ressaltar que a boa-fé adotada neste princípio é essencialmente a boa-fé objetiva, sem prejuízo da verificação da sua forma subjetiva. O que se faz necessário sublinhar é como ela se aplica ao caso concreto.

Eduardo Baracat (2003) utiliza-se da expressão “*standard*”, correspondendo à maneira em que a boa-fé se constrói, tratando-se de condutas tanto do meio jurídico, quanto não jurídicas, sendo condutas cotidianas dos indivíduos as quais resultam em preceitos éticos da sociedade. Salienta-se que, essas condutas também podem estar em conformidade com os princípios e normas do ordenamento jurídico. Para Baracat, é por meio desse “*standard*” que poderá se concluir que a boa-fé não tem uma fórmula certa, vai depender da sua análise no caso concreto.

Em que pese à boa-fé não assumir uma fórmula certa, ela poderá ser aplicada em uma gama de situações, porém com o mesmo intuito, qual seja o de contemplar aquela conduta socialmente aceita, como, por exemplo, condutas baseadas na honestidade, bem como, em sua essência ética.

Afirma Américo Plá Rodrigues (1978) que a boa-fé está pautada na essencialidade cuja importância está presente em todos os ramos jurídicos. A essencialidade não se aplicaria somente ao direito do trabalho, pois concretiza preceitos morais fundamentais para o cumprimento efetivo do direito. A par disso, o renomado autor afirma, também, que o contrato de trabalho não estabelece apenas direitos e deveres de ordem patrimonial, compõem, também, aqueles de ordem pessoal. Produz, em outro sentido, uma ligação com diversos planos.

Um dos principais objetivos deste princípio quando aplicado ao Direito do Trabalho é de garantir a excelência na aplicação das normas trabalhistas, aniquilando qualquer conduta que tenha o objetivo de fraudar ou desvirtuar essas normas. Nesse sentido, a boa-fé deve ser observada em todo curso do contrato de emprego, até mesmo antes da sua formação, criando deveres jurídicos e morais às partes.

Segundo Hernández Rueda, citado por Alfredo J. Ruprecht (1995, p. 88), a boa fé tem algumas características que precisam ser ressaltadas:

- 1) Não é privativo do Direito do Trabalho embora adquira nessa disciplina um relevo especial pela responsabilidade das partes contratantes;
- 2) alcança tanto o trabalhador como o empregador;
- 3) ressalta o valor ético do trabalho; supõe uma posição de honestidade e de honradez;
- 4) alcança todas as obrigações contratuais e todas as consequências que se conformam com a boa-fé.

Nesse ordenar de ideias, conforme demonstrado pelo autor, à boa-fé se apresenta em todos os ramos jurídicos e os preceitos éticos deverão ser obedecidos por todos os sujeitos da relação de emprego, atingindo diversas esferas na sociedade. Há que

se enfatizar que o caso concreto é que levará ao juiz a verificar se houve uma conduta baseada na boa-fé, atendendo devidamente a função social do contrato, caso contrário, não será digna de qualquer amparo.

3 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

A duração do contrato de trabalho, bem como a permanência do trabalhador no emprego, tem notável relevância no mundo jurídico. Em razão dessa afirmativa, poderão ser citados diversos fatores a exemplo do dispositivo da Magna Carta contemplando o trabalho como direito social⁶ e a vedação da dispensa arbitrária, além disso, ressalta-se a constante prevenção ao desemprego, sendo atualmente um dos maiores problemas enfrentado no Brasil. Enfim, são diversos fatores que fazem com que a regra seja pelo contrato de trabalho por prazo indeterminado, na tentativa de dificultar a ruptura do vínculo.

Sabe-se que todos os contratos, sejam de direito civil, sejam trabalhistas, tem o seu curso natural, ou seja, o início e o término. Cuida o Direito do Trabalho de disciplinar a cessação do contrato de emprego, garantindo a sua preservação, já que a preocupação desse ramo jurídico na conservação do emprego é facilmente extraída em suas normas e princípios.

O exposto resta pontuado um dos objetivos extraídos nas normas e princípios trabalhistas, qual seja a manutenção do emprego, impondo-se a análise das formas de extinção do vínculo empregatício.

3.1 EXTINÇÃO PELA VIA NORMAL

A denominação “via normal” faz referência aos contratos que cumpriram com a sua trajetória prevista, fugindo da incidência da imprevisibilidade, pois aqui o término do contrato constitui em um fato esperado para ambos os polos da relação contratual.

⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Desse modo, a extinção por essa via tem o contrato por tempo determinado como regra. Contudo, há também situações em que o término do contrato está vinculado ao alcance dos objetivos que ensejaram a contratação (MARTINEZ, 2011).

No que tange os contratos por tempo determinado, salienta-se que, conforme já foi demonstrado, a regra do Direito do Trabalho é direcionada para a continuidade do vínculo empregatício, o que contempla a formação de contratos por tempo indeterminado.

Nessa esteira, ao dissertar sobre os contratos por tempo determinado no ramo justrabalhista, Mauricio Godinho (2011) resume em duas hipóteses que comprovam a restrição a contratos a termo no Direito do Trabalho. O autor destaca inicialmente o princípio da presunção favorável ao trabalhador, assim, caso haja dúvidas ou inexistência de provas a respeito do tipo de contrato firmado, pressupõe a formação de contrato por tempo indeterminado. Por fim, Godinho ressalta o disposto no § 2º do art. 443 da CLT⁷, cujo dispositivo restringe em três hipóteses a configuração do contrato a termo, especificando os casos em que essa espécie contratual terá validade.

Impende destacar que, os contratos a prazo poderão se dissolver antes do prazo previsto para sua extinção, podendo ser por iniciativa unilateral de ambos os polos da relação traçada, empregador ou empregado. Tal fato tem extrema importância, vez que a identificação do sujeito que incorreu na extinção contratual será decisiva para estabelecer as parcelas rescisórias.

Os prejuízos também serão apurados de acordo com o sujeito que rompeu o vínculo, poderão ser suportados pelo empresário ou pelo obreiro, ao exemplo do art. 479 e 480⁸, ambos da CLT. Nota-se que a existência de tais presunções de prejuízo

⁷ Art. 443 O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§2º O Contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência.

⁸ Art. 479 Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado, será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

Art. 480 Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

§1º A indenização, porém, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.

se diferencia consoante ao sujeito que deu razão a extinção, assim sendo, a presunção é absoluta quando o empregador for o responsável pela extinção do pacto, em sentido contrário, será relativa quando o empregado, ao seu pedido, rompe o vínculo (RUSSOMANO,1997).

Conforme comentado anteriormente, a importância de saber quem deu causa a cessação do contrato antes do advento do seu termo reside na presunção dos prejuízos (indenizações previstas nos arts. 479 e 480), como também, no cabimento das parcelas rescisórias. Em relação a essa última, também há diferenciações, pois, caso a iniciativa seja do empregador, haverá a liberação do saque do FGTS, porém, o pedido de demissão do empregado não incidirá a liberação dessa garantia.

Enfim, resta examinar a cessação do contrato de trabalho em razão do alcance da sua finalidade, sendo essa a finalidade que ensejou o motivo da contratação. Nessa hipótese, o contrato será por tempo determinado, diferenciando-se do primeiro em relação ao prazo. Délio Maranhão (1996) ponderou que aqui não haverá uma data específica para a extinção do vínculo, mas sim, um evento certo, seja a entrega de uma obra ou a venda de um determinado bem, portanto, as situações são inúmeras, observa-se sempre a existência de um propósito específico.

Em relação às parcelas rescisórias, haverá a liberação do FGTS, porém não há o que se falar na existência de multa de 40% sobre o FGTS, como ocorre na extinção do contrato de tempo determinado antes do prazo, por iniciativa do empregador.

O que se faz necessário sublinhar é que o sistema justralhista está direcionado a manutenção do emprego, portanto, mesmo nos contratos por tempo determinado há a incidência de indenizações, visando, nesse sentido, conferir maior segurança ao empregado.

3.2 EXTINÇÃO PELA VIA EXCEPCIONAL

Em que pese à denominação “excepcional”, é nessa forma de extinção contratual que se encontra a maioria dos contratos empregatícios, eis os contratos por tempo indeterminado. A denominação faz referência ao término do pacto sem o alcance

dos objetivos almejados, os quais resultaram da contratação. Os motivos que resultam na extinção pela via excepcional são amplos, assim como as consequências, conforme examina-se a seguir (MARTINEZ, 2011).

Não há prazo para a ruptura da relação traçada; as atividades desenvolvidas no trabalho poderão estar em pleno desenvolvimento, e necessitando de novas contratações, porém, mesmo com a existência desses fatos, poderá ocorrer a cessação do vínculo, por razões diversas, daí o sentido da palavra “excepcional”.

Diante da gama de situações acometidas pela via excepcional, destaca-se as subdivisões merecedoras de tópicos distintos: rescisão, rescisão e resolução.

3.2.1 Dissolução por rescisão

A rescisão contratual poderá ocorrer nos contratos por tempo indeterminado ou determinado, contudo, ocorrerá rescisão neste último quando a extinção do vínculo se opera antes do advento do termo, ou seja, não haverá o cumprimento do prazo previsto, bem como, o alcance dos propósitos contratuais.

Mozart Russomano (1997) leciona que a rescisão poderá ser configurada por ato de ambos os polos da relação pactuada. Nesse sentido, quando o ato for do empregado, será denominado de demissão. Caso o ato seja praticado pelo empregador, configurar-se-á despedida. A dissolução por rescisão também poderá ser feita de forma bilateral, empregado e empregador concordam mutuamente com a dissolução do contrato.

Nesse tópico, o destaque será voltado para os contratos por tempo indeterminado, vez que, a dissolução antecipada dos contratos a termo já foi desenvolvida no tópico que abrange essa espécie de extinção contratual. Desse modo, cabe registrar as consequências da dissolução contratual por tempo indeterminado e suas implicações mais relevantes.

De antemão, ressalta-se que a rescisão contratual por iniciativa do empregado comporta a observância de um importante instituto trabalhista, o aviso prévio. Sérgio Martins (2009, p. 386) assevera a origem etimológica e o conceito desse instituto:

A palavra aviso é derivada de avisar, do francês *aviser*, com o significado de notícia, informação, comunicação. Prévio, do latim *praeivus*, vem a ser o que é anterior, preliminar.

O nome correto do instituto em estudo é, porém, aviso prévio e não aviso breve, como é comum ser empregado, principalmente entre os trabalhadores de baixa instrução. Prévio quer dizer antecedência. Breve significa de pouca extensão, ligeiro.

Aviso prévio é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva.

O art. 7º, XXI da Magna Carta traz o prazo citado pelo autor, devendo ser de no mínimo 30 dias. Conforme analisado anteriormente, a rescisão poderá ser por iniciativa do empregador ou do empregado, assim, o aviso prévio também comporta essa regra. O ônus de avisar com a antecedência de 30 dias a extinção contratual não poderá ser transportado apenas para o empregador, caso o empregado solicite a sua demissão, também deverá ser garantido o aviso prévio ao seu empregador, esse também não poderá suportar os prejuízos causado por uma ruptura contratual inesperada.

Convém ressaltar que pode-se optar pelo aviso prévio indenizado, cujo prazo de 30 dias não será observado, ao invés disso, será configurada a demissão ou a despedida no momento em que ambos a formalize. A falta de aviso prévio por parte do empregado ou do empregador tem suas consequências específicas, porém similares. Caso o empregado opte pelo aviso prévio indenizado, esse poderá ser privado do seu salário referente ao período do aviso. Similitude ocorrerá quando a falta do aviso prévio for ato do empregador, nessa medida, será somado ao salário do empregado e eventuais verbas rescisórias, o salário correspondente aos 30 dias de aviso (MARANHÃO E SUSSEKIND, 1996).

Por oportuno, há que se enfatizar que o aviso prévio só será observado nos casos de despedida sem justa causa, vez que a justa causa retira do obreiro o direito a tal instituto. Por sua vez, configurada a despedida sem justa causa, surgirá o direito as verbas rescisórias decorrentes do referido ato, a título de exemplo poderão ser citados a multa de 40% sobre o FGTS, a liberação do FGTS, 13º salário proporcional e etc.

3.2.1.1 Despedida motivada

A despedida será motivada quando fundada em uma razão de ser. Observa-se dessa forma, que necessariamente o empregador deverá expor a causa que o levou a adotar tal medida, caso contrário, a dispensa será considerada como arbitrária. Nesse aspecto, considera-se como motivada a dispensa com justa causa, a dispensa discriminatória e a dispensa motivada sem justa causa.

Inicialmente, há que se ressaltar que a **dispensa com justa causa** será analisada em tópico distinto, por se tratar de resolução contratual. De antemão, é de se consignar que tal forma de extinção contratual é considerada como uma dispensa motivada, pois o art. 482 da CLT traz as hipóteses em que poderão resultar na cessação do vínculo por inexecução faltosa do empregado.

A **dispensa discriminatória** é uma espécie de dispensa motivada, porém expressamente vedada no ordenamento jurídico pátrio, ao exemplo da Lei 7.716 que tipifica como crime as diferentes formas de discriminação, bem como de racismo. A referida lei é arrematada pelo art. 5º, XLII, dispondo que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

A Constituição Federal de imediato proclama no art. 3º IV como um dos objetivos da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Desta feita, cabe ressaltar a súmula nº 443 do TST cujo teor merece transcrição:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

É de se notar que a referida súmula expressa à invalidade da dispensa pautada em motivos discriminatórios, determinando a reintegração do obreiro caso ela seja configurada. Demais disso, revela-se afrontoso qualquer ato pautado em tais motivos, caso contrário romperia com a igualdade material contemplada constitucionalmente.

No Direito do Trabalho a intolerância as práticas discriminatórias também se encontram alinhavadas na Lei 9.029/95. Com efeito, revela-se manifesto no art. 1º a invalidade da despedida discriminatória:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Com base no disposto no artigo anterior, as hipóteses mencionadas não constituem rol taxativo, e sim exemplificativo. A dispensa baseada em qualquer motivo discriminatório, mesmo que não esteja previsto na Lei 9.029/95, não poderá ser tomada como válida.

A Lei 9.029/95 regulamenta hipóteses que já estão previstas na Lex Mater, trazendo também novos fatos que repercutem em atos discriminatórios como a origem e a situação familiar. Porém, deixa de fazer referência aos portadores de deficiência e a distinção quanto à origem do tipo do trabalho, conforme estampado no art. 7º incs. XXXI e XXXII⁹. Nesse desiderato a Constituição deverá ser observada nos casos em que a lei em nada disciplina. (Viana e Pimenta, 2010).

Revela-se manifesto que a Lei anteriormente citada dispõem sobre a admissão e a dispensa. No que tange a admissão, o empregador tem a liberdade de contratar aquele que ele acredita que melhor desempenhará as funções que lhes são atribuídas, porém, essa liberdade não poderá extrapolar os seus limites legais, como por exemplo, atos discriminatórios. Em uma dada situação hipotética, o empresário X poderá optar por contratar A ou B, porém, ele não poderá contratar A em razão da sua idade ser inferior a idade de B, caso contrário, a sua conduta será ilícita por evidente motivo discriminatório, podendo ensejar danos materiais.

Constata-se, assim, que a liberdade de contratar do empregador não é plena. A propósito, ensina Rodolfo Pamplona (2010) que, deve-se observar se o exercício da liberdade não colide com os interesses da sociedade, assim como de um único

⁹Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

indivíduo, observando no caso concreto os limites atribuídos pelo ordenamento jurídico à liberdade em exercício.

Nota-se, como antes afirmado, a Lei também regula os casos de dispensa por motivos discriminatórios e expõe as consequências caso a dispensa seja configurada. Inicialmente, o art. 3º trata de uma multa administrativa e uma sanção civil caso a dispensa discriminatória seja configurada:

I – multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% no caso de reincidência; II- proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituição financeiras oficiais.

Caso fique constatado que o motivo da dispensa foi discriminatório, a consequência para este ato não se resumirá nas sanções a serem aplicadas ao empresário. Haverá, ainda, a opção do obreiro de escolher entre a reintegração no emprego ou a remuneração dobrada do período em que esteve afastado do seu emprego. Importa ressaltar, no entanto, que caso o trabalhador opte pela reintegração no emprego, ele ainda terá direito a todas as parcelas do período em que se encontrava afastado do emprego.

Conforme posto à discriminação é vedada no sistema normativo, essa não poderá ser confundida com a diversidade inerente a cada indivíduo, pois cada um compõe-se de atributos e características individuais. Os atributos, por exemplo, podem ser determinantes para a admissão em um emprego, a exemplo de uma qualificação técnica para exercer determinada função. Aldacy Coutinho (2008) verberou que, a vedação a discriminação não significa dizer que deverá haver completa igualdade entre os indivíduos, mas sim, proibição a atos arbitrários que contrariam o ordenamento pátrio.

Os dizeres da autora citada alhures, são sintetizados no art. 1º da Convenção nº 111 da OIT: “as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”. Sendo assim, o empregador poderá exercer o seu direito potestativo ao admitir ou dispensar o seu empregado pelos mais variados motivos, desde que não fique constatado que o referido motivo contraria o ordenamento jurídico.

Ademais, caberá ao poder judiciário o importante papel de verificar se houve discriminação, tal tarefa exige um judiciário mais ativo. Rodrigo Goldschmidt (2008) expõe que o pensamento clássico de que o judiciário é inerte, cuja ação é resultado

da provocação das partes, e de que essa ação fica adstrita aos pedidos formulados por estas, se encontra contrário à situação brasileira, assim, hodiernamente, o juiz deve ser mais atuante, visto que esse seria um importante meio para minimizar as diferenças sociais.

Na mesma ordem de ideias, o Desembargador Luiz Otávio Linhares, sentenciou o seguinte posicionamento:

Nunca, como na atual quadra da história, os juízes tiveram tanta responsabilidade social. Nunca as decisões do Judiciário tiveram tanta importância e repercussão. Nunca os Juízes foram tão fiscalizadores, tão cobrados em produção e qualidade. Nada mais justo. Afinal, o Estado tem um gasto enorme com esse relevante serviço público, tão essencial à cidadania quanto vários outros, como, por exemplo, a educação, a saúde e a segurança.

Julgar é um ato solitário. Talvez, por isso e apesar disso, o douto Desembargador Relator do acórdão em comento, o ilustre Dr. Álfio Amaury dos Santos, tenha assinalado, com absoluta propriedade, em linguagem extremamente científica e poética, que “o juiz não pode fechar os olhos aos fatos que rodeiam. A sentença é o seu sentimento (sentire), a resposta do seu pensar, da sua razão, do seu coração ao fato social” (TRT 3º REGIÃO – 0011900-14.2008.5.03.0091 RO. Data de publicação: 18-12-2009, 4º T, Relator: Luiz Otávio Linhares Renault).

Como dito, a discriminação aplicada ao ramo trabalhista, evidencia uma série de consequências, consoante foi analisado no curso deste tópico. Sendo assim, o papel do judiciário, bem como os dispositivos constantes no ordenamento jurídico pátrio, serão determinantes para invalidar a dispensa discriminatória.

Finalizando o grupo das dispensas motivadas, há a **despedida sem justa causa**. Essa espécie de dispensa não poderá ser confundida com a dispensa arbitrária, cuja análise se dará posteriormente. Demais disso, a Magna Carta reconhece no art. 7º, I a referida modalidade de dispensa, quando proclama que:

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.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2005) esclareceram que na dispensa sem justa causa o empregador detém um motivo determinante para realização de tal ato, porém, tais motivos não são tratados como justa causa. Nesse passo, o motivo da

dispensa deverá ser socialmente aceitável¹⁰, caso contrário, a dispensa poderá ser configurada como arbitrária.

Nelson Mannrich (2000) expõem três motivos em que restará constatada a dispensa motivada, são eles: motivos pautados na pessoa ou no comportamento do obreiro e os motivos ligados à situação da empresa. Quanto aos motivos relacionados com a pessoa do obreiro, citam-se aqueles em que o empregador exige determinado atributo técnico ou intelectual do trabalhador, que são decisivos para o desempenho da função. O mencionado autor segue elencando motivos pautados no comportamento do obreiro, serão as hipóteses de justa do art. 482 da CLT. Os motivos relacionados à situação da empresa poderão ser variados, porém, todos plenamente justificáveis na visão socioeconômica, a exemplo de crises econômicas e redução das atividades da empresa.

Amauri Mascaro (1991) expõe que, haja vista a existência da modalidade da dispensa não arbitrária, tal forma não é a mais comum na prática laboral, visto que, o empregador não tem o encargo de motivar a dispensa, podendo exercer o seu direito potestativo de extinguir o contrato de trabalho sem ao menos expor a razão que o levou a tomar essa medida.

Ressalta-se que a Convenção nº 158 da OIT expõem as causas nas quais poderão ensejar a cessação do contrato, caso contrário não será válido, porém, a referida Convenção não se encontra vigente no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que o empregador poderá exercer o seu direito potestativo livremente, desde que a dispensa não seja contrária ao sistema pátrio, ao exemplo da dispensa discriminatória.

Como dito, a dispensa motivada não é a mais comum, pelo fato de estar vigente a dispensa arbitrária, no mais, as consequências para a dispensa motivada será a mesma atribuída à dispensa arbitrária, como por exemplo, a multa de 40% sobre o FGTS, assim como as verbas rescisórias decorrentes da rescisão contratual, pois a dispensa sem justa causa faz parte deste gênero.

¹⁰ Denominação usada por DELGADO, Mauricio Goldinho. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011. O código alemão de 1951 usa o termo "justificação social", conforme observado por MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva. São Paulo: Ltr, 2000.

3.2.1.2 Despedida imotivada

A despedida imotivada, também denominada de dispensa arbitrária, é aquela em que não há um motivo socialmente justificável que sustente a cessação do contrato de emprego, nesse sentido, tal ato é contrário à dispensa motivada, porém as consequências serão as mesmas, de acordo com a análise anterior.

Por este prisma, Weliton Carvalho (2010) conceitua a dispensa arbitrária como o “exercício de desvio de direito potestativo do empregador. Em síntese: rescisão unilateral do contrato de emprego sem justificção jurídica”. Sendo assim, é importante notar que, no momento da extinção do vínculo, o empregador sempre estará munido de algum motivo, porém tais razões deverão ser pautadas na razoabilidade e na motivação social para que não incorra em dispensa arbitrária.

Ao tratar dos representantes da CIPA, o legislador trabalhista preceituou no art. 165 da CLT o que seria a dispensa arbitrária: “a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”. Com efeito, essa modalidade de dispensa encontra vedação expressa na Constituição Federal em seu art. 7º, inciso I, conferindo aos empregados “proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A lei complementar da qual o dispositivo expõe, deverá, necessariamente, trazer os conceitos, requisitos e consequências da despedida arbitrária, como por exemplo, as indenizações compensatórias. (SUSSEKIND, 2004)

Ocorre que, já se passaram vários anos desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, e, ainda assim, a lei complementar da qual o inciso I da Carta Magna se refere, ainda se faz inexistente, ficando a dispensa arbitrária pendente de regulamentação por uma Lei complementar, sendo vetusta está necessidade. É importante ressaltar, que há um projeto de lei complementar n.8/2003, tramitando no Legislativo Federal que trata sobre a vedação da despedida imotivada.

Manuela Loser (2008) questiona a impossibilidade da convivência harmônica do atual regime de dispensa arbitrária em um país como o Brasil, em que o

desemprego e as desigualdades sociais estão a cada dia mais presentes e marcantes na sociedade brasileira.

É nesse contexto no qual se extrai uma das polêmicas que giram em torno da Convenção nº 158 da OIT. É cediço que a Convenção disciplina a dispensa arbitrária, expondo as consequências caso ela seja configurada e também os motivos que deverão ser pautados a extinção do pacto laboral. A par disso, muitos doutrinadores defendem a ideia de que a Convenção regularia a vedação da dispensa arbitrária no Brasil, conforme reza o art. 7º, I, da Constituição Federal no qual prevê a criação de uma Lei complementar para regular a matéria, porém, sem sentido diverso, outros defendem que o sistema já cria meios eficazes para minimizar os efeitos decorrentes do término do contrato de emprego.

Profundas discussões permeiam a aludida Convenção, cuja análise constitui o objeto de estudo deste trabalho, que será investigado em tópico específico. No momento, cabe ressaltar que a dispensa arbitrária, embora resguardada constitucionalmente, se encontra plenamente vigente no Brasil, ao passo que a Convenção nº 158 da OIT não se encontra mais vigente, em razão da denúncia da Convenção, que ocorreu em 20 de dezembro de 1996, por ato do Presidente da República, sem a anuência do Congresso Nacional. Demais disso, o art. 10, inciso I do ADCT prevê multa indenizatória de 40% no caso de dispensa imotivada, comprovando a plena vigência dessa modalidade de dispensa no Brasil.

A referida forma de dispensa se tornou a mais comum no Brasil, na medida em que consubstancia o direito potestativo do empregador. Claudio Brandão (2011) destacou que embora a dispensa imotivada seja decorrência de um exercício de direito do empregador, não encontra-se limitada apenas pela multa indenizatória prevista na ADCT, mas também por alguns princípios contemplados na Constituição Federal, como consagrado no art. 170, ao exemplo da valorização ao trabalho humano e a função social da propriedade, aqui aplicada a empresa.

O excesso do poder de direção do empresário poderá ser fator determinante para transformar a dispensa imotivada em abusiva. Nesse viés, Sergio Pinto (2009) afirma que o poder diretivo do empregador é aquele extraído da subordinação do trabalhador ao empresário, portanto, este último dita como será executado o

trabalho decorrente do vínculo pactuado, englobando o poder de organização, de controle e o poder disciplinar.

Na mesma diretriz, José Alberto Maciel (2010) salienta que o exercício do direito potestativo do empregador não poderá exceder as diretrizes constitucionais, a ponto de contrariar a Carta Magna. Na medida em que o sistema garante o direito à extinção do vínculo sem a exposição de motivos para tal fato, o mesmo lhe retira o exercício do referido direito quando não estiver em conformidade com os dizeres legais.

Como dito, apesar da existência do princípio da continuidade da relação de emprego e da vedação constitucional a dispensa arbitrária, essa é a forma mais comum de extinção do contrato de emprego nos dias atuais. Em conformidade com essa afirmativa, Luiz Carlo Robortella (2005) escreveu que o mercado de trabalho atual se mostra contrário a um rigoroso modelo de garantia de emprego, sendo este último, um empecilho ao progresso econômico, o que leva a acreditar que a antiga forma de estabilidade no emprego (estabilidade decenal) transferiu o seu lugar para a estabilidade provisória, raros casos disciplinados no ordenamento jurídico.

Eis o atual sistema vigente no Brasil: a dispensa imotivada, devendo ser observado os seus limites e suas consequências, ao exemplo do aviso prévio e da indenização prevista na ADCT, todos esses mecanismos foram formulados para garantir permanência do obreiro no emprego, atribuindo máxima eficácia ao princípio da continuidade da relação de emprego.

3.2.2 Dissolução por resolução

A resolução é uma forma de extinção contratual que poderá ser baseada em dois fatores. O primeiro fator é decorrência de uma inexecução faltosa do empregado, vez que, por sua culpa decorreu a inviabilidade da permanência do vínculo empregatício, contudo, não se pode olvidar que a justa causa também poderá ser aplicada ao empregador, sendo a chamada rescisão indireta. O segundo fator que possibilita a resolução contratual, é extraído de um evento extraordinário, não esperado, como a morte.

A justa causa é a última medida que se impõe ao empregado, devendo ser verificada a gravidade da conduta, o descumprimento inescusável das cláusulas contratuais, bem como a observância das hipóteses legais. São fatores que rompem com os deveres esperados do empregado. (Vólia Cassar, 2009).

Não é qualquer inexecução faltosa que tipifica a justa causa, há alguns requisitos que deverão ser cumpridos cumulativamente, caso contrário, o empregado não poderá ser despedido sob o fundamento da dispensa em referência. Primeiramente, cumpre pontuar a **proporcionalidade**, essa se dá entre a falta e a punição, ou seja, a conduta do obreiro deverá ser grave o suficiente para justificar a sua despedida por essa via. Também poderá ser aplicadas outras medidas, como a advertência ou a suspensão.

Haverá também a observância do ***non bis in idem*** ou a **impossibilidade de duas punições de mesma natureza**, assim, o empregador não poderá aplicar justa causa se da mesma falta já lhe aplicou punição diversa, ao exemplo da advertência. Também verifica-se a **atualidade**, a aplicação da justa causa deve se dar no momento do conhecimento do ato pelo empregador, sob pena de presunção de perdão tácito. Porém, o empregador antes de aplicar a justa causa, poderá investigar o ato, só não poderá se valer de um lapso temporal extenso para tomar as devidas providências.

Por fim, há os requisitos da **conduta praticada fora do local de trabalho** e da **tipificação da conduta**. No que tange ao primeiro requisito, em regra, atos praticados em momento diverso daquele em que o obreiro se encontra submetido aos ditames do empregado não poderão ensejar a justa causa, todavia, deverão ser analisados no caso concreto, pois há condutas que mesmo praticadas fora do local de labor, poderão irradiar efeitos nesse.

No que tange a previsão legal, Antônio Lamarca (1977) pontuou com excelência a questão do “ânimo de prejudicar”, salientou que nem sempre haverá a necessidade da presença deste ânimo no ato praticado pelo obreiro, bastando a configuração de uma das hipóteses tipificadas pela lei, contudo, os atos atentatórios contra a segurança nacional pressupõem a presença do referido ânimo.

Certo é que a previsão legal do art. 482 da CLT cumulada com os requisitos salientados alhures, consubstancia plenamente a justa causa trabalhista. Em que

pese os créditos trabalhistas decorrentes de tal resolução contratual, é sabido que não haverá uma série de direitos, a título ilustrativo, cita-se a inexistência do aviso prévio, férias proporcionais, liberação do FGTS, assim como, multa de 40% sobre o FGTS. Infere-se dessas consequências, a gravidade da conduta praticada pelo empregado, rompendo os deveres essenciais aos quais são esperados deste (CAIRO, 2009).

Diante do que foi esposado, cabe analisar a justa causa aplicada ao empregador. Nesse passo, o ato praticado por este último terá a denominação de rescisão indireta, e assim como a justa causa aplicada ao empregado, a conduta também deverá violar os deveres essenciais esperados pela parte em comento. Nessa medida, tais condutas encontram-se consubstanciadas em um dispositivo específico da CLT.

O art. 483 traz as hipóteses de condutas que tem o condão de resolver o contrato pelo obreiro, ao exemplo do disposto na alínea d, cujo descumprimento das obrigações constante no contrato será motivo sólido para a rescisão indireta. Caso seja comprovada a rescisão indireta, ele terá direito a todas as verbas rescisórias na forma de uma despedida direta, ao exemplo do aviso prévio e a multa de 40% sobre o FGTS.

Em que pese a resolução do contrato por inexecução faltosa do empregador ou do empregado, há, ainda, a resolução por um fator extraordinário, decorrente de eventos que impossibilitam a continuidade do vínculo. Nesse sentido, encontra-se a força maior, o fato do príncipe ou a morte (MARTINEZ, 2011).

É sabido que o contrato de emprego tem como um dos seus elementos principais a personalidade, por essa razão, a **morte** do trabalhador fará com que o presente contrato seja extinto automaticamente. José Cairo (2009) pontua que caberá ao empregador o pagamento das verbas rescisórias aos dependentes constantes na previdência social. Certo é que não haverá o aviso prévio, pois a morte é evento extraordinário, assim como, não há o que se falar em multa de 40% sobre o FGTS, pois a extinção contratual não decorreu de uma dispensa arbitrária ou de uma rescisão indireta.

Quando o evento morte for do empregador pessoa física, também haverá a resolução do contrato de emprego, sendo que a sua morte dificulta a continuidade

do vínculo, visto que, o empregador é o detentor do poder diretivo sobre os seus empregados, além de ser o gestor da atividade que está sendo desenvolvida. Desta forma, caso não haja herdeiros para dar continuidade ao contrato, não haverá outra alternativa, a não ser a resolução contratual.

Marcus Americano (2000) salienta que o mesmo não ocorre quando o empregador não for pessoa física, assim, a empresa, pessoa jurídica, é o empregador, o que leva a presunção lógica de que a morte de um único empresário não faz com que o vínculo se dissolva. No que tange as verbas rescisórias na primeira forma de resolução contratual, também não será devido o aviso prévio e a multa de 40% sobre o FGTS, sem prejuízo das demais parcelas rescisórias cabíveis ao caso, como o 13º salário proporcional e o saque do FGTS.

Constata-se, ainda, que a **força maior** também poderá provocar a resolução contratual. Nesse sentido, força maior conforme dicção do art. 501 da CLT é “todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”. Convém pontuar, que os riscos do empreendimento são de inteira responsabilidade do empresário, portanto, a configuração de tais riscos não serão motivos de ruptura contratual por força maior. Caso seja constatado a situação decorrente de força maior, as verbas rescisórias serão devidas pela metade, em razão dos prejuízos que serão suportados pelo empregador, por meio de um evento extraordinário do qual não deu causa.

O **fato do príncipe** é a última hipótese aqui mencionada da qual decorrerá a resolução contratual. O legislador trabalhista no art. 486 da CLT¹¹ preceituou a referida forma de ruptura contratual. Demais disso, o fato do príncipe pressupõe um ato do governo, em que decorrerá a impossibilidade temporária ou definitiva das atividades empresarias, e da continuidade do emprego (SUSSEKIND E MARANHÃO, 1996).

A respeito das verbas rescisórias, o dispositivo, ora comentado, regulamenta a matéria, sendo devido a título de indenização pelo governo responsável pelo ato, retirando, destarte, o ônus do empregador.

¹¹ Art. 486. No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

3.2.3 Dissolução por rescisão

Ocorrerá rescisão contratual quando o contrato estiver eivado de nulidade. O art. 104 do CC expõe os requisitos para a configuração da validade do contrato, o que também deverá ser observado no contrato de trabalho, com suas especificações singulares.

É cediço que não se poderá pactuar contrato de trabalho com crianças e adolescentes menores de quatorze anos, e no caso de menores de dezesseis anos, somente na hipótese de aprendiz, consoante vedação do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos”.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2005) explica que a dicção do artigo anterior é clara, haverá nulidade absoluta quando o contrato for firmado com menores de quatorze anos, e o menor de 16 anos só poderá ocupar a posição de aprendiz, jamais desempenhar trabalho distinto dessa especificação. No que tange ao menor de 18 anos, poderá pactuar contrato de trabalho, salvo nas situações delimitadas pela Magna Carta.

Ressalta-se, que a validade desse contrato não está condicionada apenas às situações previstas no art. 7º, XXXIII, mas também a assistência dos pais, visto que se trata de relativamente incapaz. Nesse campo, a capacidade da parte a ser contratada é requisito para a validade do vínculo, caso contrário, o contrato deverá ser rescindido em razão da manifesta invalidade.

Também deverá ser invalidado o contrato cujo objeto é ilícito, o qual contraria o disposto legal e moral. A título de exemplo poderá ser citado, um indivíduo que é contratado para furtar joias em lojas, havendo, dessa forma, a impossibilidade de estabelecer qualquer vínculo empregatício e conforme os dizeres de Luciano Martinez (2011, p. 539) “não se pode falar nem mesmo em prestação de trabalho, mas apenas em realização de atividade ilícita”.

É de se consignar que a validade do contrato de empregado também dependerá das formalidades previstas em lei, ou então da forma não vedada por esta. Demais disso, cita-se o exemplo da súmula 363 do TST, que traz requisito para a contratação de servidores públicos:

Súmula 363 do TST. CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

A referida súmula determina que o concurso público será indispensável para a contratação de servidores públicos. Caso não seja observado o disposto na súmula, haverá ofensa a forma prevista no instrumento normativo em análise, e a consequência para tal ofensa será a nulidade da contratação.

Impende informar que, a inobservância de essencial requisito para a contratação do empregado resultará na nulidade do vínculo formado, entretanto, determinado contrato poderá ser pactuado sem o atendimento de uma forma específica na lei, e, mesmo assim, não ter a mesma consequência, qual seja a nulidade. Essa afirmativa se torna possível no momento em que o ordenamento trabalhista contempla a contratação, destarte, o contrato firmado continuará em plena validade quando a lei exigir a forma escrita e essa não for atendida, o que levará a converter o contrato na sua via ordinária, e não na sua nulidade.

O que se extrai da ilação anterior, é de que há vícios no contrato que não poderão ensejar em outro destino a não ser a nulidade, em virtude de ampla contrariedade aos instrumentos normativos e aos preceitos éticos da sociedade, a exemplo do objeto ilícito. Porém, o mesmo não ocorre com a forma prevista na lei¹², privilegiando o emprego e a continuidade do vínculo, pela razão de que simples formalidades poderão ser convertidas em outras, e que a nulidade deverá ser última medida a se impor nesse caso.

4. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

¹² Salvo os requisitos essenciais para a contratação, como o exemplo da contratação de servidores públicos por meio de concurso.

4.1 SURGIMENTO DA OIT

É notória a importância do surgimento da OIT no âmbito internacional, o que não poderia ser diferente no ordenamento justicialista pátrio. De antemão, é importante notar que as organizações internacionais desempenham suma importância no contexto internacional e no plano normativo de um determinado país, os quais adotam o disposto nos tratados formulados pelas referidas organizações internacionais. Ricardo Seitenfus (1997) esclarece que tais organizações internacionais constituem um acordo entre os países, feito por meio de tratados com o intuito de encontrar objetivos comuns, firmando, desse modo, uma colaboração mútua entre os países abarcados pelos tratados.

Revela-se manifesto o mérito das organizações internacionais. Nesse compasso, os tratados internacionais firmados pelo Brasil, reforçam o direito positivo deste país, ao passo que o conteúdo desses tratados tem a magnitude de contemplar direitos e deveres que servirão de alicerce ao caminhar de uma sociedade justa e igualitária. De todo modo, os tratados internacionais encontram guarida no ordenamento brasileiro, é o que se extrai do art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal:

§ 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.

§ 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.

Por este prisma, registra-se que a Carta Magna dispõem expressamente sobre a figura dos tratados internacionais, privilegiado, inclusive, a figura dos tratados que tratam de direitos humanos, atribuindo a esses a similitude da figura da emenda constitucional.

Exposto a importância dos tratados internacionais, é necessário adentrar ao assunto específico deste tópico, qual seja a organização internacional do trabalho. Desse modo, cabe destacar publicação constante no sítio da OIT no Brasil, a qual demonstra com excelência o prestígio desta organização internacional:

Organização Internacional do Trabalho (OIT) é uma agência especializada das Nações Unidas que tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um Trabalho Decente.

O conceito de Trabalho Decente, formalizado pela OIT em 1999, sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas. Ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT (o respeito aos direitos no trabalho, a promoção de mais e melhores empregos, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social), o Trabalho Decente é condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

A teor do que se depreende da publicação citada alhures, se faz necessário a análise do contexto histórico percorrido até se chegar ao surgimento da OIT. Nesse aspecto, Ericson Crivelli (2010) aponta como se deu a formação da OIT, asseverando que a sua construção permeou os acontecimentos do início do século XIX. O autor relata que no ano de 1864 houve a formação da Associação Internacional dos Trabalhadores. Demais disso, o manifesto comunista elaborado por Marx e Engels foi apresentado no mesmo contexto. O primeiro congresso desta Associação foi realizado em 1866, foi objeto de discussão diversas reivindicações dos trabalhadores na época, contudo, o intuito da Associação não era pautado na constituição de uma normativa internacional.

Crivelli relata, ainda, a primeira comissão criada para a elaboração de um organismo internacional do trabalho. Tal fato ocorreu no ano de 1897, em Bruxelas, ficando em pauta a criação de um Associação para dar efetividade ao surgimento de um sistema normativo de âmbito internacional.

No ano de 1919, após o final da primeira guerra mundial, ocorreu a Conferência da Paz. A referida conferência teve como objeto de discussão a criação da OIT, para a realização de tal objetivo foi formado uma Comissão de Legislação do Trabalho, constituída por 15 membros, entre os quais, Estados Unidos e Japão. No mesmo ano foi formulada pela Legislação de Comissão do Trabalho a Constituição da OIT, frisa-se que a parte XII do Tratado de Versailles fez previsão do surgimento da OIT, enquanto a parte XIII é composta pela Constituição da Organização internacional do trabalho.

As características da referida organização, foi construída, definitivamente, ao longo dos anos 80, foi nesse período que a OIT foi reconhecida como pessoa jurídica de direito internacional. No final da segunda guerra, tal organização internacional se preocupou com o assunto dos direitos humanos. (CRIVELLI, 2010).

A título de conclusão, a OIT encontra-se em Genebra, sendo o seu surgimento no ano de 1919. A sua criação se deu em razão da carência de uma organização internacional com o foco nas relações de trabalho, tutelando, desta forma, a busca por meios de trabalho justo, digno e igualitário.

4.2 ESTRUTURA

Em razão dos seus representantes, a estrutura da OIT é considerada como tripartite, desta forma tal estrutura é composta por trabalhadores, empregadores e representantes do governo. Sendo a OIT uma organização internacional da ONU, apenas ela é formada por uma estrutura tripartite. Nesse viés, Arnaldo Sussekind (1987) salienta que a atuação sindical comandada por trabalhadores até o ano de 1919, foi formalizada por líderes sindicais na Conferência da Paz. Tal fato resultou na aprovação da estrutura tripartida deste organismo internacional.

No que se refere à atuação dos representantes dos trabalhadores, os votos destes não serão computados com inferioridade, mas em situação de plena igualdade, visto que a força deste voto é igualada as mesmas condições dos representantes dos empregadores e do governo, demonstrando, assim, a importância que os trabalhadores desempenham na organização.

Com o passar dos anos, a formação tripartite não ganhou menor relevância na estrutura da OIT. O sentido é diverso, ao passo que a referida estrutura ganhou notável importância no contexto deste organismo internacional. Em suma, há em diversos países representantes de empregados, assim como de empregadores, estes representam a composição da estrutura de vários órgãos dos países, ao exemplo dos tribunais do trabalho e comissões de salário mínimo. (SUSSEKIND, 1987).

Quanto aos órgãos que compõem esse organismo internacional, a Constituição da OIT expõe no art. 2º a mencionada estrutura:

Art. 2º A Organização permanente compreenderá:

- a) uma Conferência geral constituída pelos Representantes dos Estados-Membros;
- b) um Conselho de Administração composto como indicado no art. 7º;

c) uma Repartição Internacional do Trabalho sob a direção de um Conselho de Administração.

No que tange ao item a do artigo supramencionado, a organização é composta por uma assembleia geral, denominada também de Conferência geral que será realizada anualmente. É considerada como um dos órgãos mais importantes da OIT, ademais, os assuntos estabelecidos no Conselho de Administração devem passar previamente pela aprovação da Conferência geral. (AMARAL,2006)

Será objeto de discussão da Conferência, os assuntos dos quais a OIT se preocupa, quais sejam, meios eficazes para a melhoria nas condições de trabalho, bem como a eminente busca da justiça social. Também estará em pauta a elaboração e aprovação de convenções e recomendações, como também o orçamento da organização.

O art. 7º da Constituição da OIT disciplina a composição e a nomeação dos membros que compõem o Conselho de Administração:

Art. 7º O Conselho de Administração será composto de 56 pessoas:

28 representantes dos Governos, 4 representantes dos empregadores e 14 representantes dos empregados.

2. Dos vinte e oito representantes dos Governos, dez serão nomeados pelos Estados-Membros de maior importância industrial e dezoito serão nomeados pelos Estados-Membros designados para esse fim pelos delegados governamentais da Conferência, excluídos os delegados dos dez Membros acima mencionados.

Como o próprio nome já diz, incumbe ao citado Conselho a administração da organização internacional do trabalho, é ele quem vai determinar o dia e o local em que acontecerá os encontros da Conferência. Conforme dito anteriormente, a Conferência Internacional ocorre anualmente na sede da OIT, em Genebra.

As reuniões do Conselho serão realizadas três vezes no ano. Assim como a Conferência Internacional do Trabalho, as reuniões do Conselho ocorrerão na cidade de Genebra. No mencionado Conselho de Administração são discutido assuntos sobre os projetos a serem realizados pela OIT, estabelece, inclusive, os assuntos que serão abordados na Conferência Internacional do Trabalho. Também serão discutidos os projetos e metas que estão a se realizar e aqueles em que estão em plena eficácia, cuidando o Conselho da permanência dos efeitos deste último. Por fim, nomeia por meio de eleição, o Diretor Geral da OIT. Todos os assuntos discutidos no Conselho deverão obter aprovação na Conferência (SUSSEKIND E LIMA, 2005).

O último órgão que constitui a estrutura da OIT é a Repartição Internacional do Trabalho. A própria Constituição deste organismo internacional proclama que as atividades serão comandadas pelo Conselho de Administração. O Diretor Geral é eleito por este Conselho, cabendo a ele à direção da repartição.

Xavier Beaudonnet (2011) destaca que tal repartição constitui a secretária da OIT, é de onde se extraí o foco das ações a serem realizadas, assim como se prepara o acervo documental que servirá de alicerce para a Conferência e para as reuniões do Conselho de Administração. Este órgão produzirá ações de cooperação em todo mundo, para que desempenhem plenamente os objetivos traçados pela OIT, dando ênfase a atuação de produção das normas internacionais formuladas por esta.

Quem lidera as atividades da secretária é o Diretor Geral, sendo que a formação da secretária internacional do trabalho estabeleceu escritórios nacionais em todos os Estados-membros do organismo internacional em comento.

4.3 OBJETIVOS

4.3.1 Objetivos gerais

Conforme já se acentuou, a OIT tem como objetivo primordial a busca da justiça social, produzindo políticas para o alcance do trabalho decente, conforme se vislumbra por meio de suas convenções e recomendações. Nesse compasso, usa-se desses instrumentos normativos de alcance internacional, com o fito de formalizar entre os Estados-membros a égide do trabalho digno, pautado em ideais igualitários e justos. Para a referida organização, a promoção do trabalho digno é condição essencial para a minimização das desigualdades sociais.

Em suma, os objetivos gerais da OIT são aqueles que constituem a própria essência da organização. Qual seja a convivência harmônica do progresso econômico com a devida tutela do trabalho digno. Tal objetivo é facilmente notado quando se analisa as convenções e recomendações já laboradas por esta organização, ao exemplo da

Convenção que veda a discriminação no emprego¹³ e aquela que dispõem sobre a igualdade de remuneração sobre aqueles que desempenham o mesmo trabalho¹⁴. Essa última convenção foi um importante instrumento para contribuir com o término das diferenças salariais no que tange ao sexo do empregado (AMARAL, 2006).

O preâmbulo da Constituição da OIT sintetiza os principais objetivos desta organização, expondo os ideais e as metas que foram consideradas na formalização da Constituição da OIT. Desse modo, importa destacar o mencionado preâmbulo:

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; 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, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas;

Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

O que se extraí do mencionado preâmbulo, é a motivação na qual se deu o surgimento da OIT, asseverando, portanto, os objetivos a serem realizados por meio de mútua cooperação entre os Estados-membros, para que se concretize a tão clamada justiça social.

4.3.2 Objetivos estratégicos

A organização internacional do trabalho também é formada por objetivos estratégicos. Tais objetivos constituem a forma de concretização dos objetivos gerais, inclusive daqueles asseverados pelo preâmbulo citado alhures. Demais

¹³ Convenção n° 111e

¹⁴ Convenção n° 100

disso, tais objetivos se formalizam em medidas para erradicar a discriminação no trabalho e as melhores condições e oportunidades de emprego. Em suma, são objetivos que reproduzem a forma de cumprir com as devidas proteções atribuídas ao trabalho.

Se os objetivos estratégicos são meios de eficácia para a realização dos objetivos gerais, as recomendações e as convenções são estratégias elaboradas para a concretização desses objetivos. O monitoramento da aplicação das normas da OIT, também engloba os objetivos estratégicos. Marcelo Kummel (2001) relata que o monitoramento representa também um controle de eficácia, na medida em que se um determinado Estado-membro não cumpre com a norma pactuada, o Direto-Geral da OIT irá buscar informações com a autoridade do Estado-membro que descumpriu com as normas, com a finalidade de ver sanado tal descumprimento.

Por fim, o fortalecimento da estrutura tripartite da OIT, também representa um dos referidos objetivos, na medida em que essa estrutura contempla uma maior interação social entre os representantes, com o propósito de se chegar a um fim comum, fim este que cumpre, em toda dimensão, as metas desta organização.

4.4 RECOMENDAÇÕES E CONVENÇÕES

A OIT adota determinados instrumentos normativos com o fito de satisfazer os objetivos promulgados por ela, eis às recomendações e convenções. Nesse compasso, no que se refere às convenções, Valerio Mazzuoli (2012) esclareceu que, no princípio, o referido instrumento normativo, tutelava, exclusivamente, os empregados industriais, porém ocorreu abrangência nessa forma de proteção, passando a tutelar, também, os trabalhadores rurais. Hodiernamente, com a finalidade de cumprir com o real objetivo da OIT, as convenções passaram a abordar uma gama de situações, até mesmo os índios são beneficiados com tal ação normativa.¹⁵

No que tange a denominação tratados e convenções, Saulo José Casali (2000) expõe que a terminologia tratado demonstra um termo amplo, o qual poderá

¹⁵ Convenção nº 169

englobar demais denominações como as convenções, declarações, carta entre outros. O termo tratado refere-se ao acordo firmado entre os Estados nos quais adotam o aludido tratado. Casali afirma, ainda, que o termo convenção geralmente é empregado nos tratados em que dispõem sobre normas genéricas que cuida de uma determinada matéria, sendo, dessa forma, acordos com efeitos normativos.

No presente trabalho os termos tratados e convenções serão usadas como sinônimos, ao passo que o termo tratado, conforme foi analisado, trata-se do gênero da qual pertence à convenção, sendo, portanto, exígua a discussão acerca da denominação a ser utilizada.

A distinção entre a convenção e a recomendação se refere aos efeitos jurídicos. Apenas as convenções, como condição de eficácia no âmbito nacional, são submetidas à ratificação pelos Estados-membros. Em sentido contrário, as recomendações não serão ratificadas, o Estado-membro irá tomar a decisão que julgar mais conveniente, legislando, desta forma, sobre o tema no qual constitui a recomendação (SUSSEKIND, 1987).

Enquanto as recomendações representam direções a serem observadas pelos Estados-membros, as convenções, caso ratificadas, irão produzir um vínculo obrigacional, sendo assim, o país ratificante deverá fazer cumprir com o disposto na convenção. Sobre o assunto, cabe destacar o art. 26 da Convenção de Viena, o qual proclama o princípio da *pacta sunt servanda*, expondo que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. No mesmo sentido, a Constituição da OIT dispõem no art. 20 à citada característica, qual seja a obrigatoriedade:

Art. 20º Qualquer convenção assim ratificada será comunicada pelo Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fins de registro, de acordo com o art. 102 da Carta das Nações Unidas, obrigando apenas os Estados-Membros que a tiverem ratificado.

Xavier Beaudonnet (2011) esclarece que, as convenções da OIT têm características próprias, essas características singulares fazem com que essas convenções se diferenciem dos demais tratados existentes. Por este prisma, Beaudonnet cita tais características singulares. A primeira diz respeito à Conferência internacional, há ausência de necessidade da assinatura daqueles que representam os Estados-membros para que a mencionada Conferência aprove uma determinada convenção.

A segunda característica analisada pelo autor diz respeito à ratificação pelo Estado-membro, esse irá se comprometer inicialmente com a OIT, e em regra subsidiária haverá o compromisso com os demais Estados. Como última característica está a não ratificação, essa também constitui obrigação, sendo que o país que não ratifica a convenção deverá apresentar relatório a respeito da sua legislação e medidas que giram em torno do assunto abordado pela convenção não ratificada.

Arnaldo Sussekind (1987, p. 182) leciona as formas na qual são classificadas as convenções:

Auto-aplicáveis, quando suas disposições não requerem regulamentação complementar para serem aplicadas pelos Estados que as ratificam. Nos países que consagram o monismo jurídico, a vigência da convenção ratificada no plano interno importará na integração das respectivas normas no seu direito positivo; nos que adotam o dualismo jurídico, bastará que a lei nacional reproduza o texto da convenção.

De princípios, que dependem, para sua efetiva aplicação, da adoção de leis ou outros atos regulamentares, a serem promovidos no prazo de doze meses, que medeis entre a ratificação e a vigência da convenção no âmbito nacional, salvo quando tais atos já vigoram no respectivo Estado. (...)

Promocionais, que fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua consecução, os quais devem ser atendidos pelos Estados que as ratificam mediante providencias sucessivas, a médio e longo prazo.

Conforme foi esposado anteriormente, as recomendações não tem a mesma característica das convenções, qual seja a ratificação pelos Estados-membros. Essa primeira tem o caráter não vinculante, pois o seu objetivo é apontar sugestões que contemplam a tutela dos trabalhadores, promovendo os fins da OIT.

Valerio Mazzuoli (2012, p. 1052) destaca que as recomendação não são tratados, o assunto abordado por elas, por algum motivo, anda não poderá ser matéria de uma convenção. O surgimento de uma recomendação, também poderá ser dar em razão da inexistência de um numero mínimo de aprovações de uma convenção. Em síntese, o art. 19, § 1º da OIT privilegia a criação das convenções, porém, haverá recomendação ,quando, a matéria abordada ainda não se preste de total relevância para constituir uma convenção.

Em que pese a relevância da matéria, também poderá ser objeto de recomendação aquele assunto que já está sendo objeto de uma convenção, seja para acrescentar informações e sugestões, ou seja, para garantir o fiel cumprimento da convenção. Sobre o assunto, destaca-se a recomendação nº 166 da OIT, a qual versa sobre a extinção o vínculo empregatício pelo empregador, nessa medida, tal recomendação

sugere a inclusão de novos motivos que impede a despedida arbitrária tratada na Convenção n° 158 da OIT, são eles a proibição da despedida fundada na idade do obreiro e no cumprimento de obrigações cívicas.

Zoraide Amaral (2006) destaca que, a despeito do caráter não vinculante das recomendações, pode-se afirmar que essas devem cumprir com algumas determinações. Essas determinações constituem-se em obrigações formais. Nessa medida, com a criação de uma recomendação, cada Estado-membro deverá encaminhar essa à autoridade competente. Tal autoridade competente deverá legislar sobre o tema versado na recomendação, ou então, caso não legisle sobre a matéria, objeto do citado instrumento normativo, o país poderá tomar decisões que comprovem o fiel cumprimento do disposto nos objetivos da OIT, destarte, na recomendação.

O que se extrai das obrigações expostas anteriormente, é que consistem nas mesmas obrigatoriedades atribuídas às convenções não ratificadas da OIT. Ocorre que, a organização internacional do trabalho cuida de fiscalizar o cumprimento das suas metas, sejam aquelas já expostas em tópico específico, objetivos gerais e específicos da OIT. Portanto, uma convenção não ratificada não poderá insurgir em óbices aos seus objetivos, assim, surge à necessidade de que os Estados-membros, que não ratificarem uma dada convenção, apresentem relatórios constando as medidas que estão sendo tomadas a respeito do fiel cumprimento das finalidades contempladas pela OIT. É o que ocorre com as recomendações, caso o país não legisle sobre o assunto contemplado nessa, também deverá apresentar relatórios expondo o cumprimento das metas objetivadas pela organização.

Ainda no que tange as recomendações, há mais uma determinação a ser cumprida, deste modo, incumbe aos Estados-membros à obrigação de prestar informações ao Diretor Geral da RIT, no que diz respeito às medidas tomadas sobre a recomendação. Tais informações serão prestadas no momento em que o Conselho de Administração determinar necessário.¹⁶

Xavier Beaudonnet (2011, p. 50) frisa que o conteúdo das normas internacionais de trabalho deve sempre apresentar situação mais favorável ao trabalhador, isso significa dizer que, se caso um país detenha normas que confirmam maiores

¹⁶ Conforme redação do art. 19, § 6º, alínea d da Constituição da OIT.

benefícios aos trabalhadores, do que aquela do instrumento normativo elaborado pela OIT deverá prevalecer à legislação em vigor do Estado-membro.¹⁷

Diante o esposado, observa-se que, as convenções e recomendações têm similitudes, assim como diferenças. Como dito, e repetido, suas similitudes se resumem no fato da necessidade de serem submetidas ao crivo da autoridade competente, nesse sentido, é sabido que no Brasil a mencionada autoridade é o Congresso Nacional¹⁸.

Ambos os instrumentos normativos são abarcados pela universalidade, essa característica diz respeito à aplicabilidade das normas nos Estados-membros, pois, é sabido que há diferenças entre os países, diferenças sociais assim como econômicas, o que levaria a pressupor que cada Estado necessita de medidas próprias. A OIT reconhece as diferenças entre os países, e proclama que determinado instrumento normativo será elaborado com a observância dessas diferenças, nesse sentido, as normas não terão aplicabilidade regional. Quando estiver em fase de elaboração, a OIT cuidará de frisar o caráter universal das suas normas, cuidando das singularidades de cada Estado, para que essas sejam aplicáveis a todos, sem distinções (SUSSEKIND E LIMA, 2005).

Outra similitude diz respeito ao tema abordado no instrumento normativo, sabe-se que a recomendação poderá versar sobre o mesmo tema contemplado na convenção, distinguindo-se no ato de ratificação, enquanto a primeira pressupõe sugestões, a segunda, caso ratificada, deverá ser amplamente cumprida. Ficou constatado também que, ambos os instrumentos pressupõem algumas obrigações a serem observadas, não lhe é retirado essas obrigações o fato de ser uma convenção não ratificada ou uma recomendação. Ademais, sejam as convenções ou recomendações, ambos são alicerces para o alcance da justiça social.

¹⁷ Constituição da OIT. Art. 19, § 8º: Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

¹⁸ A respeito da competência do Congresso Nacional no que tange aos tratados internacionais, cabe citar os dispositivos da Constituição Federal que proclama a matéria. Art. 49 CF. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

4.5 APROVAÇÃO, RATIFICAÇÃO, VIGÊNCIA E DENÚNCIA DAS CONVENÇÕES

O processo de elaboração dos tratados foi disciplinado pela Convenção de Viena¹⁹ de 1969, podendo ser dividido em duas etapas, sendo uma de âmbito externo (internacional) e outra de âmbito interno, contudo, no que tange as fases internas em um determinado país, cada um poderá adotar procedimentos específicos. Destaca-se que, a finalidade deste trabalho é abordar a convenção nº 158 da OIT no Brasil, por essa razão analisar-se-á o procedimento interno de incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar da Convenção de Viena disciplinar as etapas de formação dos tratados, cumpre salientar que, a OIT adota algumas peculiaridades, o que será examinado neste tópico. Em suma, as etapas que se procedem em domínio externo são: negociação, assinatura e depósito. No âmbito interno, por sua vez, ocorrerá o referendo, a retificação e também a denúncia dos tratados.

Após a apresentação sucinta das fases mencionadas, cabe analisar, de início, a fase de aprovação das convenções da OIT. Como já foi dito, as convenções da OIT apresenta algumas distinções daquelas disciplinadas na Convenção de Viena. José Ajuricaba (1985, p. 20) destaca determinadas peculiaridades:

Só os Estados membros da OIT por seus delegados governamentais ou pelas suas associações profissionais mais representativas dos empregadores ou dos empregados ou organização de direito internacional público podem submeter à Conferência propostas de convenção recomendação ou resolução. As propostas são previamente examinadas pelo Conselho de Administração que após incluí-las na ordem do dia da próxima sessão da Conferência, providenciará uma prévia e profunda preparação técnica reunindo um conselho de especialistas sobre a matéria da convenção e consultando e informando os Estados membros e aos seus delegados à conferência anual com antecedência mínima de 4 meses, através de questionários e relatórios sobre os assuntos a serem debatidos e aprovados, de modo a permitir-lhes estudá-los convenientemente antes da reunião da Conferência.

O autor salienta os sujeitos que poderão participar da fase de negociação das convenções recomendações ou resoluções. Nota-se que, há distinções quanto o procedimento disciplinado pela Convenção de Viena no art. 7º, o aludido artigo

¹⁹ A Convenção de Viena trata sobre o Direito dos Tratados, é considerada como a Lei dos Tratados, foi ratificada no Brasil em 25 de setembro de 2009.

apresenta quem são os sujeitos que detêm poder para a etapa de negociação do tratado.

Art. 7º - Plenos poderes 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 do seu Estado: a) os Chefes de Estado, 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.

A Convenção de Viena traz como sujeitos para a fase de negociação quem detêm carta de plenos poderes ou então aqueles em que o poder para determinado ato está inerente no exercício da sua função, como o ministro das relações exteriores, o chefe de governo e o chefe de Estado²⁰. Na OIT, além dos sujeitos citados na segunda parte do art. 7º da Convenção de Viena, poderão participar da fase de negociação dos instrumentos internacionais aqueles que têm o fito de representar os interesses do empregador, assim como do empregado.

Após apresentada às propostas poderá haver impugnações destas pelos países que fazem parte da OIT. Caberá a Conferência internacional do trabalho resolver o assunto, na hipótese de não ser acolhida as impugnações haverá a apreciação da proposta decidindo se essa será uma convenção ou recomendação, cuja votação deverá ter a maioria simples dos votos. Caso seja aprovada como convenção, será encaminhada uma cópia a todos os países que compõem a OIT, os quais vão analisar a viabilidade da ratificação.

Como já foi dito e repetido, as Convenções só terão obrigatoriedade com a ratificação dos Estados Membros. O referido ato está disposto no art. 14 da Convenção de Viena, asseverando que a ratificação expressa o consentimento do país em se vincular aquele tratado, esse deverá propiciar medidas para que o texto

²⁰No que tange a competência do chefe de Estado e de governo, cabe salientar o dispositivo constitucional que regulamenta a matéria. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

seja efetivamente aplicado. Demais disso, a lei dos tratados traz a possibilidade da convenção ser ratificada com reservas, de maneira que o Estado não se vinculará a integridade do texto da convenção, somente perante o que ratificou.

Sidney Guerra (2012) lembra que, no domínio internacional, a ratificação é meio com que o tratado terá obrigatoriedade para o país, contudo, cada Estado Membro estabelece o procedimento como deverá ser realizada.

No Brasil, inicialmente é feito o referendo pelo legislativo, nessa medida, cabe ao Poder Legislativo a análise, a aprovação ou a desaprovação da Convenção, cuja competência é privativa. Valerio Mazzuoli (2012) destaca que, quando a Constituição Federal no art. 49, inciso I, utiliza o termo “resolver definitivamente sobre tratados” não está se referindo a ratificação, pois é ato do chefe do executivo, a compressão contrária dessa afirmativa é devido à inadequada interpretação do dispositivo constitucional.

Registra-se que, José Ajuricaba não comunga da mesma opinião, o qual frisa que é competência exclusiva do Congresso Nacional ratificar as convenções. O autor sustenta a sua afirmativa no termo supramencionado do art. 49, I da Magna Carta. Contudo, frisa-se por oportuno, que a competência para o referido ato é do presidente da república, pois mesmo que legislativo aprove a convenção o Chefe do Executivo poderá não ratificá-la.

Com relação ao processo interno de ratificação, Zoraide Amaral (2006) explica que após a aprovação do Congresso Nacional, caso o Chefe do Executivo ratifique o instrumento internacional, será necessário o depósito na Repartição Internacional do Trabalho. Após o depósito haverá o decreto presidencial de promulgação, nesse ato constará o Decreto do Parlamento o qual aprovou a convenção, assim como a data de depósito na RIT e a data em que a convenção entrará em vigor no âmbito interno.

Na sequência, após o depósito internacional, o Estado soberano, em seu território, deverá estabelecer medidas para cumprir com o disposto na convenção, ela agrega o ordenamento jurídico do Brasil, regulamentando as relações de trabalho. Desta feita, registra-se que, a convenção não poderá estabelecer normas que entrem em confronto com a Constituição federal, caso contrário, não poderá ser ratificada, ou então, caso ratificada, deverá ser denunciada.

A convenção poderá ser extinta do direito interno através da denúncia, nesta senda, Roberto Luiz Silva (2010) conceitua denúncia como “ato unilateral, pelo qual o Estado manifesta a vontade de deixar de ser parte num acordo internacional”. Há de ser ressaltado, outrossim, que a OIT determina um prazo de 10 anos para que a denúncia possa ocorrer. Se a convenção tiver em vigência no território nacional por prazo inferior ao estabelecido pela OIT, a denúncia não terá validade.

O aludido ato deverá ser registrado na Repartição internacional do trabalho através de aviso para o Direto Geral desta repartição. Em seguida, há o prazo de 12 meses após o registro para a denúncia ser válida.

Diante da processualística alinhavada, restou esclarecido que despeito da Convenção de Viena regulamentar os aspectos gerais sobre o procedimento de formação e extinção dos tratados, a OIT estabeleceu as peculiaridades analisadas ao longo deste tópico, cumprindo com o seu fiel objetivo, qual seja a efetividade dos direitos dos trabalhadores.

5 CONVENÇÃO N° 158 DA OIT

Dentre um dos maiores problemas na atualidade, o desemprego ganha atenção. É cediço que a causa para o desemprego são muitas, entre elas, por exemplo, há o progresso econômico, as políticas econômicas, a terceirização, entre outras. Porém, o modo como os empregadores poderão extinguir o vínculo empregatício, tem, inegavelmente, relação com tal fenômeno social.

Destarte, há a importância no estudo da Convenção n° 158 da OIT, tratando esta da dispensa arbitrária, o que traz uma proteção nas relações de trabalho, tão quanto no contrato de emprego, e, eventualmente, uma série de consequências a serem refletidas acerca da aplicabilidade ou inaplicabilidade desta Convenção no ordenamento jurídico pátrio.

Conforme foi assinalado em outro capítulo, hodiernamente, em um mundo que visa progresso econômico, colocando à margem o direito dos trabalhadores, a OIT ganha fundamental importância. Um dos seus principais objetivos constitui em criar melhorias nas condições de trabalho no mundo, elaborando normas internacionais

através das Convenções e Recomendações às quais contribuem para reforçar a proteção do trabalhador.

Leandro Muri (2010) em sua tese de mestrado lembra que, a Declaração Universal dos Direitos Humanos colocou o trabalho como um direito fundamental, assim como, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. E por se tratar de um Direito Fundamental, o trabalho e a garantia ao emprego é um dos objetivos no âmbito internacional.

Diante da notória importância das Convenções da OIT, não poderia ser diferente com a Convenção 158, ampliou a proteção do contrato de emprego, proibindo expressamente a dispensa arbitrária. Há diversos argumentos sobre o atual regime da dispensa arbitrária no Brasil, porém, o que não se pode negar é que o desemprego é um problema que deve ser enfrentado no contexto da dispensa arbitrária.

Leonardo Vieira Wandelli (2004) observando a importância da estabilidade no emprego, sintetiza que essa estabilidade conduz a um pleno emprego, e na linha contrária, a rotatividade da mão de obra além de aumentar o desemprego provoca uma diminuição dos salários.

No Brasil, embora a dispensa arbitrária seja vedada constitucionalmente, o empregador poderá despedir o empregado imotivadamente. Na ocorrência de tal fato, o art. 10, inciso I do ADCT prevê multa indenizatória de 40%, ou seja, poderá o empregador imotivadamente despedir o empregado, basta que pague multa indenizatória.

Manuela Loser (2008) questiona a impossibilidade da convivência harmônica do atual regime de dispensa arbitrária em um país como o Brasil, em que o desemprego e as desigualdades sociais estão a cada dia mais presente na sociedade brasileira.

Embora a Convenção nº 158 tenha a proteção ao trabalho como um dos seus principais objetivos, ela traz uma série de questões a serem analisadas acerca das suas consequências caso entre em vigor no Brasil.

Neste capítulo, inicialmente, será analisado os aspectos gerais da Convenção 158 da OIT, quais sejam, o alcance da presente Convenção, tal como os procedimentos

para o término da relação de emprego e as hipóteses em que esta poderá ocorrer. Em seguida, será abordado a incidência desta Convenção no ordenamento jurídico brasileiro, a sua ratificação pelo Presidente da República, bem como a denúncia deste tratado.

Os aspectos que serão tratados são de suma importância para que seja enfrentado, em capítulo distinto, a possível aplicabilidade desta Convenção no Brasil e a sua relação com o art. 7, I, da Constituição Federal, objeto de estudo do presente trabalho.

5.1 ASPECTOS GERAIS DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

Em Genebra, na Suíça, no ano de 1982, foi assinada a Convenção 158, tratando da proibição da dispensa arbitrária ou imotivada. A Convenção conceitua a dispensa arbitrária e disciplina as consequências para o empregador caso ele venha extinguir o contrato imotivadamente.

Em uma análise prévia, é essencial ressaltar que, assim como é de característica dos tratados internacionais, os Estados-membros da OIT não são obrigados a se vincular às convenções, eles poderão ratificá-las ou não, e caso ratifiquem, ainda assim, poderão denunciá-las, o que provoca uma maior segurança, pois nem sempre o governo nota, de imediato, que as normas da Convenção não se aplicam a realidade do seu país. Vale lembrar que, as normas dos Tratados podem ser reorganizadas para se adequar a situação de cada Estado, pois é evidente que os países têm entre si diversidades econômicas e sociais (MAIOR, 2008).

De imediato, percebe-se que, a Convenção, objeto deste trabalho, segue um dos objetivos gerais tratados pela OIT, são eles a proteção do emprego e das relações de trabalho, bem como a segurança do trabalhador. Ora, por sentido óbvio, segurança aplicada a este caso não é aquela cujo propósito é prevenir acidentes fortuitos ou técnicos, mas a segurança de permanecer no seu emprego e não ser surpreendido como a cessação do contrato sem que ao menos pudesse prever o referido fato. A respeito do assunto, Manuela Loeser (2008) lembra que, a segurança no trabalho minimiza o dispêndio de recursos com o seguro-desemprego,

assim como os gastos quando se busca os auspícios do judiciário, poupando este de constantes demandas.

A convenção tem 22 artigos sendo esses distribuídos na seguinte forma: definição da dispensa arbitrária, forma de aplicação da Convenção, alcance da Convenção, as hipóteses em que o empregado poderá ser despedido, e por fim, prazo e forma da ratificação e denúncia.

Incumbe o direito interno do país a atribuição de dar efetividade às normas pactuadas. Poderão ser usadas as diversas fontes trabalhistas para cumprir com o disposto, a exemplo dos contratos coletivos. (MARINHO, 2009)

De acordo com a Convenção, o empregador não poderá mais despedir o empregado sem um motivo que justifique a necessidade de tal ato. É importante destacar que o objetivo não é proibir a despedida, mas sim, aquela injustificada. Poderá o empregador despedir o empregado, desde que fundamente a necessidade deste ato, podendo ser pautada no comportamento ou até mesmo na capacidade deste trabalhador.

Luiz Carlos Robortella (2005) apresenta o princípio da causa objetiva como o postulado que foi adotado pela convenção, pois ela assinala circunstâncias objetivas em que o contrato de emprego poderá ser extinto motivadamente.

Nesse ordenar de ideias, são regulamentados os motivos que podem levar a despedida do empregado, ei-los: motivos pautados na capacidade ou no comportamento do empregado, e aqueles que não dizem respeito ao trabalhador, mas a empresa, sendo motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Eles se encontram no art. 4º da Convenção.

Esse artigo é alvo de profundas críticas, pois o empregador irá ficar restrito a essas hipóteses, diminuindo consideravelmente o poder diretivo patronal. Será examinado em tópico específico as críticas que permeiam o art. 4º, explorando as teses contrárias a sua ratificação, bem como os defensores da aplicabilidade destas normas no Brasil.

As críticas também são pautadas na incompatibilidade material, pois não há mais a estabilidade decenal no emprego, sendo ela substituída pelo regime do FGTS. Os

contrários a Convenção, argumentam, portanto, a evidente incompatibilidade material com a Constituição e a CLT.

O referido tratado objetivou, também, cuidar de algumas hipóteses em que não serão admitidas como uma dispensa justificada são hipóteses em que os trabalhadores participam de determinadas situações que são intrinsecamente direitos destes. A Convenção foi feliz quando teve o cuidado de demonstrar essas situações, tratam-se de ausências no trabalho, o que levaria ao empresário colocar a ausência como uma falta grave que justificasse o término do vínculo empregatício, porém, há ausências que são admissíveis, sendo justificáveis.

Fernanda Souza (2009) explica tais hipóteses, são elas, faltas ao trabalho quando o empregado estiver participando de atos do seu sindicato, mas deverá haver o consentimento do seu chefe; afastamento do trabalho durante o período de licença maternidade; ausência por doença. Há outros motivos disciplinados pela Convenção, que também não justificariam a cessação da relação de emprego, como por exemplo, motivos pautados na crença religiosa que determinado trabalhador escolheu, também no sexo, o que ofenderia amplamente a isonomia contemplada constitucionalmente, a origem em determinada classe social, enfim, motivos de ordem subjetiva são todos inaceitáveis pela Convenção.

Ademais, os motivos tratados alhures, são aqueles que já fazem parte do rol de direitos e garantias da Constituição Federal de 1988, a título de exemplo temos a isonomia, citada anteriormente, a liberdade religiosa e a liberdade de pensamento. Esses motivos subjetivos também não são admitidos no Brasil, o que não poderia ser levado em conta pelos empregadores, mesmo sem a vigência da Convenção 158 no Brasil (MURI, 2010).

As proibições que já estão contempladas na Magna carta, são alicerces para maximizar o rol de argumentos daqueles que criticam fielmente a aplicabilidade da Convenção 158, sendo que, a Carta Magna apresenta escancaradamente à vedação a discriminação, e nas relações de trabalho o art. 7º da CF revela a proibição da quebra da isonomia no trabalho, como a diferença salário entre homens e mulheres ocupantes do mesmo cargo e profissão, ou então pautado em motivos de estado civil, raça entre outros.

Além do mais, a Lei.9.029/95 reforça ainda mais a proibição de qualquer prática discriminatória nas relações de trabalho, a referida Lei ainda regulamenta a readmissão do empregado no caso de ele ser despedido por qualquer conduta discriminatória do empregador, além de ensejar punição por dano moral. Ou seja, a Convenção regulamentou situações que já são punidas no ordenamento jurídico brasileiro, nesse ponto verifica-se a sua desnecessidade.

Quando o empregado considerar que a dispensa não foi embasada por um motivo disposto na Convenção, ele poderá ingressar no judiciário com o fito de invalidar o ato. Ressalta-se que, mesmo se a extinção do contrato estiver pautada em um dos motivos expostos pela norma, o art. 7º assinala que deverá ser devidamente assegurado à ampla defesa do obreiro, a menos que haja uma impossibilidade para que o empregador permita o exercício desse direito. (MARINHO, 2009)

No que tange os aspectos probatórios, o ônus de provar não recai exclusivamente ao trabalhador. Deverá o empregador provar que a dispensa foi fundamentada em um motivo que possibilita a execução do ato.

À vedação à dispensa arbitrária abrange todos os empregados, porém há algumas exceções disciplinadas no art. 2º da Convenção. Eis as exceções: trabalhadores com contratos de vigência determinada, ou então aqueles que foram contratados para exercer determinadas tarefas, e após a realização desta extingue o vínculo empregatício; também nos casos de trabalhadores que estejam em um contrato de experiência; e por último, empregados contratados por um curto período de tempo para exercer atividades ocasionais (SABINO, 2012).

Nota-se que, os contratos por prazo determinado não serão abarcados pela Convenção 158, a sua própria essência permite a previsão da extinção do contrato. Contudo, será invalidado aquele contrato cuja finalidade é afastar, arditosamente, a incidência das normas deste tratado. Ou seja, nos casos em que não é da própria natureza do contrato ser por prazo determinado, porém o empregador estabelece o vínculo através dessa forma para não ser atingido pelos efeitos da Convenção.

Caso seja detectada a dispensa injustificada, terá o empregado direitos garantidos no tratado, ele deverá ser reintegrado ao quadro de funcionários, a dispensa não terá validade. Não sendo possível a reintegração do funcionário, será pago uma indenização a esse.

Leandro Muri (2010) comenta o art. 11 da Convenção. O mencionado dispositivo preceitua que quando o contrato for extinto por iniciativa do empregador, porém fundamentado em um justo motivo, estabelece o referido instrumento internacional, medidas que estão em consonância com a legislação brasileira tal como o aviso prévio, a indenização quando na inexistência deste último (somente se o empregado não tiver sido despedido por falta grave), seguro desemprego e indenização por término de atividade. O autor salienta que, para a concessão de benefícios como o seguro desemprego, o empregado deve reunir os requisitos para tanto.

À guisa de conclusão sabe-se que, como é de objetivo primordial da OIT a proteção do trabalhador e das relações de trabalho, a Convenção 158 segue na mesma esteira. Condicionado o empregador a hipóteses previstas na Convenção, assim, veda-se o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador de forma arbitrária, protegendo o contrato de trabalho e atribuindo a esse uma maior segurança.

Resta evidente que a Convenção visou assegurar aos trabalhadores o direito a estabilidade no seu emprego, de modo que não serão mais surpreendidos com uma possível dispensa sem ao menos um motivo que justifique esta, diminuindo assim a insegurança do trabalhador no emprego. Cuidou também o tratado, de esmiuçar hipóteses em que certos trabalhadores não serão atingidos pelas normas da Convenção, impedindo assim maiores prejuízos aos empregadores, visto que, há situações que da própria natureza exigem uma dispensa sem maiores exigências.

5.2 PROCEDIMENTOS PARA O TÉRMINO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O art. 4 da Convenção sustenta a essência do referido tratado, qual seja a proteção contra a dispensa arbitrária. Ao preceituar os motivos nos quais deverá ser pautada a dispensa, as normas da Convenção estatui que ela deverá ser justificada.

Nesse passo, reza o art. 4:

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

O dispositivo supracitado determina hipóteses com destinações específicas. A primeira tem como foco o empregado, e a segunda parte do dispositivo tem como

objeto a empresa, fatores que atingem o estabelecimento e inviabiliza a continuidade do vínculo. Tais hipóteses serão objeto de estudo nos próximos tópicos.

5.2.1 Dispensa por capacidade ou comportamento do trabalhador

A primeira parte do art. 4 demonstra dois tipos de situações em que considerará a dispensa como justificada, são motivos ligados à capacidade ou o comportamento do obreiro. Nesse viés, Antônio Álvares (1996, p.65) assevera: “ambos são aspectos pelos quais se mede as ações ou modo de agir do empregado, para se inferir ou não a existência da causa justificada”.

Nota-se que os mencionados motivos têm como objeto o empregado, hipóteses em que as suas próprias condutas irão justificar a possibilidade de se concretizar a dispensa. Nessa linha, Maria das Graças Boness (1996, p.112) enfatiza que tanto a dispensa por comportamento quanto por capacidade tem natureza disciplinar.

No que se refere à capacidade do obreiro, a intenção do dispositivo foi elucidar situações em que o empregado não reúne atributos para o exercício da atividade. É notório que os referidos atributos não podem ter caráter subjetivo, conforme esclarecido ao longo deste trabalho, atributos esses que dizem respeito, por exemplo, a raça, sexo e idade do trabalhador.

Os atributos podem ser aqueles em que o exercício de uma função exige determinada qualificação ou então situações em que o obreiro ao longo do contrato de trabalho foi considerado como inapto, tal como enfermidade.

Os motivos relacionados ao comportamento tem ligação com as hipóteses de justa causa regulamentada no Brasil. Dessa forma, para que a dispensa possa ser embasada no comportamento do empregado, as atitudes desse devem ser contrárias à garantia da ordem do estabelecimento e o adequado comportamento que se espera do homem médio. A título de exemplo, têm-se situações como a indisciplina, desleixo violência e atrasos sem justificativa.

Antônio Álvares (1996) comenta que apesar da dispensa por comportamento ter ligação com as hipóteses contempladas no sistema pátrio, há uma característica específica que a diferencia. No Brasil o empregado despedido por falta grave não terá direito ao aviso prévio ou indenização na falta deste, porém, a Convenção

estabelece duplo grau de falta grave por comportamento. A primeira é considerada como grave, aqui, assim como no Brasil, o empregado não terá direito aos benefícios supramencionados. O segundo grau é o da falta leve, nesse caso o empregador fará jus aos benefícios.

Em ambos os casos a dispensa deve ser motivada, o que não exclui o direito de defesa do obreiro. Nesse campo, destaca-se que, apesar da diferenciação de graus da falta, seja leve ou grave, exige uma justificativa para a dispensa. A motivação contempla o princípio da continuidade do emprego e a sua garantia.

5.2.2 Dispensa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos

Consoante se depreende da análise da segunda parte do art. 4 da Convenção 158, poderá haver a cessação do contrato de emprego por motivos em que o empregado não deu causa, mas por situações ligadas a empresa. O dispositivo faz alusão apenas à “necessidade de funcionamento da empresa” e não especifica as situações, o que poderia dar margem a interpretações distintas.

O art. 13²¹ da Convenção elucida as referidas situações, dispondo que a dispensa poderá ocorrer nas hipóteses em que a empresa for acometida por problemas de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análoga. João Filipe Sabino (2012, p. 183) explica que o art. 13 deve ser interpretado conjuntamente com ao art.4, sendo o primeiro a exposição das causas que autorizam a dispensa.

²¹ Art. 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 afetados por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

Afirma Antônio Álvares (1996) que os motivos explicitados são relativos a fatores externos ou internos da empresa. A capacidade e o comportamento do empregado continuam adequados.

Há fatos que requer uma reorganização da empresa, assim, fatores econômicos, aqueles relacionados com a economia nacional ou internacional, poderão implicar na dispensa do obreiro, por exemplo, inflação. O empregador poderá ficar impossibilitado de pagar o salário e comprometer a subsistência do trabalhador. Para dar continuidade à empresa sem a sua respectiva extinção, o empresário precisará tomar medidas nessa ordem, porém, a extinção do contrato deverá ser feita com razoabilidade (MAIOR, 2008).

O motivo pautado na estrutura é tido como um fator interno, como por exemplo, diminuição da produção ou da demanda. São fatores inerentes ao risco do negócio, deve ser grave suficiente para que a dispensa ocorra, pois o risco não poderá ser transportado para o empregado. Os motivos tecnológicos são aqueles em que o empresário busca dar eficiência na produtividade, reduzindo, por sua vez, os gastos.

Por fim, também foram estabelecidos os motivos análogos, o que deixa margem a interpretações, o que muitos autores, a exemplo de Antônio Álvares argumentam a desnecessidade desse motivo, pois a Convenção disciplinou hipóteses suficientes para resolver o problema.

Há que se enfatizar que apesar dos motivos expostos pelo art. 13, deverá valer a real intenção da Convenção 158, a continuidade da relação de emprego e a vedação das dispensas arbitrárias. Sendo assim, todos os motivos devem ser esclarecidos e comprovados a fim de inviabilizar a dispensa arbitrária.

5.3 VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO N° 158 DA OIT NO BRASIL

Em uma análise sucinta desta Convenção, quiçá poderiam suscitar que ela cairia como uma luva no Brasil, já que o art. 7º, I da CF que veda a dispensa imotivada clama por uma Lei Complementar, seria, então, a Convenção da OIT a solução para o problema. Porém, a questão está longe de ter uma resposta tão simples assim.

Grandes divergências surgiram com a ratificação da Convenção nº158 da OIT e sobre sua constitucionalidade e aplicabilidade no sistema normativo brasileiro. Primeiramente, é necessário examinar a sua trajetória no ordenamento jurídico pátrio, como por exemplo, a forma em que foi aprovada e promulgada no Brasil e a sua posterior revogação.

Convém ressaltar que, o processo de formação dos tratados tem inegável relação com os procedimentos internos adotados em cada país. Desse modo, cada Estado regulamenta como se dará a promulgação do tratado e qual será o órgão competente para o ato, assim como as normas das quais se vinculará.

Julio Assumpção (1997) explica que, em razão da soberania dos países, a Constituição da OIT em seu art. 19 destaca a necessidade de aprovação dos tratados em âmbito interno, de tal modo que a sua aprovação no plano internacional não cria obrigação para os Estados-membros, o procedimento para a apreciação e promulgação no território nacional será disciplinado por cada um deles.

No Brasil, esse processo se dá, basicamente, com o interesse do Estado em se sujeitar ao tratado, após a manifestação dessa vontade, o Chefe do Executivo irá encaminhar para aprovação do legislativo, por último, será ratificado pelo Presidente da República, o qual surtirá seus efeitos.

A propósito, ensina Pontes de Miranda, citado por Arnaldo Sussekind (1987) que o Presidente da república só poderá realizar a ratificação após a aprovação do Parlamento, a importância de cumprir o referido ditame reside no fato de que a ausência de concordância do Legislativo representa vício na competência do Executivo para representar o país.

É relevante tratar do Decreto executivo. Quando o assunto é Convenção nº 158 da OIT, há discussões se após a aprovação do parlamento, há a necessidade do Decreto presidencial para dar efetividade a essa aprovação, havendo, ainda, aqueles que entendem que basta a aprovação do Congresso para que esses tenham plena vigência no país, porém, haveria violação a um princípio em especial. Cuida-se do princípio da publicidade dos atos, o Decreto, em tese, irá dar ciência de que o tratado passará a vigorar naquele país. A lição de Saulo José Casali Bahia (2000, p.67) esclarece a importância do Decreto:

É extremamente difícil, quase sempre, precisar o momento em que um tratado internacional tornou-se obrigatório no plano internacional, na medida em que, muitas vezes, apenas o depositário do texto possui condições de aferir se o *quórum* mínimo necessário de ratificantes ou aderentes foi atingido, ou se a *vacatio* estipulada já transcorreu integralmente. O a é basicamente feito de modo reservado, diplomático, cumprindo ao Executivo brasileiro, a partir do mesmo, introduzir internamente a regra por meio de decreto.

Flávia Piovesan (2000) demonstra a divergência quando trata das correntes monista e dualista. Para a corrente monista, o decreto não terá tamanha importância, visto que, quando o organismo internacional aprova o tratado, essa aprovação valerá também para o país que a ratificou. Em sentido contrário, a corrente dualista argumenta que a aprovação internacional não supre a premência do ato interno que demonstre a vigência desse tratado, pois são organismos diferentes.

Assim, em que pese à publicidade dos Tratados ratificados, conclui-se que, a divulgação desses no meio internacional não exclui a publicidade no âmbito do direito interno, sendo assim, haverá um órgão com competência para tornar pública às normas da Convenção. Conforme posto em tópico específico, o processo de formação dos tratados abrange a fase externa, realizado no plano internacional e a fase interna, que constitui os procedimentos de aprovação e ratificação adotados por cada Estado soberano.

A exigência da publicidade faz cair por terra o entendimento que não é necessário o Decreto do Presidente da República após a aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional.

Sobre a vigência da Convenção nº 158, convém registrar, ainda, a análise da vigência dos Tratados Internacionais, para que se possa atribuir maior clareza no exame da vigência desta Convenção no Brasil. Desse modo, a vigência dos Tratados subdivide em dois planos, temporal e espacial.

Saulo José Casali Bahia (2000) demonstrou com maestria a matéria, segundo o autor o plano temporal abrange a data que os tratados entraram em vigor, ou seja, será a data em que o tratado preceitua a sua vigência. Quando não houver essa data as partes poderão pactuar uma data específica. Ainda no plano temporal, há a situação em que o tratado especifica um período de tempo para que esse entre em vigor, é a chamada *vacatio*, ou ainda poderá regulamentar um número mínimo de

adeptos para que ele comece a vigorar. No que tange ao aspecto espacial, os Tratados só irão ter vigência no País em que demonstrar vontade em ratificá-los.

É de se notar que poderá ocorrer também uma aplicação provisória das Convenções, ou então, o país que a ratifica poderá optar por aplicar parcialmente as disposições do Tratado, nada disso põem em risco a sua validade. Ocorre que, a aplicação provisória pode ocorrer em um momento anterior à vigência, como por exemplo, aqueles países que preferem esperar se aquelas normas irão se adequar a realidade do país. Após a aplicação provisória, o tratado entrará em vigor.

A vigência de um Tratado, no plano nacional, depende dos requisitos analisados anteriormente, conceitos básicos que contribuem para o entendimento do assunto. Curiosa é a vigência da Convenção nº 158 no Brasil. Enquanto de um lado a Convenção teve uma rápida passagem no ordenamento brasileiro (logo após a sua ratificação ela foi revogada), ela trouxe diversos questionamentos que duram até os dias atuais. Questionamentos esses que variam em suas mais amplas dimensões, todos serão observados em capítulo específico.

A Convenção foi enviada para aprovação do Congresso Nacional no governo do Presidente Itamar Franco, ela foi aprovada através do Decreto Legislativo n.68, de 16 de setembro de 1992. O art. 16.3 da Convenção expõe que quando a ratificação estiver sido registrada na OIT, essa entrará em vigor no país 12 (doze) meses após a ratificação, dessa maneira ela foi ratificada no Brasil em 05/01/1995, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, portanto, o prazo começou a contar a partir desta data.

A convenção entrou em vigência no ordenamento Brasileiro em 06/01/1996, cumprindo a formalidade prevista pela Convenção. Em 10/04/1996 a Convenção ganhou executoriedade através do Decreto nº 1.855 do poder executivo, com isso, ela foi promulgada e daí começou a surgir divergências. A Confederação Nacional da Indústria apresentou ADIN 1480-3, pleiteando a incompatibilidade da Convenção com o art. 7º, I da CF.

Logo após a sua aprovação pelo Congresso Nacional, surgiu uma enxurrada de processos, críticas a Convenção, revoltas dos empregadores e aplausos da maioria da classe trabalhadora. Assim, para evitar maiores problemas, o Ministro do trabalho

Paulo Paiva sugeriu ao Chefe do Executivo que revogasse a Convenção, o que mais tarde veio a acontecer.

Apesar de cumprir com os mandamentos do Direito Internacional Público, em virtude de interesses conflitantes, nota-se que, a Convenção 158 integrou por pouco tempo o ordenamento jurídico interno. Por essa razão, hodiernamente, o Brasil não está vinculado a ela. Desta forma, é oportuno examinar a denúncia deste tratado, momento no qual a Convenção deixou de vigorar no Brasil.

5.4 DENÚNCIA DA CONVENÇÃO Nº 158 E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

É sabido que os tratados poderão ser extintos do plano internacional, assim como no âmbito do direito interno. Contudo, sobre o tema em estudo, é válido examinar apenas uma das formas de extinção do tratado no direito interno, sendo a denúncia objeto deste trabalho, tratando-se da forma como se procedeu à extinção da Convenção 158 da OIT no Brasil.

De acordo com a Convenção, os Estados-membros que ratificaram o referido instrumento internacional poderão denunciá-la desde que cumpra com as formalidades estabelecidas pela OIT. Desta feita, é dada a possibilidade de revogação da Convenção nº 158, sendo que a denúncia deverá ser feita após um prazo de 10 anos, esse prazo começa a contar a partir da data em que a Convenção entrou em vigor.

Acerca deste prazo, há divergências quanto à data inicial para a contagem deste, pois poderá ser a data que entrou em vigor no país que ratificou a Convenção, ou então, a data que ela passou a vigorar internacionalmente, a partir da sua aprovação em âmbito internacional.

João Filipe Sabino (2010) em sua tese de mestrado defende que será a data que a Convenção passou a vigorar internacionalmente, pois foi utilizada a expressão “*vigor inicial*”, devendo ser interpretada a expressão no sentido que a Convenção passou a vigorar pela primeira vez em 23/11/1985.

Ademais, narra Arião Sayão Romita (2008) que o prazo de 10 anos começa a fluir a partir da vigência objetiva do tratado, e essa se dá como registro mínimo de duas ratificações dos Estados-membros.

Se for levado em conta que o prazo para fazer a denúncia começa a ser contado a partir do dia em que a Convenção passou a vigorar internacionalmente, ou seja, em 23/11/1985, a denúncia praticada pelo chefe do poder executivo cumpriu com os ditames normativos, já que em 20/11/1996 o Brasil denunciou a Convenção, logo, foi feita dentro do prazo estipulado de 10 anos. Em sentido contrário, se for considerada a data em que a Convenção passou a vigorar no Brasil, sendo essa em 06/01/1996, a denúncia, nesse caso, não cumpriria os ditames normativos.

Nesse desiderato, cumpre ressaltar que apesar das divergências suscitadas, a opinião majoritária está voltada para a vigência objetiva. Nesta ótica, prossegue Arion Sayão Romita (2008 p.26): “a denúncia não é regulada pela Constituição da OIT. Depois de 1928 as convenções adotadas pela OIT autorizam a retratação com intervalos de 10 anos”.

O ilustre autor cita texto de publicação da OIT, cujo teor merece destaque: “tratando-se de convenções adotadas depois de 1928 a retratação é autorizada geralmente com intervalos de dez anos a partir da data em que a convenção entrou pela primeira vez em vigor”²². Com base no exposto, não restam dúvidas de que o prazo de 10 anos começa a contar a partir da vigência em plano internacional, a passo que a OIT já emitiu publicação oficial nesse sentido.

Em 20 de novembro de 1996 o Brasil denunciou a Convenção nº 158. Assim como a aprovação e a ratificação, a denúncia também ocorreu no governo de Fernando Henrique Cardoso, o então presidente da República fez a denúncia mediante ato unilateral, sem consulta ao Congresso Nacional. A Convenção deixou de vigorar no Brasil em 20 de novembro de 1997.

A OIT considerou como válida a revogação do tratado internacional, constando assim, no sítio da OIT, que o Brasil foi o único país a denunciá-la, desse modo, restou estampado à validade desta denúncia. Sendo esse um importante argumento

²² *Las normas internacionales del trabajo- manual de educación*, Ginebra 1978, p. 50. Fonte citada por Arion Sayão Romita (2008, p.26)

para considerar a data de vigor inicial aquela em que a Convenção passou a vigorar pela primeira vez em território internacional.

Após o registro da denúncia, começaram a surgir divergências quanto a sua constitucionalidade. Frisa-se que, o ato foi praticado de forma unilateral pelo Presidente da República, este denunciou a Convenção sem a manifestação do Congresso Nacional. Deveria o Presidente consultar o Congresso Nacional em momento anterior a prática do aludido ato?, há divergências em torno da matéria. Portanto, é de se notar que as controvérsias não se resumem quanto à aplicabilidade da Convenção no Brasil, mas também quanto à constitucionalidade da denúncia praticada pelo presidente.

Há quem considere a denúncia como válida, pois se o presidente tem competência para ratificar, teria também para denunciar, sendo inerente a sua competência. Em sentido contrário, há aqueles que defendem a inconstitucionalidade deste ato, sustentando que é necessária a anuência do Congresso Nacional, vez que, o Estado se obriga a uma Convenção através de um ato complexo, aprovação do Parlamento e ratificação pelo Presidente da República, sendo assim para se desvincular deste também será necessário à demonstração da vontade de ambos.

Thiago Borges (2011) lembra que, em 1926 houve um parecer de Clóvis Bevilacqua cujo assunto era o Tratado da Liga das Nações. No mencionado parecer o renomado jurista afirmou que é fundamental a anuência do Executivo e do Legislativo para vincular o país a um tratado, contudo, não há necessidade da comunhão de vontade de ambos para a formalização da denúncia, bastando, apenas, o ato de um dos referidos poderes.

A respeito do assunto, inicialmente, deve-se analisar os dispositivos da Carta Magna que regem a matéria. O art. 49, I da Constituição Federal trata da atribuição do Congresso Nacional, cuja redação merece transcrição “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, este dispositivo expõe que é competência exclusiva do Congresso Nacional. De outro lado, há a competência do Presidente da República sobre o assunto em questão, encontra-se estampado no art. 84, VIII da Constituição Federal “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Diante dos dispositivos citados anteriormente, a Constituição deixou margem para interpretação, uma vez que não explicitou como e por quem será feita a revogação dos tratados internacionais, o que abriu caminho para diferentes interpretações acerca do assunto.

A Carta Magna cuidou de atribuir ao Congresso Nacional a análise da aprovação dos tratados celebrados pelo Presidente, preceituando que os tratados internacionais serão referendados pelo Parlamento. Quando dispõe “resolver definitivamente”, nota-se que o ato não se resume a mera aprovação, mas também a revogação das Convenções, pois o termo em destaque abrange também um ato final.

Os dispositivos da Constituição são claros, quando tratou da competências do Congresso Nacional, não restringiu esta ao complemento de nenhuma autoridade ou órgão, porém, o mesmo não aconteceu com a competência atribuída ao Chefe do poder Executivo, o seu ato fica condicionado a autorização do Parlamento. Assim, a análise dos dispositivos comentados, evidenciam a inconstitucionalidade da denúncia realizada por Fernando Henrique Cardoso, extrapolando a sua competência atribuída pela *lex matter*.

Thomas Bustamante (2004) evidenciou três diferentes teses que abordam a denúncia praticada pelo Presidente. A primeira delas foi à tese do princípio do ato contrário, teve o seu surgimento na casuística nos Estados Unidos. Essa tese conclui que é no mínimo lógico que se é atribuição do Congresso aprovar tratados, será, conseqüentemente, também a sua atribuição revogar.

Há ainda a tese de Clóvis Beviláqua, sustentada no fato de que se há no tratado a possibilidade de denúncia, quando o Congresso aprova, não há qualquer impedimento para a denúncia do Presidente, esse só vai cumprir com a possibilidade estampada no tratado. E por último, o autor examina a tese de José Francisco Resek, em que defende a possibilidade de denúncia unilateral pelo Presidente da República, para Resek uma única vontade é suficiente para o ato, pois desobrigar o País a um tratado não necessita de mais de uma vontade, essa só é necessária para assumir a obrigação, como a aprovação.

No mais, diante das divergências existentes acerca da inconstitucionalidade da denúncia, Arnaldo Sussekind (2008) afirma que, o chefe do Executivo não agiu

corretamente ao fazer a denúncia, pois, trata-se de ato jurídico complexo, sendo assim, deve ser praticado da mesma forma como foi aprovado, sendo necessária a anuência do Congresso Nacional.

Diante de todas as divergências existentes, não restam dúvidas sobre a aprovação e posterior promulgação da Convenção no Brasil. O Presidente cumpriu com as suas atribuições no que tange a ratificação dos tratados. A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente, não há o que se falar acerca da constitucionalidade da ratificação.

Destarte, a denúncia feita sem autorização do Congresso Nacional é inconstitucional, sendo essencial a manifestação do Parlamento. Caso seja considerada como constitucional, ainda assim surgiriam problemas. Assim sendo, sabe-se que, a organização internacional do trabalho elabora Convenções que amplia os direitos dos trabalhadores, trata-se de direitos humanos.

A denúncia aniquilaria com a vedação ao retrocesso social, a Convenção nº 158 no momento em que ela passou a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro ampliou o direito dos trabalhadores. Porém quando ela deixou de fazer parte do sistema pátrio, representou um verdadeiro retrocesso social, conforme escreveu João Felipe Sabino (2012, p. 181):

O presidente da República, no que diz respeito aos tratados normativos, deve submeter a denúncia ao Congresso Nacional e, mesmo assim, a denúncia somente seria autorizada caso ocorresse por força de uma ampliação de direitos dos indivíduos, por força do art. 60, § 4, da CF., já que a Convenção nº 158 da OIT é tratado internacional de direitos humanos e ingressou no ordenamento jurídico nacional no patamar constitucional.

Em suma, verifica-se a inconstitucionalidade da denúncia pelo Presidente da República, por dois motivos. Foi realizada de forma unilateral, sendo salutar a aprovação do Parlamento, e por último, trata-se de direitos humanos, uma vez incorporado no ordenamento jurídico interno, não poderá ser suprimido.

5.3 ADIN 1480-3 e ADIN N° 1.625

Em torno da polêmica existente sobre a incompatibilidade formal e material da Convenção nº 158 no Brasil, bem como a eventual inconstitucionalidade da

denúncia feita pelo Presidente da República, se faz necessário a análise das ações que permeou os debates.

Logo após a promulgação da Convenção mediante o Decreto presidencial, a Confederação Nacional de Indústria e a Confederação Nacional do transporte ajuizaram a ADIN 1480-3, formando, desta feita, litisconsórcio ativo.

As aludidas Confederações arguíram a inconstitucionalidade da Convenção no que tange o seu aspecto formal e material. Asseveraram que a Convenção é incompatível formalmente com art. 7º, inciso I, da Constituição federal, que traz a exigência de uma lei complementar para regular a dispensa arbitrária. Demais disso, o dispositivo proclama que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”(CARVALHO, 2010).

Nesse diapasão, sustentaram o argumento de que a Constituição Federal proclama a exigência de uma lei complementar para regular a dispensa arbitrária, e, portanto, haveria uma incompatibilidade da Convenção com esse requisito, pois o mencionado tratado não poderia desempenhar a função da lei complementar.

No tocante o aspecto material, foi salientado que, quando houver a despedida arbitrária, o art. 10 I, do ADCT preceitua uma indenização de 40% sobre o FGTS. Sendo assim, quando a Convenção determina que o empregado despedido injustificadamente poderá ser reintegrado no empregado, está conflitando com a indenização prevista na norma constitucional. Convém ressaltar, também, que o objetivo da ADIN 1480-3 é reconhecer inconstitucionalidade do art. 4 a 10 da Convenção, com pedido de liminar.

Para apreciar a matéria, foi encaminhado ao Legislativo e Executivo pedido de esclarecimento acerca do fato. Para após os esclarecimentos prestados, a ADIN ser encaminhada para julgamento.

No que permeia a matéria, passou a ser analisado o processo de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio. Incumbe a Constituição Federal tratar sobre o assunto, no que se refere a sua incorporação e vigência. A jurisprudência do STF é uníssona quanto à aplicabilidade imediata da Convenção quando aprovada e promulgada no ordenamento interno. (ROMITA, 2008)

O Presidente da República suscitou a questão da incompetência do STF para o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais. Tal afirmativa não logrou êxito, visto que foi acolhida a tese que a Constituição da República tem supremacia sobre qualquer outra norma, inclusive as normas internacionais. Por este prisma, qualquer norma que venha a colidir com os preceitos constitucionais não poderá ter validade. Justificando, nessa medida, a competência do STF para examinar a matéria.

Em 04/09/1997, o Supremo Tribunal Federal acolheu parcialmente o pedido de liminar, em medida cautelar, ao julgar a ADIN 1480-3. Ressalta-se que, o Presidente da República denunciou a Convenção através do Decreto 2.100/1996, dessa forma o processo foi extinto por perda do objeto, o que significa dizer que o STF considerou a denúncia como válida.

Após a denúncia da Convenção, a CONTAG, Confederação Nacional dos trabalhadores na Agricultura, ajuizou ADIN nº 1.625 com intuito de ver decretada a inconstitucionalidade de tal ato. A Confederação argui que o Presidente da República extrapolou a sua competência no momento em que revogou a Convenção sem a consulta do Congresso Nacional. Foi enfrentado em tópico anterior, as teses contrária sobre a exigência de anuência do Congresso Nacional para denunciar o tratado.

É de se consignar que a ADIN nº 1.625 ajuizada não se restringir a análise da Convenção pelo seu aspecto formal, mas também pelo seu aspecto material. A CONTAG suscita a compatibilidade da Convenção com o ordenamento interno, por fim, sua aplicabilidade com o art. 7, I da Constituição da República.

A ADIN ainda pende de julgamento, restando o pronunciamento da ministra Helen Gracie. O julgamento da ADIN nº 1.625 poderia acabar com o celeuma quanto a aplicabilidade e a constitucionalidade da Convenção nº 158 no Brasil. Enquanto isso resta esperar o pronunciamento do STF.

As ações examinadas alhures traduzem, em síntese, os debates que permeia a aplicabilidade da Convenção tanto no seu aspecto formal como material. Fixadas essas premissas, é salutar uma análise específica sobre os reflexos sociais e econômicos que a eventual aprovação da Convenção causaria no Brasil, assim

como os diversos argumentos que giram em torno da sua promulgação, objeto do próximo capítulo.

6 ANÁLISE DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT E DO ART. 7º, I DA CF

Um dos maiores celeumas da atualidade é harmonizar a proteção do emprego com a maximização da lucratividade das empresas. É do conhecimento de todos que o sistema pátrio brasileiro confere, em sua mais ampla dimensão, medidas para a concretização dos direitos dos trabalhadores, porém, questiona-se se tais medidas são efetivadas.

Nesse compasso, consoante esposado ao longo deste trabalho, a Convenção 158 da OIT, instrumento normativo internacional, surgiu para efetivar a continuidade do vínculo laboral. Não obstante, o art. 7, inciso I, da Constituição Federal, contempla a proibição da despedida imotivada, objetivando a permanência dos empregados em seus postos de trabalho.

Com o fito de coibir a dispensa arbitrária, surgiram assimetrias de argumentos no que tange a aprovação da Convenção 158 no Brasil. Nesse desiderato, é relevante esmiuçar neste capítulo as diferentes posições acerca da aplicabilidade da Convenção e a sua relação com a ordem jurídica brasileira. Incumbe, também, analisar se o aludido tratado está em conformidade com a realidade social brasileira, para que se possa concluir, em meio a gama de argumentos, se há compatibilidade com o direito interno.

6.1 VEDAÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA ART.7º, I, DA CF

O emprego, meio de subsistência do obreiro, concretiza-se na maioria das vezes através do contrato de emprego. Diante da sua notória importância, cuidou o legislador constituinte vedar à dispensa arbitrária, materializando a proteção do emprego através do art. 7, inciso I da Constituição Federal:

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;

O dispositivo constitucional apresenta um texto vago, não enfrentou totalmente o assunto da despedida arbitrária, concedendo a referida tarefa para a lei complementar. Quiçá o legislador foi influenciado pelas críticas sobre o antigo regime da estabilidade decenal, bem como o temor na proibição da dispensa por iniciativa do empregador. Restou patente que o legislador conseguiu expor a sua fragilidade, ao invés de demonstrar uma solução para o assunto (ÁLVARES, 1992).

Luiz Carlos Robortella (2005) verberou que a estrutura de garantia do emprego é há muito tempo objeto de preocupação no meio jurídico, pois consiste, diversas vezes, na ingerência do Estado na economia e na limitação da administração empresarial e dos seus subordinados.

Cumprir referir que a despedida arbitrária foi inicialmente tratada pela Lei. 6.514/77, colaborando com a redação do art. 165²³ da CLT, tal dispositivo trata somente daqueles representantes dos obreiros nas CIPA'S, porém é útil para verificar que a despedida arbitrária é há muito tempo alvo de preocupação pelo legislador (CARVALHO, 2010).

A respeito do tema, interessante anotar a diferenciação sobre os conceitos de despedida arbitrária, garantia de emprego e estabilidade. Weliton Carvalho (2010, p.949) leciona que “a despedida arbitrária é exercício de desvio de direito potestativo do empregador. Em síntese: rescisão unilateral do contrato de emprego sem justificação jurídica”. Luciano Martinez (2011, p.556) esclarece a diferença entre garantia de emprego e estabilidade:

A expressão “garantia de emprego” revela-se como um gênero de proteções, no qual estão inclusas as espécies **estabilidade** e a **garantia de emprego em sentido estrito**. A estabilidade caracteriza-se pela vedação da rescisão patronal e pelo direito à reintegração no emprego. [...]

A garantia de emprego em sentido estrito por outro lado caracteriza-se pela turbação da possibilidade de rescisão patronal e pela imposição de indenização contra quem quer despedir um empregado garantido. Em outras palavras: a garantia de emprego em sentido estrito desencoraja o ato de desligamento por iniciativa patronal, por isso se impõe, a título condicional, o pagamento de indenizações para aqueles que, apesar dos óbices, insistem na medida. [...]

²³ Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro

Diante da exposição dos conceitos pelo autor, a ilação é de que a Constituição Federal ao assegurar a proteção do emprego contra a despedida imotivada ou sem justa causa contempla a garantia de emprego em sentido estrito. Nota-se que o dispositivo constitucional faz referência a uma lei complementar que ao tratar da proteção a despedida arbitrária “preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Nessa medida, o diploma constitucional utiliza-se do termo indenização e não reintegração, ao passo que não se coaduna com a estabilidade. Essa última caracteriza-se pela impossibilidade de dispensa do obreiro por iniciativa do empregador, salvo situações expressas no ordenamento jurídico. Contudo, o art. 7, I da CF não constitui uma impossibilidade de dispensa, mas uma vedação a cessação do vínculo empregatício sem justificação.

Oportuno lembrar que, ainda não há lei complementar regulando a matéria. O art. 10, inciso I, do ADCT prevê indenização compensatória para a hipótese de ser verificada a despedida arbitrária, enquanto a lei complementar se faz inexistente.

O entendimento esposado acima é alvo de divergências, Arion Sayão Romita afirma que a lei complementar incumbida de regular a matéria irá disciplinar indenização compensatória e “outros direitos”, porém, não poderá fazer parte desses direitos à reintegração. Salienta-se que, não comungam do mesmo entendimento renomados juristas como Rodolfo Pamplona Filho, Eduardo Gabriel Saad e Antônio Álvares (BONNESS, 1996, P.117-118).

Conforme posto, o art. 7, I, da Lei Maior, plasma duas correntes de interpretação no que tange a garantia de emprego. A primeira corrente na qual se filia a doutrina majoritária, a exemplo de Arion Sayão Romita e Celso Ribeiro Bastos, defende que a Constituição da República ao substituir a estabilidade decenal pelo regime do FGTS aniquilou com a estabilidade, dispondo apenas alguns casos excepcionais de estabilidade provisória, a exemplo do art. 10, II, a, do ADCT o qual proclama a estabilidade do cipeiro quando “eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato”.

Cumprir referir que a posição adotada neste trabalho está voltada a doutrina majoritária, com uma ressalva. A Magna Carta assegurou a garantia de emprego em

sentido estrito, sendo equivocado afirmar que não há previsão para garantia de emprego no sistema brasileiro. O que não há é a estabilidade absoluta, espécie do gênero garantia de emprego, porém, quando o legislador proclamou a aludida indenização compensatória, provocou desestímulo para a cessação do contrato.

Há juristas que afirmam não existir garantia de emprego na ordem jurídica brasileira, pois o art. 10, I, do ADCT contempla uma indenização compensatória, demonstrando que a intenção do legislador constituinte não foi disciplinar a reintegração do obreiro e sua consequente estabilidade, razão pela qual foi substituída pelo direito de dispensa do empregador, desde que pague a indenização prevista.

Luiz Carlos Robortella (2005, p.165) aduz que, no Brasil, o modelo de estabilidade está sendo substituído pela defesa contra a despedida injustificada. O objetivo é proporcionar a proteção do obreiro no emprego em consonância com o desenvolvimento tecnológico e a preservação da empresa.

Os argumentos esgrimidos tem repercussão na Convenção 158 da OIT, na medida em que o mencionado tratado conclama a reintegração do empregado quando a dispensa não tiver um justo motivo abordado na Convenção. Os defensores da inaplicabilidade do referido tratado multilateral, alega a sua incompatibilidade com o direito interno, visto que a Lei Maior tratou da indenização, e não fez referência a reintegração, bem como a estabilidade.

Os defensores da sua aplicabilidade alegam que, a lei complementar poderá estabelecer a reintegração do obreiro no emprego, assim como indenizações, seria, portanto, a Convenção 158 aplicável no Brasil. As controvérsias acerca da aplicabilidade serão apreciadas com maior ênfase ao longo deste capítulo.

De todo modo, apesar das controvérsias existentes sobre a garantia de emprego, o art. 7, I da Constituição tem o objetivo de assegurar a proteção do emprego e coibir as despedidas arbitrárias. Porém, é de se consignar que, no Brasil, o sistema vigente é o da dispensa imotivada, apesar da supracitada vedação constitucional ela constitui uma prática diária na sociedade brasileira, bastando o pagamento de uma indenização compensatória para que a dispensa se viabilize.

6.2 INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste tópico serão examinados contrapontos da Convenção 158 com o sistema brasileiro, para que em tópico posterior seja enfrentada a questão da aplicabilidade ou não deste tratado no Brasil.

Nota-se que ao dispor sobre “término da relação de trabalho por iniciativa do empregador”²⁴, a convenção trata do contrato de emprego, pois utilizou-se do termo “empregador”. Importante recordar que na dicção do art. 2º buscou a OIT englobar todos os ramos empresariais, bem como todos os empregados, salvo hipóteses em que o contrato prevê o término, por exemplo, contrato de experiência e aqueles de duração determinada.

Diante da matéria, cabe analisar a súmula 390 do TST:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

A súmula abrange a proteção conferida pelo art. 41 da Constituição Federal, assim como da OJ nº 247²⁵. Os servidores públicos adquirem estabilidade após três anos de exercício da função, cuja despedida só poderá ser concretizada por meio dos procedimentos previstos no referido dispositivo constitucional. Nesta ótica, José Maciel (2010, p.918) afirma que, no caso dos empregados públicos não há o que se falar em direito a não ser despedido arbitrariamente, pois há uma proteção maior conferida a eles, a estabilidade.

²⁴ Sussekind, Arnaldo. Convenções da OIT e outros tratados. São Paulo: LTr, 2007.

²⁵ "SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

1. A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

2. A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais."

A despeito do art. 2º da Convenção 158 conclamar o alcance das suas normas a todas as categorias de empregados, salvo aqueles contratados por duração determinada, há ressalva de que os Estados-membros ao ratificarem a Convenção poderão excluir determinadas categorias de empregados, cujas disposições especiais proporcionam proteção compatível ou maior do que aquela abordada pela Convenção. Portanto, a referida exceção seria adequada aos funcionários públicos.

Quando a despedida não estiver pautada em um dos motivos previstos pela Convenção, o obreiro poderá recorrer do ato através de um órgão neutro. Em harmonia com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o empregador poderá se valer do seu direito de ação. Paulo Emílio Vilhena (1996) argumenta que, quando a Convenção deixa a cargo do juiz decidir a continuidade do emprego, ela é contrária a postulados e preceitos constitucionais, tendo em vista que a Magna Carta definiu as hipóteses em que haverá continuidade do vínculo. Ademais, o juiz deverá cumprir com a ordem constitucional, não podendo transportar a ele a cessação ou não do emprego, mas sim fazer prevalecer á vontade da Lei Maior.

Não compartilha do mesmo entendimento Gustavo Gonçalves (1996) o qual argumenta que a Convenção 158 garante o devido processo legal. O autor frisa que, na seara trabalhista, o mencionado instituto aparenta existir apenas para os empregados despedidos por justa causa, portanto, as normas do Tratado abarca o instituto que é revestido de essencialidade nos diversos ramos jurídicos, assegurando a possibilidade de defesa do acusado.

A CLT ao tratar da estabilidade, prevê no art. 495 a readmissão do empregado quando despedido sem ocorrência de falta grave. O art. 496, por sua vez, disciplina a possibilidade da readmissão ser convertida em indenização, em virtude das circunstâncias do caso impossibilitar a reintegração.

Os dispositivos trabalhistas supracitados expressam o sentido no qual deve ser interpretada a Convenção. Assim, configurada a arbitrariedade do empregador pelo juiz do trabalho ou arbitral, a cessão imotivada do vínculo laboral deverá ser anulada, determinado que o empregado seja readmitido.

O art. 10 da Convenção prevê a aludida hipótese, estabelecendo que diante da impossibilidade de reintegração do obreiro, será fixada uma indenização ou outro ressarcimento. Demais disso, é de se notar que o cerne da Convenção é a

reintegração do obreiro despedido arbitrariamente, de modo que a indenização só será aplicada quando a readmissão não for possível.

A indenização disciplinada pela Convenção não poderá ser confundida com aquela do art. 10, da ADCT, pois foi formulada para um caso diverso em que os empregados não são readmitidos quando configurada a dispensa arbitrária. É de se frisar que a indenização exposta no art. 496 da CLT está a par de igualdade com aquela tratada pela Convenção, pois apesar de tratar da estabilidade, o referido diploma trabalhista ampara o mesmo objetivo expressado no art. 10 do Tratado (REIS, 2010).

Através de arbitramento pelo organismo neutro será fixada a indenização, a qual, no Brasil, se coaduna com os casos de dano moral, em que o juiz leva em conta diversas peculiaridades no caso para arbitrar o valor da indenização a ser pago.

Cosozante tratado em tópico sobre os aspectos gerais da Convenção 158, o art. 11 estabelece a exigência do aviso prévio por parte do empregador quando este decidir extinguir o contrato. Sabe-se que o art. 487 da CLT também dispõe sobre o referido instituto trabalhista, porém, conforme salientou Antônio Álvares (1996) a finalidade do pré-aviso na Convenção 158 é mais extensa do que aquela proporcionada pela ordem justralhista, pois além do aviso prévio é necessário a exposição dos motivos que levaram a dispensa.

Ainda no que diz respeito ao aviso prévio, há na CLT a possibilidade deste ser indenizado, assim como na Convenção, o empregador ao invés de conceder o aviso prévio, indeniza o obreiro pela falta deste.

Por fim, devido a sua importância no sistema brasileiro, é de relevância abordar o art. 12 da Convenção. A finalidade do referido dispositivo é proporcionar ao empregado o seu sustento até que possa encontrar novo emprego. Para garantir tal objetivo, o diploma internacional conclama duas medidas: a primeira atribui esse suporte a empresa por meio de uma indenização conferida ao obreiro, à segunda medida é atribuída ao Estado por meio do seguro-desemprego. Salienta-se que, poderão as duas medidas ser aplicadas conjuntamente, assim sendo o empregado se beneficiará de ambas (ÁLVARES, 1996).

Conforme posto, a incidência da Convenção 158 no Brasil traz uma série de peculiaridades que se entrelaçam com a ordem interna, seja por prever institutos

que já fazem presentes no ordenamento jurídico pátrio ou por disciplinar situações que poderão maximizar a proteção dos trabalhadores.

6.3 APLICABILIDADE OU INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 158?

A ratificação da Convenção 158 no Brasil provocou uma avalanche de reivindicações, em especial dos empresários que tiveram que readmitir os empregados quando assim determinavam as decisões trabalhistas. Porém, a sua denúncia não fez enterrar as discussões que permeavam a eventual aplicabilidade deste instrumento internacional, tais debates permanecem em destaque nos dias atuais.

Dados extraídos do IBGE em fevereiro de 2012²⁶ demonstram que a população ativa no Brasil é de 24 milhões de pessoas, sendo que a população ocupada é de 22,6 milhões. Logo, a taxa de desempregados é de aproximadamente 1,4 milhões de pessoas, porém a estimativa teve uma melhora de 8,6% quando comparada com fevereiro de 2011.

Apesar da melhora significativa na taxa de desocupados no Brasil, o desemprego é um fenômeno que ganha atenção no país, devido os males que irradiam a sua existência. Salienta-se que, também há o caso daqueles que trabalham na informalidade, fator que impede o direito do trabalho atuar sobre esse grupo de pessoas.

Ademais, teria a Convenção 158 o condão de conferir proteção àqueles que não detêm dela? Atribuiria maior segurança aos trabalhadores nos seus postos de trabalho? E, por fim, estaria em consonância com o desenvolvimento econômico das empresas e a abertura de novas ofertas para o mercado de trabalho?. São questionamentos cujas respostas são alvo de profundos debates no meio jurídico, alguns defensores, outros contra a ratificação da Convenção.

Importante frisar que, o foco deste tópico será esmiuçar os pontos que causam maiores reflexões quanto à vigência da supracitada Convenção. Preliminarmente, a repercussão da exigência de uma lei complementar para regulamentar o art. 7, I, da

²⁶ De acordo com dados constantes no sítio do IBGE, a pesquisa foi realizada em seis regiões metropolitanas: Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre.

CF; a discussão quanto à revogação da estabilidade no ordenamento constitucional, assim como a incompatibilidade com a reintegração disciplinada pela OIT, e, por fim, a compatibilidade ou incompatibilidade do texto do Tratado com o modo de dispensa em vigor no Brasil.

Inicialmente, cabe examinar, se a Convenção poderia regulamentar o art. 7, I da Constituição Federal, já que o constituinte reservou a matéria para a lei complementar. José Francisco Neto (1996) destacou que, o dispositivo constitucional foi claro na sua intenção de reservar a regulamentação da vedação à dispensa arbitrária por meio de uma lei complementar. Nesse aspecto, todo o conteúdo da Convenção 158 que tem relação com o art. 7º, I da CF, deverá ser tratado por lei complementar.

O mencionado autor ensina que, a solução mais razoável para por fim ao problema seria a elaboração de um projeto de lei no qual disciplinaria o dispositivo constitucional, bem como a Convenção 158, com o fito de ser aprovado pelo Congresso Nacional após a ratificação da Convenção. Dessa forma, o autor exalta a necessidade da matéria ser regulamentada por lei complementar, para ele isso não significa dizer que a Convenção é inaplicável no ordenamento interno, mas que é necessário cumprir com as exigências do legislativo.

Flávia Piovesan (2002) não compartilha do mesmo entendimento exposto acima. A renomada autora expõe que, o art. 5º, § 2º²⁷ insere os Tratados pactuados pelo Brasil no rol dos direitos constitucionais protegidos. Quando realiza a incorporação, a Lei Maior expressa uma posição hierárquica própria para os Tratados internacionais, são transformados em norma constitucional, exercendo, nessa medida, tal hierarquia. Destaca-se que, os Tratados devem versar sobre direitos humanos, só assim terá a mencionada posição.

Claudenir Alves (2009) segue a mesma opinião de Flávia Piovesan, ressaltando que caso não seja aceita a ilação exposta pela autora, poderia ser levado em conta à posição do STF a qual atribui aos Tratados que versam sobre direitos humanos a posição de norma supralegal. Tal entendimento teve início com o julgamento do RE 466343/SP, cuja ementa merece transcrição:

²⁷ Art. 5º, §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.

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. **Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas.** Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (negrito não constante no original)
(RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

O julgamento supracitado refere-se à ilicitude da prisão civil do depositário infiel. A Convenção Americana vedava a prisão civil, quando ela entrou em vigor no Brasil eivou de inconstitucionalidade a norma infraconstitucional que tratava da prisão civil, o que significa dizer que o Tratado assumiu posição supralegal, estando acima das normas infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição Federal. Tal posição faz com que o Tratado revogue lei ordinária ou complementar que não estiverem de acordo com ela.

Através da posição do STF, poderia chegar à conclusão que a Convenção 158 teria compatibilidade formal com o art. 7, I, da CF, uma vez que, teria posição superior à lei complementar. No mais, até mesmo o antigo posicionamento do STF não afastaria a compatibilidade formal da Convenção, pois, atribuía aos Tratados a mesma posição destinada às leis ordinárias, assim, é sabido que, não existe hierarquia entre lei complementar e ordinária (ALVES, 2009).

Destaque-se que os debates também gravitam em torno da vigência da estabilidade na Constituição Federal de 1988. Abalizados juristas a exemplo de Sussekind e Hugo Gueiros comentam que, quando a Lei Maior determinou o pagamento de uma indenização, restringiu a existência da estabilidade. Nessa linha de raciocínio, escreveu Hugo Gueiros (1989, p.436):

Ora, a garantia de emprego, na Constituição de 1988, não inclui necessariamente a estabilidade, mas, sim, a indenização compensatória da “despedida arbitrária ou sem justa causa”. Sendo assim, o legislador complementar, ao dispor sobre garantias contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, poderia criar ou não estabilidade. Mas, uma vez que o art. 10 do ADCT criou a indenização de 40% da conta individualizada do FGTS “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art.7º, I, da Constituição”, ficam revogadas, pela Constituição conjugada com o referido Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as disposições da lei ordinária (CLT) sobre proteção contra a despedida sem justa causa ou arbitrária, que não coincidam com o referido FGTS e a indenização de 40% dos respectivos depósitos.

Na mesma diretriz de pensamento, Suzana (2009) expõe que em 1982, ano em que a Convenção 158 passou a ter vigência no plano internacional, estaria em conformidade com a Magna Carta, pois nessa época estava em vigor no Brasil a estabilidade decenal. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, esse sistema foi substituído pelo regime do FGTS, não havendo mais a estabilidade definitiva, o que significa afirmar que a Convenção não se aplicaria mais ao Brasil, ao passo que o mencionado Tratado assegura a reintegração do obreiro no seu emprego.

Em sentido contrário, valemo-nos da opinião de Marcelo Mauad (1996) o qual destaca que o art. 7º da CF enumerou os mandamentos mínimos para efetivação da proteção dos direitos dos trabalhadores, sendo que o caput do dispositivo não excluiu outros direitos que venham ampliá-los. Desta feita, o dispositivo constitucional consigna o princípio da aplicação da fonte jurídica mais favorável, viabilizando as diversas fontes trabalhistas a garantir maiores benefícios aos trabalhadores do que aqueles proclamados na Magna Carta.

Cumprir referir ainda, se o texto da Convenção 158 é compatível com o modelo de dispensa em vigor no Brasil. Fernanda Marinho (2009) explicando a posição dos críticos contra a aprovação da Convenção, comenta que o temor gira em torno da perda do poder potestativo do empregador de descontratar, o que eliminaria a sua autonomia patronal, estando contrário a ordem jurídica interna do país.

Mauricio Godinho (2011) argumenta que, a Constituição defende a dispensa como direito potestativo; o art. 7º, I da CF é uma norma de eficácia contida, tem o condão de produzir efeitos jurídicos básicos, tais efeitos seriam o de invalidar dispensas arbitrárias pelo exercício do direito potestativo, com um mínimo de justificativa, seja ela qual for, socioeconômica, técnica, pessoal ou entre outras.

SABINO (2012) Entende que a Convenção não afronta o direito potestativo do empregador, pois a Constituição Federal ao contemplar a vedação à dispensa arbitrária em seu art. 7º, I conclui-se que não há uma autonomia absoluta do empregador de descontratar, pois a dispensa injustificada é vedada constitucionalmente. Havendo, portanto, total compatibilidade entre os dois sistemas.

Nesse sentido, Claudio Brandão (2011) destaca que não há um direito potestativo absoluto do empregador, e isso não se resume pela limitação desse direito pelo aspecto pecuniário dado aqueles que dispensam arbitrariamente o trabalhador. Há uma limitação a esse direito potestativo encontrada no art. 170 da CF, o qual inclui a valorização do trabalho humano e a existência digna.

Ademais, narra Paulo Emílio Vilhena (1996) que os preceitos da Convenção estão materialmente contrários aos princípios e normas do Direito do Trabalho, sobretudo no que tange a extinção do contrato de emprego, pois não se pode afirmar outra forma de cessação do vínculo, a não ser aquela estatuída na Constituição Federal, qual seja a indenização compensatória nos casos de dispensa arbitrária.

Ari Beltran (2008, p.82-83) cita alguns dispositivos presentes no arcabouço jurídico brasileiro, que faz justificar a desnecessidade da aprovação da Convenção, são eles:

A) Art. 7º, I, da CF: relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (a ser regulamentado por lei complementar); B) Art. 10, I, da ADCT: multa do FGTS elevada para 40%; C) Art. 10, II, da ADCT: veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) dos membros da CIPA; b) da empregada gestante até cinco meses após o parto; D) Art. 7º, III, da CF e respectiva Lei 8.036/90 (FGTS): depósito mensal de 8,0% da remuneração em conta vinculada do empregado; E) Art. 8º, VIII, da CF, vedando a dispensa do dirigente sindical, ainda que suplente, desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato; F) Art. 8º, caput, e inciso III da CF: liberdade sindical ampla, com organizações sindicais fortes e representativas, perfeitamente conscientes do direito de representação e defesa da categoria; G) Art. 9º da CF, assegurando de forma ampla o direito de greve, devidamente regulamentado pela Lei 7783/89; H) Lei 8.213/99, art. 118: assegura a estabilidade do acidentado até um ano após a alta.

Diante dos dispositivos retromencionados, o autor justifica que ainda não há necessidade da ratificação da Convenção 158, pois o sistema brasileiro oferece a devida proteção ao trabalhador, e a aprovação do referido instrumento internacional só causaria um ambiente de insegurança jurídica.

Consoante demonstrado no curso deste trabalho, a Convenção 158 traz uma série de divergências quanto a sua compatibilidade material e formal. À guisa de conclusão, insta salientar que ela não traz uma proibição absoluta da dispensa, o que muitos argumentam como uma negação ao direito potestativo do empregador. O que ocorre, na verdade, é uma regulamentação da extinção do contrato de emprego feito de forma arbitrária.

Ante tudo o que foi exposto, destaca-se que a Convenção é materialmente e formalmente compatível com a Constituição Federal, porém, isso não justifica a sua aplicabilidade no Brasil, pois os seus efeitos socioeconômicos devem ser observados, tema a ser estudado no próximo tópico.

6.4 REFLEXOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA CONVENÇÃO 158

O aumento das vagas no mercado de trabalho e a redução da taxa de desemprego sujeitam-se a combinação de diversos elementos fundamentais. Contudo, relevante ressaltar que, não há unanimidade nos argumentos quanto às causas para o desemprego em um país, porém, dentre os fatores mais relevantes, poderão ser citados: o avanço tecnológico, crises na economia e o caráter do ordenamento jurídico trabalhista e também previdenciário. Nesse viés, José Pastore (2008) destaca que, um arcabouço jurídico mais amigável contribui para o aumento da oferta de empregos, e em sentido contrário, leis mais severas desencoraja a contratação.

Diante do entendimento esposado pelo douto jurista José Pastore, questiona-se, nesse tópico, os reflexos sociais e econômicos que a ratificação da Convenção 158 poderia trazer ao Brasil. Nesse sentido, é nítido que um dos maiores desafios no mundo atual é compatibilizar a proteção conferida aos trabalhadores com o crescimento das empresas e a sua competitividade no mercado.

A Convenção 158 inviabilizaria o retromencionado objetivo? Para responder a essa pergunta é necessário destacar, sucintamente, o contexto socioeconômico de alguns países que ratificaram a Convenção²⁸. Oportuno frisar que, os Estados-membros dos quais fazem parte da OIT, tem gritantes diferenças entre si, por essa razão, o êxito da vigência desse Tratado em um país ratificante não serve de argumento para sustentar que desencadearia o mesmo resultado positivo no Brasil.

Os países que aderiram a Convenção 158 podem ser divididos em duas categorias distintas. A primeira fazem parte os Estados-membros subdesenvolvidos e detentores de uma legislação trabalhista precária. A segunda categoria é reservada

²⁸ A Convenção 158 encontra-se em vigor em 34 países. O Brasil foi o único que denunciou o Tratado.

para aqueles países desenvolvidos, cuja legislação trabalhista e previdenciária é altamente bem elaborada e eficiente. Salienta-se, também, que, os países que fazem parte deste último grupo detêm como uma das principais características o baixo crescimento populacional.(PASTORE, 2008)

Vê-se, pois, que as duas categorias apresentam características próprias das quais justificam a vigência da Convenção 158. Porém, o Brasil não se enquadra nos referidos grupos. O primeiro, no qual predomina os países africanos, não se compara ao Brasil, na medida em que a economia brasileira é mais desenvolvida que a maioria desses países, assim, é nítido que a ordem jurídica brasileira é amplamente protecionista aos trabalhadores, não há o que se falar em precariedade comparada ao primeiro grupo.

Contudo, quando comparado com os países desenvolvidos (a exemplo da Finlândia), o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer para alcançar a avançada estrutura desses países, sem contar que o contexto socioeconômico é distinto do caso brasileiro.

Diante das peculiaridades apresentadas, fica claro sustentar que a Convenção 158 deve ser analisada de acordo com as singularidades do Brasil, sendo suas particularidades sociais e econômicas. Assim sendo, consigna-se que, o Brasil tem uma extensa população economicamente ativa o que caracteriza a necessidade de estimular a abertura de vagas no mercado de trabalho, justamente para empregar a parcela da PEA que são enquadrados como desocupados. Essa é uma característica singular do Brasil, pois tanto os países desenvolvidos, quanto aqueles com baixíssimo nível de desenvolvimento, que ratificaram o Tratado, apresentam PEA inferior à brasileira.

Quando se compara a taxa de desemprego no Brasil do ano de 2007 para 2011, percebe-se que foi diminuindo ao passar dos anos. Em 2007 o desemprego totalizava 9,3 %, e em 2011 a parcela da população desocupada perfazia o total de 6%²⁹. Desse modo, o que se faz necessário examinar é se a Convenção 158 conseguiria contribuir com a diminuição dessa taxa.

Suzana Moraes (2009) afirma que, em uma análise socioeconômica brasileira, a aprovação da Convenção 158 só causaria maiores prejuízos, sendo necessário para

²⁹ Dados extraídos do sitio do IBGE: www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/trabalho_taxa.htm

o desenvolvimento econômico tomar medidas como: reforma tributária, investimento na educação e ajuste nas dívidas públicas. A autora assevera que medidas dessas categorias levarão ao desenvolvimento econômico do país, e, conseqüentemente, a elevação nas contratações, o que diminuiria a informalidade, característica marcante no Brasil.

José Pastore (2008) menciona pesquisa realizada pela “Organização para Cooperação Econômica e o Desenvolvimento” cujo estudo teve como foco a relação das legislações protetoras sobre a geração de emprego. A pesquisa evidenciou que ao restringir o poder potestativo do empregador (dispensa dos empregados), o resultado foi a queda das contratações de novos trabalhadores. O autor afirma que no Brasil a informalidade é tão marcante que o emprego formal é uma realidade distante da classe mais pobre, desse modo, para Pastore a aprovação da Convenção 158 iria aumentar a informalidade.

Diante de tudo quanto foi exposto, nota-se que a elaboração de leis mais protetoras dos empregados exige um estudo aprofundado sobre os seus possíveis impactos na economia. A tendência é que o empresariado busque a sua sobrevivência no mercado, e isso poderá ocasionar a irradiação do desemprego em virtude dos obstáculos da dispensa.

É nítido o desiderato que a aprovação da Convenção 158 causará impactos negativos para ambos os polos, empregado e empregador, minimizando a competitividade das empresas e diminuindo a formação de novos empregos.

7 CONCLUSÃO

Em que pese às divergências existentes acerca da aplicabilidade ou não da Convenção 158 da OIT no ordenamento jurídico nacional, no Brasil prevalece a dispensa arbitrária, apesar da vedação constitucional exposta no inciso I, do art. 7º da Constituição Federal.

O presente trabalho buscou analisar o referido dispositivo constitucional e a Convenção 158 da OIT, bem como toda a discussão existente quanto a sua eventual incompatibilidade material e formal com o sistema brasileiro. Pra o alcance do

mencionado objetivo, buscou-se examinar sucintamente o processo de incorporação dos Tratados internacionais no Brasil, de acordo com as peculiaridades adotadas pela OIT. Examinando, em seguida, a vigência da Convenção no Brasil, e a denúncia feita pelo Presidente da República, sem aprovação prévia do Parlamento.

Explicitada a rápida passagem da Convenção no Brasil, foi realizado contrapontos da Convenção 158 com o ordenamento pátrio, para que fosse construído o entendimento acerca da sua aplicabilidade. Fixadas essa premissa, concluiu-se que:

a) No segundo capítulo ficou nítido que o direito interno visa a continuidade do contrato de emprego, assegurando o princípio que versa sobre o assunto. Assim, a regra é a elaboração dos contratos por tempo indeterminado, restringindo as hipóteses em que haverá o contrato a termo.

b) Foi exposta uma gama de argumentos doutrinários acerca da inexistência da garantia de emprego na Magna Carta. Concluiu-se, contudo, que a despeito da substituição do antigo regime da estabilidade decenal pelo regime do FGTS, se faz presente à garantia de emprego na ordem jurídica nacional.

Apesar de existir raros casos de estabilidade provisória, a Lei Maior comporta a garantia de emprego em sentido estrito, sendo aquela que visa desencorajar o empresariado de extinguir o vínculo empregatício. A título ilustrativo há a indenização compensatória do art. 10, I, da ADCT, assegurando o fim último da garantia de emprego.

c) A respeito da vigência da Convenção 158 no Brasil, restou constatado que a denúncia realizada pelo Presidente da República é inválida, visto que, a prévia aprovação do Congresso Nacional é extremamente necessária, pois expressa o sentido colimado no art. 49, I da CF, o qual trata da competência do Parlamento para “resolver definitivamente os tratados”, tratando-se de ato complexo, tanto para a incorporação, quanto para a denúncia. Desse modo, exige-se a cooperação dos dois poderes, legislativo e executivo.

d) Diante da divergência quanto à compatibilidade formal da Convenção 158 com o art. 7, I da CF. Concluiu-se que, o referido dispositivo constitucional faz alusão a uma lei complementar para regular a matéria da dispensa arbitrária, porém, tal exigência não afasta a inexistência de vício formal da Convenção 158 com o ordenamento interno.

Não obstante as divergências existentes quanto hierarquia dos Tratados incorporados pelo Brasil (não constitui objeto de estudo do presente trabalho) frisou-se que o STF adotou a posição da supralegalidade, sendo assim, haveria compatibilidade formal. E mesmo que fosse adotado o posicionamento de que a hierarquia dos tratados era a mesma destinada às leis ordinárias, ainda assim a Convenção teria compatibilidade, uma vez que não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar.

e) Exposta a repercussão quanto à compatibilidade formal, passou-se a examinar a compatibilidade material da Convenção 158. Constatou-se que a Convenção assegura a reintegração do empregado despedido imotivadamente, porém, os seus dispositivos contempla também a hipótese em que a reintegração não será possível diante das circunstâncias do caso concreto, prevendo indenização para as referidas hipóteses.

Por este prisma, registra-se que não merece prosperar os argumentos de que a Convenção tem vício material, pois determina a estabilidade do obreiro, estabilidade essa que não se encontra mais vigente no ordenamento pátrio, salvo alguns casos de estabilidade provisória, a exemplo dos cipeiros. O cerne da Convenção é impossibilitar as dispensas arbitrárias, aquelas feitas sem ao menos uma justificacão acerca do ato.

A par disso, o Tratado estabelece as situações em que a dispensa poderá prosperar, o que significa dizer que o fito do diploma internacional não é garantir uma estabilidade para todos os obreiros, mas apenas determinar a reintegração daquele que foi privado da continuidade do contrato sem ao mínimo uma justificacão plausível para essa medida.

No que se refere às alegações de que a Convenção minimizará o poder potestativo do empregador de viabilizar a extincão do vínculo, pontua-se que, há expressa vedacão constitucional para dispensa arbitrária, apesar de inexistir lei complementar regulando a matéria, o que traz à baila que esse poder potestativo não é absoluto.

Nesse diapasão, restou patente que o aludido Tratado multilateral é materialmente compatível com o direito interno.

d) Consigne-se, ainda, o eixo central deste trabalho, o qual abrange a posicão aqui adotada, qual seja a inaplicabilidade da Convenção no Brasil. Malgrado a

compatibilidade formal e material da Convenção, bem como a invalidade da denúncia do Presidente da República, os seus preceitos não poderão ser aplicados no Brasil. Defende-se a ideia de que o sistema normativo brasileiro possui meios necessários para garantir a devida proteção do empregado, não havendo necessidade da ratificação da Convenção 158.

É de suma importância uma análise dos efeitos sociais e econômicos que a Convenção causaria, e conforme foi tratado no último capítulo, O Brasil apresenta características singulares que o diferencia dos países que ratificaram a Convenção 158. Assim sendo, os empregos informais é uma característica marcante neste país, nesse cenário, tem-se que a vigência da Convenção 158 em nada ajudaria para a mudança do referido quadro, ao contrário, poderia aumentar a informalidade provocando efeito inverso do esperado pela OIT, qual seja a garantia do emprego.

Nesse ordenar de ideias, conclui-se que malgrado a boa intenção dos defensores da aplicabilidade da Convenção, ela não deverá ser aprovada, visto que exige uma análise minuciosa dos seus reflexos socioeconômicos, e a tendência é que a realidade da sociedade brasileira não comporta a sua ratificação. No mais, o Brasil possui um arcabouço jurídico protetor aos direitos dos empregados, caso não tivesse, justificaria a aprovação do Tratado.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.67.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Consolidação das leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ: 1943.

_____. **Lei 9.029**, de 13 de abril de 1995. Brasília, DF, 14 abr.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM> Acesso em: 16. abril.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.466343. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 04 jun. 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000323&base=baseAcordaos>> Acesso em: 23.abril.2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3º Região. Ação Trabalhista. Reclamante: Adriana Marina Tadim. Reclamado: Ventura e Pereira Importação e Exportação Ltda. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. Minas Gerais, DJ 18 dez. 2009. Disponível em <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=20415274> Acesso em:16.abril.2013

GENEBRA, Convenção nº 158 da OIT, de 2 de junho de 1982. Dispõe sobre Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Sussekind, Arnaldo, **Convenções da OIT**, São Paulo, 2 ed, 1998, p. 338.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e Direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e doantes em Direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

BELTRAN, Ari Possidonio. A Convenção 158 em Debate. **Arquivos do instituto brasileiro de direito social Cesarino Júnior**. São Paulo: EME, v.32, 2008, p.71-84.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1989, V. 1.

BONESS, Maria das Graças Oliva. **Órgão do instituto bahiano de Direito do trabalho – Número especial do congresso internacional de Direito do Trabalho**. Salvador: Ergon, ano XLI – fasc I, jan./jun. 1996, p.106-120.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de direito internacional público e direito comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. Despedida sem justa causa do empregado: Princípios constitucionais como limitadores ao direito do empregador. **Teses da Faculdade Baiana de Direito** - Salvador: *Jus podivm*, v. 4, 2011, p. 57-76.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2011.

_____. _____. **Direito do trabalho**. 3 ed. Niterói: Impetus, 2009

CARVALHO, Weliton. Despedida arbitrária – concretização à espera do STF. **Revista Legislação do Trabalho e Previdência Social**. São Paulo: LTr, v.74,n.8, agosto, 2010, p. 947-954.

COSTA, Marcus Vinicius Americano. Extinção do contrato de emprego. **Ciência Jurídica do Trabalho**. Salvador: ano III, v. 23, set./out. 2000, p.38-47.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

KUMMEL, Marcelo Barroso. **As convenções da OIT e o Mercosul**. São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Gustavo Mano. O devido processo legal como pressuposto do despedimento e a convenção n.158 da OIT. **Órgão do instituto bahiano de Direito do trabalho – Número especial do congresso internacional de Direito do Trabalho**. Salvador: Ergon, ano XLI – fasc I, jan./jun. 1996, p.227-235.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Discriminação no mercado de trabalho: consciência e ações de resistência. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3º Região**. Belo Horizonte: v. 48, n.78, jul/dez. 2008, p.231-251.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012.

HORCAIO, Ivan. **Direito do Trabalho aplicado e Processo do Trabalho**. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

LAMARCA, Antônio. **Manual das justas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1994.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A convenção 158 da OIT e a perda do emprego. **Arquivos do instituto brasileiro de direito social Cesarino Júnior**. São Paulo: EME, v.32, 2008, p.85-127.

MALHADAS, Julio Assumpção. Convenção 158 OIT – II. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano V, n.5, 1997, p.92-106.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa Coletiva: Da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; Vianna Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 1996.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. A garantia de emprego em vigor (convenção n.158 da OIT). **Trabalho e Doutrina.** São Paulo: n.9, junho, 1996, p. 102-113.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 6 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

MORAES, Suzana Maria P. Guedes. Pela não ratificação da convenção internacional n. 158 da OIT. **Revista Legislação do Trabalho e Previdência Social.** São Paulo: LTr,v.73,n.2, fevereiro,2009, p.207-211.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. A) Interpretação e Aplicação das Normas de Direito do Trabalho; B) Princípios de Direito do Trabalho; C) Renúncia e Transação. **Revista Legislação do Trabalho e Previdência Social.** São Paulo: LTr, v. 55, n.6, junho, 1991, p. 657-662.

MURI, Leandro Herlein. **Garantia de Emprego e Direitos Fundamentais: A polêmica sobre a inconstitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 da OIT.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba.

NETO, José Francisco Siqueira. A convenção n. 158 da OIT e a ordem jurídica nacional. **Trabalho e Doutrina.** São Paulo: n.9, junho, 1996, p.89-102.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação sexual e discriminação no emprego. *In:* RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação.** 2 ed. São Paulo:LTr, 2010, p.150-163.

PASTORE, José. A convenção 158 e o caso do Brasil. **Arquivos do instituto brasileiro de direito social Cesarino Júnior.** São Paulo: EME, v.32, 2008, p.33-69.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-76

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Proteção contra a dispensa arbitrária. **Arquivos do instituto brasileiro de direito social Cesarino Júnior**. São Paulo: EME, v. 29, 2005, p.159-179.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003, p.23-24.

_____. A tentativa de ressuscitar a Convenção nº 158 da OIT. **Arquivos do instituto brasileiro de direito social Cesarino Júnior**. São Paulo: EME, v.32, 2008, p.9-32.

RUPRECHT, Alfred J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção 158 da OIT – Aspectos polêmicos e atuais. **Revista Legislação do Trabalho e Previdência Social**. São Paulo: LTr, v.76, n.2, fevereiro, 2012, p. 179-187.

SANTOS, Juliana Reis. **A convenção 158 da OIT frente ao ordenamento jurídico e a realidade social brasileira**. 2010. Artigo. (Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho) - Faculdade Baiana de Direito/Escola de Magistratura da Bahia , Salvador.

SEINTENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Antônio Álvares da. **Convenção 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996, p. 96

_____. **Proteção contra a dispensa na nova Constituição**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1992.

SILVA, José Ajuricaba da Costa e. A organização internacional do trabalho. **Revista Legislação do Trabalho e Previdência Social**. São Paulo: LTr, v. 49 n.1, janeiro, 1985, p. 19-26.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. O Estado atual dos princípios do Direito do Trabalho. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano XII, n.12, 2004, p.34-41.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Claudenir Alves. Convenção 158 da OIT e a dispensa (i) motivada do empregado. Análise da constitucionalidade formal e material do decreto 2.100/1996. **Juris plenum trabalhista e previdenciária: doutrina, jurisprudência, legislação**. Rio Grande do SUL: Plenum, 2009, p.31-40.

SOUZA, Fernanda Amabile Marinho de. Temores e importância da aprovação da convenção da OIT sobre o término da relação de trabalho. **Revista Legislação do Trabalho e Previdência Social**. São Paulo: LTr, v. 73, n.2, fevereiro, 2009, p.199-211.

SOUZA, Zoraide Amaral de. A organização internacional do trabalho. **Revista da faculdade de direito de Campos**. Rio de Janeiro: ano VIII n.9, jul./dez, 2006, p.425-465.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1987.

_____. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Os princípios do Direito do Trabalho. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: ano XVI, n.16, 2008, p.17-20.

_____. LIMA, João. **Instituições de direito do trabalho**. 22 ed. V. II. São Paulo: LTr, 2005.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei. n. 9.029/95). *In*: RENAULT, Luiz

Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.).
Discriminação. 2 ed. São Paulo:LTr, 2010, p. 135-142.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. A Convenção 158 da OIT (despedimento). Vigência e aplicabilidade. **Trabalho e Doutrina.** São Paulo: n.8, março, 1996, p.151-157.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva. O direito do trabalho em busca de uma nova realidade.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2004.