



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso

A Garantia do Emprego

Guilherme Rieger

Rio Grande/RS, Novembro, 2014

Guilherme Rieger
A Garantia do Emprego

Monografia apresentada perante Banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato.

Rio Grande, Novembro de 2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

Guilherme Rieger

A Garantia do Emprego

Monografia apresentada perante Banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio Grande,

Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato (Orientador, FURG)

Dr. Eder Dion de Paula Costa (Banca, FURG)

Lucas Conceição (Banca, Mestrando, FURG)

"É tanta qualidade que exigem pra dar emprego, que não conheço um patrão com condições de ser empregado"

Ariano Suassuna (1927 - 2014)

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a meus pais, que incansavelmente batalham muito na vida servindo de exemplo de constância, amor e força. Aos meus irmãos e irmãs que sempre me trouxeram noção de que vivermos em um coletivo, com respeito às diversidades de pensamento e a importância disso na formação de meu caráter e todas as pessoas que colaboraram de alguma forma com minha graduação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as forças que conspiraram positivamente, presentes no dia-a-dia, para a conclusão deste trabalho, das pessoas que sempre me incentivaram em direção a realização deste projeto de vida. Ao apoio do Prof. Dr. Anderson Cavalcante Lobato, pelas orientações a mim disponibilizadas durante os dois anos de trabalhos que viemos concatenando juntos na Universidade Federal do Rio Grande – FURG, da colega, Advogada militante e Amiga Prof^a. Vera Mayorca, pela disponibilização de seus dias de folga, dedicando-se a discussão e maturação a respeito do assunto deste TCC. Ao Primo, Padrinho e Advogado André Guimarães Rieger pelo exemplo.

RESUMO

A presente investigação tem por objetivo o estudo da Convenção 158 da OIT como instrumento de tutela às relações trabalhistas no Brasil na tentativa de um aperfeiçoamento normativo para a garantia de uma legislação trabalhista de cunho protetivo ao trabalhador em resposta aos efeitos do capital. Na primeira etapa são apresentados assuntos relativos à contextualização histórica da Organização Internacional do Trabalho, colocando em questão o surgimento da OIT, a importância da formação da Convenção 158^o na proteção contra o despedimento arbitrário, o debate acerca da ratificação, denúncia do Tratado supracitado da OIT e uma análise sobre a arguição de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Na segunda parte do trabalho, é observada a despedida arbitrária e sua contextualização no ramo trabalhista, colocando em questão a omissão legislativa como barreira a contemplação do direito de ação do empregado, além de uma explanação acerca da despedida como direito potestativo. A terceira e última etapa, visa aclarar os principais pontos acerca da relação entre a Constituição de 1988 e a Convenção nº158 da OIT, abarcando a interpretação dominante do art.7^o, I, CF e a emenda Constitucional 45/2004 e, por fim, dissertar sobre a relação entre a aplicabilidade da Convenção nº 158 e o art. 7^o da CF/88 com os benefícios e garantias no direito do trabalho.

Palavras-chaves: Justiça Social. Direitos Sociais do Trabalho. Emprego. Despedida Arbitrária. Organização Internacional do Trabalho - OIT.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

Id por idem

Cf. por confira ou conforme

Obs. por observação

SIGLAS

ABIMAQ - Associação Brasileira de Máquinas e Equipamentos

ADIn ou ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADCT – Atos das disposições Constitucionais Transitórias

CF ou CF/88 – Constituição Federal Brasileira de 1988

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CONTAG – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura

CUT – Central Única dos Trabalhadores

OIT – Organização Internacional do Trabalho

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)..	13
1.1 O surgimento da Organização Internacional do Trabalho OIT.	14
1.2 As diretrizes da Convenção nº 158	18
1.3 A internalização da Convenção 158 na ordem jurídica brasileira.	23
1.4 A proteção contra a despedida arbitrária - a importância da formação da Convenção 158º da OIT.	25
1.5 A ratificação, denúncia e a arguição de inconstitucionalidade.....	34
CAPÍTULO II - A NOTÍCIA DE UMA CONCLUSÃO ANUNCIADA: A DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA NO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL DOMINANTE.....	45
2.1 A despedida e o direito de ação do empregado	46
2.2 A despedida como direito potestativo	49
CAPÍTULO III - A HARMONIA ENTRE A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CONVENÇÃO Nº158 DA OIT.....	52
3.1 A interpretação dominante do art.7º, I, CF e a Emenda Constitucional 45/2004.....	53
3.2 A aplicabilidade da Convenção nº 158 da OIT somada ao art. 7º da CF/88 com benefícios e garantias no direito do trabalho.	57
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

INTRODUÇÃO

Esta investigação tem por desígnio à análise da premência de uma hermenêutica jurídica pró-labore, resultante da interação entre a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Direito interno, por meio da ratificação da Convenção nº 158º da OIT pelo ordenamento jurídico brasileiro diante às consequências econômicas do mundo globalizado no âmbito nacional. Com esse intuito, observar-se-á a ADIn nº 1.625-3, a qual versa sobre a inconstitucionalidade do Decreto 2.100 de 20 de Dezembro de 1996, que trata da denúncia unilateral da Convenção 158º da OIT, que acata a tese da inaplicabilidade da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento nacional.

Diante dessa peculiar situação, mister se faz verificar as franquias e garantias trazidas pelo acordo 158º da OIT e confrontá-las com a Lei Maior, promovendo uma reflexão sobre se o ato da denúncia do presente Tratado Internacional fora Jurídico-Constitucionalmente amparado pelo Direito interno e suas consequências face aos direitos sociais, ao violar expressamente o disposto na Constituição Brasileira e da supracitada Organização. Destarte, busca-se também, com este estudo, uma reflexão apontando a urgência na manutenção de uma legislação interna que possibilite a representação do empregado demitido arbitrariamente junto à justiça trabalhista brasileira no intuito de reintegração no emprego, efetivando a ‘função social do emprego’ no Brasil, como garantia ao trabalhador vulnerável aos efeitos da ‘banalização’ das ‘despedidas imotivadas’; consequências estas de uma economia capitalista globalizada. Consagra, também o princípio da continuidade do emprego e averigua os meios existentes no Direito Internacional do Trabalho e no Direito Constitucional para tornar vigente a aplicação dessa norma no direito interno, na consecução da Justiça Social, fundamento elencado na própria Constituição da OIT e decorrente, ou produto do Direito do Trabalho, que norteia pelo Princípio da Norma mais Favorável.

Para tanto, busca-se considerar inicialmente um esboço sobre o panorama histórico da OIT, a promulgação e denúncia do Tratado nº 158 da OIT no Brasil e a sua finalidade nas relações de trabalho no âmbito Nacional, verificando a sua permanência e vigência no ordenamento jurídico brasileiro, discutindo-se sua Constitucionalidade, pelo STF, em ADI nº 1625-3, que trata da invalidade do ato da denúncia unilateral levada a efeito por meio do Decreto Presidencial nº 2.100, em 23 de novembro de 1996, sem a

devida manifestação do Congresso, violando a competência exclusiva do Congresso Nacional, expressa no art. 49º, I, CF. Neste mesmo caminho, o Tratado Internacional 158 da OIT orienta-se com base na prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II, CF) normas relativas a direitos fundamentais, que com a publicação da emenda Constitucional nº45, passa a recepcionar os Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos, no Direito interno, sob a perspectiva da exceção dos Tratados internacionais sobre direitos humanos, ou seja, estes acabam por possuir eficácia imediata no ordenamento interno.

Em um segundo momento, uma análise a respeito da despedida arbitrária e da efetividade da legislação Constitucional Trabalhista à tutela ao Princípio da Continuidade do emprego, alcançando o trabalhador de forma coerente nas relações de emprego. Aborda-se, ainda, sobre a negligência ao direito de ação do empregado no que diz respeito à justificação das demissões arbitrárias e, neste mesmo sentido, o atual sistema de despedida como direito potestativo intransigente aos direitos fundamentais do trabalhador. Verifica-se também, as consequências da "denúncia vazia", como a obstacularização às relações trabalhistas justas, pois geram um rodízio de empregados/desempregados e a redução de salários.

Já no terceiro capítulo, examina-se a interpretação dominante da legislação Constitucional ao positivizar o art.7º, I da Carta Maior, como uma norma protetiva na garantia da manutenção do emprego, proporcionando a estabilidade relativa nas relações privadas de emprego e a proteção ao Direito ao trabalho em condições dignas, consagrando pelo direito comparado que a Convenção 158 e a Constituição Federal Brasileira de 1988 preceituam-se cartas harmoniosas ao tratarem sobre direitos fundamentais do trabalhador.

Portanto, estudar-se-á os diálogos entre essas fontes e como essa relação contribui para o reforço de abrigo aos direitos essenciais aos trabalhadores, observada sob a perspectiva da boa-fé e do 'pact sunt servanda', já que tal Convenção foi aprovada e promulgada, respectivamente, pelo Decreto Legislativo nº 68/1992 e Decreto Presidencial nº 1.855/1996.

Outrossim, pretende, sem a intenção de esgotar o assunto, identificar que tais medidas representam a presença de um Estado Nacional forte, que preserva o equilíbrio e a segurança nas relações empregatícias, como direito social, para o emprego pleno e digno, evitando que o custo social do trabalhador acabe sendo repassado para o próprio trabalhador. Assim, verifica-se a insuficiência sistêmica legislativa que afronte à despedida abusiva como modelo de proteção, tratar-se-á de procurar uma melhor solução normativa

na construção do direito do trabalhador e seu resguardo social através da judicialização dos direitos sociais, tendo o Estado como pilar na consagração de direitos individuais e coletivos do trabalhador brasileiro nas relações de trabalho contemporâneas e a Convenção 158 da OIT como fonte jurídica disponível ao alcance do empregado. O trabalho foi elaborado com consulta documental, de doutrina especializada, jurisprudência, legislação e artigos especializados.

CAPÍTULO I

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT.

A escolha do tema pertinente, o acordo 158º da OIT é amplo e não apresenta posição pacífica na doutrina em alguns aspectos, daí a necessidade da delimitação das matérias a serem discutidas. A delimitação passa, portanto, pela conceituação dos termos considerados fundamentais para a pesquisa, sendo eles: a Organização Internacional do Trabalho, Convenção 158º da OIT, a despedida arbitrária e a Denúncia Unilateral.

1.1 O SURGIMENTO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919, quando do final da 1ª Grande Guerra, através do Tratado de Paz, conhecido como Tratado de Versalhes, e está constituída na parte XIII do referido Tratado, tendo sido complementada, posteriormente, pela Declaração da Filadélfia, de 1944. Podem filiar-se a OIT, todos os países que sejam filiados à Organização das Nações Unidas (ONU).

A OIT surgiu em circunstâncias históricas e sociais que clamavam pela justiça nas relações entre o capital e o trabalho, nas quais os trabalhadores eram submetidos a condições desumanas, havendo desde aquele tempo uma demonstração de consciência da necessidade de afastar o abuso do patronato, propiciando ao cidadão uma vida digna. Essa Organização apresenta três motivações que determinaram sua criação, quais sejam: a humanitária, a política e a econômica.

A motivação *humanitária* deu-se em função da sociedade não mais suportar as condições em que os trabalhadores prestavam serviços. Hoje, o cenário nacional econômico globalizado, ainda apresenta as consequências negativas no campo das relações de Trabalho. Nas palavras de Lobato (2006, p.116): “A globalização econômica trouxe, por outro lado, um desafio. O desafio de se romper de vez com o egoísmo e buscar a efetividade dos direitos sociais”.

Como bem assinalou Sússekind (2010, p.48) a globalização da economia “acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado liberal, os quais, obviamente, adotaram caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente às relações de trabalho.” Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições do emprego sejam ditadas, basicamente pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado Social, esteados na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana; e, porque a social-democrática contemporânea pressupõe a pluralidade das fontes do Direito, considera-se que o patamar de direitos indisponíveis, adequado a cada país, deve e pode ser ampliado pelos instrumentos da negociação coletiva entre os sindicatos de trabalhadores e empresários, as

associações destes ou ainda através de tratado internacional da *OIT* que regule nas situações dos dissídios individuais e coletivos em caso de omissão legislativa interna.

O número crescente de trabalhadores, permanentemente espoliados por seus empregadores, que se encontravam, e ainda se encontram, vulneráveis ao arbítrio do empresariado, chama a atenção no sentido de apontar sobre a fragilidade da legislação nacional no que tange a tutela trabalhista, pois oportuniza uma facilitação à despedida arbitrária, como resultados de omissão legislativa presente, refletindo a impossibilidade da aplicação de normas regulamentadoras que propiciem a manutenção ativa do emprego pleno, capaz de assegurar ao trabalhador e à sua família o direito à saúde, a vida familiar e ao ascenso profissional.

Destarte, o aumento do número de trabalhadores no mercado laboral e as péssimas condições nas indústrias, a disputa político-jurídica entre as classes dominantes, o Estado e os trabalhadores, caracterizam a segunda motivação, o caráter político, uma vez que a precária situação da prestação de serviços poderia promover conflitos sociais e, até mesmo, revoluções de cunho social.

Já em relação à motivação econômica, há o entendimento de que os países que fizessem a reforma social teriam um aumento significativo no custo da produção de seus bens, resultando em desvantagem comercial em relação àqueles países que não adotassem as medidas que melhorassem as condições de seus trabalhadores. Portanto, o derradeiro argumento, foi de que, para haver reforma social, esta deveria ser universal para evitar uma grande desigualdade na competitividade entre os países. Em síntese, as questões políticas, econômicas e sociais foram os grandes vetores para a criação da OIT em 1919, conforme claramente exposto no Preâmbulo de sua Constituição:

[...] Considerando que existem condições de trabalho que implicam para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais [...] Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.

Conforme Arnaldo Süssekind (2000, p.122), sobre a Organização Internacional do Trabalho, afirma que:

Por conseguinte, a OIT é uma pessoa jurídica de Direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas Constitucionais da entidade e das Convenções que ratificam, integrando sistema das Nações Unidas como uma das suas agências especializadas. A composição tripartida da sua Assembleia Geral

(Conferência Internacional do Trabalho - CIT), do conselho de administração e de quase todos os seus órgãos colegiados, nos quais tem assento com direito a voz e voto, representantes de Governos e de Organizações de trabalhadores e de empregadores, constitui uma das características marcantes da OIT e fator de relevo na formação do alto conceito que desfruta nos planos da cultura, da produção e do trabalho.

A OIT tem como objetivos: a Justiça Social, o Bem Comum e a Melhora nas Condições de Vida dos trabalhadores. O pacto internacional multilateral tem como um dos princípios fundamentais que o trabalho não é uma mercadoria, pois a penúria constitui perigo para a prosperidade geral. A luta contra a carência em qualquer nação deve ser perseguida infatigavelmente por um esforço internacional contínuo e conjugado no qual os representantes dos empregadores e dos empregados, assim como os órgãos governamentais, discutam em igualdade e tomem com eles decisões de caráter democrático.

Em tempo, os referidos princípios foram reafirmados na 26ª reunião da Conferência Internacional de Trabalho, em 1944.

O Brasil é membro-fundador e permanente da OIT, ao lado de 185 países, tais como a África do Sul, Austrália, Bélgica, Bolívia, Canadá, Checoslováquia, China, Cuba, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Índia, Inglaterra, Itália, Japão, Libéria, Nicarágua, Nova Zelândia, Panamá, Peru, Polônia, Portugal, Síria e Uruguai, por exemplo, visto terem ratificado o Tratado de Versalhes que, compulsoriamente, pelo art. 387 a 427, XIII, do Tratado de Paz, os tornam países membros signatários da OIT. Portanto, como tal, devem ratificar ou aderir a Convenção para que esta possa gerar os direitos e as obrigações nela estabelecidos. Sinaliza Martins (2012, p.78):

As Convenções da OIT tem natureza de Tratados multilaterais, pois podem ter várias partes, pois geram direitos e obrigações para as partes acordantes. São abertas, pois permitem a ratificação sem qualquer limite de prazo. Todos os países membros da ONU são automaticamente membros da OIT.

A OIT tem em sua composição fundamental 03 (três) órgãos: A Conferência ou Assembleia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho. Cabe a Conferência ser o órgão de deliberação da OIT, que se reúne no local indicado pelo Conselho da Administração. As reuniões são realizadas em junho de cada ano em Genebra, podendo ser realizadas em outro país. A Conferência é constituída de representantes dos Estados-membros, onde são realizadas sessões legislativas, ao menos uma vez ao ano, comparecendo as delegações dos Estados-membros, compostas de membros do Governo e

representantes dos empregados e dos empregadores. A Conferência tem como função precípua desenvolver as diretrizes básicas a serem observadas no âmbito da OIT quanto à política social, é onde se elaboram as Convenções e as Recomendações Internacionais.

Já o Conselho de Administração exerce função executiva, administra a OIT, com sua composição formada por representantes do governo, empregados e empregadores. É constituído de 56 membros, sendo 28 representantes governamentais, 14 dos empregadores e 14 dos empregados. Dos 28 representantes de governos, dez são nomeados pelos Estados membros de maior importância industrial e 18 são nomeados pelos Estados membros designados para esse fim pelos delegados governamentais da Conferência.

O órgão de repartição internacional do trabalho é a Secretaria da OIT, dedicando-se a documentar e a divulgar suas atividades, publicando as Convenções e recomendações editadas, de maneira a apresentar as leis aos países membros.

Importa esclarecer que as Convenções da OIT são normas jurídicas, provenientes da Conferência da OIT com a meta de estabelecer regras gerais obrigatórias para os Estados que as ratificarem, passando a integrar sua ordem jurídica. Estas são resultados de escrutínio realizado pela Conferência Internacional da OIT por maioria de dois terços dos delegados presentes na Conferência. A vigência no direito interno dos países membros só ocorrerá após a ratificação de cada país, ressalvando que os Estados não são obrigados a ratificá-las, da mesma sorte, após o processo de ratificação terão por objetivos determinar regras gerais obrigatórias junto ao ordenamento jurídico interno. Quanto ao conceito de convenção, pontua Martins (2012, p.78) “é objeto de ratificação, sendo considerada fonte formal de direito, em que sendo descumprida oportuniza a sanção moral aplicada pela OIT”. Na prática, certos países poderão impor limitações ou sanções econômicas a outros pelo fato de não ratificarem as Convenções da OIT, como opor embargos comerciais a produtos do referido país por estar abrigando casos em descompasso com a proteção aos direitos humanos do trabalho.

Em suma, a universalidade é elemento essencial para a OIT, visto que tem um alcance amplo, no mundo todo. Não pretende, dessa maneira, uniformizar os procedimentos legais nos países. Não busca a imposição normativa, mas sim, a persuasão da aplicação de certos procedimentos, o tripartismo – como expressão de democracia – com a participação do governo, trabalhadores e empregadores em suas decisões, a regular os conflitos entre o capital e o trabalho e o trabalho em escala internacional. Primando, assim pela promoção da justiça social, por meio de padrões internacionais de trabalho.

Nas palavras de Crivelli (2010, p. 77):

A Organização foi criada para regular o conflito entre o capital e o trabalho e o trabalho em escala internacional, como se tem demonstrado. Um dos meios privilegiados pela organização para a realização deste objetivo tem sido a promoção do diálogo social entre as organizações de empregadores e trabalhadores.

Como se pode concluir, aos auspícios da dogmática de Süsskind, Crivelli e a própria hermenêutica do texto 158 da OIT, esta é uma organização que surgiu do paradigma dos direitos humanos fundamentais do trabalhador, conferindo, assim, respaldo à tutela de proteção da dignidade humana nas relações de trabalho.

1.2 AS DIRETRIZES DA CONVENÇÃO Nº 158

O primeiro instrumento emitido pela OIT que trata especificamente sobre a despedida arbitrária foi a Recomendação nº119 da OIT, fortemente influenciada pela lei alemã de proteção a dispensa arbitrária, de 1951. Ressalta-se que as Recomendações não são objeto de ratificação pelos Estados, mas tão somente instruções de condutas emitidas pela OIT que poderão ser observadas por esses Estados, com a finalidade de discorrer e se posicionar sobre algum tema específico.

De acordo com as lições de Jorge Neto e Cavalcante (2013, p. 191):

As recomendações da OIT representam diretrizes e normas, as quais podem ser adotadas para o aprimoramento das legislações internas dos Estados-membros em matéria que ainda não permite a produção de cada Convenção Internacional do trabalho.

Ainda, pondera neste mesmo sentido Süsskind (2000, p. 196) sobre as recomendações da OIT:

Não é suscetível de ratificação; mas no campo da OIT, ela acarreta para os Estados-membros obrigações de natureza formal. E o controle exercido no tocante ao cumprimento dessas obrigações tem concorrido, em inúmeros casos, para que as regras consubstanciadas nas recomendações se convertam em leis ou atos de natureza regulamentar integrantes do direito nacional dos estados-membros. A recomendação cumpre, assim, a sua função de fonte material de direito.

Sobre a correlação entre a Convenção 158 e a recomendação 119, Arnaldo Süsskind (2000, p. 372), considera que:

É a de tratar sobre a terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador, oferecendo segurança normativa nas relações de emprego, não impedindo a demissão por justa causa, entretanto, resguardando os direitos do trabalhador em assegurar uma demissão justificada, possibilitando a demissão justificada somente nos casos em que este estiver relacionada tanto a capacidade ou conduta do empregado, quanto às necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Cumpra ressaltar que esta recomendação foi base para a concretização da Convenção 158 da OIT, que desde já abarcava a proteção ao direito fundamental do trabalhador.

A Conferência Internacional do Trabalho, denominada Assembleia Geral da OIT, reunida em sua 68ª sessão, na cidade de Genebra, em 22 de junho de 1982, aprovou a Convenção nº158 da OIT que versa especificamente sobre o término da relação de trabalho de maneira abusiva por iniciativa do empregador. A Convenção exclui da sua abrangência outras hipóteses da cessação da relação de emprego tais como: a força maior, o *factum principis* e o distrato. Os artigos 5º e 6º da Convenção nº 158, assim como a Consolidação das Leis do Trabalho, dispõem sobre os motivos que não se considera justa causa. Neste sentido destaca-se o art.5º, da Convenção 158:

Não se considera causa justificada para a dispensa: (a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais; (b) a candidatura a representante dos trabalhadores; (c) a apresentação de queixa ou participação em um procedimento estabelecido contra um empregador por suposta violações de leis ou regulamentos, ou o fato de o trabalhador recorrer perante as autoridades administrativas competentes; (d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social; (e) a ausência do trabalho durante a licença maternidade.¹

Há situações que, não obstante o término do vínculo empregatício seja feito formalmente pelo Trabalhador, ele resulta numa infração empresarial, isto é, a ‘rescisão indireta’ prevista no art.483 (CLT).

O Pacto nº158 da OIT trata da “terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador”, aprovada pelo Congresso Nacional através de Decreto Legislativo nº 68, de 17 de setembro de 1992, sendo ratificada pelo nosso país em 04 de janeiro de 1995. Somente com o Decreto nº 1855, de 10 de abril de 1996, o governo publicou o texto oficial

¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo nº 68 de 1992**. Aprova o texto da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho – OIT. 1992.

da Convenção em português, promulgando a respectiva ratificação. No entanto, após sete meses de vigência, o Poder Executivo brasileiro “denunciou” a Convenção mediante nota assinada pelo embaixador chefe da delegação permanente do Brasil em Genebra (Ofício nº 397, de 20.11.96).

A Convenção aplica-se aos empregados de entidades que exerçam atividades econômicas, isto é, a produção de bens e serviços voltados ao mercado. Nesse sentido, o artº 2º da referida Convenção esclarece: “A presente Convenção aplica-se a todas as áreas de atividades econômicas e a todas as pessoas empregadas”. No mesmo sentido, o cerne do acordo internacional encontra-se em seu art. 4, cujo enunciado afirma: “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”.

Logo, a validade da dispensa do empregado está intimamente relacionada à existência de um motivo juridicamente relevante. Pode esta, estar relacionada à capacidade do trabalhador - habilidade, capacitação técnica necessárias à atividade e aptidão. Pode, ainda, se referir ao seu comportamento, o que nos remete à dispensa por justa causa – condutas profissionais, culposas ou dolosas, tipificadas em lei, como no art.482 da CLT:

Art. 482: Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;l) prática constante de jogos de azar. **Parágrafo único.** Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional.** *Parágrafo único acrescentado pelo Decreto-lei nº 3, de 27 de janeiro de 1966.*²

² BRASIL. Casa Civil. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 24 jul. 2014.

O rol dos motivos sobre as condutas empresariais, no que diz respeito às demissões estão contempladas pelos arts. 13º e 14º da Convenção nº158, que serão explicitados em capítulo posterior.

A Carta nº 158 da OIT assegura ao empregado o direito de se defender previamente, conforme determina o art.7º, da Convenção 158º:

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

O empregado não poderá ter terminada a sua relação de trabalho, sem que lhe seja garantido a este o direito de ampla defesa, contestar o ato potestativo unilateral do empregador, assegurado pela Constituição de 1988, em seu art.5º, LV, que diz, “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

A defesa somente poderá ser coibida quando do cometimento de uma falta grave por parte do trabalhador, como por exemplo, a agressão física contra o patrão. O exercício desse direito quando não há regulamentação legal a respeito, poderá ser concretizado por regulamentação empresarial ou por instrumento normativo de negociação coletiva, a partir da flexibilização³ das normas trabalhistas com o objetivo de atender a princípios e valores, com ênfase no valor da dignidade humana.

No entanto, mesmo que o trabalhador tenha considerado sua dispensa injusta e, mesmo após ter realizado a sua defesa perante o patrão, poderá questioná-la diante de um tribunal, de acordo com a Convenção 158º:

Art. 8º - O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.

A Convenção, em seu art.13, prevê procedimentos que deverão ser adotados pela patronal antes de realizar as despedidas fundadas na necessidade da empresa, tais como: consulta aos representantes dos trabalhadores contendo informações acerca das causas das dispensas, o número e as categorias de trabalhadores envolvidos, permitindo que estes

³ A Flexibilização das normas trabalhistas são reconhecidas por nós como elemento desfavorável ao empregado, posto que não existe vontade do empresariado em fortalecer as relações de trabalho.

possam negociar com a empresa medidas que possam evitar, ou até mesmo limitar as dispensas como forma de diminuir as consequências perversas para os trabalhadores despedidos.

Também, está previsto na Convenção 158, art. 14, a relevância de uma notificação escrita, feita pelo empregador à autoridade competente – órgão do Governo - comunicando acerca dos motivos dos terminos e a quantidade de trabalhadores envolvidos. Esta notificação pode proporcionar que a autoridade possa conciliar, ou amenizar a situação dos trabalhadores demitidos. A grande importância dessas medidas reside no fato dessas dispensas envolverem em geral muitos trabalhadores, provocando problemas econômicos e sociais à localidade, aumentando os gastos públicos como, por exemplo, o seguro-desemprego⁴.

A Convenção prevê que os procedimentos acima colocados, tragam em contrapartida a limitação da dispensa, ou seja, a diminuição das dispensas dos trabalhadores de uma empresa. Essas medidas, além de poder limitar a dispensa coletiva de um número muito grande de trabalhadores, ao mesmo tempo, também, estes procedimentos, podem e devem ser adotados em qualquer circunstância, mesmo se tratando da dispensa de um único trabalhador. Outros aspectos relativos a tais procedimentos, como prazos, objetivos por eles pretendidos, bem como os critérios de quais trabalhadores serão dispensados, poderão ser definidos em lei ou através de instrumentos advindos de Convenção ou Acordo Coletivo.

Para Amauri Mascaro Nascimento, as diretrizes fixadas pela Convenção 158 da OIT representam os princípios que o Direito do trabalho moderno, diversamente das suas posições anteriores, vem defendendo.

Penetraram no direito interno de diversos países, como demonstra a própria aprovação da Convenção, que contou com a maioria dos votos dos países-membros da OIT, embora não contando com o apoio de outros países cuja legislação em alguns pontos não se compatibiliza com esses princípios como é o caso do Brasil. (Nascimento, 2012. p.1209.)

Neste sentido, reiteram-se os votos:

Consustanciando as ideias do direito contemporâneo sobre extinção da relação de emprego, a Convenção 158 tem largamente influenciado a modificação de outros sistemas jurídicos. O peso das suas conclusões se fez sentir também em nosso país, reforçando os argumentos da doutrina restritiva do direito de dispensa.⁵

⁴Um exemplo a ser chamado à atenção é a assistência cada vez maior que alguns Estados observam para os que perdem o emprego, com o aprimoramento do seguro-desemprego, à guisa do que já acontece nos países mais adiantados (na França, um desempregado, já recebe 60% do salário, durante 30 meses).

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.1209.

Nesta perspectiva, conclui-se que o Direito do trabalho não deve ser estancado, pelo excesso de formalização que desvirtua do objeto central da Convenção 158 que trata do direito social do Trabalho, devendo observar o cenário internacional do trabalho para que possa acompanhar tanto as inovações de mercado por parte do empresariado, quanto à evolução do Direito Internacional do Trabalho, que desde já esta munida de um sistema eficaz que fortalece as relações de trabalho e corrobora da melhor forma o Direito Constitucional Brasileiro.

1.3 A INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO 158 NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.

“O Direito Constitucional é campo decisivo no processo de inserção justralhista no universo geral do Direito” (Delgado, 2012, p.76). Inicialmente, giza-se sob a perspectiva da importância da Constitucionalização dos direitos sociais para a República Democrática Brasileira. A guisa de outros países Europeus que conferiram novo status ao processo de Constitucionalização justralhista, o Brasil também caminhou no sentido da Constitucionalização dos direitos sociais e econômicos.

A constitucionalização, iniciada na Carta de 1934 foi mantida em todas as Constituições posteriores, mesmo as de natureza despótica – 1937, 1967, 1969. No entanto, tal tendência adquiriu novo *status* apenas com a Constituição de 1988 que foi intensiva ao tratar da proteção das relações empregatícias, pois já em seu artigo 1º, traz como sendo princípio Fundamental da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Preconiza, também no seu artigo 4º, II, que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos. Importante, também o seu art.170, que regula a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano conforme os ditames da justiça social.

Nessa mesma linha de raciocínio Delgado (2012. p.77.), sobre a Constituição Federal e a prevalência dos direitos humanos:

Mais do que isso, a Constituição da República firmou no Brasil o conceito e estrutura normativos de Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardiais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho, especialmente do emprego, o que insere o ramo justralhista no coração e mente jurídicos definidores do melhor espírito da Constituição.⁶

Note-se que, o art.7, I, da CF de 88 por falta de lei complementar (ADIn 1625-3), acabou por sucumbir com a eficácia jurídica da proteção ao emprego digno no mundo do trabalho. Neste sentido, a Convenção 158 da OIT, vem para complementar, preencher, essa ausência de regulamentação legislativa, como remédio legislativo capaz de vedar a despedida arbitrária, já que a Convenção compilou no espírito de seu texto, de forma pragmática, meios de garantir aos trabalhadores a manutenção do emprego através de medidas protetivas asseguradas pelos art.8 e art.10 da Convenção 158°. Tais medidas como: recorrer das decisões da patronal; a possibilidade de um tribunal do trabalho mediar os dissídios sobre a despedida vazia; disponibilidade de ordenação ou proposição por um órgão da justiça do trabalho na possibilidade de readmissão do trabalhador e a faculdade de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Assim, deve-se considerar a Convenção 158 da OIT, Constitucional, pois longe de se atritar com o inciso I, do art.7, da CF/88, este apenas confirma a orientação da norma internacional, posto que as Convenções da OIT apenas disciplinam em boa ordem os princípios gerais, entregando-se ao legislador nacional, o encargo de dispor sobre as particularidades de cada assunto, pois a experiência diplomática revela que é mais fácil o acordo nos pontos gerais do debate do que nos detalhes por meio dos quais se chega à execução prática do princípio.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 2012. p.77.

1.4 A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA - A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO DA CONVENÇÃO 158º DA OIT.

O modelo econômico nacional contemporâneo debruça-se sobre um cenário plurinacional pragmático de desestruturação nas relações de trabalho, de mudanças, cada vez mais se afastando da efetivação dos Direitos Sociais. Como efeito, o aumento das demissões desmotivadas e o elevado índice de rotatividade no emprego, principalmente entre os trabalhadores jovens, remontam um cenário de banalização da “despedida infundada” e de instabilidade no emprego. Enquanto, por outro lado, multiplica-se, impavidamente, a concentração de renda, dilacerando a suportabilidade da convivência em sociedade. E nessa banda, para se contrapor a este modelo econômico-social imposto nas relações de trabalho é que o preâmbulo da Constituição da OIT orienta para a construção de outra forma de se travar estas situações, ao considerar 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.

E neste contexto, a insuficiência da coibição à despedida arbitrária como modelo de proteção às garantias trabalhistas, desconsidera as condições concretas de cidadania dos trabalhadores, enquanto pessoas titulares de direitos, inseridos em um sistema no qual a maior parte das pessoas depende da alienação de sua força de trabalho para ter acesso pleno ao desenvolvimento de suas vidas em sociedade.

Importante chamar a atenção que a legislação interna já pincela no sentido da Estabilidade no trabalho como prerrogativa decisiva na qualidade do empregado. A Lei 9.029/95, que veda dispensa discriminatória no início do seu artigo 1º:

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.

Elencando exemplificativamente alguns fatores que ensejam conduta discriminatória, mas não exaurindo em tais exemplos, eis que a jurisprudência tem aceitado como dispensa discriminatória a de funcionário que serve de testemunha contra a empresa, funcionário que denuncia condições precárias de trabalho. Em que pese não seja uma estabilidade, pensamos que seria de bom alvitre referir que a legislação brasileira tem dado reiteradamente regramento às situações em que se coaduna com a dispensa simples e imotivada, tais como gestantes, membros empregados da CIPA, acidente de trabalho, doenças graves como HIV, não as aceitando.

É neste cenário que a Convenção 158º da Organização Internacional do Trabalho vem, através de seus artigos, incorporar, ao Direito do Trabalho, o critério de motivação para a validação das rupturas contratuais trabalhista, ou seja, a impossibilidade da despedida sem justa causa, observando direitos fundamentais ao trabalhador: a garantia do emprego pleno e digno, contemplado em Art.7, I, da Constituição Federal da República.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins (2012, p. 313):

A Convenção n.º 158 da OIT não proíbe a dispensa do trabalhador; apenas garante que ele não pode sofrer dispensa sem motivação, não assegurando, portanto, estabilidade absoluta, como prevê a CLT para quem tem mais de 10 anos de empresa e não é optante do FGTS (art. 492 da CLT).

Por outro lado, a garantia do art.7, I, da referida Carta necessita de norma complementar. Por esta exigência de lei complementar⁷, é que foi sepultada a referida Convenção, impossibilitando a eficácia jurídica da mesma. No entanto, entende-se que a Convenção 158 da OIT possui status de norma Constitucional e, desde seu ingresso no nosso ordenamento jurídico, passa a categoria de direito fundamental do trabalhador. A Convenção não conflita com o que preceitua o art. 7º, I, da CF/88, já que quando existe conflito entre legislação interna e norma internacional, prevalece a mais favorável ao trabalhador, o '*in dúbio pro labore*'.

Acrescentamos as lições de Delgado (2012, p.1121)

A teor desse princípio, caso o operador jurídico esteja contraposto a distintas possibilidades interpretativas consistentes da regra jurídica, deverá optar por

⁷A lei complementar pode estabelecer o direito a estabilidade no emprego ou a reintegração no emprego, que seriam outros direitos. O STF já entendeu que a relação de direitos contida no inciso I do art. 7º da Constituição é exemplificativa e não taxativa (STF, ADIn 639-DF, Rel.Min.Moreira Alves.).

aquela que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do trabalho.

Neste mesmo diapasão, aprofunda Delgado (2012, p.1126) que caso “o operador esteja diante de regras ou diplomas jurídicos conflitantes, deverá considerar prevalecente aquele que também melhor se ajuste aos objetivos do ramo justabalhista”.

Ainda, enquanto Tratado Internacional de Direitos Humanos, sua incorporação ao direito positivo deve se processar de modo imediato, conforme a regra contida no art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º, da CF/88, ou seja:

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

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

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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.

Ainda, não se pode considerar a Convenção nº 158 da OIT inconstitucional, pois não se atrita com o inciso I, art.7º da Constituição, sendo que este, apenas, confirma a orientação da norma internacional, posto que as Convenções da OIT, apenas, fixam os princípios de ordem geral.

A propósito, vale trazer Gilda Russomano (*apud*. Martins, 2012, p.139),

[...] os princípios de ordem geral, entregando-se ao legislador nacional o encargo de dispor sobre as particularidades de cada assunto, pois, a experiência diplomática revela que é mais fácil o acordo nos pontos gerais do debate do que nos detalhes por meio dos quais se chega à execução prática do princípio.

A Convenção 158º da OIT preconiza em seu art. 4º que:

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.

Daí, depreende-se o porquê da inaplicabilidade da Convenção 158º da OIT no mundo do trabalho brasileiro, pois ela impede que o empregador possa, a qualquer momento, fazer a dispensa vazia, provocando a “ciranda dos trabalhadores”, isto é, demite-se um e admite-se outro. Em muitas situações os empregadores demitem um funcionário

antigo, com salário elevado e admitem outro com salário mais baixo, o que é mais um motivo à esta ciranda demissional.

Esta ciranda constrói um exército de desempregados, favorecendo a patronal da seguinte forma: o trabalhador para garantir um posto de trabalho, submete-se as piores condições de trabalho. Este é o escopo da Convenção 158º, a tentativa de evitar que a patronal venha a desrespeitar premissas de garantias fundamentais, a fim de que o valor da dignidade humana assuma a centralidade ética a orientar a ordem contemporânea.

É de observar-se que nasce daí a grande contradição frente aos direitos sociais reservados pelo art.6, da CF/88, “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”.

Pode-se afirmar que a Convenção 158º é uma ferramenta de aprimoramento de Cidadania e o emprego é essencialmente um destes instrumentos. Logo, a Convenção possui caráter Constitucional, por conseguinte autoexecutável, o que lhe permite impedir dispensas que não sejam socialmente justificáveis em todo território nacional. Ela obriga que seja garantido ao trabalhador, prévia ciência dos motivos pelos quais está sendo dispensado, sendo-lhe oportunizado a defesa do seu posto de trabalho, salvo se isso não se mostrar razoável, permitindo a sua reintegração a critério do Poder Judiciário, não sendo o caso de dispensa por justa causa.

Depreende-se, daí que a importância social da estabilidade no emprego, de conferir segurança, trilhando o passo rumo à efetividade dos direitos de cidadania, importa não somente na redução das desigualdades sociais, visto que o Brasil tem suas bases jurídicas calcadas na justiça social, na valorização do trabalho, na submissão da propriedade à sua função socioambiental e na dignidade humana.

O Instituto da Estabilidade do Emprego não impede que, ainda hoje, o trabalhador experimente os resquícios da ditadura militar, quando em 1966, este Instituto foi substituído pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); sistema que ainda hoje está em vigor para ‘compensar’ os empregados em caso de despedida arbitrária. Naquele contexto, até então, os trabalhadores brasileiros alcançavam a Estabilidade Decenal, ou seja, depois de dez anos ininterruptos de serviço na mesma empresa, só podiam ser demitidos por falta grave devidamente comprovada.

Quando o FGTS foi criado, os trabalhadores podiam optar pela estabilidade ou pelo Fundo, mas quem ainda não era estável, via-se coagido a fazer a segunda opção, sob

pena de demissão imediata. Mais tarde, a Constituição de 1988 sucumbiu de vez o Instituto da Estabilidade, acabando com a possibilidade de optar por ela e tornando o FGTS sistema único e obrigatório para todos os empregados com vínculo empregatício, inclusive os domésticos.

Hoje, com as perdas monetárias que vem sofrendo o FGTS do trabalhador brasileiro, este Fundo tem servido como uma poupança forçada, impondo perdas históricas, já que o índice para correção monetária destes valores não acompanham a inflação. Assim este instituto não substitui a perda do posto de trabalho, inviabilizando a manutenção e, conseqüentemente, a valorização do emprego.

Logo, com o fim da estabilidade na esfera privada, a importância da CLT para os trabalhadores tornou-se ainda maior. A legislação trabalhista teve papel decisivo na formação de uma nova classe trabalhadora no Brasil, a qual, por sua vez, hoje, rechaçada pelos efeitos do neoliberalismo, desorienta a eficácia das leis trabalhistas nacionais, revelando a banalização da despedida arbitrária no Brasil.

A verdade inquestionável é que, quase ao mesmo tempo em que uma pessoa é admitida, outra é despedida. Esse fenômeno, resultado, também, da flexibilização⁸ das normas trabalhistas, gera um ciclo de empregados e desempregados. Para Sússekind (2010, p.49):

Em nosso país, para vindicarem a desregulamentação do Direito do Trabalho, os neoliberais alegam que o sistema legal não permite a devida flexibilização, enquanto os tributos e encargos incidentes sobre os salários elevam demasiadamente o “custo Brasil”, prejudicando a economia nacional.

Da mesma forma, o direito à estabilidade no emprego, enquanto garantia fundamental no estado democrático de direito, não é recepcionado pela classe dos empregadores, que apesar de necessitarem de mão-de-obra qualificada, não garantem a estabilidade dos seus empregados. Como também, não revelam nenhuma intenção em

⁸O Brasil ainda é um país marcado pelas regras imperativas da escravidão e suas condições análogas de trabalho. Atenta-se para o fato de que grande parte dos direitos e garantias constitucionais ainda merece complemento, por isso dizer que tais normas ocupam um limbo normativo, pois pouco se concretizou na prática: como o direito à saúde, à segurança, à igualdade, ao trabalho, mesmo após vinte e seis anos da promulgação da nossa Carta Magna. Sob essa perspectiva, é cristalino que a intenção da patronal que demanda pela flexibilização das normas trabalhistas como propulsora do crescimento econômico, do mercado formal de trabalho e da redução das taxas de desemprego é desmentida pela experiência do direito comparado, pois nenhum país conseguiu equilibrar os interesses sociais e econômicos sem a intervenção do Estado. A auto-regulação das relações trabalhistas, principalmente no Brasil, representaria um retrocesso a um tempo onde não existia a previsão da proteção ao trabalhador, esclarecendo que a verdadeira ideia o verdadeiro sentido da flexibilização é aumentar o lucro em detrimento da dignidade humana do trabalhador. A experiência latino-americana na Argentina de desregulação estatal do mercado de trabalho ao cumprir as exigências do FMI quanto à desregulamentação de mercados, demonstra as conseqüências obscuras dessa flexibilização, como exemplo: a redução de salários e tendo como efeito unilateral o aumento do lucro do empresariado.

garantir a permanência no emprego, tratam, por isso, por relativizar o princípio maior do Direito do Trabalho Nacional: ‘a continuidade do emprego’⁹, princípio basilar do Direito do Trabalho, tamanha a relevância do Instituto do Direito do Trabalho.

De fato, não há como negar que oferecer garantias ao empregado, sob a ótica dos empregadores (empresários e setor público) é um custo, e que, como tal, sua elevação gera aumento de despesas. Na opinião de Carlos Pastoriza (Pastoriza, 2008), diretor de relações trabalhistas da ABIMAQ, durante o Seminário realizado pela casa sobre a posição da entidade sobre a Convenção 158 da OIT:

Se o Brasil a ratificar, as consequências poderão ser extremamente prejudiciais, na medida em que irá desestimular o empreendedorismo, induzir o aumento da informalidade, aumentar o desemprego, além de contribuir para reduzir a competitividade das empresas, estimular o emprego de maior automação dos processos produtivos e desestimular o profissional na busca de aperfeiçoamento.

Na avaliação de Pastoriza (2008) há grandes chances de a convenção não ser ratificada, uma vez que é inconstitucional e a experiência dos países que a adotaram mostrou-se negativa tanto para os empregadores, quanto para os trabalhadores.

Neste mesmo diapasão, assevera Pastoriza (2008) a respeito da Convenção:

Ela é prejudicial porque simplesmente proíbe a dispensa por justa causa ou dispensa imotivada. Nas entrelinhas traz uma série de regras que podem ser um complicador para as empresas, como o impedimento de dispensar um funcionário por razão de baixo desempenho ou por mau comportamento.¹⁰

Por outro lado, é igualmente óbvio, porém, que para os trabalhadores, esse mesmo déficit sofrido pelo empregador deixa de ser um custo e passa a ser uma renda, atingindo a função social dos direitos e garantias sociais. Evidencia Ericson Crivelli (2010, p.110):

A instabilidade que está, ainda, presente nos novos processos produtivos-incapazes de fixar um padrão ou padrões regulares- impede a formulação de um padrão estável de relações entre trabalhadores e as empresas que seja apreensível pela ação normativa e dificulta a formulação dogmática do direito do trabalho como mecanismo voltado à formulação de decisões.

⁹TST Enunciado nº 212 - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985. Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade. 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.

¹⁰A ABIMAQ está trabalhando junto com a CNI em fórum que reúne 45 associações de empresas, no sentido de promover ações de sensibilização dos membros do Congresso Nacional para que essa convenção não venha a ser ratificada.

Importante perceber que o cidadão trabalhador não se sente minimamente seguro quanto ao futuro, vive-se a banalização da despedida arbitrária, o que gera um desequilíbrio na distribuição de renda, contrariando o “Welfare State¹¹” ou Estado de bem-estar social, organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Senão, veja-se, Nascimento (2012, p.89): “Na moderna concepção de Estado-providência, como também é conhecido, cabe aos governos a regulamentação dos direitos sociais, e ao mercado a direção da vida econômica”.

Ainda, Crivelli (2010, p. 151) pontua que “apesar do desenvolvimento contínuo do processo de globalização e de todas as transformações que este tem acarretado na vida de povos e nações, o Estado deve permanecer como um importante ator político, ainda por um longo período”.

Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, garantindo a função social do contrato de trabalho e o princípio base de sustentação e de garantia de segurança jurídica dos acordos e Convenções firmados no âmbito internacional o “pact sunt servanda”. Conforme Piovesan (2012, p.99), sobre a importância de se cumprir os pactos contratados “[...] enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”, alinhando-se diretamente aos direitos e garantias do trabalhador. Em uma perspectiva histórica, o Direito do Trabalho tem seu escopo em investir em certa segurança aos trabalhadores, operando como meio de compensar as desigualdades sociais entre os empregados e o capital, justificando jurídico e eticamente a sua existência como um instrumento de coesão e paz social.

Insta destacar que milhões de trabalhadores tem sua renda referenciada no salário, por isso, faz-se necessário a observância de uma urgente política de valorização da mão-de-obra, corroborando com o cumprimento de uma legislação protetiva ao trabalhador e aos direitos sociais. Nas palavras de Lobato (2014, p.190):

¹¹ O Estado de Bem-Estar Social surgiu com a grande depressão econômica de 1929 nos Estados Unidos. Foi uma política praticada por Roosevelt como tentativa de combater os problemas resultantes da grande crise econômica que atingiu não só a esse país, mas o mundo todo [...] O Liberalismo norte-americano cedeu espaço para um dosado intervencionismo Estatal voltado para a proteção do desempregado mediante um programa do tipo atualmente denominado seguridade-social, acompanhado de investimentos públicos para dinamizar a economia, circunstâncias que fizeram do Estado um agente da promoção social e organizador da economia e do regulamento da vida e da proteção à saúde das pessoas desamparadas, em parceria com os sindicatos e empresas. (Nascimento, 2012, p. 88)

No Constitucionalismo contemporâneo não há espaço para decisões fechadas, que concentram e limitam as possibilidades de aplicação concreta do texto normativo. A racionalização do procedimento jurisdicional retira a visão coerente da decisão, impedindo o diálogo permanente com o mundo real, esgotando, num sistema lógico, a totalidade do real.

Nesta mesma senda, objetivando uma legislação interna de cunho protecionista, busca-se redenção no Convênio 158º da OIT, que por sua vez, foca nesta questão trabalhista, adentrando no tema da rescisão do contrato de trabalho, o que vem como contrapeso para a instabilidade causada pela trivialização do instituto da “dispensa sem qualquer motivo”, permitindo frear o desemprego, um dos temores de qualquer economia.

De certa forma, o desemprego estrutural no Brasil é ainda considerável. Vislumbra-se uma pendência para que o legislador constitucional complemente ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, edicionar norma sobre o término da relação de emprego, renovando os votos desta república democrática, tutelando os direitos de ordem social, ampliando os benefícios da política social, num contexto nacional de valorização de emprego digno para o conjunto da população brasileira.

Conforme dispõe o preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho:

São elementos sobre os quais deve se assentar a Organização e seus componentes (Estados): a justiça social, a melhoria das condições de trabalho dos indivíduos, a não degradação das condições de trabalho das pessoas, e a não adoção de regimes de trabalho que não constituam abuso em relação aos direitos fundamentais dos indivíduos.

É indiscutível que a Constituição Federal exija lei complementar para regular as hipóteses de dispensa expressa no art.7, I, CF/88, posto que exige *quórum qualificado para sua formação*, em oposição à lei ordinária, que exige quorum simples, mas caracterizado pelo alinhamento entre os dois sistemas. Pode-se dizer que a ausência de tal lei não obsta a proteção a relação de emprego, mesmo porque sendo a Convenção de caráter internacional, exige mais formalismos para sua criação, fruto, portanto, de um amadurecimento social e histórico, devendo ser recepcionado pelo Direito interno como tratado e/ou convenção internacional que versam sobre direitos humanos de que o Brasil é membro-signatário. De acordo com a doutrina de Crivelli (2010, p.77) no que se refere aos procedimentos formais de criação de normas:

A OIT tem algumas características peculiares dentre as muitas organizações e agências da ONU (...). A primeira delas é que ela é uma das poucas organizações que, além de negociar e celebrar tratados multilaterais, tem um dos mais antigos sistemas de controle de aplicação de normas de tratados internacionais. Portanto, o dilema contemporâneo que cerca o estudo e prática do Direito Internacional

Público, qual seja, o da eficácia e exigibilidade das normas internacionais-enforcement law-, apresentou-se a esta organização muito prematuramente.

Por derradeiro, a prerrogativa motivadora da denúncia à Convenção 158^o da OIT pelo Brasil, foi a de que estaria havendo uma violação ao direito fundamental à livre iniciativa, acarretando um aumento nos custos do empregador com excessivos formalismos para demissão. Por outro lado, o poder executivo alega confusão jurídica entre a norma Constitucional e a Convenção 158 da OIT. Outra afirmação descabida é a de que irá haver redução na competitividade junto ao mercado global. Ora, nesta perspectiva cabe observar a experiência de outros trinta e quatro (34) países que ratificaram a Convenção n^o 158 da OIT.

A contemporaneidade apresenta a Globalização como um fenômeno que, indiscutivelmente, remonta as relações do mundo do trabalho de forma desfavorável ao empregado. A valorização da mão de obra na sociedade, em seu sentido axiológico, está sendo desmerecida em prol da riqueza do patronato. Afirma Lobato (2006, p.116):

A globalização econômica traz consigo a crise das economias locais, fortalecendo a idéia do aumento do lucro financeiro, exigindo-se o aumento da produtividade dos trabalhadores e, em contrapartida, a diminuição de direitos e o desrespeito à dignidade humana dos trabalhadores.

Do mesmo modo, pontua Crivelli (2010, p.110):

Desta forma, o direito do trabalho passa a ser vitimado, por um lado, pelas políticas neoliberais que recusam a regulamentação negocial e estatal das relações trabalhistas e, por outro, por um fenômeno social candidato à proteção normativa com características cada vez mais fugidias que dificultam a apreensão em uma moldura jurídica estável.

Nesta esteira, critica-se a não observância da mão de obra como produto de troca, e sim, como resultado de exploração da “mais valia”. E disso, surge conferir observância do alinhamento entre a necessidade de produção e a proteção do trabalhador contra a despedida vazia, garantindo a inclusão social e os direitos fundamentais.

A Constituição Federal Brasileira e a legislação infraconstitucional são, em grande parte, grandiosas em destacar direitos e garantias sociais aos nacionais e a exaltar sua dignidade e o valor do trabalho. A Constituição proclama enfaticamente, entre seus princípios fundamentais, o princípio da proteção ao trabalhador, à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade livre, justa, solidária, assim como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Todavia, não é suficiente que a legislação garanta o direito de livre acesso ao trabalho, a igualdade de oportunidades e a dignidade da pessoa humana. É indispensável que, ao lado desses potentes enunciados, sejam assegurados meios práticos e efetivos. Nas ilustres lições de Lobato (2006, p.117): “não basta, com efeito, a inserção de direitos na Constituição para a sua efetivação. O Poder Judicial tem um papel fundamental para que a sociedade obtenha a concretização dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores”. Conclui no mesmo sentido (Idem): “Na judicialização, a interpretação constitucional é fundamental para garantir o valor constitucional e a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho”.

Por isso, o presente trabalho objetiva demonstrar que a estabilidade no emprego é destinada a contribuir para o desenvolvimento social, fundamentando no mesmo sentido, a proteção à tutela constitucional da autonomia privada, com a preocupação de que esta tutela resulte dos direitos fundamentais. Assim, as relações de trabalho reguladas pelo direito, devem se tornar um instrumento a serviço da dignidade do homem.

1.5 A RATIFICAÇÃO, DENÚNCIA E A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A Convenção da OIT é um tratado multilateral de caráter normativo aberto à ratificação dos Estados-membros da Organização, que visa produzir efeitos jurídicos uniformes em relação aos que vivem nos países que, por ato soberano, a ratificam. O procedimento da ratificação é complexo, correspondendo a fases distintas. Em face do procedimento na Constituição da OIT, o governo de cada Estado-membro assume a obrigação formal de enviar todas as Convenções, no prazo máximo de dezoito meses, à autoridade competente para sua aprovação (art. 19, § 5º, a, da Constituição da OIT). No Brasil, esse Órgão é o Congresso Nacional (art. 49, I, CF/88), competente para aprovar ou rejeitar, definitivamente o tratado, não podendo, porém, aprová-lo com reservas, salvo se facultadas no respectivo texto.

Assim aos auspícios da doutrina de Jorge Neto e Cavalcante (2013, p.192):

De acordo com a Constituição de cada Estado-membro, autoridade competente é a que possui o poder de legislar ou de tomar as medidas necessárias para dar efeito às Convenções e Recomendações. No Brasil, a autoridade competente para a discussão, votação e aprovação por maioria simples (art.47, CF) é o Congresso Nacional (art.49, CF). A Convenção adquire hierarquia de lei, após ser aprovada

pelo Congresso Nacional, não sendo o caso de sanção pelo Presidente da República. (art.48, CF/88).

Nos dizeres de Ericson Crivelli (2010, p. 73) sobre a recepção e integração dos tratados internacionais no ordenamento nacional:

[...] variam de acordo com a tradição jurídica e o modelo Constitucional adotados em cada Estado. Sem olvidar que, quanto à forma, um ordenamento jurídico pode considerar adotado o texto integral do Tratado ou Convenção após sua aprovação pelo parlamento nacional, ou ainda, pode considerar necessário reproduzir o seu conteúdo normativo e uma lei específica. Os sistemas jurídicos têm variado entre os modelos monista, e modelo dualista. Estes funcionam como tipos ideais em relação aos quais os sistemas jurídicos nacionais correspondem em maior ou menor grau.

No paradigma doutrinário de Piovesan (2012, p.103):

Vale dizer, não obstante a assinatura pelo órgão do Poder Executivo, a efetividade do tratado fica, via de regra, condicionada à sua aprovação pelo órgão legislativo e posterior ratificação pela autoridade do órgão executivo – matéria disciplinada pelo Direito interno.

Uma vez aprovada pelo órgão competente, o Chefe de Estado (no Brasil o Presidente da República) deverá ratificá-la, promovendo o depósito do respectivo instrumento perante o Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho (art. 19, § 5º d, da Constituição da OIT), que comunicará o ato formal ao Secretário Geral da ONU, para ser registrado nos termos do art. 102 da Carta das Nações Unidas. Somente então flui o prazo de doze meses para vigência nacional da Convenção.

Nas lições de Piovesan (2012, p.104) “A ratificação é, pois, ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno”, completando, nesse sentido, “como etapa final, o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assuma a custódia do instrumento”, permanecendo a disposição dos poderes governamentais responsáveis o encargo de solicitar alterações no campo material e formal da norma já ratificada.

A Convenção tem duas perspectivas distintas de vigência, a objetiva (Internacional) e a vigência subjetiva (Nacional), ambas objeto de cláusula ao fim do texto do próprio tratado. Destarte, prescreve o pacto 158 da OIT que vigerá no âmbito internacional: “*Doze meses depois da data em que as ratificações de dois membros hajam sido registradas pelo Diretor Geral*” (art. 16, §2º), o que ocorreu a 23 de novembro de 1985. Já quanto à vigência dentro do Estado que aderiu a Convenção se verificará as regras

de internalização junto à legislação interna: *“Doze meses depois em que haja sido registrada sua ratificação”* (art.16, §3º).

Por isso, sendo norma auto-aplicável, sua eficácia interna deverá se dar doze meses após o registro de sua ratificação. Tratando-se de princípios ou preceitos cuja aplicação dependa de lei ou outros atos regulamentares, ou ainda, restrições de cunho material ou formal na norma internacional, entende-se que eles devem ser adotados no curso da *vacatio legis* de doze meses, mas sua eficácia nacional ficará condicionada a essas medidas.

Nesse sentido, com a ratificação do Convênio Internacional surge à determinação de responsabilidade do país que a registrou perante a OIT, pelo seu cumprimento. Entretanto, só será vigente internamente, gerando direitos e obrigações em território nacional, quando publicada, em português, no Diário Oficial da União. Esse decreto de promulgação, adotado no Brasil desde o império, é condição essencial para a eficácia jurídica de Tratados Internacionais no âmbito nacional, pois a lei e, obviamente o tratado normativo, só vige entre nós, salvo disposição em contrário, quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado como esclarece a LINDB, em seu art. 1º, diz, “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.”¹²

Com o propósito de esclarecer, Arnaldo Süssekind (2000, p. 1502) declina:

Não se compreende que uma norma adquira hierarquia de lei sem a devida publicação na imprensa oficial. Por isso mesmo, enquanto essa divulgação não acontecer, a Convenção não terá eficácia jurídica no direito interno e suas normas não poderão ser invocadas pelos seus destinatários. Mas essa eventual omissão- convém enfatizar-se não exime o Estado da sua responsabilidade internacional, podendo ser advertido pelos órgãos de controle da OIT.

Existe, ainda, um incidente essencial sobre a discussão a respeito da dispensa socialmente justificável. O Decreto nº 1.855, de 10/04/1996 que promulgou internamente a Convenção 158º da OIT, de 1982, sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. O Decreto presidencial nº 2.100, de 20/12/1996 tornou pública a denúncia, pelo Brasil, dessa mesma Convenção, registrada, pela OIT em 20/11/1996. O art. 17º da mesma Convenção dispõe que a denúncia somente se daria no período de um ano subsequente ao prazo de carência de dez anos, a contar da sua entrada de vigor inicial. O

¹²BRASIL. Casa Civil. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 2010. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).

registro da denúncia, pela OIT, decorreu do entendimento de que esse período de dez anos seria contado a partir da entrada em vigor internacional da Convenção, em 23/11/1985, que corresponderia à vigência “inicial” e não a contar da ratificação por cada país, quando entraria em vigor para o país membro. Com isso o prazo da denúncia encerrar-se-ia em 23/11/1996, sendo oportuno o registro brasileiro, em 20/11/1996.

Nestes termos, importa destacar inicialmente que a OIT não dispõe sobre a competência dos órgãos Estatais dos seus membros para a decisão sobre a denúncia de Convenção internalizada. Essa competência deve ser definida pelo Direito público interno de cada país membro, sistema igualmente verificado para a aprovação e ratificação das Convenções.

Segundo Martins, a denúncia é:

[...] aviso prévio dado pelo Estado de que não tem interesse em continuar aplicando uma norma internacional. No caso da Convenção da OIT, é o ato pelo qual o Estado avisa a OIT que já não tem interesse em continuar observando aquela norma internacional em seu ordenamento jurídico interno. Só é possível denunciar uma Convenção da OIT no decurso do décimo ano, sendo que há prorrogação por iguais períodos se o Estado não observar a referida faculdade.¹³

Ocorre que o Tratado Internacional em tela foi denunciado por ato exclusivamente unilateral do representante do Poder Executivo, extinguindo seus efeitos e desobrigando o Estado-membro a observar efetividade à norma internacional.

Destaca-se que, a Convenção 144 da OIT¹⁴, já ratificada pelo Brasil, é essencial para a afirmação da inobservância processual, por parte do representante do poder Executivo Nacional, que denunciou a Convenção 158 de forma unilateral, sem a devida consulta aos representantes dos empregadores, dos trabalhadores e do governo, como é consoante em Art. 2, da referida Convenção, a respeito de assegurar consultas efetivas, tripartites, para decisões em que se verificarem atos de ratificação e denúncia de Convenção da OIT. A presente Convenção pontua que, em face as obrigações assumidas pelo Brasil após sua ratificação que dispõe sobre ‘Consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho’, não poderia processar ou deliberar sem a discussão efetiva, de forma tripartite, entre Governo, Empregados e Empregadores.

Importante trazer a baila, a disposição que aborda a faculdade do exercício da denúncia, que é do membro da Organização, pois para a OIT a expressão membro

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012. p.81.

¹⁴ BRASIL. Congresso. Senado. Decreto nº 2.518, de 12 de março de 1998. Promulga a Convenção 144 da OIT. Diário Oficial. Brasília, 13 de março de 1998.

corresponde a Estado, não a governo. Na melhor concepção da atividade jurídico-política incluem-se os segmentos configuradores de nação.

Por isso, o tripartismo se apresenta como o melhor modelo para a perfectibilização de democracia, proporcionando uma melhor decisão quanto a retirada ou inclusão de Convenções da OIT no Brasil. Com base nesses argumentos, mesmo que o Brasil tivesse respeitado o prazo de um ano após o seu registro junto ao RIT – Repartição Internacional do Trabalho - para denúncia do pacto internacional 158º, este não autorizaria o poder executivo a denunciar o tratado internacional da OIT quando lhe aprouvesse, porque, juridicamente, Estado e Governo são entidades distintas e o formalismo dos textos da OIT cumprem nitidamente em distinguir estes dois elementos.

Ainda sobre a Denúncia¹⁵, dispõe a Convenção 158 da OIT em seu §1º do art.17

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

De toda a sorte, a denúncia se formalizará através de uma carta ou notificação, a ser transmitida ao governo da parte co-pactuante – acordo bilateral- ou ao depositário (tratados multilaterais). Chama-se a atenção que a tradição processual internacional considera como retratável o ato da denúncia e que mesmo que a norma tenha sido rejeitada após ratificação, ela poderá retornar a legislação interna por meio de adesão.

Ainda Mazzuoli neste diapasão (2001. p.106):

Sua materialização não difere muito do procedimento adotado para a ratificação de tratados, consubstanciando-se, no caso dos tratados multilaterais, em instrumento entregue a outra parte, ou ao depositário para este fim designado, o qual comunicará às outras partes da intenção do Estado denunciante em se afastar do compromisso. No caso dos tratados bilaterais, basta uma das partes fazer chegar à outra o seu propósito de não mais fazer parte do acordo, para que, neste caso, desde já se configure a denúncia.

Ademais, o ato de denúncia de um acordo multilateral tem repercussões no direito interno, *legislando sobre a autoridade competente para o ato, bem como o processo interno para executá-la*. Nas lições de José Sette Câmara, como defensor da corrente

¹⁵ Segundo Maria Helena Diniz: “Pelo Direito Internacional Público, a denúncia é o ato pelo qual o governo faz saber à nação com que efetivou um tratado ou Convenção que não pretende continuar o acordo, após a expiração do prazo avençado, dando por finda a vigência daquele tratado”. (DINIZ, 1998).

minoritária, a respeito da competência do legislativo no processo de denúncia de um tratado internacional:

Sem sombra de dúvidas a conclusão é que o poder de denunciar tratados, mesmo se concluídos com aprovação legislativa pertence ao Executivo. O legislativo não interfere no processo de denúncia nem é objeto de consulta por parte do executivo. (Câmara, 1987/1988, p. 70)

Por outro lado, o entendimento a respeito do processo de denúncia de tratados internacionais no direito brasileiro não é pacífico, discute-se quanto a necessidade da participação do poder legislativo neste procedimento.

A discussão referente à participação do Congresso Nacional na denúncia de tratados no Direito Brasileiro teve início em 1926, quando durante o governo Artur Bernardes, Clóvis Beviláqua, sendo o consultor Jurídico do Ministério das relações exteriores, fora solicitado a realizar um parecer sobre se o Presidente da República poderia afastar o Brasil da Sociedade das Nações por meio de denúncia do tratado que constituiu esse organismo. Diante do silêncio Constitucional, Beviláqua redige o clássico parecer: “Denúncia de tratados e a saída do Brasil da Sociedade das Nações”, posicionando-se totalmente favorável a possibilidade da denúncia unilateral por parte do poder executivo sem o devido aval do Congresso. (Beviláqua, 1956)

O pioneirismo, no entendimento doutrinário de Beviláqua é desenvolvido, instruindo que, se o tratado a ser denunciado traz, em seu texto, as condições e o modo de denúncia já aprovado pelo Congresso, então não há necessidade de apreciação, novamente, no momento da efetivação da denúncia.

O ilustríssimo Beviláqua, afirma que o ato de denúncia é de natureza de ato administrativo e ao desempenhá-lo, o poder executivo estaria cumprindo sua atribuição da mesma forma que só estaria operando efetividade às normas já aprovadas pelo legislativo. Informa-nos que, não há a necessidade de oitiva prévia do Congresso no ato da denúncia do Tratado firmado pelo Brasil, só sendo necessário o respaldo do Congresso Nacional se houvessem alterações legislativas, materiais ou formais, em cláusulas constantes do tratado, assim sendo, de sua competência exclusiva em executar os tratados firmados pelo Brasil. Por isso, neste entendimento, a oitiva do Congresso Nacional torna-se residual, somente ocorrendo pelos auspícios da lei, na existência de previsão Constitucional, tão logo, ao silêncio normativo, cumpre o entendimento da atribuição exclusiva do Executivo.

Uma segunda corrente doutrinária, majoritária, que tem como referência Pontes de Miranda, apresenta a clássica lição de que é subversiva a denúncia de Tratados

Internacionais, unilateralmente pelo executivo, sem a consulta ao Congresso Nacional, encerrando com princípios de ordem Constitucional. Entende que, por ser um ato jurídico complexo, com suas formalidades, devendo observar a sua natureza bicameral para aprovação de tratado, da mesma forma deverá ser para a revogação da norma. Importante destacar que seu posicionamento encontra respaldo na teoria Constitucional dos freios e contrapesos, advertindo que a denúncia de tratados, cabe ao Poder Legislativo regular a atuação do Executivo, a fim de se resultar na harmonia de competência dos dois poderes.

Apontando para os excelentes estudos da doutrina de Piovesan (2012, p.104), que se orienta sob os auspícios do Direito Positivo, inserida na corrente majoritária, coadunando com a lógica jurídica, que prioriza as competências previstas na Constituição Federal em seu art.49, I e art.84, VIII, prevê que “só haverá o aperfeiçoamento da norma internacional se integrar a vontade do Presidente da República que as celebra, e a do Congresso Nacional, que as aprova mediante Decreto legislativo [...]”. Pondera, ainda, a Professora Piovesan, “Não gera efeitos a simples assinatura de um tratado se não for referendado pelo Congresso Nacional, já que o Poder Executivo só pode promover a Ratificação depois de aprovado o Tratado pelo Congresso Nacional”. (Piovesan, 2012, p.104).

A autora reconhece que o processo de denúncia será democrático com a participação do Legislativo, tão logo é justificada a atribuição de representação do povo (Câmara dos Deputados) e da federação (Senado Federal), integrando o ato da denúncia como consequência de um sistema democrático, que através de seu sistema representativo, sempre encontra respaldo no bojo social, orientando-se pela prevalência dos direitos humanos e sociais.

Por sua vez, na sistemática da incorporação legislativa, diz Piovesan (2012, p. 116):

Há que enfatizar ainda que, enquanto os demais Tratados internacionais tem força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma Constitucional.

No caso brasileiro, a Constituição consagra o processo de internalização de Tratados internacionais por dois atos distintos: a aprovação do Tratado pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo e a Ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação. Conforme Piovesan (2012, p. 105), “Celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso

Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos.”. Para Piovesan, a bicameralidade do ato complexo é a maior expressão do equilíbrio preconizado pelo sistema de “freios e contrapesos”¹⁶ (*checks and balances*), teoria Constitucional que esclarece a imprescindibilidade da aprovação dos dois poderes – legislativo e executivo –, impedindo a abstração de poder nas mãos de um único poder, diminuindo o risco ao abuso de direito, procedimento esse que também deverá ser observado no caso de denúncia do Tratado internacional.

Para Ericson Crivelli (2010. p.73):

O método adotado no Direito Constitucional brasileiro tem sido comumente classificado como dualista. A ratificação internacional de um tratado é realizada pelo presidente da República, a quem cabe a representação externa do Estado, constituindo a manifestação de vontade que obriga internacionalmente o Estado brasileiro. Esta deve, no entanto, estar precedida da promulgação do Tratado pelo Congresso Nacional (Art.49, I e 84, VIII da CF), ou seja, que haja uma manifestação de vontade do parlamento nacional. Além da duplicada manifestação de vontades, o tratado depende, ainda, da sanção presidencial – que integra o texto original do tratado no ordenamento brasileiro através de um simples decreto – para passar a produzir seus efeitos jurídicos.

Conforme se pode notar, a legislação brasileira ainda é divergente de um entendimento que possibilite a melhor sistemática processual a respeito das Denúncias de Tratados internacionais. Resta claro que os Tratados que versam sobre direitos humanos, são recepcionados imediatamente pela Constituição Federal de 1988. E por assim ser, suas disposições legais encontram abrigo em art. 60, §4º, da CF/88, recebendo o status de pétreas, e, portanto, não sendo sujeitas à revogação nem mesmo por emenda Constitucional.

A denúncia unilateral de tratados internacionais parece ser a regra indiscutível no panorama jurídico brasileiro. Adotando a teoria de Beviláqua, por outro lado, já existe uma corrente majoritária no Direito Internacional, que tal procedimento engessa a vigência da constitucionalização dos direitos sociais e, por isso, estaria descumprindo o princípio da boa-fé dos tratados internacionais, posto que, considera-se democrático a consulta ao Congresso Nacional, nessas hipóteses.

Verifica-se que o Estado democrático de Direito tem urgência na contemplação dos direitos sociais e, por isso, com o apoio do poder judiciário, a nova doutrina e a jurisprudência os direitos de cidadania terão maior respaldo dentro do devido processo

¹⁶Quando existe influência recíproca das funções executiva, legislativa e judiciária em um Estado, para que possa haver o necessário equilíbrio na sociedade. É assim chamada a teoria que resultou na criação da divisão dos poderes. Vide Montesquieu.

legal, proporcionando um novo cenário nacional nas relações de emprego junto aos tribunais brasileiros. Sobre o assunto, conduz Lobato (2006, p.116) sobre a função precípua do judiciário afirmando

[...] que a judicialização das relações sociais no Direito do Trabalho tem sido uma constante. A par de se verificar um período de afastamento do valor Constitucional, o restabelecimento da função social do Poder Judiciário tem sido a tônica da Justiça do Trabalho nos últimos anos.

Cumpra trazer ao conhecimento a situação legislativa em que se encontra a Convenção 158 da OIT face ao STF, que discute a denúncia unilateral do pacto 158 da OIT no Brasil. Não é de hoje que a Convenção 158 provoca discussões acerca do entendimento doutrinário e processual.

No STF, em 19/05/2014, reergue-se o julgamento da ADIn 1625, ajuizada pela CONTAG e pela CUT. As entidades contestam o Decreto Federal Presidencial 2.100/96, do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que informa a retirada do Brasil do Acordo Internacional relativo ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

Alegam as entidades que um ato unilateral do Presidente da República relativo a tratado internacional fere o artigo 49, I, da CF, que trata das competências do Congresso Nacional.

Tem-se como voto vista, o último nessa ocasião, julgamento do ministro Joaquim Barbosa ¹⁷que abriu uma nova vertente no julgamento do caso. O ministro se pronunciou no sentido de julgar totalmente procedente a ação da CUT e da CONTAG para declarar inconstitucional o decreto presidencial que excluiu a aplicabilidade no Brasil da Convenção 158 da OIT.

Na avaliação de Joaquim Barbosa, da mesma forma que um acordo internacional para vigorar no Brasil precisa ser assinado pelo presidente da República e submetido à ratificação do Congresso Nacional, a extinção desse tratado deve passar pelo mesmo processo. Caso contrário, disse o ministro, há violação do texto Constitucional, uma vez que o processo legislativo não foi respeitado.

Joaquim Barbosa, afirmou que na Constituição Brasileira não há norma sobre denúncia de tratado, mas observou que um acordo internacional tem força de lei e que no Brasil nenhum ato com força de lei vigora sem a anuência do Parlamento. O ministro

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativos do STF, nº 549.**

citou como exemplo as medidas provisórias que são editadas pelo poder Executivo, mas dependem de apreciação do Legislativo.

Já o relator da matéria, ministro Maurício Corrêa (aposentado) e o ministro Carlos Ayres Britto, inicialmente votaram pela procedência parcial da ação movida pela CONTAG e CUT.¹⁸

O julgamento começou em outubro de 2003 e nele os ministros defenderam que, assim como o Congresso Nacional ratifica os tratados internacionais, também tem o poder de decidir sobre a extinção deste tratado, por meio de decreto legislativo.

Assim, ambos os ministros haviam decidido que o decreto presidencial em questão deve ter interpretação conforme o artigo 49, inciso I, da CF/88, de forma a condicionar a denúncia da Convenção 158 da OIT ao referendo do Congresso Nacional.

Já em julgamento realizado em março de 2006, o ministro Nelson Jobim - aposentado - votou pela total improcedência da ação e a manutenção do Decreto presidencial que denunciou a Convenção 158 da OIT.

Na avaliação de Jobim, a denúncia de tratado internacional é feita unilateralmente pelo presidente da República que é o órgão que representa o país na ação e independe da apreciação do Congresso Nacional. Após o Voto vista do Ministro Joaquim Barbosa, a ministra Ellen Gracie solicitou vista dos autos e, com sua aposentadoria, o processo aguardava nova distribuição. Hoje os autos desta encontram-se distribuídos, desde 19/05/2014, ao gabinete da Ministra Rosa Weber, para seu provável voto vista junto ao plenário do Superior Tribunal Federal.

Portanto, aguarda-se o julgamento da ADI 1625-3, da referida denúncia pelo STF, que nos trará o melhor caminho, no sentido de um posicionamento oficial sobre a prática procedimental de revogação de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no panorama jurídico brasileiro, já que até a presente data, há 4 votos, sendo 3 a favor da procedência e outro contrário. O Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem Legislativa 59/08 para que houvesse a ratificação da Convenção 158. Contudo, a comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN) da Câmara dos Deputados rejeitou a mensagem em 02 de julho de 2008. Aguarda-se um situação favorável ao trabalhador pelo voto do Superior Tribunal Federal no sentido de procedência ao pedido de Inconstitucionalidade, ajuizadas pela CUT e a CONTAG, referente à ADIn 1625-3, demonstrando coerência legislativa em seu entendimento.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativos do STF, nº 549.**

Seguindo este mesmo raciocínio, cumpre ressaltar também as palavras de Maurício Godinho Delgado (2011 p.1128):

Sequer chegou a se tornar dominante, nos Tribunais do Trabalho, a tendência compreensiva de que, efetivamente, estivesse a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho produzindo repercussões jurídicas na ordem jurídica interna brasileira. Nesse quadro de incertezas, quanto aos efeitos de tal relevante diploma internacional trabalhista, o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 1997 (pouco mais de um ano após o suposto início de vigência interna da Convenção, portanto), acolheu arguição de inconstitucionalidade da Convenção 158º, por considerar não auto-executável a regra do artigo 7º, I, da Carta Magna, até que surgisse a lei complementar referida no preceito Constitucional (preceito que teria dado suporte interno à Convenção Internacional ratificada). Sepultou a Corte Suprema, em consequência, qualquer possibilidade de eficácia jurídica ao diploma convencional no território do Brasil.

Ressalta-se que a matéria central dessa Convenção “encontra-se na introdução do princípio da justificação das despedidas” (Süssekind, 2010, p.125). Em divergência do que sustentam alguns doutrinadores, a Convenção 158º da OIT não institui o modelo de estabilidade no emprego, como conhecida no Brasil, na forma consagrada pela CLT, a qual seria, segundo esses autores, incompatível com a previsão Constitucional de indenização pela despedida, dentre outros direitos. Busca-se a valorização da mão de obra no que condiz a função social do trabalho.

Nas lições de Wandelli (2004. p.327):

Trata-se, numa palavra, de afastar a mera descartabilidade da pessoa do trabalhador, num regime de desemprego estrutural, mediante a singela exigência de que o empregador demonstre a razão da despedida. Mantém-se, todavia, amplo espectro de justificação da despedida a atender as necessidades da atividade produtiva.

Dessa forma, conclui-se que as consequências da denúncia ao instituto protetor da continuidade do emprego, mostram-se com fins opostos ao proposto pelo legislador Constitucional, na tentativa de tutelar coerentemente sobre os direitos do trabalhador brasileiro. Como reitera Jorge Neto e Cavalcante (2013. p. 745): “De fato, a dispensa é um ato jurídico unilateral, denotando verdadeiro direito potestativo do empregador, sendo que a vontade do trabalhador nada vale.” Finalmente, a desregulação dos poderes legislativo e executivo, enquanto não observam suas competências Constitucionais, o que fragiliza toda uma sociedade no Estado democrático de Direito, que se põe a enfrentar os ditames sobre a justiça social cotidianamente, enquanto que lhe falta transparente precisão para desviar da ineficácia Constitucional ao tentar proporcionar o contingenciamento do puro exercício potestativo da vontade empresarial.

CAPÍTULO II

A NOTÍCIA DE UMA CONCLUSÃO ANUNCIADA: A DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA NO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL DOMINANTE.

Uma das dimensões mais pertinentes nas relações laborais está na conclusão de que não há possibilidade de defesa contra a despedida arbitrária, pelo fato de que existe previsão que oportuniza a livre despedida. A presença da comum prática de excluir-se qualquer trabalhador que se insurja contra a violação de seus direitos, é a negação de fato e de direito do reconhecimento da pessoa do trabalhador. (Wandelli, 2004, p. 419)

A despedida abusiva no Brasil é a regra, é um instrumento perverso por parte do empregador para aplicá-la todo tempo, rotineiramente, mais do que trivial, de buscar o lucro incessantemente em cima da mão de obra humana, independente do que a despedida possa causar no universo do mundo do trabalho.

O único instrumento legislativo disponível para coibir, diante as consequências dessa despedida, foi soterrado pela propositura da ação de inconstitucionalidade que permanece sobre análise do Tribunal Superior Brasileiro a respeito da Convenção 158 da OIT. Ora, a Constituição em ADCT, em seu art. 10, não dificulta a banalização das despedidas arbitrárias no sentido de que tributa em 50% o empregador para ‘libertar-se’ do funcionário rejeitado.

Afirma Delgado (2012, p. 1127), a respeito do direito potestativo do empregador:

O critério da dispensa desmotivada por ato empresarial confere, infelizmente, a essa modalidade de ruptura do contrato empregatício o estatuto jurídico de simples exercício de um poder potestativo pelo empregador – poder próximo o absoluto-, desconsiderando todos os aspectos pessoais e sociais envolventes à dinâmica da extinção do contrato do trabalho.

Nesta esteira, para a consagração efetiva da constitucionalização de direitos sociais o Direito Trabalhista Brasileiro precisa acompanhar os tempos, a evolução do homem pressupõe alterações de cunho econômico, nas relações trabalhistas, movimento este já observado através do desenvolvimento da história. Afirma Süsskind (2010, p. 319) “duzentos anos depois da Revolução Industrial, estamos convivendo com outras, referida como revolução tecnológica, de incalculável profundidade e dimensões”.

Consoante se advertiu em 1990 o próprio país precisa ser protegido ante a extensão dos graves problemas que o ameaçam, advindos da nova revolução tecnológica, seja no campo da ciência e da tecnologia, seja no terreno da

educação geral e da formação profissional. (Bastos, 1990, p. 468 *apud* Süsskind, 2010, p. 237).

Infelizmente, o que se tem feito nesse terreno é insignificante em face da incomensurável e preocupante carência de mão de obra apta a operar a instrumentação da nova tecnologia.

Os motivos que podem legitimar a dispensa do trabalhador ou do empregado, conforme às necessidades da empresa são os termos do art.13 da Convenção ou seja, de ordem econômica, tecnológica ou estrutural ou análoga. Importante ressaltar que, nestes casos, o trabalhador é dispensado não por ser incompetente ou por ter praticado uma infração, mas porque a sua atividade laboral foi extinta por condições ligadas à própria empresa, a sua estrutura e funcionamento.

A dispensa de *ordem econômica* pode ser gerada por recessão, inflação, limitação de crédito, diminuição da demanda, perda das condições de mercado, a limitação da produção, problemas de venda e distribuição, ou até mesmo, dificuldades de acesso à matéria prima.

Já, os de ordem *tecnológicos*, estão quase sempre relacionados à informatização e a robótica. As estruturais têm caráter mais abrangente, pois implicam uma transformação em segmentos importantes da empresa, parte orgânica, finalística e as relações da empresa com o mercado.

2.1 A DESPEDIDA E O DIREITO DE AÇÃO DO EMPREGADO

Na própria descrição de Amadeo e Camargo (Wandelli, 2004, p. 420), é praxe no Brasil a sonegação permanente de direitos ao longo do vínculo trabalhista, que serão negociados de modo aviltante depois da despedida, mediante acordo na justiça do trabalho. A argumentação diante desta realidade não pode ser a consagração da supressão de direitos, mas sim, a alteração do sistema legislativo vigente que torna ineficaz a garantia ao devido processo legal. Consequentemente, este é o cenário que acaba permitindo perceber concretamente a valorização da força de trabalho, sem o suposto incontrolável da sonegação sistemática, aumentando a efetividade do cumprimento espontâneo da Lei e o grau de respeito para com a pessoa do trabalhador.

Entre os mecanismos de proteção contra a despedida arbitrária, um dos principais, é a tolerância para com “*a despedida ocorrida como represália pelo fato do empregado ter buscado pelos meios constituídos adequados – Sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério público, Justiça do Trabalho – a observância*” de um direito seu. (Idem). Tem-se que é bastante aceitável a afirmação de que a despedida, assim levada a efeito, observando apenas esses dados, signifique indevida constrição do direito de ação.

Episódio manifesto é a maior demanda da Justiça do Trabalho que ocorre pelas mãos dos desempregados, que reiteradas vezes, tiveram parte de seus direitos sistematicamente sonogados ao longo dos anos, mas veem-se obrigados a abandonarem suas pretensões a sorte da prescrição, por terem consciência de que este ato implica na impossibilidade de outro emprego, pois o patronato vê com ‘maus olhos’, o trabalhador que recorre a Justiça Trabalhista. (Ibidem)

Nos ensinamentos de Wandelli (2004, p. 420): “põe as partes em absoluta desigualdade e esvazia materialmente a garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF)”. E estes resultados nos permitem dimensionar concretamente o valor da força de trabalho, sem o suposto incontrolável da sonegação sistemática, elevando o grau de efetividade do cumprimento espontâneo da lei e o grau de respeito para com a pessoa do trabalhador. E nesta ocasião, quando o empregado busca seus direitos através da tutela judicial, o cenário anterior, faz com que o exercício dos direitos fique grandemente limitado a sua recuperação indenizatória.

Destarte, mantém-se a situação crônica de inobservância dos direitos ao longo do vínculo de emprego, neutralizando os instrumentos de garantia de seu exercício oportuno. Situação que ocorre rotineiramente quando o empregador sofre um acidente de trabalho e o patrão busca invalidar a prova cabal do acidente de trabalho impondo ao empregado o retorno imediato a sua casa, dificultando o acesso deste trabalhador ao auxílio previdenciário.

Dessa forma, estreita-se de forma consistente a viabilidade de tutela de urgência e inibitória das lesões e, mais grave, coage-se neste sentido, para a via da monetarização indenizatória, direitos indisponíveis e de natureza pessoal, tais como o direito a saúde, ao respeito à dignidade, intimidade e vida privada, à convivência familiar e comunitária ou de preservação das condições contratuais mais benéficas.

Como dispõem Wandelli (2004, p. 420): “Pense-se no direito de recusar-se ao trabalho extraordinário ou aos domingos, fora das hipóteses obrigatórias, de proteção em face dos riscos de saúde.”

Assevera Wandelli (idem): “Trabalho é tempo de vida do trabalhador colocado à disposição do empregador”. Diferentes formas de direitos devem ser percebidas, acompanhando as sociedades em seu tempo. Por outro lado, cabe ao Estado garantir sua efetividade, em especial, o acesso ao judiciário, inclusive em caso de ameaça (Brasil, 1988, art. 5º, XXXV). Em circunstância nenhuma a indenização posterior repõe integralmente o tempo de recusa dos direitos vividos pela pessoa do empregado ao longo de seu vínculo de trabalho, inclusive dos direitos relativo aos direitos de crédito.

A realidade relacionada à rotina de represálias ou a coibição ao exercício do direito de ação, ainda que só sobre o manejo de direitos do empregador, como o de contratar, despedir ou promover, são inadmissíveis ante o sistema jurídico brasileiro, pois desconstrói um dos pilares da convivência democrática, o respeito à dignidade humana, substituindo a regulação jurídica pelo nu confronto de força entre as partes de uma sociedade marcada pelo desequilíbrio do poder.

O Estado de Direito tem como condição ‘sine qua’ para que se possa falar de uma ordem social, a qual oferece, no mínimo, o acesso a justiça, como direito fundamental. O Estado deve zelar pela sua função precípua em resguardar os direitos fundamentais e não pode ser omissor na aplicação do direito, não pode ser conluiado com a falta de observância a prerrogativas constitucionais, omitindo-se ante a preservação de prerrogativas constitucionais essenciais.

Conforme discorrido na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho (Realizada em Nov. 2007 pelo TST), no enunciado 03, deliberou:

I-FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do Direito do Trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.

II- FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei

nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.¹⁹

Direito de ação do trabalhador poderia ser acrescentado que os direitos trabalhistas são violados rotineiramente, tendo como resultado a grande demanda na justiça do trabalho, o tamanho da demanda acarreta a falta de celeridade na justiça, o que implica no abarrotamento de justiça trabalhista. O empregador sabe que o empregado ficará muito tempo à disposição da justiça, pois os dissídios se resolvem de forma lenta, visto o tamanho da demanda, causando dificuldade para o trabalhador acessar o campo de emprego, tão logo se encontra a mercê do corporativismo patronal que ilegalmente dificulta o re-ingresso deste trabalhador no mercado de trabalho, maculando este de um ‘histórico negativo’ que será informado ao novo patrão ao buscar informações a respeito deste e as razões de seu desligamento em emprego anterior.

2.2 A DESPEDIDA COMO DIREITO POTESTATIVO

Em primeiro lugar é importante deixar claro o que é Direito Potestativo: um direito que não admite contestações. É o caso, por exemplo, do direito assegurado ao empregador de dispensar um empregado (no contexto do direito do trabalho); cabe a ele, o trabalhador, apenas aceitar esta condição; é prerrogativa jurídica de impor a outrem a sujeição ao seu exercício. O direito potestativo atua na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir. O direito potestativo não se confunde com o direito subjetivo, porque ao direito subjetivo se contrapõe um dever, o que não ocorre com o direito potestativo. A este, entendido como espécie de poder jurídico, corresponde uma sujeição: a necessidade de suportar os efeitos do exercício do direito potestativo. Embora se impondo como poder/direito e submetendo outrem à sujeição ao seu exercício, o direito potestativo, ao ser exercido não pode exceder os limites do uso e costumes, da boa-fé e sociais necessários à paz social, sob pena de configurar-se o abuso do direito.

Este direito potestativo poderia ser entendido como aquele direito que não implica num determinado comportamento de outrem, nem suscetível de violação. No entanto, o que se busca argumentar é que ele viola direitos, sim, mas não por falta de legislação,

¹⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013. p.185

norma, constitucionalidade, tratados, ou outra forma de regulamentação. Mas sim, por descompromisso, falta de vontade política que se expressa nos vinte e seis anos de presente omissão legislativa que permite amplos poderes ao empresariado nacional, impedindo a ‘relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa’, garantida pela Constituição de 1988, art. 7º, I.

Conforme ensina Leonardo Vieira Wandelli (2004, p.334) sobre o direito potestativo: “o titular ativo simplesmente exerce seu direito, constituindo, modificando ou extinguindo a relação jurídica [...]” Assevera, ainda, “Ou seja, o titular ativo não depende de qualquer ação ou omissão do titular passivo da relação, mas depende apenas de sua própria vontade para a produção do efeito jurídico” (Idem).

Ainda caminhando nesse sentido, pode-se trazer a Súmula 212 do TST, que expressamente declara que “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.”

Discute-se, portanto, o caráter absoluto do direito potestativo, já que este caráter absoluto colide com princípio maior que representa o caráter coletivo, de ordem pública, no que diz respeito ao princípio da continuidade do emprego. Discute-se também o senso comum, ou seja, de que o direito potestativo não fere o direito subjetivo do trabalhador. Impossível manter tal alegação, pois este fere direitos e garantias Constitucionais, assim como tratados internacionais ao desconsiderar a norma mais favorável ao empregado, princípio basilar do Direito do Trabalho. Considerar o direito potestativo como absoluto é negar qualquer possibilidade de se considerar a despedida arbitrária como violação dos direitos subjetivos.

Leonardo Wandelli (2004, p.339) ensina-nos que a abusividade somente surge no conflito entre normas válidas pela adequabilidade à situação concreta diante da potencial relevância de cada característica da situação. Logo, uma regra que permite a possibilidade incontestável da despedida como direito potestativo, ou seja, como exercício independente da prestação de outrem, ‘*prima facie*’ eficaz para pôr fim à relação de emprego atingindo a esfera jurídica do empregado, não exime o titular de defrontar-se com toda a complexidade do ordenamento jurídico vigente. Portanto:

[...] a abusividade propriamente dita está sempre para além das condições de aplicação da regra válida, já pressuposta como adequada, que permite a conduta ainda que mediante uma indenização tarifada. Tomada só essa regra, não há

nunca abusividade, mas tão-só o exercício de uma conduta conforme a permissão. (Wandelli, 2004, p.339-40)

Além disso, questiona-se a relevância da utilidade sobre a estrutura metodológica vigente, do abuso do Direito. Debate esse imprescindível para reforçar a presença do Estado nas relações de emprego. As normas de regulação do costumeiro pragmatismo institucional já fazem parte de um ciclo de uma ‘jacobice’ procedimental, calcada na interpretação padrão, que esboça claramente o sustentáculo para o amordaçamento dos direitos do trabalhador. Salienta Wandelli (2004, p.346):

É a falsidade metodológica do formal-positivismo, de fato baseadas em interpretações padrão, somente concebendo normas jurídicas segundo regras interpretadas em abstrato, em um sistema fechado e aplicado por operações de subsunção, que engendra o suporte para o silenciamento dos direitos.

Salienta-se que, a bagagem já adquirida pela jurisprudência nacional sobre as consequências do abuso do Direito na esfera trabalhista, denota a tolerância para um novo modelo racional que resgata o sentido mais coerente dos direitos das pessoas, quando a tradição já não cumpre com o discernimento devido sua função precípua: resguardar a dignidade humana no bojo normativo.

A ciência social do Direito exige, no Estado Democrático de Direito, que a “interpretação dos direitos sociais leve em conta toda a experiência do passado, exercida com a participação da sociedade, não se restringindo a posições dogmáticas, sob pena de desconfigurar o próprio Direito”. (Lobato, 2014. p.191)

Salienta Wandelli (2004. p. 346), que o novo paradigma deve ser vislumbrado “através de uma racionalidade jurídica que permite maior acesso à dizibilidade da injustiça, algo tão vital aos destinatários da jurisdição, mas também essencial à atuação dos profissionais do Direito [...]”. Importando, unicamente que Estado Constitucional democrático, sobretudo, proporcione uma convivência pluralista de distintos direitos igualmente válidos, compreendendo a normatividade dos direitos, princípios e objetivos fundamentais para consagrar a constitucionalização dos direitos de cidadania.

Cabe como desfecho deste capítulo concluir que, embora a legislação esteja pronta para enfrentar o despedimento arbitrário, é ainda insuficiente para coibição da mesma, inclusive sendo conivente com essa prática, acaba por auxiliar na desconstrução deste instituto e promover a superação da dogmática-positivista atual. Assim, finalizamos com o sábio dizer de que “não há bem que não produza males, mas há também males que produzem bens”. (Wandelli, 2004.p.346).

CAPÍTULO III

A HARMONIA ENTRE A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CONVENÇÃO Nº158 DA OIT

“O Direito Constitucional é campo decisivo no processo de inserção justralhista no universo geral do Direito” (Delgado, 2012, p.76). Inicialmente, giza-se sob a perspectiva da importância da Constitucionalização dos direitos sociais para a República Democrática Brasileira. A guisa de outros países Europeus que conferiram novo status ao processo de Constitucionalização justralhista, o Brasil também caminhou no sentido da Constitucionalização dos direitos sociais e econômicos.

A constitucionalização²⁰, iniciada na Carta de 1934 foi mantida em todas as Constituições posteriores, mesmo as de natureza despótica – 1937²¹, 1967, 1969. No entanto, tal tendência adquiriu novo *status* apenas com a Constituição de 1988 que foi intensiva ao tratar da proteção das relações empregatícias, pois já em seu artigo 1º, traz como sendo princípio Fundamental da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Preconiza, também no seu artigo 4º, II, que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos. Importante, também o seu art.170, que regula a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano conforme os ditames da justiça social.

Nesse mesmo entendimento, afirma Delgado (Delgado, 2012, p.77):

Mais do que isso, a Constituição da República firmou no Brasil o conceito e estrutura normativos de Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho, especialmente do emprego, o que insere o ramo justralhista no coração e mente jurídicos definidores do melhor espírito da Constituição.

Note-se que o art.7, I, da CF de 88 por falta de lei complementar (ADIn 1625-3), acabou por sucumbir com a eficácia jurídica da proteção ao emprego digno no mundo do trabalho. Neste sentido, a Convenção 158 da OIT, que vem para complementar, preencher,

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.p.38-39.

²¹ A Constituição de 1937 praticamente repetiu a de 1934, nesse respeito. A Constituição de 1946 constitucionalizou a “estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido”. Com isso, basicamente, recebeu a CLT e estendeu a estabilidade à exploração rural.

essa ausência de regulamentação legislativa, como remédio legislativo capaz de vedar a despedida arbitrária já que a Convenção compilou no espírito de seu texto, de forma pragmática, meios de garantir aos trabalhadores a manutenção do emprego através de medidas protetivas asseguradas pelos art.8 e art.10 da Convenção 158°. Tais como: Recorrer das decisões da patronal; a possibilidade de um tribunal do trabalho mediar os dissídios sobre a despedida vazia; disponibilidade de ordenação ou proposição por um órgão da justiça do trabalho na possibilidade de readmissão do trabalhador e a faculdade de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Assim, deve-se considerar a Convenção 158 da OIT Constitucional, pois longe de se atritar com o inciso I, do art.7, da CF/88, este apenas confirma a orientação da norma internacional, posto que as Convenções da OIT apenas disciplinam em boa ordem os princípios gerais, entregando-se ao legislador nacional, o encargo de dispor sobre as particularidades de cada assunto, pois a experiência diplomática revela que é mais fácil o acordo nos pontos gerais do debate do que nos detalhes por meio dos quais se chega à execução prática do princípio.

3.1 A INTERPRETAÇÃO DOMINANTE DO ART.7º, I, CF E A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004.

É bem verdade que a doutrina e jurisprudência dominantes após 05/10/1988 tenderam a compreender que o art.7, I, não teria o condão de produzir efeitos imediatos, na qualidade de norma programática que seria. Contudo, mesmo essa leitura do texto de 1988 não compromete o reconhecimento de que a nova Constituição efetivamente buscou recolocar o princípio da continuidade da relação empregatícia em patamar de relevância jurídica, harmonizando, em parte, a ordem justrabalhista à diretriz desse princípio.

E conclui, magnificamente: “O Texto Máximo repele a dispensa arbitrária (art.7, I), que seria aquela efetivada sem o suporte em uma fundamentação minimamente relevante.” (Delgado, 2012. p. 1135).

Quando da promulgação da Convenção 158°, a referida lei complementar ainda não tinha sido publicada e tampouco vigorava o parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45 de 08.12.2004, que estabeleceu em sua redação expressamente que 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 normativamente às emendas Constitucionais.

Nesta mesma linha de entendimento, corrobora Lobato (2006, p.117):

Um exemplo é a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, que altera o disposto no artigo 5º, inserindo o § 3º, elevando a *status* Constitucional, ou seja, atribuindo valor constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, por 2/3 dos votos de cada casa.

Por outro lado, existem exceções, constituindo-se casos de estabilidade provisória, condicionada a determinadas situações. Já a estabilidade absoluta no emprego, desde a admissão do trabalhador ou do término do eventual contrato de experiência, salvo nas empresas de até dez empregados, foi objeto de discussão pelo plenário da Assembleia, sendo aprovado e levado em Assembleia Constituinte, onde foi rejeitado. O disposto no inciso I do art.7º revela, claramente, a diretriz que prevaleceu na Assembleia Constituinte:

[...] dificultar a despedida do empregado, tornando-o mais onerosa, ao invés de proibi-la, ainda que arbitrária. Se o preceito adotado manda a lei complementar prever ‘indenização compensatória – indenização que só pode ser devido em caso de rescisão contratual, e não nos de reintegração – é porque parte do princípio de que o contrato de trabalho pode ser denunciado unilateralmente pelo empregador, mesmo que arbitrário o seu ato. (Süssekind, 2010, p.138).

A tutela que se dispõe atualmente da Constituição Federal e CLT ao empregado, aplicáveis ao despedimento arbitrário ou sem justa causa lhe oferece garantias como: a-) indenização compensatória, inc. I; b-)seguro-desemprego, inc. II; c) levantamento dos depósitos do Fundo de Garantia do tempo de serviço – FGTS, inc. III e d-) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, inc.XXI.

De acordo com a melhor doutrina, Süssekind (2010, p.139) chama a atenção para a proteção que se cogita da Carta Magna, ao afirmar que a regra Constitucional “é, portanto, a da efetividade do trabalhador no emprego; as exceções, concernentes a casos especiais, correspondem à estabilidade absoluta ou relativa, condicionada e provisória.”

De acordo com renomado jurista italiano Ludovico Barassi (Süssekind, 2010, p. 139):

Empregado efetivo ou permanente, nas relações de emprego privado, é aquele que não foi admitido com caráter transitório ou que não está submetido ao período de prova. Contudo, o trabalhador permanente não é, precisamente, o empregado com estabilidade; ele está vinculado ao empregador por uma relação jurídica que leva em si a marca da continuidade, mas não da indemissibilidade sem justa causa.

Concluindo que, em “algumas vezes, tem-se confundido, erroneamente, a normalidade típica do trabalhador permanente com a permanência juridicamente garantida, peculiar ao empregado estável” (Idem).

O fato de a Constituição não consagrar, no art.7. I, da CF, e art. 10 ADCT/CF/88 a estabilidade plena, mas indenização compensatória, não faz inconstitucional, do ponto de vista material, a Convenção 158 da OIT, dado que esta não estabelece apenas a garantia de reintegração. Deve-se buscar interpretar o artigo 4º da citada Convenção em consonância com o art.10, que admite tanto a reintegração como a indenização compensatória. Essa indenização poderia ser arbitrada, tendo presentes nas normas inscritas nos artigos 477, 478 e 497 da CLT. Os tribunais do trabalho se incumbirão de construir jurisprudência a respeito.

Cumprе ressaltar que no cenário nacional, juristas renomados, encabeçaram e representaram tendências opostas. Octavio Bueno Magano sustentou a inconstitucionalidade da Convenção frente ao inciso I, do art. 7º da Constituição. Já Süssekind é favorável a teoria monista na recepção de tratados internacionais internalizados no Brasil.

Analisando o monismo moderado, *a priori*, o entendimento que tem sido dado pelo Supremo Tribunal Federal é o da Teoria Monista Moderada, seguindo a posição estabelecida desde o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE/77. Assim, o tratado se equipara à lei federal, permanecendo o que for mais recente, segundo o princípio da *lex posteriori derogat lex prior*, sistema sufragado pelos Tribunais no Brasil até a promulgação da nova Carta. Afirma-se que, a partir da Constituição de 1988, por força do disposto no § 2º, do art. 5º da CF, e a EC nº45/2004 não existe prevalência entre a Convenção e a lei interna, pois tanto esta quanto aquela, se situam na mesma hierarquia, visto tratarem-se de normas sobre direitos humanos de eficácia imediata, protegidas por cláusula pétrea presente na Constituição Federal. Desse modo, defende que o tratado internacional não poderia sobrepor-se à Lei complementar.

Afirma Octavio Bueno Magano (1996, p.749-750):

[...] Exame mais detido do assunto revela, todavia, que isso não se dá, porque a matéria nela versada só pode ser disciplinada por lei complementar. Isso é o que claramente se infere na leitura ao artigo 7º, I, da Lei Magna, do seguinte teor: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos [...] A limitação do poder de despedir, por força do disposto no artigo 7º, I, da Constituição, só poderá ser disciplinada por lei complementar.

Esta repita-se embora destituída de status constitucional é superior a lei ordinária.

Houve quem dissesse serem diferentes os objetos da Convenção nº 158 e do art. 7º, I, CF/88. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 1480-3 limitou ao suspender os efeitos da Convenção 158 da OIT sobre a legislação brasileira, tal como solicitado por duas Confederações patronais. E assim decidiu por maioria, seja por considerar que suas disposições são meramente programáticas, razão pela qual sua eficácia no direito interno depende de lei nacional, seja porque o artigo 7, I da CF/88 dependa de lei complementar para dispor sobre o objeto da Convenção e a ratificação desta originou uma lei ordinária, a época anterior a ECº45, que a reconheceu como norma que versa sobre direitos humanos, com eficácia imediata, segundo Art.5º, §3º na Constituição Federal. Os ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio de Mello e Ilmar Galvão indeferiram a arguição de inconstitucionalidade.

Por isso, cumpre dizer, observados os votos favoráveis à constitucionalidade do Tratado em discussão, não há inconstitucionalidade formal da Convenção 158 da OIT, ao argumento que o art.7, I, da CF, exige lei complementar na sua regulamentação e, até que seja promulgada, tem vigência a regra inscrita no art.10, I, ADCT, dado que a referida Convenção não faz as vezes de Lei complementar. Não ocorrendo a inconstitucionalidade arguida, o que esclarece a teoria de que o tratado incorpora-se ao direito interno como Lei, lei como gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória constituem espécie.

Já quanto a Emenda Constitucional 45/2004, os tratados internacionais dos quais o país é membro signatário passaram a ter a natureza jurídica de emenda constitucional. O seu processo legislativo de equiparação de norma internacional (art.5º,§3º) é idêntico ao das emendas constitucionais (art.60,§2º).

Uma recente alteração na Constituição Federal brasileira – através da emenda constitucional nº 45 – abriu a possibilidade de conferir-se aos tratados de direitos humanos, entre eles as Convenções internacionais do trabalho, o mesmo nível hierárquico que as normas constitucionais propriamente ditas. Uma vez aprovada a ratificação de um tratado ou convenção internacional de direitos humanos com 3/5 dos votos dos congressistas, em dois turnos nas duas casas – Câmara dos Deputados e Senado Federal -, dar-se-lhe-á o mesmo nível hierárquico de emendas Constitucionais. (Süssekind, 2010. p. 73-74).

A alteração Constitucional 45º, que alçou a um nível hierárquico Constitucional a norma internacional de direitos humanos aprovada com o quórum mencionado, aumentou

as características de hibridismo do modelo Constitucional brasileiro. Recente decisão do Supremo Tribunal Federal foi emitida decisão em recurso extraordinário que reconhece, ao examinar a nova redação conferida ao §2º do art.5º da Constituição Federal, o nível de supralegalidade aos tratados de direitos humanos, “entre os quais se incluem as Convenções Internacionais do Trabalho adotadas pela OIT, o que os coloca abaixo do texto constitucional, mas acima da legislação infraconstitucional”. (Crivelli, 2010, p.74).

Observe que a supralegalidade se estabelece ainda que não se tenha atendido o quórum a que se refere o §3º do art.5º da CF. A decisão terá, sem dúvida, importante repercussão na constitucionalização através da aplicação – pelo Judiciário – do art.7º combinado com o texto da Convenção Internacional nº158 da OIT, já adotada pelo Brasil.

3.2 A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT SOMADOS AO ART. 7º DA CF/88 COM BENEFÍCIOS E GARANTIAS NO DIREITO DO TRABALHO.

O que determina esse item é a aplicabilidade e a eficácia desse conjunto, a Convenção 158º e o art. 7, I, CF/88, atentando para o art. 1º da Carta Magna de 88, que reza sobre a dignidade da pessoa humana, que se entende cerne do tema em discussão, que mudariam o paradigma da relação de trabalho. Basicamente, há a necessidade de se entrelaçar o Tratado Internacional e a Constituição Nacional, posto que ambos garantem o direito fundamental à dignidade humana. Importa notar que se deve considerar o panorama cultural, econômico e normativo que caracteriza o Texto Máximo de 1988, o qual procurou estabelecer forte indução jurídica ao encontro de restrições à ruptura contratual por ato potestativo do empregador.

Essa hermenêutica Constitucional com novas bases e direcionamentos protetivos, assegurando o direito ao trabalho, se deu com a promulgação da Constituição de 88, já que o antigo sistema trazido pela CLT consagrava um período inicial de proteção aos direitos sociais.

O surgimento de mudanças ao longo do tempo, no que concerne ao reconhecimento dos direitos humanos do trabalhador é o respeito a essas relações de trabalho.

A proteção contra a dispensa imotivada de trabalhadores, conforme os preceitos da Convenção, não foi totalmente recepcionada pela CF/88, tão logo, se necessita de Lei complementar para regulamentá-la, o que dificulta a aplicabilidade no disposto mencionado. Como já dito anteriormente, a norma Constitucional em discussão possui eficácia jurídica limitada, não auto-executável, na qual o legislador ordinário restringiu de forma o campo de eficácia da norma de conteúdo programático, mediante a edição de uma futura regra Constitucional para alcançar a plena eficácia jurídica. Destaca-se que, tais normas possuem uma relativa eficácia jurídica, não produzindo efeitos Constitucionais, pela falta de um planejamento legislativo Constitucional que deve ser desenvolvido mediante lei infraconstitucional.

É a importância da aferição entre a hermenêutica da norma internacional e a legislação interna, quando trata de forma em comum a respeito dos direitos sociais, e não, a simples formalidade da criação da norma, no sentido de olvidar-se em observar o objeto pertinente a matéria tratada que deve prevalecer, como observado na exegese do Texto Constitucional em seus artigos: Os valores Sociais do trabalho (art.1º, IV), a ordem econômica também se funda na valorização do trabalho (art.170), ao passo que a ordem social tem como base o primado do trabalho (art.193). Da mesma forma o Art. 5º, §2º, Art.6º e Art.7º como expressão maior dos direitos e garantias individuais e sua internalização como direitos humanos. Neste sentido traduz Lobato (1999, p. 12):

[...] os direitos inseridos nos títulos VII e VIII são, de fato, um desenvolvimento dos direitos sociais mencionados no artigo 6º da Constituição, devemos afirmar que a garantia constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais estende-se para além dos direitos individuais e coletivos do artigo 5º. Ela abrange igualmente os direitos sociais, econômicos e culturais.

Para Flávia Piovesan (2011, p.104), a respeito da internalização de Tratado Internacional e sua eficácia no âmbito Constitucional trabalhista:

A Carta de 1988, ao prescrever que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais, inclui, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos, atribuindo aos mesmos uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

Para Piovesan (2011, p. 104), essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, “especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno Constitucional”.

Por isso, a Convenção 158º por ser Tratado Internacional que se amolda ao espírito da Constituição da República, com efeito, à letra dos direitos humanos, recebeu novo tratamento pós emenda Constitucional nº 45/2004, que erigiu os tratados de direitos humanos à hierarquia normativa de Emenda Constitucional. Sendo assim, não haveria nenhum impedimento para sua aplicação imediata, já que, tanto o artigo 5º §§ 2º e 3º, quanto o art. 7º, I da CF/88, não são conflitantes com a Convenção 158º da OIT, mas sim, alinham-se aos mesmos. Além do mais, a Convenção 158º vem a preencher a lacuna deixada pelo art.7, I que ainda necessita de lei complementar para sua plena eficácia, resolvendo, dessa forma, as questões pertinentes a despedida arbitrária. Nas lições de Flávia Piovesan (2011, p. 151): “O Direito interno brasileiro tem como inspiração, paradigma e referência o Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

É possível observar que a Convenção 158º da OIT possui status de norma Constitucional, com caráter de direito fundamental do trabalhador. Destaca-se que a norma de direito do trabalho, é também, norma de direito humano, dessa forma, devendo ter aplicabilidade imediata.

Cristalino que a Convenção é auto-aplicável, independentemente de observada a complementação do Art. 7, I, da Constituição Federal, como sugerido pelo STF.

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.

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 STF concedeu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade para estabelecer a inconstitucionalidade da Convenção 158 da OIT (ADI – MC 1.480/ DF, Rel. Min., Celso de Mello, j 4.9.97, DJ 18-05-01, p. 429), por não ser lei complementar. Se o STF entende que tratados tem natureza legal, não há como arguir inconstitucionalidade da Convenção 158º da OIT. Importante esclarecer que, hoje, no entendimento do STF, que na adoção de qualquer norma infraconstitucional que se apresente como tratado internacional de direito humano, a sua incorporação ao direito positivo é imediata, conforme o que

dispõe o art.5º, §§1º e 2º da CF. Também, podemos trazer à discussão a teoria monista, que explica que os dois sistemas – Nacional e Internacional – formam um sistema unitário, evitando, dessa maneira, que haja conflito entre o direito interno e o internacional, pois ambos se completam.

No mais, leciona Piovesan (2011, p. 132) sobre a recepção da norma internacional no nosso ordenamento pós Emenda Constitucional nº 45:

Com o advento do §3º do artigo 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais, §2º; e b) os material e formalmente constitucionais, §3º, Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º do artigo 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal [...]

Cumprе ressaltar que de acordo com a diversidade de regimes jurídicos encontrados hoje atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Neste cenário, “enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.”²²

Conforme se depreende da reflexão de Piovesan (2011. p.133), se para os tratados internacionais possuírem vigência, deve exigir-se a intermediação do Poder Legislativo de ato com força de lei no plano do direito interno, já o que ocorre com os tratados internacionais de direitos humanos é o inverso: “observados o art.5º, §§1º e 2º, da CF/88, os direitos fundamentais neles garantidos são direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno”. Dessa forma, conclui-se que a Convenção nº 158º possui eficácia plena.

Cumprе, além disso, observar que esta Convenção, mesmo tendo sido denunciada, apenas produziu efeitos internos com a publicação do Decreto 2.100, em 23 de novembro de 1996. Contudo, o Convênio Internacional só poderia ter sido denunciado até 22 de novembro de 1996. Neste raciocínio, a denúncia por ato unilateral pelo representante do poder executivo não tem eficácia, oportunizando a validade do decreto que ratificou a Convenção em 1996, à luz do art.49, I, da Constituição Federal. Assim, a Convenção nº158

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.132.

da OIT deveria vigorar no Brasil, já que enquanto Tratado Internacional é fonte normativa do Direito do Trabalho.

Alerta Flávia Piovesan (2011, p. 133-134) nas suas lições sobre a ponderação a respeito da Constituição Federal e as competências sobre os atos:

Seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato de ratificação. Isto é, se para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Executivo e Legislativo, para o ato de denúncia também este deveria ser o procedimento.

Propõe-se aqui a necessidade do requisito de prévia autorização pelo Legislativo de ato de denúncia de determinado tratado internacional pelo Executivo, o que democratizaria o processo, como assinala o Direito comparado.

Destarte, resta claro que a Convenção nº 158º da OIT não encontra barreiras para sua validade como fonte jurídica disponível, não conflitando com o que preceitua a Carta Magna em seu Art.7, I, que depende de lei complementar, já que na existência de conflitos de normas internacionais com as nacionais, prevalecerá a mais favorável ao trabalhador, e, ainda, enquanto Tratado Internacional de direito humano, sua assimilação ao direito positivo se verifica de maneira imediata, conforme a regra contida no art.5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

Por isso, conclui-se que não há incompatibilidade material entre as normas trazidas na Convenção 158º da OIT e a legislação Constitucional em seu art. 7, I, e, como já ratificada em 1996, encontra-se vigente, possuindo aplicabilidade imediata. Além de tudo, trata-se de norma de direito fundamental, pois a OIT só produz normas de caráter de direitos humanos, ou seja, com eficácia imediata em face de nossa legislação interna.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, passa-se agora a extrair as conclusões da pesquisa. A título da metodologia, orienta-se pela análise de cada um dos capítulos para ao final, realizar apreciação do trabalho como um todo.

No primeiro capítulo, apresentam-se, as bases ideológicas da OIT – Organização Internacional do Trabalho, abordando o histórico da referida Organização Internacional, sua estrutura, discutindo-se os procedimentos da ratificação, da denúncia e a arguição de inconstitucionalidade junto ao STF, a Constituição da OIT e o texto da Convenção 158 da OIT, concluindo que esta é uma organização que surgiu do paradigma dos direitos humanos fundamentais do trabalhador, conferindo, assim, respaldo a tutela de proteção da dignidade humana nas relações de trabalho.

Discute-se no segundo capítulo, o direito potestativo unilateral do patronato como expressão do direito fundamental da iniciativa privada e suas consequências diante ao direito fundamental do trabalho, este de caráter público, verificando que uma norma de caráter público, deve-se sobrepor ao direito individual do empresário, ou seja, à primazia ao direito fundamental ao trabalho diante a liberdade da iniciativa privada. Nesse aspecto, ainda discute-se a falta de complementação de norma Constitucional sobre a tutela ao trabalho pleno e digno, que deveria oferecer a possibilidade do direito de ação ao empregado como possibilidade de garantia a reintegração no emprego nos casos de demissões arbitrárias.

Verifica-se ainda que as normas em discussão versam sobre direitos humanos, e que diante a prática legislativa nacional não há inconstitucionalidade material entre os dois textos. E, também, discute-se o ato unilateral da denúncia da Convenção, por parte do Governo brasileiro, de forma unilateral pelo representante do poder executivo, contrariando a legislação pertinente no que diz respeito a competência Constitucional para o ato de exclusão normativa.

A partir da análise doutrinária, pode-se construir um sistema único, coerente e democrático para o melhor entendimento a respeito da denúncia de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no panorama legislativo brasileiro. Com fulcro no Direito Internacional do Trabalho, busca-se redenção para se discutir a Constituição da OIT e o texto da Convenção 158 da OIT de acordo com o positivismo pertinente a ratificação e denúncia da Convenção que garante o emprego pleno e digno. Tratou-se de

inferir a importância do princípio trabalhista sobre a continuidade do emprego e a dignidade humana, ambos presentes na Constituição Federal de 1988.

Com fulcro na Emenda Constitucional 45º/2004, é examinada a possibilidade de internalização da Convenção 158º, como mecanismo jurígeno disponível para solucionar os dissídios trabalhistas individuais e coletivos, observando reduzir as desigualdades entre o empregado, vulnerável a vontade do patrão e o empresariado, parte mais forte dessa relação laboral.

Destarte, há de se observar que a orientação jurisprudencial sobre denúncia de Tratados Internacionais no Brasil, consiste no ato unilateral por parte do representante do poder executivo, o que contraria toda a legislação nacional no que diz respeito à exclusão de Tratados multilaterais internacionais que o País é membro signatário. Tal teoria tem como base o parecer de Clóvis Beviláqua, opondo-se ao entendimento de Pontes de Miranda que respaldou o desenvolvimento sobre o pensamento doutrinário atual representado neste trabalho aos auspícios da Professora Flávia Piovesan, o Ministro aposentado do TST, o renomado Arnaldo Süssekind e Ilustríssimo Ericson Crivelli, comendador da Ordem do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e consultor jurídico externo - OIT Brasil.

Viu-se que o procedimento da denúncia deve, também, observar o texto da Convenção, já que se encontra expresso no próprio texto. E, quanto a formalidade a ser observada no Direito pátrio, observou-se que há diversidade de posicionamento na doutrina.

Alguns juristas entendem que a denúncia de um tratado constitui prerrogativa do chefe do Estado; outros sustentam que tal ocorre quando o tratado prevê essa faculdade; finalmente há os que, como nós, distinguem o tratado-contrato (compõe interesses diversos entre dois ou mais Estados determinados, com prestações recíprocas para cada parte) e o contrato-normativo (visa a produzir efeitos jurídicos em relação aos que vivem nos países que a eles aderiram).

São duas as correntes sobre a denúncia no âmbito nacional: a minoritária entende que pode ser feito unicamente pela manifestação do Congresso Nacional e do Presidente da República; e a majoritária aduz que, sendo a denúncia procedimento contrário ao da internalização, devendo haver manifestação bicameral. Da mesma sorte, julga-se pela teoria do ato complexo

Nesse aspecto, mereceu destaque a posição de alguns doutrinadores reconhecidos na comunidade jurídica: Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Arnaldo Süssekind, Flávia Piovesan, Ericson Crivelli, Amauri Mascaro Nascimento, Delgado.

Dá-se destaque para a ação de inconstitucionalidade proposta pela CONTAG e a CUT sobre o Decreto 2.100 do Presidente da República, o qual seja, a denúncia da Convenção 158^o da OIT, que ainda, encontra-se em discussão pelo Superior Tribunal Federal – STF em ADIn 1625-3. A respeito atenta-se para um panorama de incertezas frente a votação sobre esta inconstitucionalidade, entendendo a maioria dos votos, 3 a 1, que a Convenção 158^o não é inconstitucional, e sim a denúncia unilateral do Tratado pelo poder executivo sem o aval do congresso nacional é perverso, viciando o Decreto Presidencial 2.100 de 23 de novembro de 1996.

Finaliza-se essa reflexão apontando o Direito dos Tratados como matéria importante para clarear o entendimento a respeito da ADIn 1625-3, e a internalização da Convenção 158 da OIT, visto a ausência de manifestação por parte do STF, quanto do Congresso Nacional, ensejando uma discussão que parece já ter resposta face ao ordenamento Constitucional brasileiro.

Assim, aguarda-se à comunidade jurídica, já preparada para enfrentar esta discussão, para que traga ao Direito Constitucional brasileiro uma legislação pró-labore, tutelando direitos sociais, protegendo o trabalhador nacional das arbitrariedades promovidas pelos efeitos trazidos como consequência da globalização econômica mundial.

Também, por todo o estudo que relacionaram os dois textos, a carta Constitucional e a Carta Internacional, ambas, pautam-se pelo princípio da dignidade humana, apresentam-se de cunho protetivo ao trabalhador, parte desmerecida na relação contratual, não apresentando alguma inconstitucionalidade formal. Logo, busca-se resposta no texto Constitucional que não estabelece status de lei ordinária aos tratados internacionais do qual o Brasil se faz membro signatário, e sim, resultado de entendimento jurisprudencial do STF.

Entende-se, para concluir esta pesquisa, que não há vedação legal ou Constitucional para que um tratado tenha status de Lei Complementar, inviabilizando o argumento maior de que há uma inconstitucionalidade formal do supra Tratado. Apesar de OIT 158 não estar em vigor em nosso ordenamento jurídico, nossos legisladores já deram o norte do entendimento legislativo ao aprovar grande quantidade de normas expressas de garantia de emprego contra a dispensa imotivada. Tal raciocínio até serviria ao propósito

de fortalecer mais ainda a necessidade de a denúncia ser declarada inconstitucionalidade diante ao vício formal do ato, pelo Congresso, que provavelmente não teria em face das legislações referidas, que vão de encontro à denuncia presidencial perpetrada. Ressalta-se o caráter supralegal que caracteriza o atual entendimento jurisprudencial do STF, salientando as normas de caráter internacional que tratam sobre direitos humanos. Por isso, aguarda-se um parecer coerente do Supremo Tribunal deste país no sentido de alinhar-se a Constituição Federal e o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. **Revista LTr**. São Paulo, v. 71, n. 5, p. 604-615, mai. 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. A denúncia de tratados. **Jornal do Comércio**. Rio de Janeiro, 02.09.1956.

CÂMARA, José Sette. A conclusão de tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, S.L., n. 69/71, 1987/1988.

CHOHFI, Thiago. **A vigência da convenção 158 da OIT no âmbito da ordem jurídica brasileira**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/18_752.pdf. Acesso em: 21/06/2014.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo. LTR. 2004.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. edição. São Paulo: Ed. LTr, 2011.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4v.

HAUSEMER, Jean. **Desemprego no país sobe para 10,4%, aponta Seade/Dieese**. Disponível em: <http://doisporum.com/?p=25729>. Acesso em: 22 de junho de 2014. Publicado em fevereiro 24, 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 86, p. 5-24, 1999.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; DANTAS, Roberto Ribeiro. Os limites da flexibilização das relações de trabalho. In: **Direito e Cidadania**. Organizado por Anderson Orestes Cavalcante Lobato e outros. Juiz de Fora: Editar, p. 15-30, 2006.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O valor Constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. (2006b)

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **A reconstrução da jurisdição constitucional. A garantia Constitucional dos Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: LTr, 2014.

MAGANO, Octavio Bueno. **Convenção 158 da OIT**. São Paulo: LTr, 1996.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção Contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção 158 da OIT, **Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região**, n. 25. Campinas, 2004. Disponível em: http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf. Acesso em: 10.10.2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASTORIZA, C. ABIMAQ é contra a ratificação da convenção 158 da OIT. **Informativo Mensal da INFORMAQ**, n. 112, maio 2008. Disponível em: <http://www.abimaq.org.br/informaq_show.asp?id=1965> Acesso em: 23 jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e o direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2091, 23 mar.2009. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=564&tmp_secao=18&tmp_topico=direitotrabalho. Acesso em: 3 dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos**: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/080916.pdf>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

SOARES, Aline Reis Fonseca. A proteção contra a despedida arbitrária e a vigência da convenção 158 da organização internacional do trabalho. **Evocati Revista** n. 86, fevereiro 2013. Disponível em:

<http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=564>. Acesso em: 22/06/2014

SARMENTO Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 251-269.

SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Constitucional do Trabalho**. 4. ed., ampl. com novos capítulos e atual. até 10.09.2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito de trabalho**. 18. ed. e 19. ed. São Paulo: LTr, 1999 e 2000, v.1 e v. 2.

_____. **Direito Internacional do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.[2000b].

SÚSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

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