

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
LEANDRO HERLEIN MURI**

**Garantia de Emprego e Direitos Fundamentais: A polêmica sobre a
Inconstitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 da OIT**

**CURITIBA
2010**

LEANDRO HERLEIN MURI

**Garantia de Emprego e Direitos Fundamentais: A polêmica sobre a
Inconstitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 da OIT.**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direitos Fundamentais e
Democracia, pelo programa de Mestrado
das Faculdades Integradas do Brasil –
UniBrasil**

**Orientador: Prof. Dr. Wilson Ramos Filho
Co-orientador: Prof. Dr. Célio Horst
Waldruff**

**CURITIBA
2010**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram para que este trabalho se tornasse possível. Ao meu orientador Wilson Ramos Filho, que contribuiu de maneira decisiva para a conclusão do trabalho. Ao meu co-orientador Célio Host Waldraff, aos amigos e colegas de escritório Tomás Nomi Silva, Mauro Auache, Fabiano Negrisoli e Marcelo Maia, pelo incentivo e ajuda despendida.

À minha esposa Mariana pelo apoio incondicional e à Luiza que ilumina meus pensamentos.

RESUMO

O presente estudo versa sobre a inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158 - tratado internacional que veda a dispensa imotivada - promovida por ato único do Executivo, sem a consulta ao Poder Legislativo (controvérsia acerca da competência dos órgãos estatais para promoção da denúncia de tratados internacionais). De caráter bibliográfico e pautado no método dedutivo, este estudo, a partir de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da matéria, possibilitou a conclusão de que não é permitido ao Chefe do Executivo denunciar tratados internacionais de direitos humanos sem a intervenção do Congresso Nacional, ou seja, que o decreto que tornou pública a denúncia da Convenção 158 é inconstitucional.

Palavras-chave: despedida imotivada; despedida sem justa causa; Convenção 158 (OIT); denúncia de tratados internacionais; denúncia da Convenção 158 da OIT.

RESUMEN

El presente estudio trata de la inconstitucionalidad de la denuncia de Convención 158 – tratado internacional que veda la dispensa sin motivación – promovida por un acto único del Ejecutivo, sin consultar el Poder Legislativo (polémica acerca de la competencia de los organismos estatales para la promoción de la denuncia de tratados internacionales). De carácter bibliográfico y pautado en el método deductivo, este estudio, empezando por colocaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la materia, llega a la conclusión que no es permitido al Jefe del Ejecutivo denunciar tratados internacionales de derechos humanos sin la intervención del Congreso Nacional, o sea, que el decreto que convirtió pública la denuncia de la Convención 158 es inconstitucional.

Palabras Clave: despedida sin motivación, despedida sin causa, Convención 158 (OIT), denuncia de tratados internacionales, denuncia de la Convención 158 de OIT.

SUMÁRIO

RESUMO	04
INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – O DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO, A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUAS CONVENÇÕES	11
1.1 Antecedentes Históricos, Criação do Direito Internacional do Trabalho e da Organização Internacional do Trabalho.....	12
1.2 Estrutura, Metas e objetivos da OIT.....	23
1.3 Adesão às Convenções da OIT.....	26
1.4 Aprovação, ratificação, vigência e denúncia das Convenções da OIT.....	27
1.5 Proteção ao trabalho nos países desenvolvidos experiência internacional.....	29
CAPÍTULO II – INTERNALIZAÇÃO DAS NORMAS DA OIT AO DIREITO BRASILEIRO	
2.1 Distinção entre Direitos Humanos e Fundamentais.....	57
2.2 A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais.....	73
2.2.1. Requisitos Formais e Materiais para a Aprovação e Ratificação do Tratado Internacional.....	60
2.2.2. Aplicabilidade e Hierarquia dos Tratados Internacionais.....	62
2.3 Reflexos do Parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição na Incorporação e Hierarquia dos Direitos Internacionais.....	71
2.4. Tratados Internacionais após a Emenda Constitucional 45/2004.....	74
CAPÍTULO III – O DIREITO BRASILEIRO, A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A CONTROVÉRSIA ACERCA DA SUA APLICAÇÃO.	79
3.1 Despedida Arbitraria e Despedida sem Justa Causa.....	80
3.1.1 Despedida por Justo Motivo.....	83
3.2 A Proteção Efetiva, Estabilidade e Garantia de Emprego.....	87
3.2.1 Criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.....	89
3.2.2 Estabilidade Definitiva	92
3.2.3 Estabilidade Provisória.....	92
3.3. Convenção 158 da OIT	95
3.4. A Constituição Federal e a Convenção 158 da OIT.....	99
3.5 Implicações práticas, argumentos favoráveis e contrários à ratificação da Convenção 158 da OIT.....	107
3.6. Convenção 158 no Brasil (aprovação, ratificação, vigência e denuncia). 112	
CAPÍTULO IV- A CONSTITUIÇÃO, A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA DENUNCIA DA CONVENÇÃO 158 (ADI 1625).	131
4.1. A Constituição e a Fiscalização da Constitucionalidade.....	131

4.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade.	133
4.3. Ação Direta de Constitucionalidade.	135
4.3. O Controle de Convencionalidade.....	136
4.4 A Ação Direta de Inconstitucionalidade da CNI e CNT - ADI 1480-3. ...	138
4.5. A Ação Direta de Inconstitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 (ADI – 1625) e o Superior Tribunal Federal.....	140
CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152
ANEXOS	159

INTRODUÇÃO

No direito internacional, verifica-se uma tendência quase unânime de garantir aos cidadãos o direito ao trabalho. A segurança no emprego e a proteção do trabalhador contra despedida arbitrária garantem a inclusão social e configuram-se como um direito fundamental, posto que essenciais à dignidade do ser humano.

A Constituição Federal brasileira e a legislação infraconstitucional são, em grande parte, pródigas em reconhecer direitos e garantias sociais aos trabalhadores e a exaltar sua dignidade e o valor do trabalho. A Constituição proclama enfaticamente, entre seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, assim como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Todavia, merecedora de todo louvor, não basta 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 poderosos enunciados, sejam assegurados meios práticos e efetivos.

A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho veda a dispensa imotivada, determinando que a despedida do empregado deva fundar-se numa causa justificada, seja relacionada com sua capacidade ou conduta, seja para preservar o adequado funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Referida Convenção representa um enorme avanço no Direito do Trabalho e acaba, finalmente, com a prática odiosa da rescisão sem justa causa e da rotatividade de mão de obra, preservando o bem maior, o emprego que, como mencionado, representa a própria dignidade do ser humano.

No Brasil, a Convenção 158 foi aprovada pelo Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992; o depósito da carta de ratificação junto à Organização Internacional do Trabalho foi efetuado em 04 de janeiro de 1995 e o Decreto de promulgação nº 1.855 foi publicado em 10 de abril de 1996. Doze meses após o depósito da ratificação, a Convenção entrou em vigência no ordenamento interno.

Após alguns meses de vigência da Convenção 158, o Poder Executivo através do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro do mesmo ano, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997.

Diante do exposto o presente trabalho questiona:

a) É válida a denúncia da Convenção 158 da OIT, promovida por ato único do poder Executivo: o Presidente da República (Fernando Henrique Cardoso)?

b) Considerada inválida, qual seria a melhor solução jurídica para devolver eficácia à norma internacional?

c) A mera declaração de inconstitucionalidade do decreto revogador da Convenção 158 já devolve eficácia ao decreto anterior ou será necessário outro decreto?

d) O atual Presidente da República poderia revogar o decreto revogador, ou poderia elaborar novo decreto validando a Convenção 158, uma vez que a mesma já passou pelo crivo do Congresso Nacional?

Através do método de pesquisa dedutivo, o presente trabalho procura responder aos questionamentos ora formulados e, para tanto, está dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, foram traçadas considerações sobre as organizações internacionais, os antecedentes históricos da criação do direito internacional do trabalho e da Organização Internacional do Trabalho e de forma bem resumida explica como é a estrutura da OIT, quais são suas metas, objetivos e principais normatizações.

Ao final do primeiro capítulo procura-se demonstrar a experiência internacional, os mecanismos jurídicos de proteção ao emprego em alguns países desenvolvidos econômica e socialmente.

O segundo capítulo discorre sobre a internalização dos Tratados Internacionais, ou seja, como a Constituição Brasileira se relaciona com as normas de Direito Internacional, a forma pela qual incorpora os tratados de direitos internacionais. Discute-se, aqui, se a matéria objeto do tratado internacional precisa ser regulada por norma interna, para que tenha vigência no plano interno (teoria

dualista), ou se os termos do tratado ratificado integram-se, automaticamente, ao direito interno (teoria monista).

O terceiro capítulo versa sobre o Direito Brasileiro, a Convenção 158 da OIT, e a controvérsia da aplicação e da denúncia da Convenção.

Deste modo, de maneira sucinta, é abordado o instituto da dispensa, seja ela abusiva, sem justa causa e com justa causa; assim como o instituto da estabilidade no emprego, absoluta ou relativa, a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o fim da estabilidade decenal e de que modo a Convenção 158 se relaciona com esses institutos.

A polêmica em torno da constitucionalidade formal da Convenção, visto que a Constituição Federal relegou a regulamentação da matéria à lei complementar e essa sequer foi publicada, polêmica na qual muitos juristas sustentam que a norma internacional seria incompatível com a Constituição ao regular matéria de competência privativa da Lei complementar e priorizar a reintegração, ao passo que a legislação vigente estabelece apenas o pagamento de indenização.

Também são apresentados os argumentos dos representantes das empresas (contrários à ratificação da Convenção 158 da OIT) e os argumentos dos representantes dos trabalhadores (favoráveis à ratificação da Convenção 158).

Ao final é abordado o tema central do presente trabalho, a polêmica sobre a constitucionalidade da denúncia, por ato único do Executivo, Presidente Fernando Henrique Cardoso, e a controvérsia acerca da competência dos órgãos estatais para promoção da denúncia de tratados internacionais (dispositivos antinômicos: artigos 49, I e 84, VIII da Constituição Federal.)

O quarto e último é destinado a analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1625, que discute o tema do presente trabalho: a validade da Denúncia da Convenção 158 da OIT, com ênfase para o voto do Ministro Gilmar Mendes.

CAPÍTULO I – O DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO, A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUAS CONVENÇÕES.

As organizações internacionais foram criadas pelos Estados para atender às crescentes necessidades e os interesses diversos da comunidade internacional.

Ricardo Seitenfus leciona que as Organizações Internacionais podem ser definidas como uma sociedade entre Estados, constituídas através de um tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns através de uma permanente cooperação entre seus membros.¹

Os Estados se reúnem com o propósito de estabelecer uma entidade à qual são confiadas uma ou mais funções específicas, descritas através de seus atos constitutivos².

As organizações internacionais intergovernamentais, assim como os Estados, têm personalidade jurídica internacional (podendo contrair obrigações e reclamar direitos) e esfera própria de atuação no cenário internacional. São criadas por acordos, entre diversos Estados, por meio de um tratado constitutivo e têm personalidade jurídica distinta da dos Estados-membros que as compõem.³

Eduardo Biacchi Gomes esclarece que os Estados são os donos dos tratados, notadamente porque são soberanos para celebrar ou denunciar o ato internacional, considerando que os Estados são igualmente soberanos, tendo em vista o princípio geral de direito internacional público, um não pode compelir o outro a celebrar um tratado⁴.

Jorge Miranda explica, em relação ao conceito de tratado, que é um acordo de vontade, originado da necessidade das partes serem todas sujeitos de direito internacional e de agirem nessa qualidade, com a regulamentação pelo direito internacional e a produção de efeitos com relevância nas relações internacionais e efeitos nas ordens internas das partes.⁵

¹ SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p 27.

² CRETELLA, Jose. **Teoria geral das organizações internacionais**. 2. ed., Saraiva, 2007, p. 39.

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público, parte geral**. ed., Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

⁴ GOMES, Eduardo Biacchi (Coord.). **O direito constitucional internacional após a emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. São Paulo, Lex Editora, 2007. p.76.

⁵ Curso de direito internacional público. p. 56.

Quanto à terminologia, a denominação de tratados é irrelevante para que possam alcançar suas finalidades, sendo assim assumem as seguintes denominações: tratados, acordos, convenções, ajustes, pactos, ligas, atos, cartas, entre outros. O tratado é estruturado em três partes: preâmbulo, dispositivo e anexos.

O preâmbulo é a primeira parte do tratado e enuncia o rol de partes pactuantes, estabelecendo os princípios e os motivos que levaram à elaboração do acordo; dispositivo é o corpo principal do tratado internacional, em regra escrito em linguagem jurídica, estruturado na forma de artigos ou cláusulas, assemelhado à redação de normas; anexos não constituem parte obrigatória do tratado internacional, porém sempre que houver necessidade de complementação do texto principal, serão elaborados.⁶

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) é atualmente uma das mais representativas organizações do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), e a primeira a estabelecer um mecanismo de controle das próprias normas internacionais. A OIT tem como objetivos principais, normatizar as relações de trabalho e promover a justiça social.

1.1. Antecedentes históricos do Direito Internacional do Trabalho e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Ericson Crivelli afirma que a criação do direito internacional do trabalho se deu de forma lenta em um contexto histórico que perdurou por praticamente todo o século XIX. Assevera que, há alguns séculos, o direito vinha, no momento de estruturação do estado moderno, divergindo dos padrões do período feudal⁷.

O monismo estatal no contexto do direito teve suma importância na Construção do Estado moderno e na superação das fontes do direito, oriundas do período feudal.

Justamente esse modelo de construção prática e teórica do monismo do Estado e o conseqüente monopólio do direito, foram fundamentais para universalizar

⁶ TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional: público e privado e dos direitos humanos**, Saraiva, São Paulo, 2007, p.29.

⁷ CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010, p. 31.

o entendimento de igualdade formal entre os indivíduos em face do direito. De acordo com o autor, isso provocou o fim da autonomia perante o Estado de associações, corporações, Igreja e outras fontes como as fontes do direito. Tal processo preparou o cenário econômico e político, no qual a Revolução Francesa é o processo político mais conhecido, processo este que levou à crescente libertação do servo da terra e de seus vínculos econômicos, políticos e, sobretudo, libertou todos os indivíduos dos estatutos jurídicos limitadores da liberdade individual.⁸

Segundo explica Crivelli, as mudanças políticas que ocorreram em toda a parte possibilitaram a formação de uma massa de mão de obra urbana. Essa mão de obra estava à disposição das manufaturas e posteriormente das indústrias, criando o que, segundo o autor, modernamente se denominaria de trabalhadores livres e mercado de trabalho urbano. Isso assegurou, ao Estado, uma existência independente no interior de determinada área geográfica e formação social, possuindo autonomia jurídica em relação a fatores sociais e econômicos. Com a expansão do modelo capitalista e com o exercício de fato do monopólio do poder e a criação do direito, o Estado passou também a exercer sua independência externa.

Foi nesse contexto que o conceito de soberania tornou-se real, representado pela assinatura do tratado de Westfalia (1648) que reconheceu o Estado como poder supremo dentro de suas fronteiras e descartou as pretensões transnacionais da Igreja.

Esse tratado foi um marco representativo, responsável pela definição de ordem internacional e suas regras.

Destaca Crivelli que o mais importante é compreender que esse tratado delimitou os traçados do que seria a ordem internacional que vigoraria até meados do século XX.

A criação do direito internacional do trabalho e da OIT se deu durante o processo histórico que ocorreu nas primeiras décadas do século XIX.⁹

⁸ “(...) Este processo, contemporâneo à Revolução Industrial, foi precedido de grandes mudanças, nos séculos que o antecederam, na formação dos Estados e, finalmente, no direito, para que viesse a se tornar um processo exitoso no primeiro quartel do século XX. Cf: CRIVELLI, Ericson. Direito internacional do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2010.p. 31.

⁹ CRIVELLI, *op. cit.*, p. 39.

Para o autor, tal processo apresentou três vertentes até alcançar de fato uma legislação do trabalho internacional: a primeira é de natureza doutrinária, a segunda, de natureza política e a última, de natureza institucional.

Afirma, ainda, que os principais autores que se dedicaram a pesquisar a formação do direito internacional do trabalho que levou a criação da OIT, (Valticos, Von Potobiski, La Cruz e Plá Rodriguez) não divergiram sobre os fatos que foram relevantes nesse processo, mas, sim, quanto a sua interpretação e a periodização.

Ressalta, “(...) os autores clássicos dão ao período de criação da OIT até os nossos dias, um mesmo tratamento, contudo, falta a eles considerar o processo de globalização econômica, que ainda se encontra em curso. É incompreensível colocar no mesmo momento histórico a criação da OIT e o termino da Segunda Grande Guerra. O que ocorreu com o fim da segunda Guerra foi a criação da ONU, que foi criada com a intenção de superar a ineficiência da Liga das nações que assim como a OIT nasceu do contrato de Versailles”¹⁰.

Ericson Crivelli adota em seu livro, Direito Internacional do Trabalho Contemporâneo, a seguinte periodização: I – do século XIX até a Primeira Guerra; II – a criação da OIT; III – de 1919 até meados da Segunda Guerra, com a transferência da OIT para o Canadá; IV – de 1944 – da adoção da declaração da Filadélfia – até o fim dos anos 80; V – dos anos 90 até os nossos dias.¹¹

I) Das primeiras décadas do século XIX até a Primeira Guerra Mundial:

A ideia de criação de uma legislação internacional está associada às propostas de dois industriais liberais: o inglês Robert Owen e o francês Daniel Le Grand.

Segundo Nicolas Valticos, citado por Crivelli, as idéias dos industriais estavam longe de constituir o que veio a ser o direito internacional do trabalho. A legislação internacional do trabalho, criada por meio de tratados, é atribuída ao político inglês Chalers Hindley. Em um processo no qual empresários da localidade de Halifax alegavam que a instituição de algumas normas trabalhistas diminuía a competitividade, o político em questão defendeu a adoção de tratados internacionais

¹⁰ CRIVELLI, *op. cit.*, p. 39.

¹¹ *Ibid.*, p.41.

que regulariam matérias para todos os países europeus, mantendo, assim, a competitividade.

Vários autores divulgaram a idéia de Daniel Le Grande, um industrial francês que apresentou a vários governos uma proposta para diminuição do trabalho excessivo, através da adoção de uma legislação internacional de proteção ao trabalho.¹²

A idéia de uma legislação de proteção do trabalho que fosse além das fronteiras de um Estado expressou-se por meio de várias outras propostas, entre elas, destaque-se a proposta de René Villermé, responsável por realizar um estudo sobre as condições de higiene e saúde dos trabalhadores nas indústrias têxteis francesas, pela Academia de Ciências Morais e políticas da França¹³.

O que é realmente interessante destacar é a natureza das propostas de acordos internacionais apresentados por Villermé, que propunha acordo entre fabricantes de diversos países, para que se alcançassem padrões trabalhistas mínimos.¹⁴

Segundo os autores Von Potobiski e La Cruz, citados por Crivelli, foi em 1855, que ocorreu a primeira tentativa oficial de criar uma legislação internacional do trabalho. “(...) Em 1855, o Conselho Federal da Suíça, havia pedido, sem êxito, um reunião dos principais países europeus para discutir as regulamentações através de convenções das questões obreiras uniformes.”

Em 1856, realizou-se o congresso em Bruxelas, onde o delegado alemão Hahn esclareceu as diferenças que havia entre as legislações dos países industrializados e a inconveniência que essas diferenças geravam tanto para os empresários como para os operários na competição internacional. Propôs, então, a regulamentação internacional de inúmeras questões, que foram acolhidas pelo congresso.¹⁵

No ano seguinte, o congresso aconteceu em Frankfurt, e o tema foi novamente apresentado. “O Congresso aprovou uma moção por adoção de acordos internacionais que regulassem a proteção aos trabalhadores de forma uniforme, especialmente quanto ao trabalho de mulheres e crianças, jornada diária de

¹² CRIVELLI, *op. cit.*, p. 42.

¹³ Id.

¹⁴ Id.

¹⁵ *Ibid.*, p.43.

trabalho. Tal moção exaltava a necessidade de evitar que a concorrência, entre os industriais ou os países, não acarretasse malefícios aos operários.¹⁶

Em 1864 houve a criação da Associação Internacional dos Trabalhadores em Londres e, na mesma oportunidade, foi divulgado o Manifesto Comunista, escrito por Marx e Engels.¹⁷

Já em 1866 ocorreu o primeiro congresso em Genebra. Durante o congresso, a Associação adotou inúmeras reivindicações de legislação protetiva, no entanto, não objetivava uma legislação internacional propriamente, mas uma proteção comum em vários países.¹⁸

Com o aumento do número de manifestações e iniciativas no Parlamento francês, nos anos 80, os deputados socialistas e católicos convergiram para a idéia de adoção de uma legislação internacional do trabalho.¹⁹

Na Alemanha, em 1885, Bismarck elenca dois motivos para que não se adote uma legislação internacional do trabalho: 1º, a dificuldade de convencer os países vizinhos a aderirem; 2º, a legislação internacional seria aplicada, nos demais países, de forma diferente da forma como faria a Alemanha.

Já, na Suíça, em 1889, o Conselho Federal adota, por unanimidade, a nova moção, que havia sido apresentada no ano anterior, que propunha o início das negociações para a criação de uma legislação internacional do trabalho. Em setembro do mesmo ano, foram convocados os demais governos a fim de participarem de uma conferência internacional, objetivando superar o fracasso da conferência anterior. Para isso, seria apresentada uma proposta detalhada, que incluía a criação de um escritório internacional que seria o responsável por receber e transmitir as informações sobre a aplicação da legislação internacional²⁰.

A proposta suíça teve uma resposta positiva sobre a participação dos países na conferência.

O imperador alemão faz um consulta aos demais países europeus para realizar, em fevereiro de 1890, uma conferência sobre o tema em Berlim, o que frustra a iniciativa suíça. Treze estados participaram da conferência que, segundo Plá Rodrigues, citado por Crivelli, teve um resultado pobre.

¹⁶ CRIVELLI, *op. cit.*, p. 44

¹⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Ibid.*, p. 46.

Durante as negociações surgiram duas propostas: uma suíça, que propunha um acordo no que se refere a algumas questões de proteção aos trabalhadores; as disposições seriam obrigatórias e a execução seria assegurada pela legislação internacional; previa ainda a criação de um órgão responsável por fiscalizar e desenvolver as disposições adotadas. E uma alemã, que propunha que as execuções das medidas adotadas estariam sobre a responsabilidade de cada estado. Os estados interessados fariam o intercâmbio dos relatórios.²¹

Como não previa obrigatoriedade, a proposta alemã foi aceita.

Valticos, segundo Crivelli, faz uma avaliação positiva desta conferência, enfatizando que a adoção da proposta favoreceu a adoção de uma legislação trabalhista por diversos países nos anos posteriores, bem como abriu espaço para resultados mais concretos. *“(...) Esta primeira experiência internacional, que envolveu discussões de natureza técnica e político-diplomática, de certa maneira, iniciou a utilização de alguns mecanismos que irão caracterizar o padrão normativo deste ramo do direito internacional e, em particular, da OIT.”*²²

Em Bruxelas, no ano de 1897, foi realizado o I Congresso Internacional de Legislação do Trabalho. O evento era de natureza privada, e teve como resultado principal, proposto pelos partidários da intervenção do estado nas relações trabalhistas, a criação de um escritório internacional do trabalho e de uma associação que seria a responsável por dar impulso na criação da legislação e nas demais propostas relacionadas que viessem a surgir.²³

Em 1990 foi convocada a realização do segundo congresso, que foi organizado na França. Embora tenha tido grande participação política, o congresso era de natureza privada, assim como havia sido o anterior. Como medida prática, segundo o autor, foi reafirmada a decisão de criar a Associação.²⁴

No dia 1º de maio de 1991, na Basileia, instalou-se a associação. Os estudos que foram sendo realizados pela associação foram ganhando força perante os governos europeus; os trabalhos foram responsáveis pela celebração do primeiro tratado bilateral sobre trabalho, firmado na França e na Itália em 1904.²⁵

²¹ CRIVELLI, *op. cit.*, p.46.

²² Id.

²³ Ibid., p. 47.

²⁴ Ibid., p. 48.

²⁵ Ibid., p. 49.

Válticos, citado por Crivelli, observou que, embora de natureza privada, a associação prefigurou o que viria a ser a OIT²⁶.

Até o início da Primeira Guerra, a Associação havia realizado oito assembléias e estava constituída com quinze sessões nacionais.

Em 1905 foi realizada, na Suíça, a conferência de Berna, na qual quinze estados responderam favoravelmente ao governo suíço que participara desta nova conferência²⁷.

Foram preparados previamente dois temas a serem discutidos: proibição do trabalho noturno das mulheres e a utilização do fósforo branco na indústria de cera e fósforo. No fim da conferência, foi aprovada uma resolução que apontava a necessidade de uma regulamentação sobre a matéria, bem como a necessidade de uma conferência diplomática para tratar do assunto.²⁸

Em 1906, realizou-se a conferência diplomática. Os Estados adotaram os dois projetos de convenções. A maioria dos estados signatários, até o final de 1908, ratificou as duas convenções, que entraram em vigor em 1912.²⁹

O governo Suíço, por sugestão da Associação, em 1913, convocou uma nova conferência que aprovou as ideias para realização de duas novas convenções, uma sobre a proibição de trabalho noturno dos menores na indústria e outra de jornada de trabalho de no máximo 10 horas para mulheres e menores na indústria.³⁰

No ano de 1914, foi designada a conferência diplomática. Após aprovadas as propostas da convenção, um mês antes da realização da conferência, eclodiu a Primeira Guerra Mundial.³¹

II) A criação da OIT:

Afirma Ericson Crivelli que as preocupações com as mobilizações operárias, a agitação social, e uma possível influência da revolução bolchevique nos países envolvidos no conflito, um grau ainda mais agudo de consciência sobre os conflitos comerciais e a necessidade de eliminar as necessidades relativas dadas pela

²⁶ Id.

²⁷ CRIVELLI, *op. cit.*, p.49.

²⁸ Id.

²⁹ *Ibid.* p. 50.

³⁰ Id.

³¹ *Ibid.* p. 51.

eventual ausência de qualquer proteção social em alguns países, mantiveram acesa a ideia e a reivindicação por uma legislação internacional do trabalho.³²

A Federação Americana do Trabalho (AFL), em 1914, realizou um congresso na Filadélfia, tendo como proposta que, ao final do conflito armado, os trabalhadores organizassem uma conferência na mesma data e local onde aconteceria uma eventual conferência à paz, *“com o objetivo de apresentar propostas das então chamadas cláusulas obreiras à celebração do futuro tratado de paz.”*³³

Em 1915 houve a aderência por parte da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), da central sindical francesa e das ideias propostas no Congresso da Filadélfia.³⁴

Em Leeds foi realizada uma conferência de líderes sindicais da França, Grã – Bretanha, Bélgica e Itália. Essa conferência, realizada em 1916, objetivava que, no futuro tratado de paz, fosse assegurado aos trabalhadores, garantias morais e matérias mínimas, e ainda que eles não fossem atingidos pela concorrência capitalista.³⁵

No ano seguinte, em Estocolmo, por iniciativa da Federação Sindical Internacional (FSI), os dirigentes sindicais da Escandinávia e da Europa se reuniram e adotaram o conteúdo da conferência de Leeds. No mesmo ano, por iniciativa da União Sindical suíça, reuniram-se, em Berna, os dirigentes sindicais dos países em guerra da Europa central e de países neutros. As reivindicações também caminharam no sentido de se reconhecer, no tratado de paz, os direitos dos trabalhadores.³⁶

Em Londres, reuniram-se, em 1918, por iniciativa do Partido Trabalhista e da Central Sindical Inglesa (TUC), os dirigentes dos partidos socialistas e dirigentes dos movimentos sindicais dos países aliados. Ambos tiveram como intuito formular um programa referente aos objetivos de guerra e os problemas da paz. Em setembro do mesmo ano, realizaram novamente uma conferência em Londres, que contou com a participação oficial de uma delegação da AFL (central sindical norte-americana). Adotaram, nessa conferência, *“as teses – originárias de sua convenção realizada em*

³² Id.

³³ CRIVELLI, *op. cit.*, p. 51.

³⁴ Id.

³⁵ Id.

³⁶ *Ibid.*, p. 52

Búfalo – que reivindicavam entre outras questões, que os representantes dos trabalhadores deveriam tomar parte nas delegações oficiais de uma conferência de paz.”³⁷

Em 1919, com o fim da Guerra, foi instalada a conferência preliminar da paz. A legislação internacional do trabalho foi colocada como terceiro ponto a ser discutido. Como medida prática foi constituída uma Comissão de Legislação Internacional do Trabalho, composta por quinze membros, dos quais dez representavam as cinco maiores potências (Estados – Unidos, França, Grã-Bretanha, Itália e Japão)³⁸.

Um fato de grande relevância é a inclusão, pela primeira vez, em uma conferência diplomática oficial, de representantes dos trabalhadores, uma marca que iria caracterizar a existência da OIT até os dias atuais.

Entre as questões principais existentes na agenda de debates da comissão, estava a definição de um preâmbulo. O texto aprovado estabeleceu princípios básicos que permanecem até hoje, na introdução da constituição da OIT³⁹.

O que gerou maior discussão e dissenso foi a definição dos efeitos jurídicos dos tratados que seriam adotados.

O direito internacional, segundo Crivelli, iria, principalmente após a Segunda Guerra, rever seus pressupostos com base no desenvolvimento dos processos de integração econômica.

A forma de controle, que foi aprovada pela comissão, previa a apresentação de relatórios por parte dos Estados Membros, sobre a aplicação das convenções ratificadas. Previa, também, a possibilidade de haver reclamações tanto de organizações de trabalhadores quanto de patronais contra o Estado que não cumprissem com as convenções. Em se estabelecendo um inquérito, este seria seguido pelo Conselho de Administração. O Sistema de controle da OIT sofreu, durante o curso do tempo, várias modificações.⁴⁰

Foi prevista a composição do Conselho de Administração, com um total de 24 membros. A comissão decidiu ainda que a primeira Conferência Internacional do

³⁷ Id.

³⁸ CRIVELLI, *op. cit.*, p. 52.

³⁹ *Ibid.*, p.53.

⁴⁰ Id.

Trabalho seria realizada em outubro de 1919, em Washington. A discussão nortearia sobre a adoção de direitos de proteção aos trabalhadores.⁴¹

As questões referidas encerravam a definição do projeto básico da Organização Internacional do Trabalho a ser colocado em pauta na Conferência de Paz. Ficou definido que seriam apresentadas nove cláusulas a serem incluídas no tratado de paz, todas referindo-se a princípios e direitos básicos dos trabalhadores.⁴²

Na sessão de conferência de paz de 11/04/1919 foi aprovado o conjunto normativo que, com pequenas emendas havia sido apresentado pela Comissão de Legislação internacional do Trabalho. Com essa decisão, ficava criada a Organização Internacional do Trabalho.”⁴³

A criação da OIT está prevista no Capítulo XII do Tratado de Versailles.

Em outubro de 1919, a OIT realizou a sua primeira conferência, em Washington, ocasião em que foram eleitos o Conselho de Administração e o Diretor Geral do Escritório Internacional do Trabalho⁴⁴.

*“(...) Com a criação da Sociedade das Nações (SDN), a OIT passou a figurar como organismo desta organização internacional, situação que perdurou até a extinção daquela e a conseqüente reforma constitucional na pós Segunda Grande Guerra”.*⁴⁵

Em seus primeiros anos, de 1919 até meados da Segunda Guerra Mundial, a OIT voltou-se à regulamentação das condições de trabalho e emprego.

A criação da OIT estava associada principalmente à criação de mecanismos protetivos para os trabalhadores industriais urbanos.

Vieram à tona as questões referentes a trabalhadores agrícolas, bem como questões sobre as mulheres que exerciam função de vigilância e direção e aquelas que de forma geral não exerciam trabalhos manuais. Todos esses casos foram levados à Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), que definiu que a competência da OIT se estende aos trabalhadores agrícolas, bem como que as convenções eram aplicáveis às mulheres nas condições acima referidas.⁴⁶

Outra característica desse período foi o processo lento de independência da OIT em relação à SDN. Segundo o tratado de Versailles, a forma de ingresso na OIT

⁴¹ Ibid., p. 54.

⁴² CRIVELLI, *op. cit.*, p. 54.

⁴³ Ibid., p. 57.

⁴⁴ Ibid., p. 58.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Ibid., p. 60.

seria através da adesão à SDN. Foram vários os casos em que a regra foi flexibilizada, o que contribuiu para a autonomia política, administrativa e financeira da OIT.⁴⁷

III). De 1944 até o final dos anos 80:

Afirma Crivelli que nesse período foi construído o perfil da OIT, bem como foi nesse contexto que a organização se tornou pessoa jurídica de direito internacional.

Foram várias as alterações que sofreu o Conselho de Administração até os anos 70.⁴⁸

No último ano de guerra, ocorreu a 26ª conferência, que embora não tenha instituído nenhuma nova convenção, adotou uma declaração, que foi responsável por uma grande mudança, associada ao seu conteúdo e a natureza dos enunciados normativos. A declaração era relativa aos fins e objetivos da OIT.⁴⁹

O texto da declaração tinha por objetivo a regulamentação, no plano internacional, da relação capital trabalho e também anunciar programas normativos com a finalidade de eliminar desigualdades sociais e econômicas.

A OIT amplia a atuação no campo dos direitos humanos.⁵⁰

Uma das características do período é o fato de a organização tratar de temas cada vez mais abrangentes e também de dar tratamento cada vez mais amplo aos tratados.

Outra característica diz respeito ao desenvolvimento de técnicas de flexibilidade na elaboração das normas internacionais do trabalho. Em alguns casos, as convenções preveem certa margem de flexibilidade no que tange à aplicação dos tratados, objetivando, com isso, serem aplicados em diferentes países.⁵¹

IV. Dos anos 90 até nossos dias:

⁴⁷ Ibid., p. 61.

⁴⁸ CRIVELLI, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁹ Ibid., p. 64.

⁵⁰ "(...) A OIT inicia, desta forma, esta nova fase de seu projeto normativo, ampliando suas ação no campo dos direitos humanos fundamentais, integrando-se, ao apresentar as propostas de regulação protetiva e formulação de políticas públicas dos Estados nacionais do ocidente capitalista no pós-guerra, de um lado, e ainda, acompanhado desta maneira a tendência cristalizada na criação da Organização das Nações Unidas (ONU), que transformou o modelo regulatório do direito internacional, de outro. Ademais, a ONU manterá com a OIT, diferente da SDN, uma relação de coordenação, garantindo aquela um status de autonomia jurídica." Cf: CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. p.. 65.

⁵¹ Ibid., p.66.

Vários acontecimentos, nos quais foram estabelecidos os parâmetros jurídicos e institucionais de atuação da OIT, modificaram as condições políticas do pós-guerra.⁵²

E a OIT ainda vem difundindo suas normas trabalhistas fundamentais em diversos fóruns internacionais.

Conforme dito na introdução, a OIT é uma organização internacional intergovernamental, que foi constituída por meio de tratado, possui personalidade jurídica de direito internacional, não se confunde com os Estados que a compõem. Ela é uma fonte formal do direito internacional. Isso porque discute e elabora tratados e atos normativos que devem ser cumpridos e observados pelos estados-membros.⁵³

A adoção de medidas protetivas aos trabalhadores, no âmbito nacional, sempre gerou grande preocupação entre os empregadores, no que se refere à competitividade no âmbito internacional. Foi isso que impulsionou a discussão sobre legislações trabalhistas no âmbito internacional.⁵⁴

Ao ratificar uma convenção internacional do trabalho, os estados-membros da OIT contraem algumas obrigações. A primeira diz respeito a fazer cumprir o conteúdo no âmbito de seu território, mas para isso devem recepcionar o tratado.

Em suma, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) foi fundada em 1919, com o Tratado de Versalhes, tendo por objetivo promover a justiça social e, em 1944, incorporou a Conferência de Filadélfia, ampliando seu campo de atuação.⁵⁵

1.2 Estrutura, Metas e objetivos da OIT.

A estrutura tripartite da OIT, com representantes dos governos, classe trabalhadora e classe empregadora, permanece nos mesmos moldes de sua instituição, sendo formada basicamente pelos seguintes órgãos:

- a) Assembléia Geral (formada por uma conferência Internacional do Trabalho);
- b) Direção colegiada (formada por um conselho de Administração - CA)

⁵² Ibid., p. 67.

⁵³ CRIVELLI, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁴ Ibid., p. 69.

⁵⁵ Site da OIT (disponível em: www.oit.com.br)

- c) Secretaria técnico-administrativa (com uma Repartição Internacional do Trabalho – RIT).

A Conferência Internacional do Trabalho ou Assembléia Geral de todos os estados-membros constitui o órgão supremo da OIT, sendo responsável por elaborar convenções internacionais e recomendações, que se instrumentalizam por meio da regulamentação internacional do Trabalho da OIT.

Rubia Zanote de Alvarenga leciona: “(...) *É o órgão que traça as diretrizes gerais da política social adotada pela OIT e resolve as questões relativas à inobservância por parte dos estados membros das normas internacionais do trabalho ratificadas por eles. A conferencia internacional do trabalho é composta por quatro representantes de cada um dos estados membros, ou seja, dois delegados do governo, um delegado representante dos trabalhadores e um delegado representante dos empregadores,*”⁵⁶

O conselho de administração é o gestor da OIT, responsável pela elaboração e controle de execução das políticas e programas da OIT.

Conforme Rubia Zanote de Alvarenga: “(...) *O conselho de Administração elaborará diretrizes para que a adoção pela conferencia de uma convenção ou de uma recomendação, seja por meio de uma conferencia técnica preparatória ou por qualquer outro meio, precedida de um aprofundo preparo técnico e de uma consulta adequada dos membros interessados.*”⁵⁷

A Repartição Internacional do Trabalho constitui o secretariado técnico-administrativo da OIT, formado por vários setores e departamentos responsáveis pela realização dos objetivos da OIT.

De acordo com Rubia Alvarenga: “(...) *A repartição internacional do trabalho terá por funções centralizar e distribuir todas as informações referentes à regulamentação internacional da condição dos trabalhadores e do regime de trabalho; em particular o estudo das questões que lhe compete submeter às discussões da conferencia para concluir as convenções internacionais assim como realizar todos os inquéritos especiais prescritos pela conferencia ou pelo conselho de administração.*”⁵⁸

⁵⁶ ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. **A Organização internacional do trabalho e a proteção dos direitos humanos do trabalhador.** Âmbito Jurídico, V Abril. 1-30, 2008, p. 4.

⁵⁷ Ibid., p. 5.

⁵⁸ Id.

A OIT tem como objetivo principal normatizar as relações de trabalho, buscando a justiça social.

Movida pelo sentimento humanitário, pelo desejo de assegurar a paz mundial e duradoura, busca a garantia de condições de trabalho dignas.

A normatização emanada da OIT se concretiza em recomendações ou convenções. As recomendações são orientações aos estados-membros, constituindo metas a serem atingidas. As convenções visam a criar normas obrigacionais para os estados-membros que porventura vierem a ratificá-las. Elas têm, portanto, natureza jurídica de tratados internacionais⁵⁹.

Os estados, portanto, são compelidos a vincularem-se à OIT, em razão de uma política internacional e dela participam, representados pelos seguimentos diretamente interessados na formação dos instrumentos normativos de natureza trabalhista que essa instituição produz.⁶⁰

Conforme mencionado anteriormente, a OIT é a única das Agências do Sistema das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo.

A OIT consagra os princípios de que o trabalho não é mercadoria e de que o progresso econômico, apesar de importante, não é suficiente para assegurar a justiça social, cabendo aos estados a imposição de limites ao poder econômico para fins de preservação da dignidade humana.⁶¹

As normas da OIT regulamentam entre outros: a) condições de trabalho, b) duração das horas de trabalho, c) combate ao desemprego, d) a garantia de salário digno, e) proteção das crianças e dos adolescentes, f) proteção das mulheres, g) pensões de velhice e de invalidez, h) estabilidade no emprego, i) defesa dos dirigentes sindicais, j) garantia de emprego e de níveis de emprego, k) afirmação do princípio de igualdade, entre outras medidas análogas.

Em 1998, foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu seguimento. O documento é uma reafirmação universal da obrigação de respeitar, promover e tornar realidade os princípios

⁵⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

⁶⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em: fev. 2009.

⁶¹ ARIOSI, Mariângela F. Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 507, 26 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5946>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

refletidos nas Convenções fundamentais da OIT, ainda que não tenham sido ratificados pelos estados-membros.

Jorge Fontoura e Luiz Eduardo Gunther, afirmam que a tutela internacional do trabalho, pelo viés das normativas da OIT, apresenta-se nesta transição de milênio como último reduto para a defesa de importantes conquistas da civilização, uma vez que a “era do mercado”, indiferente às fronteiras estatais acaba por erodir toda uma gama de valores jus-laborais.⁶²

Defendem os autores: “(...) a efetividade jurídica das normativas da OIT, mercê de sua natureza universal, ganha importância impar na história das relações laborais.”⁶³

1.3. Adesão às Convenções da OIT

Elaborada a convenção ou recomendação de aplicação geral, dois exemplares serão assinados pelo Presidente da Conferência e pelo Diretor Geral. Um desses exemplares será depositado nos arquivos da Repartição Internacional do Trabalho (RIT) e outro entregue ao secretário geral das Nações Unidas, sendo remetido a cada um dos estados-membros uma cópia autêntica da convenção ou recomendação, para que o estado decida em relação à adesão.⁶⁴

As Convenções da OIT podem ser definidas como Tratados Multilaterais Abertos, ou seja, são acordos firmados por várias partes e que estão abertos à adesão a qualquer tempo.

Deste modo, uma convenção que tenha o texto aprovado em 1919 pode contar com novas adesões no ano de 2010, ou ainda, posteriormente, basta que o País interessado manifeste formalmente seu interesse. Isso é possível porque as normas da OIT têm caráter geral, não cuidando de casos específicos que possam ter limite no tempo, mas de princípios de direito, normas de direito intertemporal.

José Alberto Couto Maciel observa que, em relação ao tema abordado, os textos da OIT retratam o que há de forma mais atualizada, pois refletem a tendência dos países mais avançados, seja em razão da economia desenvolvida, ou de uma

⁶² FONTOURA, Jorge e GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 35. 2001. p. 101.

⁶³ Id.

⁶⁴ FONTOURA, *op. cit.*, p. 71.

política democrática. Eles dão tratamento mais igualitário às partes de uma relação de emprego, face inclusive ao equilíbrio entre a oferta e a procura de mão de obra⁶⁵.

Por outro lado, há países subdesenvolvidos onde prevalece a fome, o desemprego e, por vezes até o trabalho forçado, ou escravo. Isso faz com que os direitos básicos dos empregados sejam reduzidos pelos empregadores. É obvio que, enquanto não evoluírem, eles não poderão ratificar convenções sobre a garantia no emprego porque não poderiam cumpri-las. Mas isso não quer dizer que eles não possam alcançar um grau de desenvolvimento no futuro, daqui a cinco, dez, vinte anos, alcançar um desenvolvimento que lhes permita modificar a legislação e ratificar a Convenção, o que seria impossível se ela não fosse um tratado aberto.⁶⁶

Para exemplificar, José Alberto Couto Maciel cita o caso do Brasil em relação à Convenção 158, adotada em Genebra em 1982, somente aprovada em nosso País em 1992.

As normas da OIT regulamentam entre outros: a) condições de trabalho, b) duração das horas de trabalho, c) combate ao desemprego, d) a garantia de salário digno, e) proteção das crianças e dos adolescentes, f) proteção das mulheres, g) pensões de velhice e de invalidez, h) estabilidade no emprego, i) defesa dos dirigentes sindicais, j) garantia de emprego e de níveis de emprego, k) afirmação do princípio de igualdade, entre outras medidas análogas.

1.4 Aprovação, ratificação, vigência e denúncia das Convenções da OIT.

O processo de ratificação, vigência e denúncia, se dá tanto no plano interno (Estado) quanto no plano externo, junto a OIT (Conselho de Administração e Repartição Internacional do Trabalho)

As convenções da OIT, após ratificadas (plano interno), precisam ser depositadas na Repartição Internacional do Trabalho (RIT) da OIT e, doze meses após o depósito da ratificação, a convenção entra em vigor no estado-membro. Nesse período de 12 meses, a partir do depósito, deve o governo implementar as

⁶⁵ MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários a convenção 158 da OIT garantia no emprego**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1996, p. 14.

⁶⁶ Ibid., p. 15.

medidas necessárias ao cumprimento do disposto nas Convenções de princípios, sendo possível a denúncia da Convenção conforme se verá adiante.⁶⁷

O período de vigência das Convenções inicia-se após o decurso de 12 meses do depósito do instrumento de ratificação e o prazo de validade de cada Convenção é de 10 anos.

Decorridos os 10 anos, abre-se um prazo de 12 meses para que os estados-membros possam denunciar aquela Convenção. Durante os 12 meses subseqüentes aos 10 anos, os estados podem oferecer a denúncia.

A faculdade de se retirar das Convenções, portanto, é garantida aos estados-membros da OIT. Cada estado, de acordo com seu sistema, vai livremente definir qual seria o órgão competente para realizar a denúncia.

Segundo preleciona Arnaldo Sussekind “(...) A OIT não dispõe sobre a competência dos órgãos estatais dos seus membros para a decisão sobre a denúncia de convenção ratificada”⁶⁸

Em suma, a denúncia só poderá ocorrer após o prazo de 10 anos e será realizada por meio de um registro encaminhado ao Diretor Geral da RIT (Repartição Internacional do Trabalho), não se esquecendo do prazo de 12 meses para realizá-la. Feito o registro da denúncia, o estado denunciante deve aguardar mais 12 meses, contados a partir do registro, para se considerar livre da obrigação assumida naquela Convenção.

Se decorridos os 10 anos e os 12 meses subseqüentes sem que o estado ofereça a denúncia, a Convenção será considerada tacitamente prorrogada por mais um período de 10 anos e assim sucessivamente.

As principais Convenções da OIT são:⁶⁹

a) Liberdade Sindical: convenção 87 (liberdade sindical e proteção do direito à sindicalização) 1948; Convenção 98 (direito de sindicalização e negociação Coletiva) 1949; Convenção 151 (relações de trabalho na administração pública) 1978; Convenção 154 (negociação coletiva) 1981;

⁶⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em: fev. 2009

⁶⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. p. 224.

⁶⁹ URIARTE, Oscar Ermida e RACCIATTI, Octavio Carlo, **Derecho internaional del trabajo**. Fundacion de Cultura Universitária, 2003, p. 283.

- b) Trabalho forçado: Convenção 29 (trabalho forçado) 1930; Convenção 105 (abolição do trabalho forçado) 1957
- c) Trabalho infantil: Convenção 138 (idade mínima 1973); Convenção 182 (piores formas de trabalho infantil) 1999;
- d) Discriminação em matéria de emprego e ocupação: Convenção 100 (igualdade de remuneração para homens e mulheres) 1951; Convenção 111 (discriminação em matéria de emprego e ocupação) 1958;
- e) Política de emprego: Convenção 122 (política de emprego) 1965; Convenção 142 (desenvolvimento de recursos humanos) 1975; Convenção 158 (término da relação de trabalho por iniciativa do empregador) 1985;
- f) Política Social: Convenção 117 (objetivos e normas básicas da política social) 1962;
- g) Administração do Trabalho: Convenção 150 (administração do trabalho), 1978; Convenção 81 (inspeção do trabalho na indústria e comércio) 1947; Convenção 144 (consultas tripartites sobre normas internacionais do trabalho) 1976;
- h) Condições do Trabalho: Convenção 131 (fixação de salários mínimos, especialmente nos países em desenvolvimento) 1970; Convenção 95 (proteção ao salário) 1949; Convenção 1 (horas de trabalho na indústria) 1919; Convenção 6 (trabalho noturno dos menores na indústria) 1919; Convenção 12 (indenização por acidente de trabalho na agricultura) 1921; Convenção 30 (horas de trabalho no comércio e oficina) 1930; Convenção 103 e 183 (amparo à maternidade) 1952; Convenção 97 (trabalhadores migrantes) 1949; Convenção 110 (plantações) 1958;
- i) Seguridade Social: Convenção 102 (norma mínima de seguridade social) 1952; Convenção 118 (igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em previdência social) 1962; Convenção 157 (conservação dos direitos em seguridade social) 1982.

1.5 Proteção ao trabalho nos países desenvolvidos – experiência internacional.

O presente trabalho discorre sobre a Convenção 158 da OIT, que veda a despedida arbitrária, importante salientar deste modo, os mecanismos jurídicos de proteção ao emprego por determinados países que ratificaram a Convenção, bem como, por alguns que não o fizeram.

Dentre os países membros da OIT, considerados desenvolvidos do ponto de vista econômico e jurídico, que ratificaram a Convenção 158, se destacam Austrália, Espanha, Portugal e Suécia.

Alguns países desenvolvidos, como Alemanha, Itália, França, Inglaterra e Japão já possuíam, em seus ordenamentos jurídicos, normas próprias que impedem a mera dispensa sem justa causa, alguns de forma semelhante à convenção da OIT - como Itália e França - e outros de forma mais radical - como o Japão. Nos Estados Unidos, a liberdade do empregador dispensar os empregados é limitada pela força dos sindicatos locais.

Importante ressaltar, todavia, que não se verifica uma rotatividade elevada no número de admissões e demissões, dentre os “demais” países membros da OIT, considerados desenvolvidos, que não ratificaram a Convenção 158.

Nelson Mannrich afirma que a União Européia, de um modo geral, optou pela regularização do poder do empregador mediante legislação sobre dispensa coletiva, principal instrumento de controle.⁷⁰

Um dos objetivos dessas normas comunitárias implica em procurar equilibrar as disparidades existentes entre as legislações dos diversos países-membros.

A seguir, são apresentadas normas utilizadas por alguns países avançados da União Européia, e do Continente Americano, com vistas à garantia de emprego, seja em razão de uma política democrática ou de uma economia desenvolvida, visando à proteção ao trabalho.

a) México

No México, foi instituída em 1931 a Lei Federal do Trabalho, que regulamenta os direitos e obrigações dos trabalhadores e patrões, tanto a nível individual como coletivo, bem como a competência das autoridades trabalhistas do país.

Segundo Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, “o denominado Contrato-lei, presente na legislação trabalhista mexicana, que tem recebido por parte da doutrina a designação de Contrato Coletivo Obrigatório, e que, desde 1931, foi incorporado na Lei Federal do Trabalho.”⁷¹

⁷⁰ MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000, p. 219.

⁷¹ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **O contrato-lei no direito do Trabalho mexicano**. Revista Seqüência, n.º 47, p. 127-151, dez. de 2003. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas>. Acesso em 02.Jul.2010.

A legislação trabalhista mexicana de 1931 veio para resolver, através de seus tribunais específicos, os conflitos entre o capital e o trabalho e foi revogada pela Lei de 23 de dezembro de 1969, entrando em vigor no dia 1º de maio de 1970. As condições sociais e econômicas sobre as quais havia sido promulgada a lei de 1931 sofreram transformações importantes, que resultaram na elaboração de uma nova lei do trabalho que respondesse as aspirações e necessidades dos trabalhadores mexicanos.

Para Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, “(...) *É conveniente destacar que a doutrina mexicana, em geral, aceita a definição de contrato coletivo do trabalho adotada pela lei e poucos autores tem buscado uma nova terminologia para substituí-la. No que diz respeito ao conceito do instituto, os autores mexicanos em sua grande maioria, têm utilizado a definição que encontrasse na Lei Federal do Trabalho de 1970, não havendo uma preocupação em mudar o conceito estabelecido pelo legislador, evitando-se assim um possível conflito entre a doutrina e a lei.*”⁷²

A administração e controle dos contratos coletivos nas empresas mexicanas são feitos pelo sindicato que represente o maior número de trabalhadores, correspondendo a estes sindicatos o exercício das ações coletivas derivadas da existência do contrato-lei na empresa ou estabelecimento de que se trata.

É relevante, ainda, segundo a autora, que “*No caso de violação das disposições acordadas no Contrato-lei por parte dos patrões se prevê apenas que os trabalhadores poderão exercer o direito de greve e exigir que se cumpra o contrato, segundo o que dispõe o Artigo 450, inciso IV, da Lei Federal do Trabalho.*”⁷³

Para a lei mexicana, o contrato-lei em si não termina, o que acaba é a sua obrigatoriedade que se faz efetiva através da declaração do executivo correspondente e, em virtude da declaração, o contrato se aplica a todos os trabalhadores e a todos os patrões de um ramo industrial e de uma região. Concluída a obrigatoriedade, subsiste o contrato coletivo, as empresas e os sindicatos a que eles se obrigam se regem por ele enquanto não se celebra outro.

No México, o empregador é responsável pelos inspetores do trabalho pessoal para assegurar a conformidade com os regulamentos de risco ocupacional. Trabalhadores que sofrem qualquer tipo de acidente de trabalho têm direito a

⁷² OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 127-151.

⁷³ *Id.*

qualquer assistência médica necessária, independentemente da sua negligência ou de um colega de trabalho. O atendimento médico é administrado pelo IMSS. Os empregadores são obrigados a modificar as instalações para a segurança e saúde dos trabalhadores.

Nem as mulheres grávidas nem os menores são autorizados a trabalhar em áreas de riscos potenciais à saúde, em jornadas superiores a dez horas. A idade mínima legal para trabalhar é de 16 anos com a permissão dos pais e com a autorização da Secretaria de Trabalho e Previdência Social (Secretaría de Trabajo y Previdência Social, STPS). As horas extras são pagas em dobro do salário por hora para as primeiras nove horas depois de 48, ou para o trabalho em dia feriado, sábado ou domingo, e além do triplo do tempo de 9 horas.

De acordo com a Lei Federal do Trabalho, o salário mínimo diário deve representar um poder de compra de um padrão básico de vida e é definido anualmente, de acordo com a região geográfica. O Salário Mínimo Nacional Comissão (Comisión Nacional de Salários Mínimos) tem autoridade para modificar o salário mínimo, conforme necessário. O salário mínimo no Distrito Federal, que engloba Cidade do México, é consideravelmente maior do que em outras partes do país, e há também o aumento dos salários mínimos estabelecidos para algumas indústrias. Salários podem ser estabelecidos de acordo com a unidade de tempo ou de trabalho, um montante fixo, comissões, ou quaisquer outros critérios para que as partes acordem.

Terminar uma relação de trabalho pode ser um processo caro. Para despedir um trabalhador sem justa causa, terá de pagar-lhe três meses de salário, acrescido de 20 salários por ano de serviço. Os trabalhadores com tempo igual ou superior a 15 anos de antiguidade que deixam voluntariamente têm direito a uma compensação mínima de 12 dias; pagam por ano de serviço desde maio de 1970, quando esta lei entrou em vigor.

Sob determinadas condições, tais como incapacidade temporária ou doença contagiosa, os empregadores podem despedi-los sem ter de pagar indenizações.

O México tem uma Câmara de Conciliação e Arbitragem, que é um órgão administrativo encarregado de resolver litígios laborais. Um trabalhador pode apresentar uma queixa junto à Câmara de Conciliação e Arbitragem exigindo a reintegração ou indenização no prazo de dois meses de sua quitação. A entidade patronal tem o ônus de provar que o empregado foi rescindido por justa causa, nos

termos do artigo 47 da legislação trabalhista federal. Se o empregador não cumpre o seu ônus da prova, a Conciliação e Arbitral pode determinar que a rescisão foi sem justificativa e estabelecer o valor da indenização a ser paga ao trabalhador.⁷⁴

b) Alemanha

A lei alemã de proteção contra a dispensa foi promulgada em 1951, *Kündigungsschutzgesetz*, também conhecida como KSchG, foi resultado não apenas de uma iniciativa do Governo e do Parlamento, mas também de um consenso entre as mais importantes organizações sindicais obreiras e patronais.⁷⁵

Precursora da atual tendência de nulidade da tradicional dispensa ordinária, ou seja, dispensa não ocasionada por justa causa obreira, a lei alemã determinou a licitude da despedida socialmente justificada, que decorra da capacidade e/ou conduta do trabalhador e das necessidades urgentes da empresa.

Segundo Lorena Vasconcelos Porto, *“(...) Não há no Direito alemão, a previsão da indenização de antiguidade. Assim, o trabalhador dispensado faz jus apenas ao seguro-desemprego. Para tanto, ele não pode ter tido culpa na perda do seu posto e há de ter contribuído, nos últimos dois anos, por no mínimo um ano para esse seguro. O valor do benefício equivale a 60% da última remuneração bruta do obreiro, sendo igual a 67% caso tenha um filho menor. A Lei de reforma do mercado de trabalho, de 24 de dezembro de 2003, limitou o recebimento do benefício ao período de 12 meses, que pode ser estendido até 18 meses no caso do empregado com mais de 55 anos. Na Alemanha, o trabalhador dispensado permanece desempregado, em média, por um período de 8,4 meses.”*⁷⁶

Dessa forma, pode-se entender a importância, inclusive econômica, que a legislação alemã assume para o trabalhador, no que se refere à questão da legitimidade da dispensa.

Ocorreu, também, com o novo dispositivo legal de 2003, um fortalecimento da proteção ao emprego com a extensão da duração mínima do aviso-prévio. Existia, até então, regras diferentes para os que exerciam trabalhos manuais e não manuais.

⁷⁴ Texto disponível em: <http://www.fredlaw.com/articles/international/Mexico.Acesso> em 02.jul.2010.

⁷⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁷⁶ Id.

Os prazos eram maiores de acordo com a antiguidade do trabalhador e, também, as normas aplicadas aos trabalhadores não manuais eram mais favoráveis.⁷⁷

O Código Civil alemão – BGB, que com a alteração de 1º de maio de 2000, no seu art. 623, dispôs que a dispensa, para ser válida, dever ser comunicada por escrito; e em seu art. 626, o empregador pode dispensar o trabalhador sem a concessão de aviso-prévio, “desde que existam elementos de fato que não permitam impor-lhe a continuação da relação de emprego até o fim do aviso-prévio, considerando todas as circunstâncias do caso e avaliados os interesses de ambas as partes.” Trata-se da dispensa extraordinária, que pressupõe a existência de um motivo grave, em particular de uma grave inadimplência contratual.⁷⁸

Segundo Wolfgang Däubler, citado por Lorena Vasconcelos Porto, “(...) *A Lei de Proteção contra a Dispensa (KSchG) prevê a disciplina geral de proteção contra a dispensa, que se aplica quando a relação de trabalho existe há mais de 6 meses e o empregador não é uma “pequena empresa”. Há algumas categorias de empregados submetidos a uma proteção ainda mais forte, como os portadores de invalidez grave, as mulheres grávidas, algumas pessoas com filhos menores e os representantes dos trabalhadores nas empresas. Muitos contratos coletivos excluem a dispensa ordinária para trabalhadores de idade mais avançada ou com maior tempo de serviço, os quais estão submetidos apenas à dispensa extraordinária.*”⁷⁹

Explica a autora, que a Lei de reforma do mercado de trabalho restringiu a aplicação da KSchG, que se aplicava a todas as empresas com mais de 5 empregados, e a partir de 1º de janeiro de 2004, os novos trabalhadores contratados não estão submetidos à tutela se a empresa não tiver regularmente ao menos 10 empregados. Dessa maneira, numa mesma empresa, pode ocorrer que trabalhem pessoas com ou sem a tutela padrão contra a dispensa.

O empregador deve notificar ao Comitê de Empresa, se existente, qualquer dispensa de trabalhador, norma que se entende para os empregados públicos da União. Os representantes dos obreiros devem ter ciência de todas as circunstâncias,

⁷⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dSPACE.uniroma2.it/dSPACE/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Id.

do ponto de vista empresarial, que justifiquem a dispensa; caso contrário, se a comunicação for realizada de forma incompleta, a dispensa é ineficaz.⁸⁰

O empregado, cujo posto de trabalho, foi suprimido tem direito a ser recolocado em outra posição na mesma unidade produtiva ou na empresa, sendo, se necessário, garantida pelo empregador a possibilidade da formação ou qualificação profissional do empregado.⁸¹

Com relação à dispensa coletiva, Lorena Vasconcelos Porto explica que: “(...) o direito alemão não prevê a dispensa coletiva como um instituto autônomo, tratando-se, juridicamente, de um somatório de dispensas individuais, mesmo quando elevado o número de obreiros envolvidos.”⁸²

Ressalta Lorena Porto que o empregado tem o direito de contestar perante à Justiça do Trabalho a validade de sua dispensa e, se a decisão for favorável, a sanção aplicável é a reintegração, porém, se o juiz considerar que as circunstâncias do caso demonstram a impossibilidade de futura cooperação entre as partes, pode determinar, a requerimento do empregador, a cessação do contrato de trabalho, mediante o pagamento de uma indenização.

No caso de situações excluídas do campo de abrangência da Lei de Proteção contra a Dispensa – KSchG, consideradas tutela especial contra dispensa, são aplicadas as cláusulas gerais do Direito Civil ou a decisão jurisprudencial da Corte Constitucional da Alemanha, segundo a autora.

A tutela especial contra a dispensa se estende à empregada, durante a gravidez e nos primeiros 4 meses de vida da criança.

Na Alemanha, a tutela contra a dispensa tem uma função de fundamental importância, pois representa uma condição para a efetividade das normas justralhistas que buscam realizar a democracia no interior das empresas, entendendo-se que sem uma verdadeira proteção, os trabalhadores dificilmente poderiam se envolver ativamente e cumprir seu papel no modelo de gestão, estabelecido pelo direito Alemão.⁸³

c) Itália

⁸⁰ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁸¹ Id.

⁸² Id.

⁸³ Id.

Seguindo a mesma trilha da Alemanha, e já em consonância com a Recomendação nº 119 da OIT, a Itália aprovou, em 1979, o “Statuto dei Lavoratori”, que juntamente com a Lei nº 604 de 1966, rege as dispensas e dispõe que cabe aos tribunais ordenar a reintegração do emprego no posto de trabalho quando a despedida for declarada nula, anulável ou ineficaz.⁸⁴

Porém, cabe ressaltar que, anteriormente, o Código Civil italiano, datado de 16 de março de 1942, em seus artigos 2.118 e 2.119, disciplinava a igualdade entre as partes no contrato de trabalho, bem como a sua cessação, independentemente se ela fosse de iniciativa do empregado ou do empregador.

Neste sentido, Lorena Porto afirma que concedia tanto ao patrão quanto ao empregado ampla liberdade de resilir o pacto empregatício, sem exigência de forma ou de fundo, isto é, sem necessidade de haver um motivo a justificar o ato. *“Exigia tão somente a concessão do aviso prévio, desde que não houvesse a prática de justa causa.”*

Definindo o que seja justa causa ou motivo justificado, a Lei nº 604 de 1966, em seu art. 1º, faz remissão ao art. 2.119 do Código Civil, explicando, em seu art. 3º, o conceito de motivo justificado. *“A dispensa por motivo justificado com aviso prévio é determinada por um notável inadimplemento das obrigações contratuais pelo trabalhador ou por motivos inerentes à atividade produtiva, à organização do trabalhador e ao regular funcionamento da empresa.”*⁸⁵

Explica ainda Lorena Porto, que a única exceção a esse regime de ampla liberdade era a previsão de hipóteses especiais, como as mencionadas no art. 2.110 do Código Civil (acidente de trabalho, doença, gravidez, puerpério) e no no caso da ocorrência de uma dessas situações de especial fragilidade do trabalhador, o patrão somente poderia dispensá-lo livremente (*ad nutum*) após decorrido o prazo estabelecido por lei, ou mesmo pelo contrato coletivo aplicável a ambas as partes.

Em 29 de abril de 1965 foi estabelecido o acordo interconfederativo para a indústria, que previa um controle posterior sobre as dispensas individuais, as quais deveriam ser comunicadas por escrito e, quando solicitadas, motivadas.

⁸⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dSPACE.uniroma2.it/dSPACE/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁸⁵ Id.

Como explica Lorena Vasconcelos Porto, nesse contexto, foi argüida, perante a Corte Constitucional italiana, a invalidade do art. 2.118 do Código Civil (CC/42), face ao disposto no art. 4º da Constituição de 1948, que garante o direito ao trabalho. A Corte, na decisão n. 45, de 09 de junho de 1965, decidiu pela constitucionalidade do dispositivo impugnado, mas afirmou que o aludido artigo da Carta Magna impunha ao legislador infraconstitucionalidade a edição de normas legais que assegurassem a sua efetividade.

Também, passível de ensejar a nulidade da despedida estão, não só as razões em si, mas o descumprimento das obrigações que incumbem ao empregador para formalizar a rescisão, tais como a comunicação escrita da dispensa, com a informação, se solicitada, dos motivos que a ensejaram.⁸⁶

No Direito italiano, a necessidade de uma motivação (justa causa ou justificado motivo), para que a dispensa do trabalhador fosse validada, cabendo ao empregador, ocorreu com a Lei nº 604, promulgada em 15 de julho de 1966. A lei regulamentava apenas as dispensas individuais, e, face à configuração da dispensa imotivada, atribuía ao empregador a escolha entre readmitir o empregado ou pagar-lhe uma indenização, sendo, portanto, denominada “Tutela obrigatória” a proteção por ela assegurada.

O Estatuto do Trabalhador, Lei nº 300, de 20 de maio de 1970, deu ao trabalhador uma proteção mais efetiva, quando em seu art. 18, estabelecia que o empregador devesse reintegrar o trabalhador dispensado imotivadamente, proteção esta denominada “Tutela real”.⁸⁷

A Lei nº 180, aprovada em 11 de maio de 1990, redefiniu a área de proteção contra a dispensa imotivada, introduzindo algumas inovações como a regra da necessidade de justificação da dispensa, anteriormente não aplicável às empresas e unidades produtivas menores, passando a incidir independentemente da dimensão do empregador.

Existem no Direito italiano, no entanto, situações em que qualquer empregado, mesmo que submetido ao regime de dispensa “*ad nutum*”, não pode ser dispensado durante determinado intervalo de tempo, como afirma Lorena

⁸⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁸⁷ Id.

Vasconcelos Porto: *“podem ser citadas as hipóteses de acidente de trabalho ou doença em que o referido lapso temporal é estabelecido pela contratação coletiva; de prestação de serviço militar obrigatório ou de serviço civil substitutivo; de convocação às Forças Armadas; de tratamento de reabilitação do tóxico dependente; e o exercício de funções públicas eletivas.”*⁸⁸

A dispensa nesses casos, somente pode ocorrer por justa causa ou por cessação da atividade empresarial.

Para a proteção do trabalho feminino, além da Constituição italiana, a Diretiva nº 85/92 estabelece que é vedada a dispensa de trabalhadora em razão do casamento e gravidez, bem como a dispensa do trabalhador pai, ao qual se garante o direito de se ausentar do trabalho nos primeiros meses de vida do filho.⁸⁹

O art. 1º da Lei 604/66 condiciona a existência de uma justa causa ou de um justificado motivo, e apresentação de provas por parte do empregador. No entanto, isso não configura uma inversão do ônus probatório, mas aplicação da regra geral de que a prova do fato cabe à parte que o alega (art. 2.697, do CC/42), vez que a motivação é alegada pelo empregador para legitimar a dispensa por ele efetuada.

Quando se trata de servidor da esfera pública, Lorena Porto explica que: *“(…) a tipificação, tradicionalmente feita pela lei, das causas de extinção da relação de trabalho, excluía por definição a possibilidade de dispensa “ad nutum”. Tal estabilidade foi mantida com a privatização dessa relação, efetuada pela Lei n. 421, de 23 de outubro de 23 de outubro de 1992, que passou a ser regulada pelo Direito do Trabalho, e não mais do Direito Administrativo, com a resolução das respectivas controvérsias pelo juiz do trabalho, e não mais pelo juiz administrativo. Com efeito, o DL n. 165, de 30 de março de 2001, que atualmente disciplina a matéria, em seu art. 51, §2º, ordena a aplicação do art. 18, do ET, a toda a Administração Pública, independentemente do número de empregados. Eis uma grande diferença em relação ao setor privado, onde o regime da tutela real não abrange os empregadores de menor dimensão, como vimos.”*⁹⁰

⁸⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dSPACE.uniroma2.it/dSPACE/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Id.

Dentro do ordenamento jurídico italiano, existem dispositivos legais que vedam a dispensa do trabalhador independente do regime legal, se dispensa ad nutum, tutela obrigatória ou tutela real, que apresentam em comum o fato de se atribuir ao trabalhador o ônus da prova e de trazerem como conseqüência os efeitos próprios da tutela real. Dessa forma, a inovação dessas proibições legais, de difícil comprovação, interessa, principalmente, aos trabalhadores submetidos ao regime de dispensa imotivada ou de tutela obrigatória, vez que o seu reconhecimento possibilita a reintegração no posto de trabalho.

Em se tratando de dispensa discriminatória, existem dispositivos legais que estabelecem os motivos, tais como: filiação do trabalhador a um sindicato, a sua participação em atividades sindicais ou na realização de uma greve, razões de cunho político, religioso, racial, étnico, nacional, de língua, de sexo, de deficiência física e/ou mental, de idade, de orientação sexual, de convicções pessoais e de infecção pelo vírus HIV.⁹¹

Sendo assim, pode-se considerar como a proteção contra a dispensa imotivada, além de ser importante em si mesma, garante a tutela de outros direitos fundamentais do trabalhador, pois, quando a validade da dispensa é condicionada a uma motivação, cuja prova cabe ao empregador, o seu eventual insucesso probatório pode conduzir com maior segurança a ato discriminatório.

No caso de dispensa por motivo ilícito ou em fraude à lei - contrário às normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes, como a represália por uma ação judicial proposta contra o empregador, ou pelo exercício legítimo do direito de resistência, não cumprimento de ordens ilegais do patrão - a dispensa é sancionada com a nulidade, de modo que subsistem a relação de emprego e o direito do trabalhador de receber a sua remuneração.

O empregado também pode impugnar sua dispensa dentro de um prazo decadencial de 60 dias, sendo que o trabalhador dispensado injustamente pode ainda ajuizar uma ação civil ordinária para buscar a reparação de eventuais danos sofridos, como, por exemplo, uma dispensa injuriosa, uma dispensa publicizada fora da empresa com o intuito de prejudicar a figura profissional do trabalhador.

As dispensas coletivas no direito italiano, diferentemente das dispensas individuais, são disciplinadas pelas convenções coletivas, como o acordo

⁹¹ Id.

interconfederativo do setor industrial de 05 de maio de 1965, que previa, entre outras formalidades, o respeito a um procedimento sindical prévio. Em obediência às normas da Corte de Justiça da Comunidade Européia, foi editada a Lei nº 223, de 23 de julho de 1991, que previa um procedimento a ser seguido pelo empregador, composto de várias fases, que envolvem o controle por parte das entidades sindicais e da Administração Pública, não se excluindo a possibilidade de se submeter a questão à apreciação do Poder Judiciário.

Segundo Lorena Porto, “(...) *A dispensa coletiva visa à redução do número de empregados da empresa, em razão da diminuição ou transformação da atividade produtiva ou do trabalho, tratando-se, portanto, de motivos alheios à pessoa do obreiro.*”⁹²

Resta considerar que a principal diferença entre as duas modalidades reside no aspecto quantitativo, sendo que a dispensa coletiva envolve um número considerável de trabalhadores, propiciando maior impacto social.

Para a efetivação da dispensa coletiva, atendendo ao que dispõe a Lei nº 223/91, deve o empregador, primeiramente, enviar um comunicado por escrito aos representantes sindicais na empresa, quando existentes; e, aos sindicatos territoriais, indicando os motivos que determinam o excedente de pessoal, o número e o perfil profissional dos empregados excedentes, as razões pelas quais não é viável adotar medidas alternativas às dispensas, o período em que pretende efetuar-las e as eventuais providências que pretende adotar para reduzir as conseqüências sociais geradas. A mesma comunicação deve ser enviada à autoridade administrativa regional do trabalho.

Ao empresário, unilateralmente, cabe individualizar os obreiros a serem dispensados, e sua decisão deve respeitar, sob pena de invalidade da dispensa, os critérios ditados pelos contratos coletivos celebrados pelos sindicatos de maior representatividade no âmbito nacional.⁹³

Segundo Lorena Porto o ordenamento jurídico trabalhista italiano, dando-se ênfase ao Estatuto do Trabalhador, foi construído como um sistema de garantias materiais e processuais, notadamente avançado, que além de evidenciar a proteção

⁹² PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dSPACE.uniroma2.it/dSPACE/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁹³ Id.

contra a dispensa, aplica-se a diversos outros institutos, que visam tutelar a dignidade, a liberdade e a segurança dos trabalhadores.

d) França

A França é um dos países europeus que adotou o mecanismo previsto pela Convenção 158 da OIT, mas amarga o maior nível de desemprego no continente europeu; a redução da jornada de trabalho para 36 horas semanais, também não surtiu o efeito previsto.

Na legislação trabalhista francesa, a partir da Lei de 13 de julho de 1973, a dispensa do trabalhador contratado por prazo indeterminado não pode mais ser imotivada, devendo necessariamente ser justificada por uma causa real e séria. Atualmente, a Corte de Cassação mostra-se muito mais exigente para a sua configuração no caso concreto, em razão da taxa de desemprego ser bem maior em 1974, entendendo que a dispensa deve ser a última solução.⁹⁴

Os requisitos da causa motivadora da dispensa são a realidade e a seriedade. O primeiro não gera problemas, pois é um conceito objetivo. Para ser real, a causa apontada na carta de dispensa deve atender a três exigências, cumulativamente: deve existir o motivo, deve ser exato e não pode haver contradição entre a razão apresentada ao trabalhador na tentativa de conciliação na empresa e aquela constante da referida carta. A realidade da causa consiste, basicamente, na sua existência e exatidão, e, no caso de dúvida, a decisão deve ser favorável ao empregado.

A seriedade, ao contrário, gera discussões, por encerrar certa dose de subjetividade, malgrado o esforço da Corte de Cassação em tentar objetivar o seu conceito. O motivo sério, comumente está relacionado à conduta faltosa do trabalhador ou ao interesse da empresa.⁹⁵

Independentemente do número de empregados da empresa ou do seu tempo de serviço do trabalhador, a lei impõe ao empregador a observância de um procedimento antes de efetuar a dispensa. Ele faculta ao empregado o conhecimento do motivo da dispensa e a possibilidade de exercer o seu direito de defesa.

⁹⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dSPACE.uniroma2.it/dSPACE/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁹⁵ Id.

Para proceder a dispensa de seus empregados, o empregador francês deverá observar quatro etapas, a saber: a convocação do trabalhador, a tentativa de acordo, a notificação de dispensa e a enunciação por escrito das causas reais e sérias que motivaram a rescisão.

Durante as duas primeiras fases o empregado continuará trabalhando normalmente, sem qualquer suspensão ou interrupção de seu contrato de trabalho, sendo que o aviso prévio devido na dispensa do empregado é proporcional ao seu tempo de serviço, fixado legalmente entre o mínimo de um mês e o máximo de dois meses. Caso não seja concedido, o empregado tem direito a uma indenização, cujo valor corresponde à remuneração que teria percebido no período do aviso frustrado.

Na França, assim como no direito italiano, a dispensa do empregado é juridicamente proibida quando baseada em motivo ilícito, como: atuação como representante dos empregados; raça; cor; religião; opinião política; reclamação relativa ao tratamento paritário entre homem e mulher com relação às condições de trabalho; gravidez; ausência do trabalho em virtude da prestação de serviço político ou civil. No caso de o empregador proceda a uma dispensa proibida, esta é nula e o empregado tem direito à reintegração. Se o motivo for o exercício de atividade de representação dos trabalhadores ou gravidez, o empregador é condenado a pagar uma indenização correspondente à remuneração que o empregado teria percebido durante o período de proibição da dispensa.

A dispensa por motivo econômico não foi contemplada pela Lei de 13 de julho de 1973; somente em 03 de janeiro de 1975 foi estabelecido o primeiro texto legal, elaborado com base na Diretiva Comunitária nº 129/75, formada por três elementos.

O primeiro, de caráter negativo, refere-se ao motivo: sendo este econômico, ele não pode ser inerente à pessoa do trabalhador, o que exclui o motivo disciplinar, a doença prolongada, a idade, a inaptidão física ou profissional.⁹⁶

O segundo elemento é que o motivo econômico implica necessariamente a supressão ou transformação do emprego, ou uma modificação de um elemento essencial do contrato de trabalho recusada pelo obreiro. Caso este seja dispensado, mas o seu posto de trabalho seja mantido e ocupado por outro empregado, o motivo da dispensa é, obviamente, inerente à sua pessoa e não a uma causa econômica.

⁹⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

O terceiro elemento é que a razão da supressão ou da transformação do emprego deve ser econômica, isto é, de ordem conjuntural ou de ordem estrutural. Se, de ordem conjuntural, refere-se a acontecimentos exteriores à empresa e apresentam um caráter suficientemente excepcional e imprevisto para obrigar o empregador a modificar o seu modo de exploração normal. Se, de ordem estrutural, implica em uma noção muito fluída, pois toda modificação nos postos de trabalho na empresa parece constituir, a princípio, uma reorganização dessa última e, nesse sentido, uma operação de reestruturação.⁹⁷

Com relação à hierarquia normativa da Convenção 158 da OIT de 1982 no ordenamento francês, a Corte da Cassação já reconhecia, a partir de uma decisão de 1975, com fundamento no art. 55 da Constituição, a primazia dos tratados internacionais sobre as normas nacionais na ordem jurídica interna.

Segundo Lorena Porto a jurisprudência francesa, ao se referir à aplicabilidade direta de um tratado internacional, adotou um método pragmático, que combina ou alterna os dois critérios, subjetivo e objetivo, desenvolvidos pela jurisprudência internacional. O critério subjetivo determina a aplicabilidade direta da norma a partir da intenção expressa por seus autores. O critério objetivo surgiu de uma nova ordem jurídica de Direito Internacional.

A aplicação desses critérios à Convenção 158 leva à conclusão da sua aplicabilidade direta. A análise dos dispositivos da Convenção 158 revela que ela atende a essas exigências, de modo que se pode concluir pela sua aplicabilidade direta. A Corte de Cessação, em decisão de 29 de março de 2006, optou pela aplicabilidade direta de suas determinações.

e) Inglaterra

A primeira Lei de proteção ao trabalhador foi criada em 1802, na Inglaterra. Esta lei estabelecia a jornada de trabalho em doze horas diárias, proibia o trabalho noturno e estabelecia a obrigatoriedade de medidas de melhoramento no ambiente

⁹⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

de trabalho, sendo obrigatório um ambiente arejado, limpo e seguro aos funcionários. Foi a primeira conquista da classe trabalhadora no mundo.⁹⁸

Segundo explica Lorena Porto a dispensa imotivada no ordenamento jurídico Inglês, baseia-se em dois princípios: a dignidade e a autonomia. A dispensa em que o empregado não é tratado com dignidade, representa que a decisão do empregador não tem uma base racional, pois mesmo que se atribua ao empregado uma falta, a sua dignidade somente é respeitada se o patrão investiga a acusação e lhe concede a oportunidade de defesa.

O princípio que se refere à autonomia do empregado, segundo Lorena Vasconcelos Porto, “Considerando que o trabalho é o modo por excelência por meio do qual a grande maioria das pessoas obtém a sua sobrevivência e um sentido para a sua vida, o empregador tem a obrigação de respeitar tal direito, caso ele não comprometa o funcionamento da empresa.”⁹⁹

No direito trabalhista inglês podem ser previstos dois tipos de ação ao trabalhador dispensado: uma baseada na dispensa incorreta (*wrongful dismissal*), a outra na dispensa injusta (*unfair dismissal*). No primeiro caso, o empregado alega uma violação do contrato de trabalho pelo empregador; e, no segundo caso, o empregado alega o descumprimento das exigências relativas à dispensa estabelecidas na Lei dos Direitos no Emprego (*Employment Rights Act*), de 1966, e na Lei do Emprego (*Employment Act*), de 2002. Estas leis preveem as razões que podem motivar a dispensa e o procedimento que o empregador deve adotar antes de efetuar-la, buscando estabelecer um equilíbrio entre os interesses do empregado e do empregador.

As sanções para a dispensa incorreta são aquelas previstas pelo Direito dos contratos, que prevê expressamente que o empregador deve seguir um determinado procedimento antes de efetuar a dispensa. Nesse caso o empregador dispõe de algumas sanções vantajosas, podendo requerer uma indenização adicional caso o

⁹⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dSPACE.uniroma2.it/dSPACE/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

⁹⁹ Id.

empregador tenha desrespeitado o procedimento disciplinar acordado contratualmente.¹⁰⁰

A decisão judicial que reconhece a dispensa injusta pode ordenar a reintegração ou a indenização, que na prática é ordenada apenas em uma pequena parcela. Quando o juiz determina a reintegração, o seu descumprimento por parte do empregador, nos termos da lei, gera apenas o dever de pagar uma indenização adicional, cujo valor não é suficiente para servir de coerção indireta ao patrão.

f) Estados Unidos

Nos Estados Unidos, inobstante, possa em princípio o empregador dispor sobre a demissão ou não de seus empregados, tal liberdade encontra-se limitada diante da força dos sindicatos locais. Os contratos coletivos de trabalho são um freio à liberdade do empregador, preservando-se, no caso de real necessidade de enxugamento de quadros, aqueles que possuem mais tempo de serviço, o que é denominado de *senioritty*.¹⁰¹

Nas grandes indústrias ou corporações americanas, as despedidas são acompanhadas pelos sindicatos de empregados que negociam diferentemente sobre a dispensa e suas razões. Esse sistema vem se pretendendo, por meio de mudança legislativa, implantar nos grandes estabelecimentos brasileiros, mediante uma comissão paritária, que analisa cada dispensa de forma individual, evitando, dessa forma, demissões injustas e inúmeros processos judiciais.

No ordenamento trabalhista americano não havia um sistema de proteção do empregado contra a dispensa imotivada, mas, com influência da legislação da Inglaterra, as relações de trabalho eram consideradas uma questão hierárquica, com obrigações para cada uma das partes. Neste sentido, o patrão devia prover as necessidades fundamentais do trabalhador e tinha o direito de ditar os termos e obrigações da relação; o empregado, por sua vez, devia ser completamente fiel àquele e cumprir os deveres por ele estabelecidos.¹⁰²

O contrato de trabalho legal, por sua vez, era considerado uma categoria contratual especial, com regras e presunções próprias ligadas às noções de

¹⁰⁰ PORTO, Lorena Vasconcelos. La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato: una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

¹⁰¹ Id.

¹⁰² FINLEY, Lucinda M. *apud*. PORTO, Lorena Vasconcelos. Op. cit.

obediência por parte do trabalhador e de direito ilimitado de controle por parte do empregador.

Na legislação americana, segundo Lorena Porto, a proteção contra a dispensa passou a ser objeto da contratação coletiva a partir de 1935, com a promulgação da *National Labor Relations Act*, lei federal que protege o direito dos trabalhadores com relação à organização sindical, à negociação coletiva e à realização de greves e outras atividades concertadas visando ao atendimento de suas reivindicações.

Os empregados não filiados aos sindicatos e, não abrangidos pelos contratos coletivos, continuavam quase totalmente privados dessa proteção. Os princípios da legislação estabeleciam que, na ausência de uma norma específica que determinasse o contrário, a dispensa *ad nutum* era possível. Porém, a partir da década de 1970, esta situação começou a ser tratada de forma diferente tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que consideravam que o princípio da plena liberdade de dispensa constituía um anacronismo na sociedade contemporânea.

Segundo Lorena Vasconcelos Porto, “(...) *os trabalhadores abrangidos pela contratação coletiva continuavam em uma situação bem mais favorável do que os seus colegas não sindicalizados. De fato, os contratos coletivos continham normas que proibiam a dispensa não motivada por uma causa adequada ou justa. Além disso, determinavam a adoção do critério do tempo de serviço quando as condições da empresa impunham as dispensas: os trabalhadores com menor antiguidade deveriam ser os primeiros a serem dispensados.*”¹⁰³

Dessa forma, muito antes de a proteção contra a dispensa começar a ser objeto da legislação, com base numa substancial construção jurisprudencial, os próprios trabalhadores representados por seus sindicatos, já haviam começado a minar, por meio dos contratos coletivos, a liberdade do empregador de dispensar imotivadamente.

A redução de pessoal por razões de ordem econômica ou tecnológica, mesmo regida pelo princípio da antiguidade e sujeitas ao pagamento de

¹⁰³ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

indenizações ou outros benefícios econômicos aos trabalhadores dispensador, continuava a basear-se na ideia de que o direito do empregador de dispensar por motivos econômicos não poderia ser substancialmente restringido pela lei ou pelo contrato coletivo.

A doutrina americana defendia que uma dispensa é ilegítima se motivada por uma razão contrária à ordem pública, argumentando que existem certas razões pelas quais os empregadores, se dispensam um empregado, abusam do seu poder. Pode-se citar como dispensas que violam a ordem pública, retirados da jurisprudência norte-americana, aquelas motivadas pelo fato de o empregado ter prestado o serviço de jurado, ter recusado a mentir ou a violar a lei no interesse do patrão, ter resistido ao assédio sexual de um superior hierárquico.

Foi também, considerada injusta, a dispensa do empregado obrigado pelo empregador a optar entre o cumprimento de um dever público e a conservação do posto de trabalho e, foi tida como ilegítima, a dispensa ocasionada pelo exercício da liberdade de manifestação do pensamento. Nesses casos, as leis tanto federais como estaduais, em geral, asseguram ações específicas para o empregado que foi dispensado ou recebeu punição disciplinar por buscar a proteção ou por ser parte de procedimentos previstos nesses diplomas.

Para o empregador as sanções consistem na reintegração do trabalhador e no pagamento da remuneração devida desde a dispensa. Alguns diplomas preveem também o pagamento de uma indenização pela conduta faltosa do patrão.

A reintegração também é aplicada como sanção no caso de a dispensa consistir em violação do contrato coletivo. Sendo assim, ela é ordenada em sede de arbitragem, podendo o seu cumprimento ser assegurado judicialmente. Porém, se a dispensa consistir apenas no descumprimento do contrato individual, a sanção aplicada pelas Cortes, em geral, é o pagamento de indenização.

Cabe ressaltar que, ao longo da década de 1980, várias Cortes estaduais passaram a considerar que as informações contidas nos manuais, ou seja, nas publicações escritas que descrevem a empresa, os benefícios e as obrigações dos empregados, estabelecem compromissos contratuais exigíveis, nos quais o empregado pode se basear nas ações em que questiona a validade da dispensa.

Ao tratar da obrigação de concessão de aviso prévio, embora ela não esteja prevista expressamente em lei, os contratos coletivos em geral a preveem,

demonstrando a tendência de a contratação coletiva buscar assegurar uma maior participação do sindicato nos processos de decisão das empresas.

Sendo assim, pode-se perceber que o sistema de proteção contra a dispensa imotivada nos Estados Unidos é bastante eficiente, considerando-se fundamental o papel exercido pelos sindicatos, por meio da contratação coletiva, principalmente quando obrigam o patrão a negociar os efeitos do excedente de pessoal na empresa e a notificar o sindicato. Esta posição, porém, possibilita aos empregadores a não obrigação legal de consultar ou informar os próprios trabalhadores sobre modificações operacionais ou projetos que podem conduzir a esse excedente.

g) Japão

No Japão, a segurança do emprego tem como base jurídica o art. 27 da Constituição japonesa de 1946, que dispõe sobre o direito do trabalho. Porém, as normas que regulamentam a dispensa já estavam prescritas no Código Civil de 1889, alteradas pela Lei das Condições do Trabalho – LCT de 1947, que por sua vez, sofreu alterações em 2003.

O Código Civil se aplica a todos os contratos de Direito Privado e a Lei das Condições do Trabalho dispõe sobre todos os contratos empregatícios no setor privado, pois os empregados públicos e os trabalhadores marítimos são regidos por legislação específica.

De acordo com o Código Civil, as dispensas no Japão são baseadas no princípio da liberdade de cessação contratual mediante aviso prévio, sem que haja um motivo válido pois, de acordo com a lei, o empregador pode exercer o seu direito de cessar o contrato a qualquer tempo, desde que conceda o aviso prévio. Os contratos coletivos, no entanto, frequentemente elencam as razões que constituem um motivo válido para a dispensa, sendo que a jurisprudência japonesa desenvolveu e consagrou a doutrina da dispensa abusiva.¹⁰⁴

A Lei das Condições de Trabalho, a partir da alteração de 2003, prevê que a dispensa que não apresente motivos objetivamente racionais e não seja apropriada de acordo com os padrões sociais gerais, seja enquadrada como um abuso do direito do empregador e considerada inválida.

¹⁰⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

De acordo com Lorena Vasconcelos Porto, “são consideradas razões válidas para a dispensa: a incapacidade profissional do empregado; a na conduta ou a violação de uma regra disciplinar; razões de ordem econômica; e a dispensa de um empregado não sindicalizado como consequência de um contrato coletivo que preveja o *union shop*.”¹⁰⁵

Cabe explicar que a LCT, com a alteração de 2003, ao prever restrições para as dispensas, não estabelece sanções penais, mas, sim, puramente civis, sendo que a dispensa é expressamente proibida quando baseada na violação do princípio legal da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, pois resta violada a ordem pública; casamento, gravidez ou nascimento de filho que implique a licença-maternidade; o exercício de atividades sindicais garantidas pelo art. 28 da Constituição; e discriminação baseada na raça, crença, sexo, condição social ou origem familiar.

Além disso, a dispensa é proibida durante o período de licença do empregado por doença ou acidente de trabalho e nos 30 dias seguintes do seu retorno ao trabalho; também durante a licença-maternidade, prevista legalmente, e nos 30 dias seguintes do retorno ao serviço.¹⁰⁶

Em se tratando de dispensa disciplinar, a jurisprudência vem adotando um julgamento rigoroso, estabelecendo requisitos para a sua validade, tais como: o motivo da sanção, bem como o tipo e o grau da punição correspondente a esse motivo, deve se encontrar especificados pelo regulamento empresarial; o mesmo tipo e grau de sanção devem ter sido adotados em casos passados; o conteúdo da sanção é apropriado se estiver em consonância com o tipo e o grau da violação e com outras circunstâncias; e os seus procedimentos devem ser justos e apropriados, permitindo o exame da questão por um Comitê disciplinar e propiciando o direito de defesa ao empregado.

As restrições estabelecidas à dispensa coletiva partem do princípio do abuso do direito de dispensar, e não são reguladas expressamente pela lei, mas a jurisprudência estabeleceu quatro requisitos principais para sua validade: a existência de uma necessidade financeira real par a empresa reduzir a força de

¹⁰⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dSPACE.uniroma2.it/dSPACE/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

¹⁰⁶ Id.

trabalho; a realização de esforços reais direcionados pelo empregador para evitar as dispensas; a consulta às entidades sindicais; a adoção de critérios razoáveis para escolher os empregados a serem dispensados.

Como explica Lorena Vasconcelos Porto, “No caso da dispensa coletiva por razões econômicas, além dos requisitos desenvolvidos pela jurisprudência, há outros previstos expressamente em lei, como o aviso prévio.”¹⁰⁷

No Japão, o empregado pode contestar judicialmente a dispensa, caso esta consista em uma prática trabalhista injusta nos termos da Lei dos Sindicatos, podendo, também, contestá-la perante a Comissão de Relações do Trabalho. Nesses casos, as sanções típicas são a reintegração e o pagamento das remunerações que o empregado deixou de perceber, as quais podem ser acompanhadas por uma ordem ao empregador de fixar uma comunicação no local de trabalho na qual ele assume a culpa, comprometendo-se a não repetir outro ato semelhante de prática trabalhista injusta.

Nas empresas japonesas vigora o sistema do emprego vitalício, que consiste em uma prática trabalhista por meio da qual as empresas, organizadas em grandes corporações, contratam um número específico de recém-formados em determinadas épocas de cada ano, por meio de pactos por prazo indeterminado. Tais empregados trabalham de forma contínua para a mesma empresa ou empresas a ela ligadas, até se aposentarem, desde que não ocorram circunstâncias extraordinárias, como uma crise empresarial. Esses trabalhadores são treinados e capacitados na própria empresa, inclusive por meio de recolocação em outras funções e transferências temporárias a empresas associadas.

Dessa forma, a política das empresas japonesas, de maneira racional e movida pela necessidade, buscou desenvolver técnicas para a fixação da mão-de-obra, com o compromisso de garantir a segurança do emprego, assim como a prática, desenvolvida no mesmo período, do aumento salarial por antiguidade, estimula o trabalhador a acumular um maior tempo de serviço na empresa, para que possa se beneficiar de uma remuneração mais elevada.

¹⁰⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

h) Portugal

Em Portugal foi aprovado novo Código do Trabalho, pela Lei nº 99, de 27 de agosto de 2003, que regula a cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, estabelecendo a proibição da dispensa sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos. Até então, o assunto era tratado de forma bem semelhante pela Lei de Cessação dos Contratos de Trabalho, de 26 de fevereiro de 1989.

A proibição da dispensa sem justa causa, segundo José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, é “a primeira e mais importante dimensão do direito à segurança no emprego”¹⁰⁸, de acordo com o art. 53 da Constituição de 1976, que dispõe sobre os Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, assegurando a esses, a fonte de sobrevivência, garantindo, também a efetividade de todos os demais direitos trabalhistas, individuais e coletivos. A dispensa, de acordo com José Domingos Morais, “deve corresponder à última das sanções disciplinares, diante de comportamentos que configuram o descumprimento das obrigações contratuais que podem levar a uma situação de conflito com o empregador.”¹⁰⁹

Conforme dispõe o Código do Trabalho, para se apreciar a justa causa, deve-se considerar: o grau de lesão dos interesses do empregador, o caráter das relações entre as partes e as demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes, bem como, alguns comportamentos do empregado que configurem desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierárquicos, violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa, e reduções anormais de produtividade.

A dispensa por extinção do posto de trabalho pode ser causada por motivos econômicos relativos à empresa, que não podem estar relacionados a uma conduta culposa por parte tanto do empregador como do trabalhador.

Para que ocorra a extinção do posto de trabalho, o empregador deve comunicar, por escrito, à Comissão de trabalhadores, ou a respectiva Comissão sindical, sua necessidade e a consequente dispensa do trabalhador que o ocupa.

O Código do Trabalho regulamenta a dispensa coletiva, que se configura quando o empregador, simultânea ou sucessivamente, sendo fundamentada no encerramentos de uma ou mais seções, ou estrutura equivalente, ou redução de pessoal determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra. 1993, p. 291.

¹⁰⁹ MORAIS, Domingos José. **A reforma do código do trabalho**. Coimbra: Editora Coimbra. 2004, p. 504.

Como explica Lorena Vasconcelos Porto: “(...) O empregador que pretende realizar uma dispensa coletiva deve comunicá-lo por escrito à Comissão dos trabalhadores ou, na sua falta, à Comissão intersindical ou às Comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores envolvidos. Nessa comunicação devem constar: a descrição dos motivos invocados para a dispensa; o quadro de pessoal discriminado por setores organizacionais; os critérios para a escolha dos trabalhadores a serem dispensados; o número de obreiros a serem dispensados e as categorias profissionais abrangidas; o período de tempo no qual se pretende efetivar as dispensas; o método de cálculo de uma eventual indenização que será concedida aos obreiros, além daquela prevista pela lei, ou estabelecida no contrato coletivo.”¹¹⁰

No direito português, qualquer tipo de dispensa, seja por justa causa, seja por causas objetivas, é ilícita se não tiver sido precedida pelos respectivos procedimentos; se, na verdade, for fundamentada em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; ou se forem detectados judicialmente como improcedentes os motivos invocados para a dispensa.

Se a decisão judicial considerar ilícita a dispensa, o trabalhador tem direito, cumulativamente, a ser indenizado por todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos, e a ser reintegrado no seu posto de trabalho, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Faz jus, ainda, a receber uma compensação, que corresponda ao montante das remunerações devidas desde a data da dispensa até o trânsito em julgado da decisão.

i) Espanha

Na Espanha, a legislação trabalhista é caracterizada pela progressiva restrição da faculdade empresarial de dar término à relação de trabalho, para garantir maior estabilidade no emprego. Dessa maneira, para o exercício da faculdade de dispensa o empregado, passou a se exigir uma causa justa, sendo poucas as exceções em que se admite a dispensa *ad nutum*.

A maior parte das normas que tratam da cessação do contrato de trabalho encontra-se na Lei nº 8, de 1980, que foi reeditada em 1995, com algumas

¹¹⁰ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato:** una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

alterações pelo Real Decreto Legislativo nº 1, também conhecido como Estatuto dos Trabalhadores. Porém, deve-se considerar a relevante presença de normas internacionais e comunitárias, como a Convenção nº 158 da OIT, ratificada pela Espanha em 26 de abril de 1985, além da Diretiva nº 59, de 1998.

Com base nesses ordenamentos, foram instituídas outras garantidas aos trabalhadores, consistentes em exigências formais ou procedimentais, tal como a necessidade de forma escrita, com expressa menção de causa e da data da dispensa, além da possibilidade de contestar judicialmente a decisão empresarial.

A dispensa por justa causa é a sanção mais grave que pode ser imposta pelo empregado, sendo, assim, ¹¹¹a manifestação mais intensa do seu poder disciplinar, pois pode ser adotada frente a um descumprimento grave e culposo do trabalhador, o qual corresponde à justa causa. A gravidade significa que a conduta deve alcançar certa entidade e a culpabilidade implica que deve ser imputável ao empregado, seja por dolo ou culpa.

Para que a dispensa por justa causa seja válida, a lei exige o cumprimento de uma série de requisitos, com o objetivo de preservar os direitos dos trabalhadores e facilitar uma eventual impugnação judicial. O empregador ao tentar dispensar um empregado deve notificá-lo, por escrito, dos fatos que motivam a dispensa e da data em que ela ocorrerá, possibilitando, assim, que o empregado conheça as razões da sua despedida para que possa se defender.

O Estatuto dos Trabalhadores estabelece que o empregado pode ser dispensado por causas objetivas legalmente procedentes, tais como: inaptidão do trabalhador conhecida ou sobrevinda posteriormente à sua colocação efetiva na empresa; falta de adaptação do trabalhador às modificações técnicas operadas no seu posto de trabalho; causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção; faltas ao trabalho, ainda que justificadas, mas intermitentes; e insuficiência da correspondente dotação orçamentária para a manutenção do contrato de trabalho a que se refira.

De acordo com o Estatuto dos Trabalhadores, na Espanha, configura-se dispensa coletiva quando ocorre a cessação do contrato de emprego por razões

¹¹¹ PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato: una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile.** Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em: dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese. Acesso em 02 jul.2010.

econômicas, técnicas, organizativas ou de produção, sendo que essa dispensa, também se configura quando a extinção dos contratos de trabalho afete todos os trabalhadores da empresa, desde que o número destes seja superior a cinco e aquela extinção seja conseqüência da cessação total das atividades empresariais em virtude das mesmas causas já citadas.

Os trabalhadores, por meio de seus representantes, podem solicitar o início do procedimento da dispensa coletiva caso se presuma, razoavelmente, que a não solicitação desta por parte do empresário possa ocasionar prejuízos de reparação impossível ou difícil. Nesse caso, a autoridade administrativa determinará as medidas e os relatórios cabíveis para a realização do procedimento de dispensa, respeitando os prazos legais.

j) Suécia

Na Suécia, para que o contrato de trabalho seja extinto, uma série de restrições e de exigências formais foi sendo gradualmente estabelecida, principalmente pela pressão exercida pelos sindicatos dos trabalhadores, visando maior proteção do emprego.

A primeira regulamentação deu-se em 1974, com a Lei de Proteção do Emprego, dispondo sobre os contratos coletivos, sendo substituída por um diploma equivalente em 1982, em vigor até os dias atuais. O objetivo de ambas as leis era: restringir o direito do empregador de dispensar o empregado; reforçar tais restrições por meio de sanções mais severas e prever o procedimento que permita ao empregado permanecer em seu posto até a decisão final da controvérsia; estabelecer períodos longos de aviso prévio remunerado; restringir o uso de *lay-off*¹¹² não remunerado; instruir regras de prioridade para a recontração dos empregados dispensados por redução de pessoal.

Na visão sueca, subjacente à lei, empregador tem uma responsabilidade social pelos seus empregados, de forma que os custos sociais gerados pela parte menos produtiva da população não deve ser suportado apenas pelo estado, mas deve ser compartilhado pelo empresariado.

Segundo a lei, o motivo justo pode ser de duas espécies: a redundância, relacionada à necessidade de redução de pessoal pela empresa, e as razões

¹¹² Trata-se de uma modalidade, diversa da dispensa, para a redução da força de trabalho excedente na empresa, sendo que sua aplicação é permitida apenas para os trabalhadores manuais, e não para os assalariados.

pessoais, relacionadas ao empregado. Para ambas as hipóteses a lei faz uma reserva: não há justo motivo caso se possa razoavelmente exigir que o empregador transfira o empregado para outro posto.

Ao se tratar de grave violação pelo empregado de seus deveres, a lei permite ao patrão dispensá-lo sem a concessão de aviso prévio, citando-se como graves incidentes de violência ou ameaça de violência no local de trabalho, crimes sérios cometidos contra a propriedade do empregador, assédio sexual aos alunos em uma escola. Porém, de acordo com o Tribunal do Trabalho, a dispensa sumária apenas deve ser usada como último recurso, quando não se pode encontrar outra solução aceitável para o conflito.

K) Dinamarca

Na Dinamarca, a proteção do trabalho consiste em regras acerca do término da relação de emprego e em outros direitos reconhecidos ao empregado quando a relação vem de fato a cessar. O nível de proteção frequentemente depende do seu tempo de serviço.

Não há uma regra geral que estabeleça a duração do aviso prévio, a qual é fixada por leis especiais, aplicáveis a determinadas categorias, ou pelos contratos coletivos. A maior parte desses contratos estabelece que o aviso prévio devido pelo empregador é mais longo quanto maiores forem a antiguidade e a idade do empregado.

Destaca-se que o contrato de trabalho pode ser cessado por iniciativa de qualquer das partes sem a concessão de aviso prévio quando tiver sido gravemente violado, como no caso de o trabalhador se recusar terminantemente a prestar o serviço, como prevê expressamente a Lei sobre Treinamento Vocacional.

O trabalhador assalariado, mesmo sendo dispensado por justa causa, tem direito ao recebimento de uma indenização de antiguidade igual a um mês de salário, se tiver mais de doze anos de tempo de serviço, ou três meses de salário, se tiver mais de dezoito anos de serviço.

CAPÍTULO II – INTERNALIZAÇÃO DAS NORMAS DA OIT AO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Antes de ingressar no tema da internalização dos tratados internacionais, importante a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Para Norberto Bobbio o direito é uma construção do homem, um meio indispensável para modelar e garantir a democracia e as instituições democráticas, não sendo um dado da natureza, pois a noção de natureza é tão equivocada que não nos oferece um critério para diferenciar o jurídico do não jurídico. Para ele, o direito é um artefato humano que vai se modificando em função das necessidades da convivência coletiva.

Ou seja, os direitos humanos são um construído jurídico historicamente voltado para o aprimoramento político da convivência coletiva.

Afirma Norberto Bobbio que vivemos na era dos direitos. Ele baseia-se no que Kant qualifica como sinais ou indícios reveladores de um processo, para identificar na positivação dos direitos humanos e no fato da sua temática ocupar parte preeminente da atenção e do debate internacional um sinal de progresso moral da humanidade.

“(...) Do ponto de vista teórico sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema sobre o qual, ao que parece os filósofos são convocados a dar seu parecer, do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta do parlamento contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento dos movimentos dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a

*assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimento que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmo (...).*¹¹³

Bobbio afirma ainda que os direitos não nascem todos de uma vez, nascem quando devem ou podem nascer. Nascem da necessidade do homem. Ele considera o “direito” uma figura deôntica, que tem um sentido preciso somente na linguagem normativa. Segundo ele, não há direito sem obrigação e não há direito nem obrigação sem uma norma de conduta.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca que direitos “fundamentais” se aplicam para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo, determinado pelo Estado. Ao passo que direitos “humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos.¹¹⁴

Afirma, ainda, que a consideração de que “direitos humanos” possam ser pura e simplesmente equiparados aos de “direitos naturais” não é correta, uma vez que seriam aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana, naturais a todo homem (direitos não positivados).

Referida distinção é importante e se justifica pelas conseqüências de ordem prática, especialmente no que diz respeito a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos.

Lembrando que o fato da eficácia jurídica e social dos direitos humanos, que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado estado, depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do status jurídico que esta lhes atribui. Deste modo, a efetivação dos direitos humanos depende da recepção e da cooperação dos estados, através da constitucionalização na condição de direitos fundamentais para atingir sua plena eficácia e efetividade.

Feitas as distinções entre “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional), “direitos fundamentais” (reconhecidos, outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno), passa-se a analisar a questão da incorporação e hierarquia dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos frente à Constituição Brasileira.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Laffer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 11.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro Forense. 2007. p. 334.

2.2 A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais.

Ressalta-se preliminarmente que a Constituição de 1988 tornou-se um marco jurídico de transição ao regime democrático, avançando positivamente nos campos dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.

Desde o seu preâmbulo a constituição busca a construção de um estado democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade a segurança o bem estar, o desenvolvimento a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”¹¹⁵.

Estabelece pontualmente que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e fundamenta-se, dentre outros, nos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a Constitucionalidade e os Direitos Fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito¹¹⁶.

Afirma José Afonso da Silva: “(...) *é a primeira vez que uma Constituição assinala especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos que seria despropositado, mas os fundamentais e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na pratica a dignidade da pessoa humana*”.¹¹⁷

A proteção da dignidade da pessoa humana, mais do que um princípio em si, é uma condição fundamental e impõe-se como núcleo básico de todo o ordenamento jurídico.

Denominada a Constituição cidadã, a mesma tornou-se um marco no que tange a proteção aos Direitos Fundamentais, em especial pela inédita previsão de princípios fundamentais, uma vez que as Constituições anteriores primeiramente

¹¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Lex:** legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 59, out./dez. 1995.

¹¹⁶ CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra:Livraria Almedina, p.357.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. rev. e atual.. São Paulo. Saraiva, 2009. p.27.

tratavam do Estado, para somente então disciplinarem os direitos. Há assim um direito Brasileiro pré e pós 1988.

A Constituição vai além da organização política do Estado e do exercício do poder político. Registre-se que há uma reaproximação da ética e do Direito, surgindo a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Os princípios passam a ocupar um lugar de destaque na Constituição, assim como o ser humano.

Ronald Dworkin afirma que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem os princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos¹¹⁸.

No Brasil a Constituição de 1988 é a primeira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental, a reger o Estado nas relações internacionais.

Registre-se que a prevalência dos direitos humanos a reger o Brasil não implica apenas a engajar o País no processo de elaboração de normas internacionais de direitos humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna.

Neste sentido, a Constituição de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º, parágrafo segundo, que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Ou seja, tece claramente a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional dos direitos humanos.

Na lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, a Constituição Brasileira propõe uma nova classificação dos direitos, organizados em três grupos distintos: a) dos direitos expressos na Constituição, b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte e finalmente c) dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias ou em princípios adotados pela Constituição)¹¹⁹.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 59.

¹¹⁹ Comentários à Constituição do Brasil. V 2. p. 395.

2.2.1. Requisitos formais e materiais para a aprovação e ratificação do Tratado Internacional.

Objetiva este tópico analisar como a Constituição Brasileira se relaciona com as normas de Direito Internacional, a forma pela qual incorpora os tratados de direitos internacionais.

A Constituição Brasileira em seu artigo quinto estabelece que: “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”.

O parágrafo segundo por sua vez menciona que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O parágrafo terceiro, acrescido pela Emenda Constitucional número 45 de 08.12.2004, em sua redação estabeleceu 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 às emendas constitucionais¹²⁰.

Observe-se nesse contexto, que a redação do artigo 5º, parágrafo segundo, refere apenas os tratados internacionais dos quais faz parte o Brasil, não mencionando outras espécies de regras internacionais, como convenções, atos, cartas, códigos, portarias, etc.

Referida redação levantou a reflexão dos juristas e operadores do direito, em relação ao alcance e aplicação literal do dispositivo e a conseqüente limitação apenas aos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Flávia Piovesan afirma que, não obstante a falta de precisão terminológica e a diversidade de normas internacionais existentes, por uma série de motivos, o dispositivo não teve a intenção de restringir ou inviabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais expressos nas mais variadas regras internacionais, não sendo

¹²⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Lex: legislação federal e marginalia*, São Paulo, v. 59, out./dez. 1995.

razoável a interpretação de que apenas os tratados internacionais estariam albergados pela Constituição.¹²¹

Ao considerar a literalidade do dispositivo, teriam de ser desconsiderados, por exemplo, os direitos fundamentais previstos nos pactos internacionais da ONU, bem como, na Convenção Americana de Direitos Humanos da OEA, entre outros.

Sobre o tema, manifestaram-se diversos autores, concluindo que a interpretação que deve ser dada ao dispositivo é a mais extensiva possível. A Constituição recepciona os direitos enunciados em tratados, convenções, atos portarias, enfim em todo regramento internacional, sendo tal interpretação consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Afirma ainda, Flavia Piovesan, que *“(...) ao estabelecer diretrizes e linhas básicas a Constituição não detêm a pretensão de completude. A incompletude da Carta aponta para sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento*¹²².

Ingo Wolfgang Sarlet aduz que o objetivo precípua da consagração pela nossa Carta, do princípio da não tipicidade na esfera dos direitos fundamentais certamente não é o de restringir, mas sim o de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais. Ele integra, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, solução que, aliás, corresponde às exigências de uma ordem internacional cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados¹²³.

Comungam do mesmo entendimento Arnaldo Sussekind, José Cretella, Cançado Trindade, entre outros.

No que tange a incorporação dos tratados internacionais ao direito interno, a Constituição não estabelece expressamente de forma favorável a recepção automática de tratados internacionais.

A regra adotada pela Constituição é no sentido da necessidade de procedimento formal de incorporação. Os tratados internacionais, para serem

¹²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. Ver e atual. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 54.

¹²² Ibid., p. 56.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro Forense. 2007. p. 334.

obrigatórias no território nacional, dependem de ratificação. A ratificação se dá por ato conjunto do chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional.

Com efeito, a competência do Presidente da República para celebrar tratados fica sujeita ao referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, CF), sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49, I, CF).

A questão controvertida e de suma importância diz respeito a posição hierárquica das normas internacionais no ordenamento interno.

2.2.2. Aplicabilidade e Hierarquia dos Tratados Internacionais.

A Constituição Federal não traz expressamente qual a posição hierárquica do direito internacional perante o direito interno.

O que existe agora no texto constitucional, e mesmo assim não estabelece qualquer hierarquia dos tratados internacionais, é o novo § 3º do artigo 5º da Constituição (introduzido pela Emenda 45/2004), que trouxe a possibilidade dos tratados de direitos humanos, e somente estes passarem a ser formalmente constitucionais, fato que será analisado em tópico próprio.

A controvérsia entre a hierarquia dos Tratados Internacionais é de relevante importância. A grande discussão que se trava, consiste em saber se após a ratificação de um tratado seria necessária a edição de ato com força de Lei para materializar internamente o conteúdo do tratado ratificado, ou se seria dispensável a sistemática da incorporação, bem como, a questão relativa ao conflito entre tratados internacionais e leis internas.

Quanto à hierarquia dos tratados internacionais, o texto constitucional em nenhum de seus dispositivos estabeleceu de forma clara, qual a posição hierárquica do direito internacional perante o direito interno. Deixou para a jurisprudência e para a doutrina esta incumbência.

Luis Ivani de Amorin Araújo afirma que quando o direito nacional é apático ou suas normas se ajustam perfeitamente com os tratados internacionais, não há possibilidade de controvérsia. Esta aparece quando as duas normas entram em

colisão e, para resolver as possíveis polêmicas, é que os juristas se dividem em dois campos, dualistas e monistas¹²⁴.

O autor divorcia-se de ambas as correntes e afirma que após cumpridas as formalidades previstas nas leis internas, os tratados internacionais ao serem ratificados tornam-se leis internas revogando dessa maneira as leis domésticas que estejam em contradição com seu texto.

Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli, entre outros, apontam quatro alternativas para a hierarquia dos tratados internacionais:

- a) A tese da hierarquia supranacional dos tratados em matéria de direitos humanos;
- b) A tese da hierarquia constitucional;
- c) A tese da hierarquia supra legal, mas infraconstitucional;
- d) A tese da paridade entre Lei e tratado

Discute-se se a matéria objeto do tratado internacional precisa ser regulada por norma interna, para que tenha vigência no ordenamento interno (teoria dualista), ou se os termos do tratado ratificado integram-se, automaticamente, ao direito interno (teoria monista). A discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais no campo doutrinário é acirradíssima entre monistas e dualistas.

A doutrina dualista, também entendida como paralelismo do direito público, considera o direito Internacional e o direito interno como dois sistemas jurídicos igualmente válidos, todavia distintos, independentes e separados.

¹²⁴ (...) A teoria dualista sustenta que o Direito das Gentes e o Direito Interno são dois sistemas jurídicos igualmente válidos, embora distintos, independentes. Enquanto o primeiro regulamenta as relações entre os diversos Estados da comunidade internacional, o segundo objetiva a vinculação entre os indivíduos ou entre estes e o próprio Estado. (...) Sustentam seus entusiásticos defensores que os dois ordenamentos jurídicos – o estatal e o internacional – podem se achar em contato sem haver primazia de um sobre o outro, pois atuam em esferas distintas. (...) Em resumo a norma internacional vale independentemente de regra interna e somente terá eficácia no âmbito doméstico depois de transmutada, através de recepção, em lei interna. Divorciamo-nos dos dualistas não só pela preponderância que o Direito das Gentes tem sobre o interno, como atestam as Constituições em vigor como também, e principalmente, pelo fato de que o indivíduo é, nos dias atuais, outrossim sujeito de direito.

Os monistas sustentam que o Direito Internacional e o Direito Interno são dois ramos de um mesmo sistema jurídico e em consequência, se colocam em dois campos opostos – uns defendem o primado do Direito Internacional e outros afirmam a primazia do direito interno. (...) Os que defendem o primado do direito interno, com fulcro na doutrina hegeliana do Estado – poder absoluto sobre a terra – o Direito das Gentes é parte do Direito do Estado, uma consequência da lei interna do Estado.(...) Censuramos esta doutrinação tendo em vista que na ocorrência de mudanças radicais na Lex legum do Estado, este não se desvencilha no âmbito externo dos tratados em que é parte”, Cf. O direito constitucional internacional após a emenda 45/04 e os direitos fundamentais/ coordenadores Eduardo Biacchi Gomes, Tarciso Hardman Reis. São Paulo. Lex Editora. 2007. p.23.

Por sua vez, as concepções monistas defendem o princípio da unidade entre Direito Internacional e Direito Interno, como um bloco único de regras jurídicas, integradas num vasto sistema normativo. Não há duas ordens jurídicas separadas, como afirmam os dualistas, cada uma válida exclusivamente na sua órbita, mas um só mundo jurídico, coordenado, eficaz, regendo o conjunto das atividades sociais dos indivíduos e das coletividades.

Sobre a corrente dualista, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas e independentes uma da outra; essa corrente emana do entendimento de que os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por governos na sua representação, sem que isto possa influir no ordenamento interno desse Estado, gerando conflitos insolúveis dentro dele.

Ou seja, os dois sistemas são mutuamente excludentes, não podendo um interferir no outro por qualquer motivo. Não há nenhuma espécie de contato entre um e outro. Por esse motivo é que para os dualistas esses compromissos internacionalmente assumidos não podem gerar efeitos automáticos na ordem jurídica interna, se todo o pactuado não se materializar na forma de diploma normativo típico do direito interno, como uma lei, um decreto, um regulamento, ou algo do tipo. É dizer, a norma internacional só vale quando recebida pelo direito interno, não operando a simples ratificação essa transformação. Neste caso, havendo conflito de normas, já não mais se trata de contrariedade entre o tratado e a norma de direito interno, mas entre duas disposições nacionais, uma das quais internalizou a norma convencional.¹²⁵

No que diz respeito a teoria monista, menciona que a mesma parte da inteligência oposta à concepção dualista, vez que tem como ponto de partida a unidade do conjunto das norma jurídicas. Enquanto para os dualistas as ordens jurídicas interna e internacional são estanques, para os monistas estes dois ordenamentos jurídicos coexistem, mas se superpõem, formando uma escala hierárquica onde o direito internacional subordina o direito interno ou vice-versa.

Para os monistas, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, é porque está se comprometendo juridicamente a assumir um compromisso; se tal compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito

¹²⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**: parte geral. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 73.

interno do Estado, não se faz necessária, só por isso, a edição de um novo diploma que transforme a norma internacional em regra a ser aplicada pelo direito interno.

Aceita a tese monista, surge o problema de se saber qual ordem jurídica deve prevalecer em caso de conflito, se a interna ou a internacional. A unidade para os monistas pode se dar de duas formas: ou dando primado a ordem jurídica internacional (monismo internacionalista), ou à ordem jurídica nacional de cada Estado (monismo nacionalista)¹²⁶

A propósito, ensina Luís Barroso¹²⁷ que o monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o direito constitui uma realidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. E deste modo torna-se imperativa a existência de normas que coordenem esses dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito. Kelsen admite, em tese, o monismo com prevalência da ordem interna e o monismo com prevalência da ordem internacional, embora seja partidário deste último. “A superioridade do direito internacional sobre o direito de cada Estado foi afirmada, desde 1930, pela Corte Permanente de Justiça Internacional”.

Segundo Arnaldo Süssekind, “(...) o Brasil adota a concepção monista. Esse entendimento resulta da circunstância de não poder o Poder Executivo ratificar o diploma internacional sem que ele haja sido aprovado, por Decreto Legislativo, pelo Congresso Nacional. Outrossim, o art. 5º. da Constituição de 1988, que relaciona os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas, prescreve no seu § 2º. que eles não excluem os decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Por isso mesmo a própria Carta Magna possibilita o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou negar-lhe vigência (art. 105, n. III).”¹²⁸

¹²⁶ Para Mazzuoli, o monismo internacionalista, “nascido dos estudos da “Escola Austríaca” configura a posição mais acertada e consentânea com os novos ditames do direito internacional contemporâneo, pois sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito externo, a que se ajustariam todas as ordens internas (posição que teve em Kelsen seu maior expoente) Segundo esta concepção o direito interno deriva do internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior. No ápice da pirâmide das normas encontra-se pois o direito internacional (norma fundamental *pacta sunt servanda*), de onde deriva o direito interno, que lhe é subordinado.” Cf: MAZUOLLI, Valério de Oliveira, *Direito Internacional Público: parte geral*. 4 Ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 74.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

¹²⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em: fev. 2009

Leciona o autor que não pode haver dúvida quando um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, trazer questões pertinentes a direitos fundamentais, inserido como visto na órbita dos direitos humanos, deve ser aplicado internamente, tomando-se seus dispositivos como normas constitucionais (§ 2º, do art. 5º, da CF), ou mesmo, supranacionais (artigo 4º, II, da CF).

Celso de Mello defende que o Poder Judiciário, fundado na supremacia da Constituição Federal, dispõe de competência, para efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais, já incorporados ao sistema de direito positivo interno, tanto em sede de fiscalização abstrata, quanto no âmbito do controle difuso. Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.¹²⁹

Eduardo Biacchi Gomes defende que o entendimento mais correto é o de equiparar os tratados decorrentes de direitos Humanos ao grau de hierarquia constitucional com base na redação do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, entendendo necessária uma reforma Constitucional.¹³⁰

Afirma: “(...) Em relação a tão instigante matéria, que tanto envolve o Direito Internacional Público como o Direito Constitucional Brasileiro, verifica-se que, tanto a Constituição brasileira, como o Supremo Tribunal Federal, não acompanham a mais abalizada doutrina e demais Estados sobre o tema, principalmente em relação a supremacia dos tratados sobre a legislação infraconstitucional, tornando-se necessária uma reforma constitucional, nos moldes das efetuadas pela Argentina e Paraguai, que além de garantirem a primazia dos tratados sobre as normas infraconstitucionais admitem a supranacionalidade.”¹³¹

Flavia Piovesan advoga que a teoria de paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional (art.5º § 2º da

¹²⁹ Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 1480-3 DF, disponível no site. www.stf.jus.br

¹³⁰ GOMES, Eduardo Biacchi. **O direito constitucional internacional após a emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. Eduardo Biacchi Gomes, Tarciso Hardman Reis (Coord.). São Paulo: Lex Editora. 2007. p.90.

¹³¹ Id.

CF). O tratamento jurídico diferenciado justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Os tratados de direitos humanos objetivam à salvaguarda dos direitos do ser humano, sendo considerados parte do *jus cogens* é razoável admitir hierarquia especial e privilegiada¹³².

Para Flavia Piovesan o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados: um regime aplicado aos tratados de direitos humanos e outro aplicados aos tratados internacionais. Ou seja, defende a tese da hierarquia supranacional dos tratados em matéria de direitos humanos e a tese da hierarquia supra legal, mas infraconstitucional dos demais tratados internacionais.¹³³

Antonio Augusto Cançado Trindade comunga da mesma opinião, em relação aos tratados de direitos humanos, exemplificando que interpretar diferentemente seria o mesmo que imprimir igual valor hierárquico a um pacto sobre exportação de laranja e um direito fundamental reconhecido pela Convenção Americana sobre direitos humanos. Defende, ainda, que hoje não se tem a pretensão de se sobrepor o direito internacional ao interno e vice-versa.¹³⁴

Ressalta que se deve observar no conflito entre as normas de direitos fundamentais, internas e internacionais, a aplicação da que mais proteja a vítima. Esse princípio contribui para a redução de conflitos entre normas, para uma maior coordenação dos instrumentos legais e, por fim, para a ampliação e estatal positivo. Conclui, desta feita, que os direitos humanos são anteriores a qualquer forma de organização política e, por isso, devem ocupar lugar de destaque no ordenamento constitucional de qualquer nação¹³⁵.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a tese de equiparação (por força do disposto no art. 5º. §2º, da CF) entre direitos fundamentais, localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal, é que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional. Eles constituem, ademais, pressupostos indispensáveis à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional

¹³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p 67.

¹³³ Id.

¹³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 133.

¹³⁵ Id.

internacional dos direitos humanos, resultado da interpretação cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.¹³⁶

Assim como Flavia Piovesan, o autor concorda que teria sido consagrada a teoria monista da recepção automática de todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versem sobre direitos humanos, dispensando qualquer ato formal complementar para que possam ser diretamente aplicados até mesmo pelos tribunais internos, ao passo que para os demais tratados internacionais continua vigorando a teoria dualista.

Valério de Oliveira Mazzuoli enfatiza que tanto os direitos, como as garantias constantes dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos que o Brasil seja parte, com a ratificação, integram o rol das garantias constitucionalmente protegidas. E os demais tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos têm natureza de norma infraconstitucional, mas supralegal, não podendo, contudo, ser revogadas por lei posterior. (por força do artigo 102, inc III, letra b da CF).¹³⁷

André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros mencionam que, salvo os tratados internacionais sobre direitos humanos que a Constituição Federal confere grau supraconstitucional, os demais tratados de direitos internacionais convencionais cedem perante a Constituição, mas prevalecem sobre a lei interna anterior e posterior, têm valor supralegal.¹³⁸

Francisco Rezek defende que o primado do direito das gentes, sobre o direito nacional do Estado, é ainda uma proposição doutrinária, sendo que não há em direito internacional positivo norma assegurando tal situação, todavia, abstraída a constituição do Estado, não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação. A simples introdução no complexo normativo Estatal faria operar a regra: *Lex posterior derogat priori*.¹³⁹

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro Forense. 2007. p. 334.

¹³⁷ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**: parte geral. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 94.

¹³⁸ PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto. **Manual do direito internacional público**. p 103.

¹³⁹ (...) Há contudo exceções à regra de paridade. Há domínios temáticos, em que desprezada a idéia de valorizar simplesmente a última palavra do legislador ordinário, seja possível reconhecer o primado da norma internacional ainda que anterior à norma interna conflitante. Duas situações merecem a propósito um comentário apartado, as que se encontram no domínio tributário à luz do art.

Importante registrar que, por força de sua autoridade, segue prevalecendo a posição majoritária no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que em caso de conflito entre tratados internacionais e leis internas, aplica-se o princípio da *lex posterior derogat priori*, (a lei posterior derroga a anterior), prevalecendo no STF o entendimento de que os tratados ratificados integram-se ao ordenamento como lei infraconstitucional. (tese da paridade entre Lei e tratado).

Mas, não há enfrentamento expresso da questão a respeito de uma norma de tratado ratificado cuidar de matéria que seria pertinente, nos termos da Constituição, à lei complementar, como se dá na discussão que gravita em torno do presente caso da Convenção 158.

Segundo afirma Flávia Piovesan, a posição do STF (*lex posterior derogat priori*) firmou-se quando do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, que se prolongou de setembro de 1975 a junho de 1977. A conclusão que chegou o Supremo Tribunal Federal foi de que no sistema jurídico brasileiro, tratados e convenções internacionais têm a mesma hierarquia normativa das demais leis ordinárias editadas pelo Estado, não podendo estar situadas numa posição hierárquica superior a quaisquer dessas leis internas.¹⁴⁰

Esse posicionamento jurisprudencial do STF acabou influenciando juízes e tribunais nacionais, e foi criticado pela doutrina especializada por não estar condizente com o sistema internacional e com o constitucionalismo contemporâneo.

Nesse sentido seria fácil burlar todo o pacto internacional através de decisões legislativas internas. Se um estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar que ele possa editar leis contrárias ao pactuado, ao acordado. Nesse sentido, até o processo de denúncia dos pactos perderia o sentido, bastaria editar lei posterior contrariando o pacto internacional. Não raras as vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano interno. Ao aprovar um tratado internacional o poder legislativo se compromete a não editar leis a ele contrárias.

98 do CTN e, no domínio dos direitos e garantias fundamentais, à luz do art. 5º, § 2º e 3º da Constituição de 1988. Cf: REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 12 ed. ver. e atual.. São Paulo: Saraiva. 2010.p.98.

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. rev. E atual.. São Paulo. Saraiva, 2009. p 70.

Não obstante ao fato contraditório de ratificar o pacto internacional e depois legislar contra o mesmo, tal infração acarreta a responsabilidade do Estado no âmbito internacional.

Paulo Sérgio de Mora Franco advoga que tratado é norma especial, devendo prevalecer sobre lei interna, ainda que posterior e atende melhor aos interesses contemporâneos do direito internacional¹⁴¹.

Outros autores, como Celso de Albuquerque Mello, André Ramos, Guilherme Assis de Almeida e Nádia de Araújo, dentre outros tantos doutrinadores e acadêmicos, corroboram do mesmo entendimento de Cançado Trindade, Arnaldo Sussekind, Ingo Wolfgang Sarlet e Flavia Piovesan, já esposados.

Em contrapartida a corrente oposta defende que o tratado internacional para adquirir vigência no ordenamento jurídico interno brasileiro, independentemente do seu conteúdo material, deve passar pelo processo de internalização, para que se transforme em Decreto e passe, então, a gerar efeitos jurídicos.

Mesmo que se adote o posicionamento de que o tratado integra o ordenamento como norma infraconstitucional, sem aplicabilidade imediata, entendimento do STF não há obstáculo para que se regule, por meio do tratado,

¹⁴¹ “(...) No STF, uma longa e aprofundada discussão foi travada entre 1975 e 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 (conflito entre a Convenção de Genebra sobre títulos de crédito e o Decreto-lei 427/69), onde concluiu-se pela primazia da lei interna posterior sobre o tratado. Entretanto, os doutrinadores internacionalistas não compartilham do entendimento esposado pelo STF, que até hoje encontra respaldo, embora proferido em 1977, pois entendem, em suma, que implica em um enfraquecimento do Direito Internacional, não contribuindo para que o Brasil faça parte e respeite as regras estabelecidas em tratados internacionais, o que dificulta o processo integracionista. O entendimento de que o tratado é norma especial, devendo prevalecer sobre lei interna, ainda que posterior, parece atender melhor aos interesses contemporâneos do direito internacional.

Entretanto, é certo que não existe no ordenamento jurídico norma expressa para a solução da antinomia entre tratado e lei posterior (embora clara a tendência de adotar o princípio de que a lei posterior revoga a anterior, a divergência persiste: o intérprete tem de fazer uma opção política e ao mesmo tempo jurídica). Como afirma o brasileiro Francisco Rezek, juiz da CIJ, “o primado dos Direitos das Gentes sobre o direito nacional de um Estado soberano é uma proposição doutrinária, pois não existe no direito internacional positivo norma que assegure dita primazia”. Daí que, descentralizada a sociedade internacional, a Constituição de cada país é o norte. Mas a solução do problema, que não pode ficar restrita a um conceito antigo de soberania, passaria por uma tomada de posição consistente em inclusão, na Constituição Federal, de dispositivo que, claramente, atribuisse superioridade ao tratado, não somente em razão do critério da especialidade, como também por representar, a sua assinatura e ratificação, um compromisso do Estado brasileiro (*pacta sunt servanda*), cuja observação e respeito conceda a necessária credibilidade e avanço nas relações internacionais do país.

Fonte: FRANCO, Paulo Sérgio de Moura. Tratados internacionais em matéria tributária e as isenções de tributos estaduais e municipais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3982>>.

matéria pertinente à lei complementar, especialmente, quando esta, após transcorridos longos anos, ainda não foi concluída e, sobretudo, quando a lacuna deixada provoca, em concreto, a ineficácia de preceitos constitucionais consagrados como garantias fundamentais.

Além disso, importa verificar, com bastante relevo, que o próprio Supremo Tribunal Federal adota a posição doutrinária, encabeçada por Celso Ribeiro Bastos, no sentido de não haver ordem hierárquica entre lei complementar e lei ordinária. Neste sentido: RE 146.733; RE 84.994-SP (RTJ 87/204); e ADI 1-DF (RTJ 156/721).

As Leis Complementares e as Leis Ordinárias são oriundas de um fundamento de validade comum, que as coloca num mesmo plano de igualdade, sendo impossível asseverar pela existência de hierarquia, havendo apenas fatores de distinção entre estas espécies normativas.

2.3 Reflexos do parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição na Incorporação e Hierarquia dos Direitos Internacionais.

Conforme posto, o parágrafo terceiro, acrescido pela Emenda Constitucional número 45 de 08.12.2004, em sua redação, estabeleceu 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 às emendas constitucionais¹⁴².

Tal preceito acabou por inserir no texto constitucional a forma e o procedimento de incorporação dos direitos humanos, ao direito interno. Existindo aspectos positivos e negativos da Emenda Constitucional 45.

Um dos aspectos positivos diz respeito ao fato dos tratados em direitos humanos passarem a integrar o bloco de constitucionalidade. Ou seja, estariam formalmente incorporados à Constituição. Com a observância do quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, que é justamente o quorum exigido para a aprovação de emendas à Constituição.

Valério de Oliveira Mazzuoli relata, como ponto negativo, que a previsão do rito (quorum qualificado) acabaria por dificultar e até mesmo piorar a proteção de

¹⁴² BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. **Lex:** legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 59, out./dez. 1995.

direitos fundamentais, notadamente quando nossa constituição for mais benéfica, sendo preferível que se admitisse pura e simplesmente a condição de norma constitucional (sem previsão de rito) de modo a sufragar a posição de acordo com a qual deverá ser dada prevalência a norma mais favorável à pessoa humana.¹⁴³

Outro fato positivo diz respeito à impossibilidade do Supremo Tribunal Federal, no caso de ser promulgada a emenda constitucional relativa a tratado internacional de direitos humanos, questionar a hierarquia, salvo no caso de conflito com cláusulas pétreas.

No entender de Flavia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli, com o advento do §3º do art. 5º, surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais e b) os material e formalmente constitucionais.

Frise-se que todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais por força do §2.º do art. 5º, da CF. Além de serem materialmente constitucionais, poderão a partir do §3.º, do mesmo dispositivo acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas constitucionais.

Valério de Oliverira Mazzuoli leciona que há diferença em dizer que os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional”, ou “são equivalentes a emendas constitucionais, pois o §3.º do art. 5º, enfatizou que os tratados de direitos humanos uma vez aprovados pela maioria qualificada “serão equivalentes às emendas constitucionais.”¹⁴⁴

Falar que um tratado tem status de norma constitucional significa dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Constituição. Isso é menos amplo que dizer que ele é equivalente a uma “emenda constitucional”, porquanto, esses tratados já integram formalmente (além de materialmente) o texto constitucional.¹⁴⁵

Assim chega-se a conclusão que o texto constitucional reformado quis dizer que esses tratados direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm status de norma constitucional, nos termos do §2.º do art. 5º, da CF, poderão ainda ser

¹⁴³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais**: São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 316.

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ Id.

formalmente constitucionais (equivalentes à emenda constitucional) após aprovados pelo quorum qualificado do §3.º do art. 5º, da CF.

E quais são os efeitos de se atribuir a tais tratados equivalência de emenda constitucional?

Flavia Piovesan defende que os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de Direito Internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo. Já os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais são insuscetíveis de denúncia.¹⁴⁶

Valério Mazzuoli defende que, em relação aos tratados de direitos humanos aprovados pelo quorum qualificado do §3.º do art. 5º, da CF, o panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria possível. É impossível do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República, pois de acordo com o §3.º do art. 5º, da CF, uma vez aprovados os tratados de direitos humanos, em cada casa do congresso nacional, em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão eles equivalentes a emendas constitucionais¹⁴⁷.

Uma vez equivalentes a emendas constitucionais, significa que tais tratados jamais poderão ser denunciados, mesmo com base em projeto de denúncia encaminhado pelo presidente da república ao congresso nacional, por se tratar de cláusulas pétreas do texto constitucional. Isso impede a interpretação no sentido de que seria possível a denúncia caso o Congresso aprovasse tal projeto de denúncia pela maioria qualificada com que aprovou.¹⁴⁸

Para o autor, todos os direitos inseridos nos tratados incorporados imediatamente no ordenamento interno brasileiro (Art. 5º, §1º da CF), por serem normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas do texto constitucional, não podendo ser suprimidas nem mesmo por emenda à Constituição, consoante Art. 60, §4º inc. IV da CF, é o que se extrai da

¹⁴⁶PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2009. p 70.

¹⁴⁷MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público: parte geral**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 72.

¹⁴⁸Ibid., p. 98.

interpretação dos §§1º e 2º, do Art. 5º, da CF, em cotejo com o Art.60, §4º inc. IV da CF. Isto porque o §1º do art. 5º, da CF da Constituição Federal dispõe expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Em suma, o §3º do art. 5º veio fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos, bem como, os tratados aprovados pelo quorum estabelecido no referido dispositivo, são equivalentes a emendas constitucionais, restando a controvérsia apenas aos tratados aprovados anteriormente à Emenda Constitucional 45.

2.4 Tratados internacionais após a Emenda Constitucional 45/2004.

A respeito dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC/45, Ingo Wolfgang Sarlet considera que estamos diante de um falso problema, visto que, a disposição introduzida pela EC/45 pode ser compreendida como reforçando o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5º, §2º da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional, sem falar na interpretação de que os tratados anteriores terem sido recepcionados como equivalentes à emendas constitucionais, nos termos do §3º do art. 5º, sendo certo que jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deverá ser revista com a inclusão do §3º do art. 5º.¹⁴⁹

Afirma, ainda, que deve se privilegiar a exegese teleológica-sistemática, que parte do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º inc. II) e de modo especial da leitura conjugada do conteúdo normativo dos artigos 5º §2º e §3º da CF, art. 5º¹⁵⁰

Flavia Piovesan defende que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro Forense. 2007. p. 355.

¹⁵⁰ Para Sarlet há que se destacar a tese de que a inovação trazida pela reforma do Judiciário pode ser interpretada simplesmente como assegurando a hierarquia pelo menos materialmente constitucional-jusfundamental a todos os direitos fundamentais (já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também e acima de tudo a serem todos fundamentais e também formalmente constitucionais aos tratados incorporados pelo rito de emenda constitucional.). Id. *Ibidem*. p. 356.

normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §2º e §3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve ao revés ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos de ordem jurídica, e d) a teoria geral da recepção do Direito Brasileiro.¹⁵¹

Complementa, ainda, que não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados anteriormente à EC 45/2004 fossem recepcionados como Lei Federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia Constitucional, exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação.

Valério Mazzuoli parte de raciocínio inverso e, ao final, conclui no mesmo sentido de Flávia Piovesan. Afirma que com a entrada em vigor da EC 45/2004, apenas os instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil passou a ser parte é que necessitarão ser aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, para serem equivalentes a Emendas Constitucionais. Defende que, em verdade, o novo §3º do art. 5º da Constituição Federal em nada influi no “status de norma constitucional” que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro já detêm em nosso ordenamento jurídico, em virtude da regra do §2º do art. 5º. Para Mazzuoli, os dois referidos parágrafos cuidam de coisas similares mas diferentes. Os tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte detêm o “status de norma constitucional (art. 5º, §2º da CF) e uma vez aprovados os tratados de direitos humanos pelo quorum qualificado estabelecido pelo §3º do art. 5º, passam a vigorar como emendas constitucionais, conforme já exposto no presente trabalho.

¹⁵¹ “(...) ainda, à respeito do impacto do art. 5º §3º, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18799, tendo como relator o Ministro José Delgado em maio de 2006: “(...)§3º do art. 5º da CF/88 acrescido pela EC/45, é taxativo ao enunciar 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 à emendas constitucionais. Ora apesar da época o referido pacto ter sido aprovado com quorum de Lei ordinária, é de ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o §3º a Convenção continua em vigor e desta feita com força de Emenda Constitucional...” Cf: PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.73

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal enfrentou, diretamente, a matéria quando do julgamento do HC 87.585, em 12 de março de 2008, envolvendo a problemática da prisão civil do depositário infiel, sendo de suma importância ressaltar os votos dos ministros Menezes Direito e Celso de Mello, ocasião em que o ministro Celso Mello acabou revendo o próprio posicionamento em relação a hierarquia dos tratados de direitos humanos.

Destacou o ministro Menezes Direito que: *“(...) nos nossos tempos, a evolução previsível do direito internacional gerou grandes expectativas e abriu espaço a muitos questionamentos sobre a força das espécies normativas internacionais, assim, os tratados e as convenções, inserindo nessas as declarações. Mas sem dúvida é inquestionável que há uma força teórica impulsionando a comunidade internacional para legitimar-se ela própria como fonte criadora e protetora dos direitos humanos. Poder-se-ia dizer, sem exagero que essa tendência que se vai construindo inspira-se na melhor ética da sociedade internacional, qual seja, a de legitimar-se para assegurar uma convivência entre os estados com base no respeito doméstico dos direitos declarados no plano internacional. (...) Adiro, portanto a idéia de que tem a Suprema Corte do Brasil de adotar uma posição transformadora na matéria, ultrapassando a antiga jurisprudência da equiparação com as leis ordinárias. E vejo com perspectivas ampliadoras a possibilidade de uma nova classificação das espécies normativas internacionais, já esposadas no brilhante e culto voto do eminente Ministro de Mello. Veja-se a propósito o magistério de Antonio Cançado Trindade mostrando que o . §2º do art. 5º da Constituição Federal abriu um campo fértil para avanços nessa área”. (...) Parto assim, da classificação que separa nas espécies normativas internacionais todos aqueles relativos aos direitos humanos dos demais. O meu fundamento é a natureza supra-estatal desses direitos, os quais, portanto, não são dependentes do reconhecimento pelo direito interno, cabendo-lhe apenas e unicamente declará-los. Se os direitos do homem existem pela natureza mesma da pessoa humana, os estados nacionais que dele se ocupam fazem-no em função de declarações positivadas, o que significa a pré existência desses direitos com relação ao direito interno. Essa natureza especial do ser do homem é que dá a dimensão própria aos direitos humanos, autorizando no papel das relações entre o direito interno e o direito internacional uma relação que Poe relevo no primeiro, não no segundo. O homem não está .limitado ao estado nacional e, portanto, os seus*

*direitos também não estão. Ele está na dimensão da humanidade que ultrapassa por definição a regência doméstica. Daí que teremos de construir na operação jurídica dos planos estatais uma incorporação que guarde essa dimensão”.*¹⁵²

Celso de Melo defendeu o seguinte: “(...) Após longa reflexão sobre o tema, (...) julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculados) posição juridicamente equivalentes à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto convencem-me da necessidade de distinguir para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de supralegalidade, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com leis ordinárias) (...) tenho pra mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) da “prevalência dos direitos humanos” permitira, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado Brasileiro (...) Em decorrência dessa reforma constitucional e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado quanto a estas, o disposto no art. §2º do art. 5º da Constituição, tornou-se possível, agora atribuir formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções o “iter” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o §3º do art. 5º da Constituição, (...) é preciso ressaltar no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC 45/2004, pois quanto a elas incide o art. §2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo

¹⁵² STF. **HC 87.585**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/component/archives-20%.pdf/view>>. Acesso em: 02 mai. 2010.

*sua integração e fazendo com que se submetam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.”*¹⁵³

Pelo exposto, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, com o novo dispositivo do §3º do art. 5º da CF, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reconhecendo que o §2º do art. 5º da Constituição coloca os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à emenda 45/2004 no mesmo grau hierárquico de normas constitucionais.

Feitas as considerações sobre a internalização e a hierarquia das normas internacionais, torna-se necessário, antes de ingressar ao tema central do trabalho, explicitar sobre o direito do trabalho interno e como ele se relaciona com a Convenção 158 da OIT.

¹⁵³ STF. **HC 87.585**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/component/archives-20%.pdf/view>>. Acesso em: 02 mai. 2010.

CAPÍTULO III – O DIREITO BRASILEIRO A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A CONTROVÉRSIA ACERCA DA SUA APLICAÇÃO.

O Brasil possui legislação trabalhista que regula as relações de emprego e de trabalho. Este capítulo tem o objetivo de demonstrar como o Direito Brasileiro se relaciona com a Convenção 158.

A efetivação do direito ao emprego depende primeiro e, primordialmente, de políticas de desenvolvimento econômico aliadas a políticas de treinamento e reciclagem profissional e de políticas industriais que permitam a abertura pelas empresas, de postos de trabalho¹⁵⁴.

Segundo, e no sentido técnico jurídico do Direito do Trabalho e o direito à continuidade da relação de emprego, com medidas de proteção da relação de emprego em maior ou menor grau, adotadas pelos sistemas jurídicos de estabilidade no emprego e de organização de dispensas coletivas.

A salvaguarda do contrato de trabalho é tentada por meio de medidas que se destinam a impedir sua extinção. A conservação do contrato de trabalho é o princípio que resulta da coexistência de técnicas jurídicas, cujo escopo é o favorecimento da continuidade do vínculo¹⁵⁵.

Deste modo, de maneira sucinta, abordaremos o instituto da dispensa abusiva, sem justa causa e com justa causa, bem como, o instituto da estabilidade no emprego, seja ela absoluta ou relativa e de que modo a Convenção 158 se relaciona com estes institutos.

Roland Hasson leciona que a Constituição Federal de 1998 tratou com ambigüidade a questão da proteção do emprego no sistema jurídico brasileiro. Por um lado, afirmou como valores fundamentais da República, a consagração da dignidade humana e o valor social do trabalho; e afirmou o direito ao trabalho como direito fundamental do ser humano. Mas, por outro lado, esqueceu de assegurar corretamente e concretamente estes valores.¹⁵⁶

¹⁵⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR 1998, p. 296.

¹⁵⁵ Ibid., p. 297.

¹⁵⁶ HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 40.

Afirma, ainda, que o trabalho e as garantias que o cercam estão positivamente assentados na Magna Carta, contudo, não se pode dizer o mesmo em relação às normas que asseguram sua efetividade.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, estabelece como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa nos termos da Lei complementar que prevê indenização compensatória, dentre outros direitos.

Por sua vez, o artigo 10 do ADTCF estabelece que até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição, fica limitada a proteção nele referida ao aumento para quatro vezes da porcentagem prevista no art. 6º, caput e parágrafo 1º, da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966. (Multa de 40% do FGTS).

Para entender a amplitude da proteção oferecida pela Constituição é necessário distinguir despedida arbitrária e despedida sem justa causa.

3.1 Despedida arbitrária e despedida sem justa causa.

Welinton Souza Carvalho define despedida arbitrária como a rescisão unilateral do contrato de emprego, sem justificativa legal, por iniciativa do patrão.¹⁵⁷

A despedida arbitrária está prevista no artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho e estabelece que os titulares da representação dos empregados nas CIPA's não podem sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal, a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

O motivo disciplinar é aquele entendido como violador de uma norma da empresa, como recusa de cumprimento de ordem, desobediência.

O motivo técnico é aquele entendido como o de fechamento da empresa ou pelo menos de um setor dela, ou ainda a automação da mesma, substituição de empregados por máquinas.

O motivo financeiro se resume à situação financeira da empresa. Portanto se a empresa estiver em situação financeira desfavorável, poderá dispensar

¹⁵⁷ CARVALHO. Welinton Souza. **Despedida arbitrária no texto constitucional de 1998**. Curitiba: Juruá, 2001, p.75.

empregados. Registre-se que a empresa deve comprovar documentalmente sua situação, através da apresentação do balanço, por exemplo.

Por motivo de ordem econômica, entende-se crise econômica no cenário nacional ou mundial. É o caso de altos índices de inflação.

Ou seja, quando as dispensas forem fundadas em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, a dispensa estará plenamente justificada, exceto falta grave.

A despedida sem justa causa, também denominada como desmotivada, é a mais tradicional dentre as modalidades de dispensa. O empregador não tem a obrigação ou necessidade de informar ou justificar os motivos da dispensa, tendo o direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho sem qualquer justificativa a respeito dos motivos que o levaram a tomar tal decisão.

Afirma Roland Hasson que muitos são os juristas pátrios que, na prática, não veem distinção entre despedida arbitrária e sem justa causa, visto que ambas resultam nos efeitos do art. 10, I dos ADCTC/1988, ou seja, indenização de 40% do total dos depósitos fundiários¹⁵⁸.

Arion Sayão Romita esclarece que, em caso de verificação de abuso do poder potestativo de despedir, as indenizações podem ir além daquela devida ao empregado, prevista em lei, podendo inclusive, gerar o direito à reintegração do empregado. Os possíveis fatores que caracterizariam a despedida abusiva, que ensejariam a indenização do empregado, além daquela devida pela rescisão, estariam identificados na esfera subjetiva da direção do empregador, intenção que não represente o exercício de um interesse legítimo, justo e normal dentro da organização, mas que evidencie o desvio dos fins do poder de direção.¹⁵⁹

No mesmo sentido, Leonardo Vieira Wandelli defende que o desvio dos fins do poder de direção gera para o empregado um dano ilícito, caracterizando-se como despedida abusiva. Defende, ainda, que a despedida do empregado é permitida desde que justificada, demonstrando que este ato seja necessário ao bom funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, ou ainda que o ato esteja

¹⁵⁸ HASSON, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Proteção contra despedida arbitrária:** Trabalho e Processo. São Paulo: Revista Jurídica, 1994, p. 3.

relacionado com a capacidade deficitária, não necessariamente faltosa, ou com a própria conduta do empregado¹⁶⁰.

Nesse viés, Mauricio Godinho Delgado afirma que o poder diretivo pode ser definido como o poder organizativo ou poder de comando. Ou seja, é um conjunto de prerrogativas centradas no empregador, destinadas à organização do ambiente de trabalho, no que diz respeito à estrutura e ao processo laboral utilizado na empresa, com as devidas instruções e orientações diárias, necessárias à prestação dos serviços. O ordenamento jurídico pátrio veda qualquer forma de penalização que fira a dignidade humana, e abomina qualquer forma de punição, exceto as previstas em lei, ou qualquer ato que se qualifique como punição à conduta do trabalhador¹⁶¹.

Avalone Filho ensina que o empregado se obriga a prestar serviços nos termos pactuados (num contrato de emprego, tácito ou expresso) em regime de colaboração para com a empresa. Não se trata, contudo, de limitada sujeição da pessoa do empregado, como ocorria nas civilizações antigas; não há submissão pessoal do trabalhador, nem supremacia do empregador, mas o exercício do poder jurídico inerente à atividade empresarial, pois é incontestável que o trabalho no qual participem diversas pessoas deve ser organizado, orientado, coordenado segundo alguma idéia, direção ou plano de conjunto. Eis a moderna conotação do poder diretivo, um poder jurídico decorrente do contrato, mediante o qual o trabalhador está obrigado a prestar serviços em regime de “colaboração subordinada”¹⁶²

Em relação à despedida em massa, coletiva, não há no ordenamento pátrio um dispositivo que regule ou proíba a dispensa coletiva, o que existe é uma tendência de submeter referidas dispensas ao crivo dos sindicatos. A maioria dos juristas considera que as negociações prévias com os sindicatos são válidas, tendo em vista que sua regulamentação se dá pelo direito coletivo do trabalho e por esse motivo pode ser protegida por negociação coletiva.

3.1.1 Despedida por justo motivo.

¹⁶⁰ Afirma o autor (...) que poder potestativo utilizado na dispensa, oculta muitas vezes medidas de discriminação, de falta de solidariedade e ausência de boa-fé, de redução da pessoa do trabalhador a mero fator de produção, de desrespeito aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, que são os casos mais extremos de um sistema em que os riscos das oscilações e vicissitudes da atividade de mercado são constantemente descarregados no puro descarte da pessoa do trabalhador. Cf. WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTR, 2004.

¹⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 932.

¹⁶² AVALONE FILHO, Jofir. **A ética, o Direito e os poderes do empregador**. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina.asp?id=1151>>. Acesso maio 2009.

A despedida por justo motivo, também conhecida como dispensa por justa causa, está prevista no artigo 482 da CLT.

Justa causa é todo ato faltoso do empregado que faz desaparecer a confiança e a boa fé existentes entre as partes, tornando indesejável o prosseguimento da relação empregatícia.

Os atos faltosos do empregado que justificam a rescisão do contrato pelo empregador tanto podem referir-se às obrigações contratuais como também à conduta pessoal do empregado que possa refletir na relação contratual.

No direito brasileiro, as modalidades de justa causa são taxativas, tal fato permite observar que apenas serão consideradas dispensas por justo motivo aquelas preceituadas em lei e nada mais. Ou seja, as modalidades de justa causa não são exemplificativas e sim taxativas

Com base no artigo 482 da CLT, são os seguintes atos que constituem justa causa para a resolução do contrato de trabalho pelo empregador:

a) Ato de Improbidade

Improbidade, regra geral, é toda ação ou omissão desonesta do empregado, que revelam desonestidade, abuso de confiança, fraude ou má fé, visando a uma vantagem para si ou para outrem. Ex.: furto, adulteração de documentos pessoais ou pertencentes ao empregador, etc.

b) Incontinência de Conduta ou Mau Procedimento

São duas justas causas semelhantes, mas não são sinônimas. Mau procedimento é gênero do qual incontinência é espécie.

A incontinência revela-se pelos excessos ou imoderações, entendendo-se a inconveniência de hábitos e costumes, pela imoderação de linguagem ou de gestos. Ocorre quando o empregado comete ofensa ao pudor, pornografia ou obscenidade, desrespeito aos colegas de trabalho e à empresa.

Mau procedimento caracteriza-se como comportamento incorreto, irregular do empregado, através da prática de atos que firam a discricção pessoal, o respeito, que ofendam a dignidade, tornando impossível ou sobremaneira onerosa a manutenção do vínculo empregatício, e que não se enquadre na definição das demais justas causas.

c) Negociação Habitual

Ocorre justa causa se o empregado, sem autorização expressa do empregador, por escrito ou verbalmente, exerce, de forma habitual, atividade concorrente, explorando o mesmo ramo de negócio, ou exerce outra atividade que, embora não concorrente, prejudique o exercício de sua função na empresa.

d) Condenação Criminal

O despedimento do empregado justificadamente é viável pela impossibilidade material de subsistência do vínculo empregatício, uma vez que, cumprindo pena criminal, o empregado não poderá exercer atividade na empresa.

A condenação criminal deve ter passado em julgado, ou seja, não pode ser recorrível.

e) Desídia

A desídia é o tipo de falta grave que, na maioria das vezes, consiste na repetição de pequenas faltas leves, que se vão acumulando até culminar na dispensa do empregado. Isto não quer dizer que uma só falta não possa configurar desídia.

Os elementos caracterizadores são o descumprimento pelo empregado da obrigação de maneira diligente e, sob horário, o serviço que lhe está afeito. São elementos materiais, ainda, a pouca produção, os atrasos freqüentes, as faltas injustificadas ao serviço, a produção imperfeita e outros fatos que prejudicam a empresa e demonstram o desinteresse do empregado pelas suas funções.

f) Embriaguez Habitual ou em Serviço

A embriaguez deve ser habitual. Só haverá embriaguez habitual quando o trabalhador substituir a normalidade pela anormalidade, tornando-se um alcoólatra, patológico ou não.

Para a configuração da justa causa, é irrelevante o grau de embriaguez e tampouco a sua causa, sendo bastante que o indivíduo se apresente embriagado no serviço ou se embebede no decorrer dele.

O álcool é a causa mais freqüente da embriaguez. Nada obsta, porém, que esta seja provocada por substâncias de efeitos análogos (psicotrópicos).

De qualquer forma, a embriaguez deve ser comprovada através de exame médico pericial.

Entretanto, a jurisprudência trabalhista vem considerando a embriaguez contínua como uma doença, e não como um fato para a justa causa. É preferível

que o empregador enseje esforços no sentido de encaminhar o empregado nesta situação a acompanhamento clínico e psicológico.

g) Violação de Segredo da Empresa

A revelação só caracterizará violação se for feita a terceiro interessado, capaz de causar prejuízo à empresa, ou a possibilidade de causá-lo de maneira apreciável.

h) Ato de Indisciplina ou de Insubordinação

Tanto na indisciplina como na insubordinação existe atentado a deveres jurídicos assumidos pelo empregado, pelo simples fato de sua condição de empregado subordinado.

A desobediência a uma ordem específica, verbal ou escrita, constitui ato típico de insubordinação; a desobediência a uma norma genérica constitui ato típico de indisciplina.

i) Abandono de Emprego

A falta injustificada ao serviço por mais de trinta dias faz presumir o abandono de emprego, conforme entendimento jurisprudencial.

Existem, no entanto, circunstâncias que fazem caracterizar o abandono antes de trinta dias. É o caso do empregado que demonstra intenção de não mais voltar ao serviço. Por exemplo, o empregado é surpreendido trabalhando em outra empresa durante o período em que deveria estar prestando serviços na primeira empresa.

j) Ofensas Físicas

As ofensas físicas constituem falta grave quando têm relação com o vínculo empregatício, praticadas em serviço ou contra superiores hierárquicos, mesmo fora da empresa.

As agressões contra terceiros, estranhos à relação empregatícia, por razões alheias à vida empresarial, constituirão justa causa se ocorrerem em serviço.

A legítima defesa exclui a justa causa. Considera-se legítima defesa, quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

k) Lesões à Honra e à Boa Fama

São considerados lesivos à honra e à boa fama gestos ou palavras que importem em expor outrem ao desprezo de terceiros ou por qualquer meio magoá-lo em sua dignidade pessoal.

Na aplicação da justa causa devem ser observados os hábitos de linguagem no local de trabalho, origem territorial do empregado, ambiente onde a expressão é usada, a forma e o modo em que as palavras foram pronunciadas, grau de educação do empregado e outros elementos que se fizerem necessários.

l) Jogos de Azar

Jogo de azar é aquele em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente de sorte.

Para que o jogo de azar constitua justa causa, é imprescindível que o jogador tenha intuito de lucro, de ganhar um bem economicamente apreciável.

m) Atos Atentatórios à Segurança Nacional

A prática de atos atentatórios contra a segurança nacional, desde que apurados pelas autoridades administrativas, é motivo justificado para a rescisão contratual.

A dispensa por justa causa representa a maior penalidade que possa ser imposta ao trabalhador, na medida em que gera reflexos pecuniários imediatos e profissionais futuros, motivo pelo qual, deve ser comprovado de modo cabal e incontestado pelo empregador.

A penalidade aplicada deve corresponder ao grau da falta cometida. Havendo excesso na punição, será fator determinante na descaracterização. O empregador deve usar de bom senso no momento da dosagem da pena. A pena maior, rompimento do vínculo empregatício, deve-se utilizar às faltas que impliquem em violação séria e irreparável das obrigações contratuais assumidas pelo empregado, ou para os casos de prática com mais afinco de faltas consideradas leves.

A punição deve ser aplicada em seguida à falta, ou seja, entre a falta e a punição não deve haver período longo, sob pena de incorrer o empregador no perdão tácito. No que diz respeito ao espaço de tempo, deve-se adotar o critério de punir, tão logo se tome conhecimento do ato ou fato praticado pelo trabalhador.

A imediação diz respeito à relação entre causa e efeito, ou seja, à vinculação direta entre a falta e a punição.

Não comprovados os motivos ensejadores da justa causa, o empregado tem o direito à reintegração ao emprego.

3.2 A proteção efetiva, Estabilidade e Garantia de Emprego.

Embora não estendido à totalidade dos trabalhadores em nosso país, como seria desejável e como estabelece a Constituição Federal em suas normas de conteúdo programático, subsistem no sistema algumas garantias, bem como, na legislação ordinária constam outros exemplos de estabilidade, assegurando a permanência no emprego em determinadas situações, a seguir transcritas.

Embora muito próximas, estabilidade e garantia de emprego são institutos distintos.

A garantia de emprego é o gênero que compreende, além da estabilidade, outras medidas tendentes à manutenção no emprego pelo trabalhador.

Estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo à revelia do empregador, desde que inexista uma causa objetiva para determinar sua despedida. Trata-se do direito ao emprego e de uma forma de limitação ao poder de direção do empregador que só poderá dispensar o empregado estável havendo falta grave ou encerramento das atividades da empresa.

A estabilidade pode ser criada por lei ou também convencionada pelas partes através de negociação coletiva, podendo ser definitiva ou provisória.

Valentin Carrion afirma que a garantia de emprego e a estabilidade são institutos afins, mas diversos. O primeiro, a garantia de emprego, abrange não só a restrição ao direito potestativo de rescindir o contrato (afastamento da despedida arbitrária), como a instituição de mecanismos de informações e consultas entre a empresa que deseja despedir, o Sindicato e o trabalhador, e a política estatal, criando estímulos para evitar desemprego. O segundo, a estabilidade, é o direito de não ser despedido, senão em razão da prática de ato que tenha violado o contrato. A estabilidade real é absoluta, a que resulta em reintegração do trabalhador e não se substitui por indenização, nem sequer com sua concordância.¹⁶³

O instituto da estabilidade surgiu para dar segurança ao empregado, que após certo período de trabalho gozaria de tal benefício. No Brasil, a estabilidade surgiu em 24 de janeiro de 1923 com o artigo 42 da Lei 4.682, (Lei Elói Chaves), contudo ela era afeta somente aos ferroviários, uma vez que se iniciou com a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões junto às empresas ferroviárias.

¹⁶³ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.34.

Assevera Jether Gomes Aliseda que referido artigo estabelecia que o ferroviário, após dez anos de trabalho efetivo, gozava de estabilidade, tornava-se estável, ou seja, não poderia ser despedido pelo empregador.¹⁶⁴

Assim, com o surgimento de tal instituto, apenas uma categoria profissional conquistou esse benefício: os ferroviários.

Posteriormente, o benefício se estendeu a outras categorias: em 1926, a Lei 5.109 estendeu o regime de estabilidade, prevista na Lei 4.682, aos empregados das empresas de navegação marítima e fluvial, bem como, aos das empresas de exploração dos portos.

Em 1º de outubro de 1930, com o Decreto 20.465, o instituto da estabilidade foi modificado, aperfeiçoado e estendido aos empregados das empresas de transportes urbanos, energia elétrica e luz, telégrafos, portos, águas e esgotos, com uma condição: se beneficiariam dela somente os empregados dessas empresas que estivessem sendo explorados diretamente pela União, Estados-Membros e Municípios ou por agrupamento de empresas ou particulares.

Em 1932, pelo Decreto 22.096, o instituto foi estendido aos empregados de empresas de mineração.

A estabilidade sempre atrelada ao conceito de seguridade social, pois com a criação dos grandes Institutos de Previdência Social, as leis que disciplinavam a seguridade social também dispunham sobre a estabilidade.

Posteriormente, o instituto da estabilidade foi estendido aos bancários e comerciários. Em 5 de junho de 1935, com o advento da Lei 62, o instituto da estabilidade deixou de ser tratado num diploma previdenciário e estendeu o benefício para todos os empregados que ainda não possuíam lei específica, uniformizando em dez anos o período para a aquisição do benefício da estabilidade. Entretanto, não foram contemplados os trabalhadores rurais e domésticos.

Em 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada pelo Decreto 5.452, no governo de Getúlio Vargas, estendeu a estabilidade decenal a todos os empregados urbanos ou rurais, respeitando-se o direito adquirido daqueles que anteriormente estavam abrangidos por leis específicas que concediam tempos menores.

¹⁶⁴ ALISEDA, Jether Gomes. **Estabilidade e garantia de emprego**: uma visão crítica, São Paulo: LTr, 2001, p. 36.

3.2.1 Criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Em 1966, através da Lei 5.107, foi criado o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que estabelecia um depósito, em conta vinculada, em favor do empregado, para ser utilizado quando da sua dispensa.

A Lei 5.107 outorgou ao empregado o direito de optar por um ou por outro regime, de modo que a escolha por um regime automaticamente excluía o outro. A partir de 1966 passaram a existir dois regimes: o da Estabilidade e o do Fundo de Garantia.

O Fundo de Garantia surgiu como um sistema alternativo. Segundo menciona Roland Hasson, tratava-se de um *brinde* à classe trabalhadora que ganhava o direito de optar entre a estabilidade decenal ou o sistema fundiário. Ocorre, porém que o FGTS opcional mostrou-se rapidamente uma mentira, pois a opção passou a ser prerequisite para uma contratação ou mesmo para a permanência no emprego¹⁶⁵.

Interessante observar que até 1966, quando entrou em vigor o regime do FGTS, o empregado poderia optar pelo regime de estabilidade decenal ou pelo do FGTS. Desta forma o empregado não optante pelo FGTS tinha o direito de receber a título de indenização, em caso de dispensa sem justa causa, um salário por ano trabalhado, ou no caso de trabalhar há mais de dez anos e, conseqüentemente, contar com a estabilidade decenal, dois salários por ano trabalhado.

A possibilidade de opção entre os dois regimes perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, quando o inciso III do artigo 7º revogou tacitamente o instituto da estabilidade, permanecendo apenas o instituto do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Embora o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal estabeleça que a relação de emprego deve ser protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da Lei complementar, que prevê indenização compensatória, dentre outros direitos, isto não significa que ainda hoje exista estabilidade absoluta, aquela em que o empregado não pode ser dispensado. Contudo, a estabilidade relativa, já existente, permaneceu.

Esta afirmação se justifica, primeiro, porque até o momento não foi editada nenhuma lei complementar sobre a matéria e, segundo, porque a indenização

¹⁶⁵ HASSON, *op. cit.*, p. 35.

compensatória que se aplica no caso da despedida consiste na multa sobre os depósitos fundiários, ou seja, utiliza-se apenas o instituto do FGTS.

A Constituição Federal passou a contemplar apenas a estabilidade relativa, banindo de vez a absoluta, embora tal instituto tenha passado a ser previsto apenas em acordos e convenções coletivas de algumas categorias, e isso isoladamente.

Roland Hasson assevera, ainda, que mesmo a despeito das críticas destinadas a estabilidade decenal, se trata de uma sistemática superior ao que se vive atualmente. Ainda que imperfeita e que fosse possível estabelecer uma relação direta entre a extinção da estabilidade decenal e o crescimento do desemprego no Brasil, veríamos que após a edição da Lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e sua efetiva aplicação, o desemprego aumentou.¹⁶⁶

Leciona Leonardo Vieira Wandelli que, a partir da Lei 5.107/1966, a linha construtiva ascendente da estabilidade converte-se numa descendente inexorável de violenta desconstituição do instituto. Afirma, ainda, com base no trajeto histórico do direito de despedir, que houve um retrocesso, que não condiz com a real

¹⁶⁶ “(...) É freqüente no Brasil que as alterações jurídicas profundas sejam procedidas de campanhas de opinião pública repleta de sofismas. Funciona Mais ou menos assim: para atender aos interesses de determinado segmento faz-se alarde em torno da necessidade de se proteger a população de determinada ameaça. Os meios de comunicação de massa – ingenuamente ou não – promovem campanha pelo fim da ameaça. Paralelamente, o lobby trabalha na esfera política. Em seguida, pretensamente para combater a ameaça, promovem-se reformas significativas na legislação cujo efeito principal é atender aos interesses daquele segmento. Assim ocorreu no passado com a proibição dos engenhos rurais de açúcar e farinha de trigo. A ameaça residia em razão da proteção sanitária. O objetivo mascarado estava em estabelecer o monopólio das grandes companhias. Quando se fala nos dias atuais, em proibir o trânsito nas ruas de veículos com mais de dez anos de idade, age-se dentro do mesmo plano: apregoa-se à população o risco que há na circulação de veículos velhos; posteriormente proíbe-se tal circulação favorecendo a indústria automobilística. Aos que indagarem pela questão sanitária e pela questão de segurança, responde-se simplesmente: não é preciso abrir mão delas (embora o sofisma faça crer que sim). Bastaria impor aos antigos engenhos rurais condições padrão de funcionamento sanitário, assim como impor aos proprietários de veículos antigos uma vistoria anual obrigatória junto ao Departamento de Trânsito.

A gradativa extinção da estabilidade decenal surgiu justamente de um plano preconcebido com esta característica insidiosa, visando favorecer categorias empresariais. Observe-se que vivíamos, no governo JK, um período de intensa industrialização – entre os anos 55 e 60. A estabilidade decenal remetia, desta forma a uma significativa massa de trabalhadores estáveis entre os anos de 65 e 70. A Lei do FGTS que, não fora golpe à estabilidade decenal, merecia elogios pela engenhosidade do instituto, foi gestada na mente do Ministro Roberto Campos, indiscutivelmente uma das cabeças pensantes mais luminosas do século XX. Outros agregam aqui os interesses oficiais, afinal o Fundo de Garantia por tempo de Serviço, estava fadado a prover importantes programas de habitação popular, compondo os recursos do antigo SFH (Sistema Financeiro da habitação). Ironicamente o pretexto era proteger o trabalhador contra as fraudes à lei que a estabilidade decenal possibilitava. A fraude, por vezes, realmente acontecia. Maus patrões podiam despedir seus empregados com mais de oito anos de serviço apenas para impedi-los de atingir a estabilidade decenal. Para tanto, contudo, o Judiciário estava atento, impondo mecanismos de controle, e o sistema de estabilidade decenal evoluía bem na jurisprudência. Assim por exemplo, a edição da súmula 26 do TST, que considerava obstativa à aquisição de estabilidade – e portanto inválida - a demissão de empregado que contasse com mais de nove anos no emprego. Cf. HASSON, *op. cit.*, p. 31.

finalidade a ser buscada pelo ordenamento, qual seja, a permanência do empregado no trabalho com o desenvolvimento de seu potencial produtivo e com conseqüente efetivação do direito constitucional que pretende propiciar oportunidade de trabalho digno a todos.¹⁶⁷

A preocupação com a limitação das demissões arbitrárias é antiga, sendo possível perceber a partir do enfoque histórico, o quanto se perdeu nos últimos anos, em relação ao que já havia sido conquistado, uma vez que os valores do capitalismo arraigados na sociedade suplantam o ideal de fraternidade e justiça que se esperava alcançar. O legislador, ao incluir a multa de 40% do FGTS a título de indenização paga pelo empregador ao empregado, tinha a intenção de coibir as despedidas abusivas, ao mesmo tempo que, de certa medida, garantia ao cidadão o direito ao trabalho e melhoria em sua condição social.

O que ocorreu, no entanto, foi um efeito diferente daquele esperado pelo constituinte, inclusive sendo observado um aumento do percentual de rescisões dos contratos de trabalho.

Jether Gomes Aliseda defende que o FGTS foi criado mais por comodidade e interesse dos empregadores do que para a proteção do empregado, pois sendo este optante, não goza de estabilidade e, assim o seu empregador pode despedi-lo a qualquer momento. Afirma ainda, que o instituto do Fundo de Garantia por Tempo de serviço foi uma conquista do empregador, tanto é verdade que em nenhum país integrante do MERCOSUL existe o instituto do FGTS.¹⁶⁸

¹⁶⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva:** O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004, p. 327.

¹⁶⁸ (...) que isso pode ser analisado por cinco ângulos diferentes.

Primeiro, porque o empregador não mais seria obrigado a ficar com o empregado, uma vez que este não gozava de estabilidade, de modo que o patrão poderia rescindir o contrato a qualquer momento. Segundo, porque os artigos 477 e 478 da CLT previam uma indenização de uma remuneração para fração igual ou superior a 6 meses, enquanto o FGTS será devido ao empregado a quantia correspondente ao depósito do FGTS até o mês da rescisão.

Terceiro, porque o empregador faria um depósito em conta vinculada, visto que poderia utilizar esse dinheiro para indenizar o obreiro estável ou não, que viesse a ser despedido sem justa causa, gozando do privilégio de não ter dificuldades por falta de dinheiro em caixa no momento de indenizar o empregado despedido.

Quarto, porque com a implantação do regime do FGTS, embora fosse do obreiro a faculdade de opção, ou seja, de escolher qual instituto que ira vigorar durante o seu contrato de trabalho, na prática, ficou demonstrado que não existia opção, pois no ato da demissão, o empregador obrigava o empregado a adotar o regime do FGTS.

Quinto, com o instituto do FGTS, inclusive sendo obrigatório a partir de 1998, com a Constituição Federal, o obreiro não mais alcançaria a estabilidade no emprego, ficando em total insegurança quanto a seu maior patrimônio, que é o emprego. Cf. ALISEDA, *op. cit.*, p.94.

Defende ainda, Leonardo Vieira Wandelli, que num sistema como o brasileiro, em que a jurisdição é dada pela Constituição e seus princípios, é imperativo que prevaleçam os objetivos e princípios do ordenamento sobre o resultado de acordo entre as partes.¹⁶⁹

3.2.2 Estabilidade Definitiva

A Constituição Federal de 1988 aboliu o regime da estabilidade definitiva (absoluta). Com exceção do empregado decenal (empregados contratados antes da Constituição Federal de 1988, que estivessem sujeitos à estabilidade decenal, mantém o direito adquirido à referida indenização) e dos servidores públicos (civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta autárquica e das funções públicas, em exercício na data da promulgação da constituição há pelo menos cinco anos continuados, admitidos através de aprovação prévia em concurso público).

Ressalta-se que existe possibilidade de previsão de estabilidade definitiva, em acordos ou convenções coletivas das categorias.

3.2.3 Estabilidade Provisória

A estabilidade provisória é a impossibilidade de dispensa temporária do empregado que preenche alguns requisitos legais. É também chamada de estabilidade especial, porque garante ao empregado a manutenção de seu emprego enquanto existirem os motivos de sua instituição.

É o caso da estabilidade destinada aos dirigentes sindicais, membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), gestante, empregados acidentados, entre outros.

a) Estabilidade Dirigente Sindical.

A Constituição Federal, em seu artigo 8º VIII, estabelece que os empregados sindicalizados, efetivos ou suplentes, eleitos para o cargo de direção ou representação sindical, não podem ser dispensados desde o registro de sua

¹⁶⁹ Ibid., p. 335.

candidatura, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave prevista em lei.

O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só tem direito a estabilidade, se exercer na empresa, atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para qual foi eleito dirigente (súmula 369, III do TST).

Para garantir o direito à estabilidade provisória do dirigente sindical, é indispensável a comunicação à empresa, no prazo de 24 horas da eleição e posse do empregado como membro da diretoria, nos termos do artigo 543 § 5º da CLT e da súmula 369, I do TST. Ademais, o registro da candidatura do dirigente sindical no curso do aviso prévio, não garante o direito à estabilidade.

Finalmente, havendo a extinção da empresa, no âmbito da base territorial do sindicato, encerra-se a estabilidade do dirigente sindical, pois sua representação fica prejudicada (súmula 369, IV do TST).

b) Estabilidade da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes).

Os empregados eleitos como titular ou simplesmente para cargo de representação dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes não podem ser dispensados, desde o registro de sua candidatura, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave prevista em lei. O suplente eleito da CIPA tem o direito à estabilidade, seja no exercício continuado da função ou mesmo esporádico, porque substituiu o titular, conforme súmula 339, I do TST.

O representante do empregador na CIPA, regra geral, não tem direito à estabilidade. No entanto se for eleito para cargo de direção da CIPA, também é beneficiário da estabilidade provisória.

A extinção do estabelecimento também extingue o direito à estabilidade, sendo que neste caso não por se tratar de garantia pessoal, mas sim de garantia para o exercício das atividades de seus membros, não sendo devida nem a reintegração e tampouco indenização do período estável.

c) Estabilidade da empregada gestante.

A empregada gestante tem garantia de estabilidade, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b do ADCT). O objetivo da estabilidade da gestante é garantir proteção ao nascituro.

A Constituição Federal consagrou a proteção à gestante, independentemente de considerações subjetivas sobre o conhecimento ou não da gravidez pelo empregador, sendo certo que a garantia ao emprego se inicia com a confirmação da

gravidez e não com a confirmação por parte da empregada do estado gravídico junto ao empregador.

Por fim, convém ressaltar que nem todas as empregadas foram beneficiadas por referida estabilidade. A empregada doméstica não possui tal garantia, pois a regulamentação do artigo 10, II alínea b do Ato das disposições Constitucionais Transitórias, refere-se ao inciso I do art. 7º da Constituição Federal, aplicável ao trabalhador urbano e rural, mas não à doméstica.

d) Empregado Acidentado.

O empregado que sofreu acidente de trabalho tem direito à estabilidade pelo prazo mínimo de 12 meses, devendo ser garantida a manutenção de seu contrato de trabalho na empresa após a cessação do auxílio-doença acidentário (art. 118 da Lei 8.213/1991)

Observe-se que a garantia de emprego só é assegurada depois da cessação do auxílio-doença acidentário, ou seja, após a percepção de benefício previdenciário. Assim a garantia de estabilidade por um ano só começa a ser contada com o fim do auxílio-doença acidentário, ou seja, com a alta médica. Portanto não é qualquer quadro de doença profissional que interessa à tutela da estabilidade, senão apenas o que tenha evoluído para determinar o afastamento do empregado por mais de quinze dias, sendo que o afastamento por auxílio-doença, tão somente, não garante a estabilidade provisória de 12 meses.

Ou seja, se o empregado se afasta por mais de quinze dias e a causa do afastamento se dá por auxílio-doença (não há conexão entre as atividades desempenhadas e a doença adquirida), o mesmo não tem direito à estabilidade. Mas, se ocorre acidente de trabalho (nexo de causalidade entre as atividades e o problema de saúde), o empregado passa a gozar de estabilidade provisória.

e) Demais estabilidades.

São estáveis ainda os servidores públicos federais, estaduais e municipais, após três anos de efetivo serviço, nomeados para cargo de provimento efetivo aprovados em concurso público.

Membros do Conselho curador do FGTS e do Conselho Nacional de Previdência Social, bem como, os membros da Comissão de Conciliação Prévia, também são estáveis.

Destacados os institutos da dispensa e da estabilidade, no ordenamento jurídico pátrio, passaremos a abordar a Convenção 158 que disciplina o término da relação de emprego injustificada.

3.3. Convenção 158 da OIT

No direito internacional verifica-se uma tendência quase unânime de garantir aos cidadãos o direito ao trabalho e a segurança no emprego, uma vez que o trabalho é um dos direitos fundamentais do ser humano, conforme reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

A Convenção 158 da OIT¹⁷⁰ disciplina o término da relação de emprego injustificada, estando diretamente relacionada com a continuidade do emprego, constituindo-se um importante mecanismo de proteção ao emprego.

Aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas, exceto aos contratos por prazo determinado, (trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração, obra certa ou determinada tarefa específica); aos trabalhadores que estejam num período de experiência, ou que tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável.

A Convenção 158 esclarece que deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista pela Convenção.

Ressalva, ainda, que todo membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias que tiverem sido excluídas e, para essa exclusão, deverá indicar nos relatórios subseqüentes a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou se tenciona aplicar a Convenção a essas categorias.

¹⁷⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros Tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 453.

Estabelece 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.

As expressões “término” e “término da relação de trabalho” significam término da relação de trabalho. Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho a Convenção 158 relaciona os seguintes:

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

Ressalva a Convenção que a ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho serão determinadas em conformidade com legislação interna.

Ainda em relação ao término da relação de trabalho, a Convenção 158 veda a dispensa por motivos relacionados ao comportamento ou ao desempenho, possibilitando ao empregado a ampla defesa das acusações feitas contra ele. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer, perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, uma junta de arbitragem ou um árbitro, ou seja, um organismo julgador, no caso do Brasil, a Justiça do trabalho.

Em relação ao prazo para o referido recurso, a Convenção não estabelece taxativamente um prazo, mencionando apenas que o mesmo deve ser razoável, ou seja, neste caso, por analogia, aplicam-se os prazos já estipulados pela legislação interna, que são absolutamente razoáveis.

Em relação à prova, o trabalhador não está obrigado a assumir por si só o peso da prova. Caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, cabendo aos organismos competentes (Justiça do Trabalho) decidir acerca das causas alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e prática nacionais.

Da mesma forma, nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, cabe à Justiça do Trabalho a verificação dos motivos.

A Convenção 158 assinala que se o organismo julgador (justiça do trabalho) concluir que a dispensa foi injustificada, poderá, além de determinar a reintegração, condenar a empresa ao pagamento de uma indenização.

O trabalhador, cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada, terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que impossibilite a continuidade do contrato durante o prazo do aviso prévio.

Em conformidade com a legislação e a prática nacional, estabelece a Convenção, a todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada:

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

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

c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

Importante ressaltar que o empregado só terá direito aos benefícios antes mencionados, se reunir as condições de qualificação para tanto.

Em caso de término devido a falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados.

Nas Disposições Complementares sobre o Término da Relação de Trabalho, a Convenção 158 estabelece que quando o empregador prever terminos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deve

proporcionar aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, tais como, os motivos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e as respectivas datas das dispensas.

Não obstante, deve a empresa oferecer aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados.

Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificar o término, o mais breve possível, à autoridade competente.

Ou seja, em síntese, estabelece a Convenção 158 que não se dará término à relação de trabalho a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com a capacidade, o comportamento do empregado, ou ainda baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Determina ainda os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho, e garante procedimentos prévios, com a ampla possibilidade de defesa para o trabalhador acusado de mau comportamento ou desempenho insatisfatório. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo da Justiça.

Interessante ressaltar a fórmula adotada para as demissões coletivas. Estas, sem sombra de dúvida, ficam condicionadas à comunicação ao órgão administrativo responsável (leia-se Ministério do Trabalho, representado, no Estado, pela DRT), além de prévia negociação com o Sindicato obreiro e as comissões de fábrica.

O término da relação de trabalho poderá ser justificada por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos e, nestes casos, deverá proporcionar aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, informações sobre os motivos das dispensas, o número de trabalhadores que poderiam ser afetados e a data estimada para a dispensa.

Em suma, a Convenção 158 veda as dispensas imotivadas, determinando que a despedida do empregado deve fundar-se numa causa justificada, seja relacionada com sua capacidade ou conduta, seja para preservar o adequado funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Assim, os preceitos esculpidos na Convenção 158 da OIT acabam, finalmente, com a prática odiosa da rescisão sem justa causa e o chamado direito potestativo de resilição contratual, preservando o bem maior objeto do Direito do Trabalho: o emprego.

3.4. A Constituição Federal e a Convenção 158 da OIT.

A polêmica em torno do texto da Convenção 158 diz respeito à sua constitucionalidade formal. A proteção da dispensa arbitrária, conforme posto, foi prevista no artigo 7º, I da Constituição Federal, que relegou a regulamentação da matéria à lei complementar.

Estabelece o artigo 7º, I, da Constituição Federal, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da Lei complementar que prevê indenização compensatória, dentre outros direitos.

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 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 às emendas constitucionais.

Por isso, alguns juristas sustentaram que a norma internacional era incompatível com a Constituição, ao regular matéria de competência privativa da Lei complementar e priorizar a reintegração, ao passo que a legislação vigente estabelece apenas o pagamento de indenização.

No cenário nacional, dois juristas renomados, Octavio Bueno Magano e Arnaldo Sussekind encabeçaram e representaram tendências opostas.

Octavio Bueno Magano sustentou a inconstitucionalidade da Convenção frente ao inciso I do art. 7º da Constituição. Analisando o monismo moderado, sistema sufragado pelos Tribunais no Brasil até a promulgação da nova carta, o autor afirma que, a partir da Constituição de 1988, por força do disposto no § 2º do art. 5º da CF, não existe prevalência entre a convenção e a lei interna, pois tanto

esta quanto aquela situam-se na mesma hierarquia. Desse modo, defende que o tratado internacional não poderia sobrepor-se à Lei complementar.¹⁷¹

Afirma Octavio Bueno Magano: “(...) depois do advento da Constituição de 1988, algumas vezes se ergueram no sentido de que, com a redação dada ao parágrafo I do art. 2º do seu artigo 5º, forçoso seria reconhecer a prevalência do tratado sobre a legislação interna. Numa primeira abordagem poderia parecer que a Convenção 158 haveria de prevalecer sobre todos os preceitos da nossa legislação, relativo à despedida de empregados. 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 (...).”¹⁷²

¹⁷¹ MAGANO, Octavio Bueno. **Convenção 158 da OIT**. São Paulo, 1997, p. 749.

¹⁷² “(...) 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. Daí dizer Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com costumeiro acerto, que “a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso – continua – não prevalecem contra ela, sendo inválidas as normas que a contradisserem (...)”

(...) Sabendo-se que a Convenção 158 foi ratificada através do decreto legislativo e promulgada mediante decreto do Executivo fica claro que não pode prevalecer em relação à matéria dependente de lei complementar.

Houve quem dissesse serem diferentes os objetos da Convenção 158 e do art. 7º, I, da Lei Magna, o que excluiria a eiva de inconstitucionalidade atribuída à primeira.

Mas o ilustre autor, que assim se posiciona, em outra passagem de sua obra, reconhece conter o art. 7º, I, da Lei Magna, os princípios básicos relativos à matéria. É de se aplicar, pois a aqui conhecida parêmia: *specialia generalibus insunt*, o que quer dizer, em outras palavras, que os desdobramentos da Convenção 158, dizem todos respeito ao princípio correspondente à limitação ao poder de despedir, o mesmo contido no preceito constitucional em foco.

Ora, sendo a lei complementar de nível superior ao decreto-legislativo, que ratificou a Convenção n. 158, bem pode acontecer que o legislador ao editar aquela queira dar tratamento diferente aos desdobramentos resultantes desta.

Assim, por exemplo, ao passo que, na Convenção 158, em relação ao empregado despedido arbitrariamente ou sem justa causa, dá-se clara prioridade à sua reintegração (v. art. 10), em comparação a qualquer outra medida compensatória, na elaboração da lei complementar, pode-se perfeitamente prever apenas o pagamento de indenização. Aliás, existem autores que excluem a possibilidade de outra solução.

Em segundo lugar, vem a talho lembrar que, no rol de motivos objetivos ligados ao funcionamento da empresa, como justificativos de dispensa, alude a Convenção aos de natureza econômica, tecnológica e estrutural, enquanto a lei complementar pode optar pela redução ou ampliação das referidas hipóteses.

Em terceiro lugar, vêm os procedimentos a serem adotados antes da consumação da dispensa individual ou coletiva. Enquanto a Convenção prevê entrevista prévia, consulta, fornecimento de informações, a lei complementar pode optar por procedimentos diferentes.

Finalmente, é preciso ter presente que a Constituição elegeu a indenização como medida compensatória para as despedidas arbitrárias ou sem justa causa, admitindo a aplicabilidade da

No mesmo sentido, Saulo Ramos defendeu que a matéria objetivada na Convenção 158 da OIT encontra disciplina em norma constitucional que exige para sua plena eficácia, a edição de Lei complementar, sustentando, ainda, a incompatibilidade do artigo 4º da Convenção 158, com o texto constitucional brasileiro, já que a Convenção consagra o princípio da continuidade da relação de emprego, ao passo que a Constituição sufraga a tese da proscrição da despedida injustificada:

“(...)A impossibilidade desta competência afasta todas as normas infraconstitucionais que não tenham o status de complementar e obviamente, o decreto legislativo o decreto executivo, a própria convenção internacional, por eles aprovada e promulgada não tem tal status. Conseqüentemente impossível que se de eficácia, no direito positivo interno, à referida convenção da OIT aos casos concretos levados ao Judiciário. A convenção por todas as razões alinhadas, encontra-se em vigência, formalmente no direito interno, mas sem eficácia, tendo pleno vigor no direito internacional e no Brasil para um único destinatário o Congresso Nacional, que haverá de elaborar lei complementar exigida no artigo 7º, I da Constituição aproveitando do contrato internacional apenas as sugestões programáticas compatíveis com a nova ordem constitucional brasileira.”¹⁷³

multa de 40%, referida no art. 10, inciso I, das Disposições Constitucionais Transitórias, tão somente enquanto não editada a lei complementar prevista em seu artigo 7, inciso I.

A transitoriedade em causa obviamente só poderá cessar com o advento de lei complementar e nunca em virtude de ratificação de convenção internacional, através de decreto legislativo.

Em face do exposto, pode-se afirmar, sem embargos, a inaplicabilidade, no território nacional, da Convenção n. 158 e do Decreto n. 1855/96. Tal conclusão fica grandemente reforçada ante o aval de Luiz Olavo Baptista, do seguinte teor: “estabelece a Constituição Federal brasileira que a proteção da relação de emprego deve se objeto de lei complementar. As leis complementares são normas integrativas que têm função de dar vida e energia a dispositivos constitucionais. Disso decorre, que a aprovação da Convenção 158 da OIT pelo Congresso Nacional é inconstitucional.”

MAGANO, *op. cit.*, p. 749 e 750.

¹⁷³ “Poderá o Congresso Nacional examinar as normas programáticas contidas na Convenção para incorporá-las na Lei complementar a ser elaborada. E assim mesmo, somente naquilo que não estiver em desacordo com os princípios proclamados no art. 7, I da Constituição (...) Não se pode deixar de reconhecer que o artigo 4 da Convenção, cujo enunciado representa disposição fundamental do ato internacional, consagra o princípio da continuidade da relação de emprego, vindo a sufragar a tese da proscrição da despedida injustificada. Conseqüentemente está em desarmonia com o texto constitucional brasileiro, posto que adota critério político e jurídico diametralmente oposto ao consagrado na Carta da República, tanto que os termos daquele acordo instituem a reintegração ao emprego como forma de anular a despedida arbitrária ou sem justa causa, admitindo apenas, a dispensa por motivos econômicos, baseados na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, tudo sujeito a um complexo processo probatório, que envolve sindicatos, levantamento de mercado, laudos e outras exigências práticas muito estranhas aos costumes empresariais brasileiros.

Estas observações levam fatalmente a verificar-se que a Convenção 158 da OIT, além da inconstitucionalidade formal acima e longamente demonstrada, sofre igualmente de insanável

Adepta da mesma corrente, Maria Aparecida Gugel defende que a Convenção 158 da OIT não é autoaplicável, impondo-se o encaminhamento ao Congresso Nacional de medida legislativa, através de Lei complementar, para disciplinar a matéria.¹⁷⁴

Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena afirma que a Convenção 158 da OIT padece de pressupostos formais de aplicação direta no Brasil, além de ser materialmente ociosa ou incompatível com o sistema, os princípios e as normas fundamentais que regem o Direito do Trabalho no Brasil.¹⁷⁵

Octavio Bueno Magano criticou aqueles que invocam o art. 5º § 2º da CF, que se refere a possibilidade de incorporação das regras internacionais ao direito brasileiro e sustentou que a interpretação deste dispositivo jamais poderia levar à conclusão de que os tratados internacionais prevalecem sobre as normas internas¹⁷⁶.

Apontou, ainda, como aspectos divergentes entre a Convenção e a Constituição Brasileira, o seguinte:

a) a Convenção prioriza a reintegração, ao passo que a Constituição estabelece a indenização compensatória como única reparação cabível, exceto nos casos de estabilidade, nos termos da própria Constituição;

b) a Convenção alude aos motivos objetivos que justificam a dispensa, de caráter econômico tecnológico e estrutural. Referidos motivos podem não ser

inconstitucionalidade material no artigo 4, porque consagra a reintegração, conferindo ao Juiz a competência para decretar a nulidade do término da relação de emprego. p. 126.

Saulo Ramos acrescenta ainda: Se a matéria contida na Convenção encontra assento na norma constitucional e esta exige legislação complementar para sua plena eficácia, seria a proclamação do absurdo o entendimento de que a convenção - que não possui status de regra constitucional - estivesse em condições de ser aplicada no território brasileiro. Qualquer Juiz que se atrevesse a aplicá-la estaria a agir em cima do nada jurídico, além de proferir decisão contrária ao princípio da reserva legal. Nem os mais ardorosos defensores do Direito Alternativo a tanto chegariam. p.141.

Conclui afirmando que diante de todo o exposto, muito embora integrada no direito interno brasileiro, a Convenção 158 da OIT, mercê de sua aprovação pelo Congresso Nacional e sua promulgação mediante Decreto do Poder executivo, não contém os pressupostos para a aplicação aos casos concretos no território brasileiro, carece de eficácia, frente ao disposto no artigo 7, I da Constituição da República. São por isso duplamente inconstitucionais decorrente da inteira nulidade formal e de evidente incompatibilidade material com a Carta da República, do artigo 4 e de outros lhe darão desdobramentos. Pág. 142. RAMOS. Saulo J., Convenção 158 da OIT,. Suplemento Trabalhista LTR, São Paulo, Assunto Especial, Nov/96.

¹⁷⁴ GUGEL, Maria Aparecida. **Convenção 158 é ou não auto-aplicável?** São Paulo: Revista LTR, Vol. 60, n.6, Jun/96, p. 759.

¹⁷⁵ VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro. **A Convenção 158 da OIT: Vigência e Aplicabilidade.** São Paulo: Revista LTR, Vol. 60, n.6, Jun/96, p. 755.

¹⁷⁶ MAGANO, Octavio Bueno. **Convenção 158 da OIT.** Revista Trabalho e Doutrina. São Paulo: Saraiva. n. 11, 1996, p. 40.

integralmente adotados pela futura Lei complementar que poderá reduzi-los ou ampliá-los

c) a Convenção, finalmente, institui procedimentos a serem observados antes da dispensa: entrevista prévia, consulta, fornecimento de informações. Também aqui haveria incompatibilidade, no caso de futura lei complementar decidir por não incluir estas fases no procedimento da dispensa.

As disparidades não se limitam às dispensas individuais. O problema maior, segundo Octavio Magano, é que a Convenção 158 regulou minuciosamente a dispensa coletiva, que apenas implicitamente foi objeto da Constituição, na medida em que esta alude à dispensa arbitrária.

De outro lado, Arnaldo Sussekind sustenta a constitucionalidade da Convenção. O autor parte do princípio de que nossa constituição agasalhou o monismo jurídico, a norma internacional foi recepcionada pelo nosso Direito Interno, e o § 2º do art. 5º da CF expressamente garantiu o reconhecimento dos tratados internacionais. Se, de um lado, a Constituição dispôs que a lei complementar deveria regular a dispensa arbitrária, de outro, o artigo 49, I da CF dispôs o procedimento que deve ser observado na ratificação dos tratados, não havendo incompatibilidade entre a norma internacional e a interna.

José Alberto Couto Maciel comunga do mesmo entendimento, afirmando que o princípio constitucional é o de proteger a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e que esse princípio, adotado pela Convenção 158 da OIT, já era adotado pela Suprema Corte mesmo antes da Constituição de 1988.¹⁷⁷

Da mesma forma Marta Casadei Momezzo leciona que a Convenção 158 da OIT está incorporada ao ordenamento Jurídico sem qualquer vício de inconstitucionalidade e seu cumprimento é medida que se impõe, já que poderá ser levada a efeito através da negociação, arbitragem, como também através de

¹⁷⁷ Defende José Alberto Couto Maciel que: "(...) Convenção 158, em tese não assegura a reintegração ao emprego a todo o empregado despedido sem justa causa. Este é o princípio, mas ela é muito maleável e se adapta de forma ampla à legislação dos vários países. É certo que no Brasil, como já visto, nosso princípio constitucional de garantia no emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, leva como consequência, e quase sempre a reintegração ao emprego, a não ser em casos de incompatibilidade, quando será devida ao empregado determinada indenização, pois a reintegração, como entende o STF é consequência da nulidade da despedida arbitrária ou sem justa causa, não necessitando estar expressa na Constituição. Mas a Convenção 158 admite que, em países que a reintegração não possa ser concedida, em virtude da legislação nacional, seja ela substituída por uma indenização arbitrada por um Tribunal do Trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro. Revista Síntese Trabalhista, Assunto Especial, Out/96, p. 131.

decisões judiciais. O Judiciário, então autorizado a dar aplicação ao que nela se contém, com amparo em normas já inseridas em nosso ordenamento e, para os casos de omissão, poderá valer-se da norma contida no artigo 8º consolidado.¹⁷⁸

Amauri Mascaro Nascimento, após verificar a ausência de qualquer inconstitucionalidade, entende que há compatibilidade formal entre as normas convencionais e o disposto no artigo 7, I da CF, sendo taxativo ao afirmar que não há inconstitucionalidade em uma Convenção ratificada pelo Congresso Nacional e promulgada por ato do presidente da república, pelo fato de a promulgação ter se efetivado por decreto presidencial, uma vez que esse é o meio próprio para tal fim, em nada ficando alterado pelo fato da Lei constitucional brasileira remeter à disciplina da proteção do empregado contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, para a lei complementar.¹⁷⁹

Arnaldo Sussekind leciona que a principal questão relaciona-se com o direito à reintegração. Como o entendimento defendido por Sussekind é no sentido de que a Convenção em momento algum impôs ao empregador o dever de reintegrar, ao

¹⁷⁸ Marta Casadei Momezzo, assevera que “(...) Se é verdade de que num primeiro momento exigiu o legislador, constitucional que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa se dê por lei complementar, não é menos verdade que a nível de produção de normas internacionais desconhece-se a existência de um tratado cuja aprovação se dê com quórum especial. Dessa situação decorre a conclusão que a exigência de lei complementar foi imposta ao legislador interno, não se aplicando aos tratados internacionais, que por essa razão podem disciplinar a matéria cogitada no art. 7º, I, da Constituição Federal.

Um outro argumento que colocaria a baila toda a resistência apresentada por boa parte da doutrina decorre de disposição contida no próprio texto constitucional. Com efeito, reza o parágrafo 2º do inciso LXXVII, do art. 5º, da Constituição da República, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ora, com todas as letras, está escrito aí que os direitos e garantias decorrentes de tratados em que o Brasil seja parte têm a mesma força dos que estão expressos NBA Constituição. Disso deflui que a constitucionalidade da Convenção 158 emana do próprio texto constitucional.

Ainda, podemos considerar para reforçar nosso posicionamento em torno da constitucionalidade da Convenção 158, que “os tratados e mais atos interestatais estão para a Constituição na mesma relação em que para ela estão as leis”(Pontes de Miranda, cit. Sussekind, Direito Internacional do Trabalho, 2ª edição, pág. 77) . Isto é, no ordenamento jurídico interno não existe sobreposição entre as normas internacionais e as normas internas. Esta afirmativa está embutida nos arts. 102, III, B e art. 105, III, a, que admitem, o primeiro a interposição de recurso extraordinário quando a decisão decorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, e, o segundo, de recurso especial, para a hipótese de a decisão recorrida contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal. Portanto, subsistem no mesmo patamar, sem qualquer grau de hierarquia, as leis ordinárias, as leis complementares e os tratados internacionais. Então, é válido regulamentar o que se contém no art. 7º, I, da Constituição Federal, através de tratado internacional, porque este, no ordenamento interno, se equipara a lei complementar.” Cf: MOMEZZO, Marta Casadei. Convenção 158 da OIT, Revista LTR, São Paulo, Vol. 60, n.6, Jun/96, p. 767.

¹⁷⁹ NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 57.

contrário, assegurou medidas alternativas à garantia de emprego, não existindo, portanto, qualquer incompatibilidade entre o texto constitucional e o tratado.

O autor indica, ainda, em que medida as duas normas convergem, apontando os preceitos constitucionais que se coadunam com o tratado.

- a) extinção da estabilidade absoluta;
- b) previsão de estabilidade provisória com direito à reintegração nos casos de dirigentes sindicais, dirigente da CIPA e gestante;
- c) extensão do regime do FGTS a todos os trabalhadores;
- d) previsão de indenização compensatória em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa.

O direito à reintegração seria possível, de acordo com a convenção 158 e a Constituição Federal, nos seguintes casos:

- a) empregado portador de estabilidade absoluta;
- b) empregado portador de estabilidade prevista em instrumento normativo, convenção ou acordo coletivo;
- c) empregado portador de estabilidade provisória na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Neste mesmo sentido, Sergio Pinto Martins sustentou a compatibilidade entre o texto Constitucional e a Convenção 158, argumentado que aquele confirma as normas previstas nesta. A Convenção, ao inscrever seus princípios, deixou claro que a proteção assegurada em face da dispensa seria matéria de legislação nacional. Para o autor, a nossa Constituição instituiu, como medida protetora, apenas uma indenização compensatória. A adoção do tratado internacional no nosso território apenas confirma a previsão constitucional.¹⁸⁰

Nelson Mannrich aponta como tema central da questão a reintegração no emprego/indenização compensatória, afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro favorece as empresas multinacionais ao sancionar o ato da dispensa com o pagamento de uma indenização irrisória (multa fundiária), ressaltando, ainda, que estão sendo utilizados os mesmos argumentos para justificar a introdução do FGTS,

¹⁸⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **A dispensa do trabalhador e a Convenção 158 da OIT**. Repertório IOB de jurisprudência n.5. 1996, p.74.

em 1966: a ameaça de redução de postos de trabalho e a retirada do capital estrangeiro do Brasil, entre outros.¹⁸¹

Afirma ainda: “(...) *Ora essa caracterização de garantia no emprego do Direito Comparado demonstra que existem outros direitos e que no Brasil não entre em vigor a Convenção 158. É que frente a globalização, é muito melhor investir o capital estrangeiro em empresas no Brasil, cuja mão de obra além de ser mais barata e numerosa, não tem garantia nenhuma no emprego, podendo ser o empregado afastado do trabalho por alguns trocados de dólares, o que se chama no Brasil de “indenização compensatória. Ora, proibir a demissão arbitrária será negar o direito ao arbítrio, a pagar um certo valor e demitir quem quiser, é considerar que o empregado está inserido no contexto empresarial pela própria força de trabalho, enfim é mudar toda uma noção de Direito do Trabalho estruturada sobre o arbítrio em nosso País, Admitir a vigência da Convenção 158 é aceitar que no Brasil passe a vigorar um sistema legal de acordo com o dos países socialmente mais avançados(...)*”¹⁸².

No mesmo sentido, Jorge Luis Souto Maior sustenta que a Convenção 158 da OIT não traz às relações de trabalho uma armadura para retirar do empregador o controle de sua atividade empresarial, apenas vem de forma plenamente compatível com o nosso ordenamento jurídico impedir aquilo que a moral, que nem sempre coincide com o direito, já reclamava: impedir que um empregador dispense um empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade para a dispensa, esta estaria assegurada, nas hipóteses elencadas.¹⁸³

¹⁸¹ MANNRICH, Nelson. **Dispensa Coletiva:** da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000, p. 458.

¹⁸² Id.

¹⁸³ “(...) Em primeiro lugar se discutiu a constitucionalidade de tal preceito. Cabe verificar que essa compatibilização se faz exclusivamente quanto à Constituição, pois as demais regras infraconstitucionais não são óbice à aplicabilidade da Convenção. Como a Constituição brasileira, no art. 7, I veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, o que faz exatamente a Convenção 158 da OIT, a compatibilidade dos dois sistemas é patente.

Ocorre que a Constituição direciona a Lei complementar, que possui quorum qualificado para a aprovação, a fixação da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e o texto da Convenção não fora aprovado em Lei complementar.

A inexistência da Lei complementar, entretanto, não obsta a validade do preceito constitucional, que no caso destina-se a estabelecer o princípio de que se deve coibir a despedida arbitrária ou sem justa causa. O máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional, não impedir sua eficácia. O anseio do constituinte de impedir a dispensa arbitrária foi, sem sombra de dúvida manifestado, e não seria uma lei complementar ou a falta dela – pois pelo modo como os assuntos sociais tem sido tratados no Brasil, parece que tal lei nunca virá a existir – que poderia

A possibilidade de reintegração do trabalhador dispensado sem motivo gerou pânico no empresariado brasileiro, sendo que a Confederação Nacional da Indústria ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de suspensão dos artigos 4º e 10º, (que proíbem a dispensa injustificada e estabelecem a anulação da dispensa ordenando a reintegração do empregado ou pagamento de uma indenização adequada), ADIN 1.480-3-DF.

O presidente da república Fernando Henrique Cardoso, cedendo às pressões, optou pela denúncia da Convenção 158 da OIT, no dia 20 de dezembro de 1996, por meio do decreto nº 2.100, sem qualquer consulta ao congresso nacional, conforme já mencionado.

Referidos temas serão tratados no capítulo seguinte em tópico específico.

3.5 Implicações práticas, argumentos favoráveis e contrários à ratificação da Convenção 158 da OIT.

Conforme relatado ao longo do trabalho, o sistema jurídico brasileiro tratou com ambigüidade a questão da proteção e manutenção no emprego. Por um lado, afirmou como valores fundamentais a consagração da dignidade humana, o valor

simplesmente, anulá-lo. Além disso, o § 2º do art. 5º da CF, estabelece que os tratados internacionais – gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT – são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição.

Assim a Convenção 158, estando de acordo com preceito constitucional estatuído no art. 7º, inciso I, complementava-o, e não havia qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar em razão de seu quorum qualificado negava a aplicabilidade da Convenção, até porque a formação de uma Convenção que se dá no âmbito internacional, exige muito mais formalismo que uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento internacional quanto às matérias por ela tratadas.

Não havia, portanto óbice constitucional para a aplicação da Convenção 158 da OIT, no Brasil. Mas suas disposições eram auto-aplicáveis, ou necessitavam como se disse, de normas regulamentares? Cabe verificar, sob este aspecto, que apenas a parte I da Convenção 158 (art. 1º a 3º) é conceitual, dispondo sobre métodos de aplicação, área de aplicações e definições. A partir da parte II a Convenção é normativa. Embora se diga que geralmente as normas das Convenções da OIT sejam bastante elásticas – verdadeiras regras de princípios, para poderem amoldar-se aos ordenamentos peculiares dos diversos Estados membros e para, assim, poderem obter quorum para a aprovação, o fato é que adotada a técnica mais rudimentar da interpretação, ou seja, a gramatical, da qual, embora não seja auto-suficiente, não se pode fugir, não se extrai qualquer dúvida de conteúdo, no sentido de que ao empregador não é dado dispensar o empregado senão quando houver uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou com seu comportamento nos casos de dispensa individual, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos), nos casos de dispensa coletiva, cabendo ao Tribunal competente examinar as causas alegadas para justificar o término da relação. (...) MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo. LTR, 2000. p. 332.

social do trabalho, elegendo o direito ao trabalho como direito fundamental do ser humano; por outro lado, não assegurou a sua efetividade.

O fim da estabilidade decenal, a limitação das estabilidades provisórias, a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (que tinha a intenção de coibir as despedidas abusivas), na prática, facilitaram o rompimento do vínculo de trabalho, acarretando o aumento das rescisões contratuais e a rotatividade no mercado de trabalho.

O empresariado Brasileiro é contra medidas protetivas ao trabalhador e, por conseguinte, contra a ratificação da Convenção 158 da OIT. Os argumentos utilizados são basicamente no sentido que a adoção à Convenção 158 traria uma “espécie” de estabilidade definitiva, o que não existe atualmente na legislação brasileira, uma estabilidade que dificultaria as demissões sem justa causa, criaria mais um obstáculo à competitividade das empresas, além de incentivar a informalidade na contratação de trabalhadores e desestimular a criação de empregos.

A Confederação Nacional da Indústria (CNI)¹⁸⁴, através de seu presidente, afirma que: *“(...) É uma medida que aumenta a insegurança jurídica no Brasil e representa um retrocesso para o ambiente de negócios”*.

Segundo a CNI, as empresas precisam ter condições de se adaptar de forma ágil às demandas impostas pelo mercado e não podem ficar presas a regras que engessem sua atuação e impliquem perda de competitividade, principalmente nos tempos atuais em que o Mundo enfrenta uma crise sem precedentes.

Na avaliação da CNI, a maior rigidez das regras para a demissão sem justa causa, prevista na Convenção 158, prejudicaria empregados e empresários. A ratificação da Convenção comprometeria o crescimento, especialmente de micros e pequenas empresas e dificultaria o acesso dos trabalhadores à rede de proteção proporcionada pelo emprego formal. Faria com que as empresas repensassem investimentos e também desestimularia a busca pelo aperfeiçoamento profissional, além de dificultar as negociações coletivas.

Do mesmo modo a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP)¹⁸⁵, que representa 132 sindicatos patronais, os quais representam,

¹⁸⁴ CNI. **Confederação Nacional da Indústria**. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/cartilha/movimento%15/125-recursos>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

aproximadamente, 150 mil indústrias das mais diferentes cadeias produtivas, é contrária à ratificação da Convenção 158 da OIT.

Seu presidente, Sr. Benjamim Steinbruch, afirmou o seguinte: *“(...)Essa convenção, promulgada pela OIT em 1982, proíbe demissões de empregados sem justa causa. Diz que, para demitir um funcionário, o empregador precisa explicar por escrito os motivos da dispensa e negociá-la com o sindicato do trabalhador. Se as duas partes estiverem de acordo, o desligamento pode ser feito. Caso contrário, o empregado tem direito de ir à Justiça, que decidirá se a demissão será consumada ou se o trabalhador continuará no cargo. Propõe negociação e recurso à Justiça em caso de desacordo. Mas na prática representa um retrocesso inaceitável, como será detalhado a seguir. Um dos maiores especialistas em relações do trabalho no país, o professor José Pastore (“O Estado de S. Paulo”, 19/2/08) enumera quatro conseqüências práticas da adoção da Convenção 158: 1) Criação de burocracias de grande complexidade, prolongamento de prazo de demissões e aumento absurdo de custos; 2) relutância das empresas em abrir vagas, porque não há certeza sobre quanto vai demorar ou custar um eventual desligamento; 3) aumento do desemprego de longo prazo e dos gastos do governo com seguro-desemprego; 4) aumento do número de ações trabalhistas, que hoje já congestionam a Justiça com mais de 2 milhões de processos.*

Além desses aspectos, a adoção dessa medida certamente colocaria o país na contramão na corrida para a formalização do trabalho. Desde o início do governo Lula até janeiro, foram criados 6,4 milhões de empregos com carteira assinada, num movimento nunca antes visto no país. Com a criação de novas dificuldades para o desligamento, a tendência de opção pela informalidade seria inevitável. Se a Convenção 158 fosse boa, já estaria em vigor no Brasil e em outros países há muito tempo, já que foi promulgada pela OIT há 25 anos (...).”

José Pastore, citado pelo presidente da FIESP, afirma, também, que em todo o mundo, os mecanismos de proteção ao emprego vêm mudando, como respostas às novas necessidades da concorrência, da globalização e da revolução tecnológica, sendo comumente acompanhadas de medidas compensatórias. Na Alemanha, por exemplo, a lei e os contratos restringem as demissões, mas os empresários contam com trabalhadores altamente qualificados e têm ampla liberdade para realocá-los

¹⁸⁵ STEINBRUCH, Benjamim. Comentários à Convenção 158. **FIESP**. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/assunto-apresentacao002.ppt>>. Acesso em: 14 out. 2009.

com base em sua competência, desempenho e comprometimento com a empresa. Já no Brasil, levando-se em consideração qualidade do capital humano (a falta de qualificação dos trabalhadores), que não permite mobilidade profissional, a Convenção 158 da OIT não é indicada¹⁸⁶.

De outro lado, representantes dos trabalhadores rebatem veementemente os argumentos contrários à Convenção 158 da OIT.

O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos (DIEESE)¹⁸⁷, que congrega e é constituído por entidades sindicais de trabalhadores do Brasil, afirma que a facilidade para demitir trabalhadores permite que as empresas utilizem esse mecanismo de rotatividade para reduzir os custos salariais, desligando profissionais que recebem maiores salários e contratando outros por menores salários.

Estatísticas, elaboradas pelo DIEESE,¹⁸⁸ apontam que os salários dos trabalhadores admitidos no triênio 2005-2007 foram sempre inferiores aos dos trabalhadores desligados no mesmo período. Os percentuais de redução foram 11,42%, em 2005, 11,06%, em 2006, e 9,15%, em 2007. Ou seja, no momento da contratação, os novos trabalhadores são, na maior parte, contratados com salários menores, o que implica redução gradual do salário médio.

Em relação à rotatividade de empregados no mercado de trabalho, estudos demonstram que nos últimos 10 anos, no Brasil, os números de admissões e desligamentos foram semelhantes, comprovando efetivamente a rotatividade no mercado de trabalho. Tendo em vista o crescimento da economia, os números de admissões foram ainda superiores aos números de desligamentos, em todos os anos¹⁸⁹:

¹⁸⁶ PASTORE, José. **Suplemento Trabalhista 88**. Assunto Especial. Out/1996. p134/135

¹⁸⁷ Disponível em: www.dieese.org.br. Acesso em: 12 de mar. de 2010.

¹⁸⁸ SÃO PAULO. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. A Convenção 158 e a garantia contra a dispensa imotivada. Disponível em: [HTTP://www.dieese.org.br](http://www.dieese.org.br).

¹⁸⁹ “(...) Estatísticas elaboradas pelo DIEESE, apontam, que durante décadas, a maior parcela da sociedade brasileira não se apropriou do crescimento econômico do país, gerando uma economia com enorme concentração de renda. Na década de 1990, esse quadro se agravou com sucessivas crises econômicas e redução do nível de emprego. Com a elevação do desemprego e redução do rendimento do trabalho. A retomada do crescimento econômico a partir de 2004 trouxe a melhora da taxa média de desemprego nas seis regiões metropolitanas onde a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED) é realizada pelo DIEESE, Fundação Seade, com apoio do Ministério do Trabalho e Emprego e parceria com instituições e governos regionais.

A pesquisa levanta, que essa taxa foi de 15,2% em 2007, o que significou uma redução de 7,7% em relação à taxa de 2006 e que o crescimento da economia tem se apresentado de forma sustentável e possibilitado a melhoria de diversos indicadores econômicos e do mercado de trabalho. Embora

Em 2000 foram admitidos 9.668.132 empregados, ao passo que foram dispensados 9.010.536 empregados (saldo de 657.596 empregados).

Nos anos seguintes, da mesma forma, ocorreram um número elevado de demissões e um número elevado de admissões, sendo que o número de admissões foram superiores aos de demissões.

No ano de 2005, 10.925.020 trabalhadores perderam seus empregos, contudo o mercado de trabalho contratou, “absorveu” 12.179.001 empregados, ou seja, houve uma visível rotatividade, mas com um saldo de 1.253.981 empregados contratados.

No ano de 2006 foram dispensados 11.602.463 empregados e admitidos 12.831.149 empregados, com saldo de 1.228.686 empregados.

No ano de 2007 foram dispensados 12.723.897 empregados e admitidos 14.341.289 empregados, com saldo de 1.617.392 empregados.

No ano de 2008 foram dispensados 15.207.127 empregados e admitidos 16.659.331 empregados, com saldo de 1.452.204 empregados.

Finalmente no ano de 2009 foram dispensados 15.192.530 e admitidos 16.187.640 empregados, com saldo de 995.110 empregados.

Ou seja, os números comprovam efetivamente a rotatividade no “mercado de trabalho”.

Em consonância com referidos argumentos, Jorge Luiz Souto Maior¹⁹⁰ afirma que os preceitos esculpidos na referida Convenção preservam o bem maior objeto do Direito do Trabalho, que é o emprego. Com a dispensa motivada, não se trata de

recente, o debate sobre o desenvolvimento começa a ganhar densidade na opinião pública. Essa conjuntura mais favorável tem influenciado positivamente o processo de negociações coletivas desde 2004. Em 2007, houve reposição integral do INPC em 97% dos documentos pesquisados pelo Sistema de Acompanhamento de Convenções Coletivas do DIEESE (SACC-DIEESE) e aumento real em 88% nesses mesmos documentos por ocasião da negociação na data-base.

No entanto, parte desses ganhos obtidos nas negociações coletivas é perdida porque existe uma forte rotatividade da mão-de-obra. As empresas anulam parte dos ganhos obtidos nos acordos e convenções coletivas à medida que os trabalhadores são demitidos e novos trabalhadores são contratados por salários menores ou ainda pelo piso salarial.

O mercado de trabalho é bastante flexível em termos quantitativos. Um nível mínimo de rotatividade é aceitável em qualquer mercado de trabalho, porém, no Brasil, as taxas de rotatividade da mão-de-obra nos últimos 10 anos se mantiveram em patamares elevados, acima de 40% praticamente em todo o período

¹⁹⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Dispensa arbitrária e a aplicabilidade da Convenção 158 da OIT.** Curitiba: Genesis, v.24, n.139, p.35, julho 2004.

inibir a atividade empresarial, mas, ao contrário, de adotar parâmetros para que ela ocorra respeitando a função social do trabalho e a dignidade do trabalhador. Reitera ainda o autor, com base em estatísticas publicadas pelo DIEESE, que o Brasil sofre o impacto de intensa rotatividade e no momento da contratação, os novos trabalhadores são, na maior parte, contratados com salários menores.¹⁹¹

3.6. Convenção 158 no Brasil (aprovação, ratificação, vigência e denúncia).

Neste tópico passa-se a discutir o tema central do presente trabalho, a irregularidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, através de ato único do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

No Brasil, em relação à Convenção 158, todos os trâmites de validade, foram cumpridos. A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992; o depósito da carta de ratificação foi efetuado na RIT (da OIT), em 04 de janeiro de 1995 e o Decreto de promulgação nº 1.855 foi publicado em 10 de abril de 1996.

Doze meses após o depósito da ratificação, a Convenção entrou em vigência no ordenamento interno. Assim, no Brasil passou a vigor a Convenção 158 da OIT desde 04 de janeiro de 1996. E, mesmo que considerada a necessidade de sua publicação no âmbito interno, esta exigência se cumpriu com a publicação do Decreto nº 1.855, em 10 de abril de 1996.

Os prazos de vigência, ratificação e denúncia, são disciplinados pela própria convenção e estabelecem que a mesma pode ser alvo de denúncia apenas nos doze meses decorrentes entre o depósito e a sua entrada em vigor.

A Convenção somente pode ser denunciada, após dez anos do início de sua vigência, e mesmo assim durante os doze meses subseqüentes a cada decênio.

Importante ressaltar que a OIT não dispõe sobre a competência dos órgãos estatais, dos seus membros, para a decisão sobre a denúncia das convenções ratificadas.

¹⁹¹ SÃO PAULO. Departamento Intersindical de estatísticas e estudos socioeconômicos. **A Convenção 158 e a garantia contra a dispensa imotivada.** Disponível em: [HTTP://www.dieese.org.br](http://www.dieese.org.br).

Essa competência é definida pelo direito público interno, ou seja, a legislação interna de cada estado define o *iter* procedimental em relação a denúncia, tal como se verifica com a aprovação e a ratificação das convenções.

A Constituição Federal ao regulamentar a organização dos poderes, em seu artigo 49, I, estabeleceu que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

No capítulo II, que trata do poder executivo, estabeleceu no art. 84, VIII, que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do congresso nacional.

O Poder Executivo, mediante o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997.

Em relação aos prazos estabelecidos para denúncia, Jorge Luis Souto Maior¹⁹² advoga que a denúncia produziu efeitos internos apenas com a publicação do Decreto 2.100, o que se deu em 23 de novembro de 1996 e mesmo que considerada a possibilidade de efetuar a denúncia, tomando-se como parâmetro a vigência da Convenção 158 no âmbito internacional, a Convenção só poderia ter sido denunciada até 22 de novembro de 1996, uma vez que a Convenção entrou em vigor no âmbito internacional em 23 de novembro de 1985, após efetivadas duas ratificações junto à OIT, conforme previsão da própria Convenção.

Assim, mesmo que se considere o prazo de doze meses subseqüentes ao decênio de vigência no plano internacional, a denúncia somente poderia ser efetivada pelo Brasil até 22 de novembro de 1996. Mas, como se viu, o Decreto de denúncia foi publicado em 23 de novembro, e ainda para produzir efeitos a partir de 20 de novembro do ano seguinte.

Arnaldo Sússekind discorda de tal interpretação. Ele afirma que o prazo de dez anos, para se efetuar a denúncia, conta-se a partir da vigência da Convenção no

¹⁹² MAIOR, *op. cit.*, p.33-45.

âmbito internacional, "de cada ratificação" e não do prazo de vigência internacional da Convenção original¹⁹³.

Em parecer técnico elaborado para Central Única dos Trabalhadores, afirma que o procedimento de ratificação é complexo, correspondendo a fases distintas, sendo que a vigência da convenção no plano internacional (vigência objetiva), não se confunde com a nacional (vigência subjetiva).¹⁹⁴

Assevera que duas posições antagônicas surgiram na interpretação dessa regra: a primeira que prevalece no seio da OIT, entende que o decênio conta-se da data em que teve início a vigência internacional da Convenção (vigência em 23 de novembro de 1985 - oportunidade de denúncia entre 23 de novembro de 1985 e 22 de novembro de 1996). E a segunda corrente, a qual se filia, que entende que a contagem do prazo dever ser procedida a partir da ratificação de cada País.

Sustenta que prevalece, na OIT, o entendimento da contagem do decênio a partir da vigência internacional, com o que não concorda o autor, e considerando, que a vigência da Convenção teve início a 23 de novembro de 1985, os doze meses estabelecidos pelo artigo 17 fluíram de 23 de novembro de 1985 a 22 de novembro de 1996, considerando ainda que a denúncia foi oficialmente comunicada ao Diretor Geral da RIT em 20 de novembro de 1996, certo é que para a OIT ela foi efetivada tempestivamente.¹⁹⁵

Não obstante a polêmica em relação aos prazos, a Convenção 158 como visto no presente trabalho, é considerada por grande parte da doutrina como tratado internacional de Direitos Humanos, e nesta qualidade incorpora-se à ordem jurídica nacional com *status* de norma constitucional, e por assegurar direitos fundamentais, é considerada verdadeira cláusula pétrea e, portanto, não poderia ser denunciada através de ato único do Presidente da República (Decreto 2.100/1996). Logo, a denúncia foi absolutamente irregular.

¹⁹³ "(...) Surpreendentemente, passados apenas sete meses, o Governo Brasileiro denunciou a ratificação da Convenção mediante nota enviada ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (ofício 397 de 20.11.1996). Com o decreto nº 2.100 de 20 de dezembro do mesmo ano, o Presidente da República promulgou a denuncia, anunciando que a mencionada convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997. A proposta da denuncia não foi submetida ao Congresso Nacional, como devera. Cf. SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros Tratados*. São Paulo; 3 edição, LTR, 2007, p. 451

¹⁹⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. Parecer jurídico. **Adin n.º 1625/1997**, Rio de Janeiro, RJ, 17 de fevereiro de 1997.

¹⁹⁵ Id.

Souto Maior defende que o parágrafo 2º, do art. 5º, da CF/88, estabelece que os tratados internacionais - gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT - são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição.¹⁹⁶

Acrescenta ainda que: *"(...) com especial relevo que a Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 4º., que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos (inciso II)"*¹⁹⁷

Neste sentido, não se pode negar ao direito do trabalho o status de regulação jurídica pertencente aos direitos humanos. O próprio dado histórico do direito do trabalho obriga-nos a este reconhecimento. Lembre-se, a propósito, que não foi à toa que no Tratado de Versalhes foram fixados os principais aspectos que deveriam ser alvo de regulação pelos países signatários do Trabalho, dentre os quais se situava o Brasil: a) direito de associação; b) salário digno; c) limitação do trabalho, em oito horas diárias e 44 semanais; d) descanso semanal remunerado; e) eliminação do trabalho da criança; f) não-discriminação, apoiando-se no princípio fundamental de que "o trabalho não deve ser considerado como simples mercadoria ou artigo de comércio".¹⁹⁸

Normas de proteção do trabalho, ademais, podem ser encontradas em praticamente todos os tratados e declarações internacionais de direitos humanos, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O direito do trabalho, para Jorge Luiz Souto Maior, sob um prisma internacional, é inegavelmente uma face importante, e até mais visível dos direitos humanos, mesmo no direito interno. Isto não passou despercebido, uma vez que o artigo 1º da Constituição Federal consagrou como princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho; Já o artigo 3º da Constituição Federal preconizou como um dos objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; por sua vez, o artigo 170

¹⁹⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Dispensa arbitrária e a aplicabilidade da convenção 158 da OIT.** Curitiba: Genesis. In: **Revista de Direito do Trabalho.** n. 139. 2004. p.p. 33-45

¹⁹⁷ Id.

¹⁹⁸ Id.

estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e conforme os ditames da justiça social.

Ressalta-se ainda, ao fato de que os artigos 7º. e 8º da Constituição, que trazem inúmeras normas de natureza trabalhista, estão inseridos no título pertinente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Assim, não há dúvida, que quando um instrumento internacional ratificado pelo Brasil, traz questões pertinentes ao direito do trabalho, ao emprego (maior bem do trabalhador), inserido como visto, na órbita dos direitos humanos, que se deva aplicar tal instrumento internamente, tomando-se seus dispositivos como normas constitucionais (§ 2º., do art. 5º., da CF), ou mesmo, supranacionais (artigo 4º., II, da CF”).

Considerando o que leciona Flavia Piovesan, que os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 (que acresceu o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal), têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais e que esse entendimento decorre de quatro argumentos:¹⁹⁹

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §2º §3º do artigo 5º da CF, já que o último não revogou o primeiro, mas deve ao revés ser interpretado à luz do sistema constitucional;

b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos;

c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos,

d) considerando que não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação.

É absolutamente defensável que a Convenção 158, aprovada pelo Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo nº 68, de 17 de setembro de 1992; ratificada junto à OIT, em 04 de janeiro de 1995 e promulgada através do Decreto nº 1.855,

¹⁹⁹ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

publicado em 11 de abril de 1996, situa-se como norma material e formalmente constitucional, não sendo possível a denúncia.

Ou seja, a Convenção 158 da OIT sequer poderia ser denunciada, quiçá, denunciada por ato exclusivo do Presidente da República, sem a consulta do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, em relação à denúncia de tratados internacionais de direitos humanos, Valério de Oliveira Mazzuoli defende que os tratados de direitos humanos não podem ser denunciados, independentemente do quorum de aprovação, sendo impossível do ponto de vista técnico a denúncia, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República.

O autor vai além e afirma que os tratados internacionais de direitos humanos servem como paradigma do controle concentrado, sendo que os tratados internacionais “comuns” servem como paradigma de controle de legalidade das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em benefício do tratado

Ademais, ainda que passíveis de denúncias, os tratados ratificados sem a observância do quorum qualificado, (§2º do art. 5º da CF) as implicações seriam apenas no plano externo, eximindo o Estado Brasileiro de eventual responsabilidade pelo descumprimento, em nada alterando as implicações internas.

Internamente nada muda, uma vez que eles já se encontram petrificados no nosso sistema de direitos e garantias, importando tal denúncia apenas em livrar o Estado brasileiro de responder pelo descumprimento do tratado no âmbito internacional.²⁰⁰

Não obstante aos argumentos levantados, em relação aos prazos e ao enquadramento da Convenção 158 como tratado internacional de direitos humanos, a denúncia da Convenção 158, por ato único e exclusivo do Presidente da República, reascendeu a discussão acerca da competência dos órgãos estatais para promoção da denúncia de tratados internacionais (dispositivos antinômicos: artigos 49, I e 84, VIII da Constituição Federal.)

Uma corrente propugna que a denúncia das Convenções da OIT deve se operar com a autorização do Congresso Nacional. (assim como as Convenções dependem do *referendum* do Congresso Nacional para serem internalizadas,

²⁰⁰ STENFUS, Ricardo e VENTURA, Deise. **Direito Internacional Público**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108

também devem se submeter ao mesmo órgão para serem denunciadas, sendo injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo).

Já a outra corrente entende que a Constituição outorgou privativamente ao Presidente da República a competência para denunciar tratados internacionais, não havendo a necessidade da manifestação do Congresso Nacional.

Conforme observa Jorge Luiz Souto Maior:, *"(...) É interessante, reparar que todo o Decreto do Presidente da República, inicia-se com os termos "O Presidente da República no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV, do art. 84 da Constituição Federal" ou "no uso da atribuição que lhe confere o inciso VI, (alínea "a" ou "b") do art. 84 da Constituição Federal", decreta...*

Mas, no caso do Decreto 2.100/96, apenas se disse de forma um tanto quanto "marota" que O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, tornava público que "deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996".²⁰¹

Para Souto Maior a denúncia, portanto, fora ato inconstitucional que, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame, porém, mesmo a despeito da denúncia, os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais.

Em relação ao tema, Márcio Túlio Viana destaca a inconstitucionalidade da denúncia, na medida em que o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciar, mediante decreto a convenção, extrapolou os limites de sua competência. Argumenta: *"(...) se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais, como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los".*

A respeito, adverte José Eduardo de Resende Chave Júnior, que na maioria dos países, o poder de efetuar denúncia de tratados internacionais é regulado constitucionalmente, extraíndo-se do conjunto das Cartas o princípio da co-participação Executivo-Legislativo para a realização de tal ato. Há normas neste sentido seja nos sistemas parlamentares como Itália, França, Áustria e Alemanha, seja nos sistemas presidencialistas, como os EUA, protótipo do presidencialismo.

²⁰¹ MAIOR, *op. cit.*, p.37.

Apenas nas Constituições da Noruega e de Cuba é que se atribui tal poder ao chefe do Executivo. Lembra, no entanto, o autor em questão, que a Constituição da Noruega é de 1814, tempo em que as relações internacionais eram ainda coisa dos reis, sobretudo, para tratar de casamentos reais, e que em Cuba impera ainda a concepção centralizadora de poderes no chefe do governo.

Flávia Piovesan, defende a posição de Celso D. Albuquerque Mello: “(...)A revisão a nosso ver deve ser no sentido de restringir a autonomia do Executivo para a condução da política externa. Ela deve ser feita no sentido de se exigir a aprovação do Legislativo para a denuncia de tratados relativos aos direitos do homem, às convenções internacionais do trabalho, os que criam organizações internacionais e às convenções de direitos humanitários...”²⁰²

Considera a autora mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato de ratificação, uma vez que para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação da vontade do Executivo e do Legislativo; para o ato da denúncia também este deveria ser o procedimento.

Arnaldo Sussekind defende que se as normas internacionais se incorporam à legislação nacional, e considerando a aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional e posterior ratificação pelo Presidente da República, revogando ou modificando as leis que dispunham em contrário, parece injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder executivo. Até porque a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia de sua ratificação.²⁰³

Defende, deste modo, que a denúncia deva ser autorizada pelo Congresso Nacional ou submetida ao referendo, com a cláusula de condição suspensiva, eis que a denúncia da ratificação, no sistema da OIT, só tem eficácia doze meses depois de registrada na Repartição Internacional.

Importante destacar que, na prática, as Convenções da OIT vêm sendo denunciadas por ato do Presidente da República, como é de praxe para os demais tratados internacionais.

Nos precedentes do serviço exterior brasileiro prevalece o entendimento de que a competência para denunciar tratados internacionais é exclusiva do Presidente

²⁰² PIOVESAN, *op. cit.*, p. 79.

²⁰³ SUSSEKIND, Arnaldo. Parecer jurídico. **Adin n.º 1625/1997**, Rio de Janeiro, RJ, 17 de fevereiro de 1997.

da República, como se vê nas manifestações da Consultoria Jurídica do Itamaraty, especialmente na de Clóvis Bevilaqua.

Clóvis Bevilaqua, entende que se o próprio tratado admite que seus signatários o denunciem, a aprovação do seu texto, pelo Poder Legislativo, com essa cláusula, importa a habilitação prévia do Presidente para efetivar o distrato quando entenda oportuno, tanto mais que é privativamente sua a prerrogativa de negociar, concluir e firmar quaisquer avenças no plano internacional.

Depois de afirmar que a denúncia dos tratados é matéria da competência do Poder Executivo no parecer que emitiu acerca do desligamento do Brasil no Pacto da Sociedade das Nações, fundamenta a posição, no seguinte sentido:

“(...) O Poder Executivo celebra os tratados; quer a Constituição que o Congresso resolva sobre a sua conveniência, no momento da sua formação. Não exige que o Congresso se manifeste sobre a denúncia desses atos internacionais. Conclui-se desse silêncio que para a denúncia, a intervenção do Congresso é dispensável. E essa conclusão se corrobora, com a ponderação de que foi ao Poder Executivo que a Constituição entregou, privativamente, a manutenção das relações com os Estados estrangeiros, sendo a intervenção do Congresso, na formação dos tratados, uma exceção ao princípio geral, a qual somente se aplica ao caso que especifica. A própria aprovação dos tratados pelo Congresso é função executiva, como a confirmação da nomeação dos ministros diplomáticos. E do fato de ser necessária a confirmação do Senado para a nomeação dos ministros diplomáticos, não se infere que tenha de ser ouvido esse ramo do Congresso para a disponibilidade ou demissão desses funcionários, nos termos do art. 19 do Decreto no 14.057, de 11 de fevereiro de 1920.”²⁰⁴

Mariângela Ariosi afirma que há outro argumento para defender que a denúncia possa ser realizada por ato do Presidente da República sem a autorização do Congresso Nacional, *“(...) uma vez que, as relações internacionais são edificadas pelo Poder Executivo, inclusive a CRFB define, seu art. 84, VII, que é competência exclusiva do Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros e*

²⁰⁴ 19 Parecer in Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty, cit., vol. II (1913-1934), p. 347. “O Poder Executivo é o órgão a que a Constituição confere o direito de representar a Nação em suas relações com as outras” (...) “com a colaboração do Congresso, nos casos em que a Constituição a preceitua. Essa colaboração, porém, é excepcional; quando a Constituição guarda silêncio, deve entender-se que a atribuição do Poder Executivo, no que se refere às relações internacionais, é privativa dele”. p.350.

*acreditar seus representantes diplomáticos e, ainda, no VIII, do mesmo artigo, celebrar tratados, convenções e atos internacionais.*²⁰⁵

Advoga tese que a política externa brasileira é realizada pelo Poder Executivo, por meio de seu órgão, o Ministério das Relações Exteriores, e o Presidente da República, que no sistema presidencialista brasileiro acumula a função de Chefe de Estado e de Governo, é quem vai representar a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Assim, não apenas ele deve decidir sobre a celebração de tratados como também o melhor momento para se desfazer essa relação.

A autora assevera ainda que: “(...) no mesmo artigo 84, da Constituição Federal, o legislador quando quis submeter às decisões de política externa do Presidente da República ao referendado do Congresso Nacional o fez de forma expressa. Neste sentido, por exemplo, o inciso XIX, do art. 84, dispõe que compete privativamente ao Presidente da República declarar guerra, desde que com a autorização do Congresso Nacional, e no inciso XX, do mesmo artigo, celebrar a paz desde que com a autorização ou referendo do Congresso Nacional, logo o Presidente da República poderia denunciar a Convenção 158 da OIT sem autorização do Congresso Nacional.”²⁰⁶

De maneira geral os consultores jurídicos do Ministério das Relações Exteriores corroboram a tese da competência privativa do Presidente da República para denunciar tratados internacionais.

Levi Carneiro, consultor jurídico do Ministério das Relações exteriores, afirma que, se a autorização prévia é exceção, a regra geral, o Presidente da República não necessita estar antecipadamente autorizado pelo Congresso para agir no plano internacional. E se a denúncia de tratados não foi expressamente incluída na exceção, deve ela obedecer à regra geral, entrando no rol das atribuições privativas do Poder Executivo²⁰⁷.

Francisco Rezek defende que é a comunhão de vontades entre governo e parlamento que obriga o Estado a cumprir o tratado internacional e deste modo é

²⁰⁵ ARIOSI, Mariângela F. Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 507, 26 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5946>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

²⁰⁶ Id.

²⁰⁷ CARNEIRO, Levi. Parecer in **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty**. Vol. IV (1946-1951), p. 516. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 25 de abril de 2009.

suficiente a vontade de apenas um deles para desobrigar o Estado, por meio de denúncia ao cumprimento do tratado.

Afirma o autor que não há que se falar do princípio do ato contrário. As vontades reunidas do governo e parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante da celebração do tratado, e ao longo de sua vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional. Isso levará a conclusão de que nenhum tratado, dentre os que se mostrem rejeitáveis por meio de denúncia, deve continuar vigendo contra a vontade quer do governo, quer do Congresso. O ânimo negativo de um dos dois pilares políticos há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o sentimento do Estado²⁰⁸ ..

(...) O Estado é originariamente livre de compromisso tópicos: tal o princípio da tabula rasa, segundo o qual toda soberania nascente encontrará diante de si um espaço vazio de obrigações convencionais, preenchendo-o à medida que livremente se ponha desse momento em diante, a celebrar tratados. Parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, seja suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-lo por meio de denuncia.”²⁰⁹

Em suma, esta corrente afirma que a competência de celebrar tratados internacionais é exclusiva do Presidente da República por determinação constitucional expressa, assim, a competência para denunciá-los também o é.

Arnaldo Sussekind afirma que o ato da denúncia pressupõe a consulta ao poder Legislativo. O autor invoca o artigo 44, I da CF de 1969, cuja redação era

²⁰⁸ (...) Denúncia e Direito Interno: O estabelecimento de relações diplomáticas entre os Estados Unidos da América e a República Popular da China, nos anos setenta, levou o governo norte-americano a uma redefinição de sua postura ante a República da China (Taiwan), com a qual celebrara tratados diversos. Quando no governo Carter foi denunciado o Tratado de defesa mútua EUA-Taiwan, Barry Godwater e outros membros do Senado Americano pretenderam discutir, na Justiça o poder presidencial para a denuncia de tratados internacionais. Basicamente, o raciocínio dos autores neste litígio apoiava-se no princípio do ato contrário: se nos termos da Constituição a conclusão de um tratado depende de que conjuguem a vontade do Presidente dos Estados Unidos e a de dois terços do Senado, deve entender-se que essas mesmas vontades devem estar reunidas para escorar o rompimento do compromisso. A esse interessante problema a Justiça Americana deixou de dar solução, à base de um argumento que não constitui novidade para os juristas daquele País, e que não cessa de surpreender os analistas brasileiros, entre outros: o de que se tratava de uma questão política, estranha por isso ao deslinde do Judiciário. Cf: REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 12 ed. ver. E atual.. São Paulo: Saraiva. 2010. p.112

²⁰⁹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010, p.114

muito similar ao do art. 44 da CF de 1988 (A Constituição de 69 dispunha que competia ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais). A atual Constituição dispõe que o poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, (que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal). A permissão ao Executivo para revogar um tratado, por meio de denúncia, importaria em usurpação de poder, assim como a adesão requer a aprovação do Congresso Nacional, do mesmo modo a denúncia exige sua manifestação.²¹⁰

Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que o intento do artigo 49, I, é nítido: sujeitar à aprovação do Congresso Nacional todo ato internacional que acarrete encargo ou gravame para o patrimônio nacional, isto é, que traga ônus para o País.²¹¹

Acrescenta: (...) A redação inadequada deste inciso, não importa excluir, como parece a necessidade de aprovação por parte do Congresso Nacional de atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, como tratados e convenções, que não pesem diretamente sobre o patrimônio nacional. Cumpre lembrar que o artigo 84, VIII, prevê tal aprovação, “referendo”, como diz.

Conclui referido jurista que: “(...) a vontade do Estado Brasileiro, relativamente a atos internacionais, inclusive tratados e convenções, surge de um ato complexo onde se integram a vontade do Presidente da República que os celebra, e a vontade do Congresso Nacional, que os ratifica.”

No mesmo sentido, José Cretella Junior sustenta que os tratados, convenções, atos internacionais não adentram no mundo jurídico, como atos perfeitos e acabados, sem o referendun ou chancela do Congresso Nacional.²¹²

A necessidade de todos os trados celebrados pelo Presidente da República serem apreciados pelo Congresso Nacional e não apenas os que acarretarem

²¹⁰ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT e outros Tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 48.

²¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 21.

²¹² CRETTELA JUNIOR, J. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2907.

encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional, é na opinião de Luis Ivani de Amorim Araújo um imperativo categórico.²¹³

“(...) A única interpretação razoável para o artigo, 49, I da Constituição Federal é a extensiva. Forçoso admitir que se trata de caso em que o legislador constituinte disse menos do que pretendia (Lex minus dixit quam voluit). A forma final do art. 49, I não traduziu em sua plenitude o sentido colimado pelo legislador constituinte. É evidente que o desejo da Assembléia era estabelecer a necessidade da aprovação dos tratados internacionais pelo Congresso Nacional..”

Para Betina Treiger Grupenmacher a *“(...) tradição constitucional brasileira desde 1891, com exceção feita á Carta de 1937, impõe ação conjunta do Poder Executiva e do Poder Legislativo na conclusão de tratados internacionais. As disposições dos artigos 49, I e 84, VIII mantém, na atual Constituição, a necessária colaboração entre os poderes do Estado, que sempre foi regra comum nas Constituições brasileiras, sendo da União, segundo preceitua o artigo 21 da Carta Magna, a competência para manter relações com Estados estrangeiros e participar das organizações internacionais.”*²¹⁴

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros afirma que a competência para celebrar tratados foi tema intensos debates na Assembléia Constituinte de 1987/1988, ressaltando que no encerramento dos trabalhos, a Comissão de Redação não foi fiel a vontade do plenário, o que provocou o surgimento de dois dispositivos antinômicos: os art. 49, I e 84, VIII da Constituição.²¹⁵

²¹³ ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Constituição e relações internacionais. In: DOLINGER, Jacob (org.) **A nova constituição e o direito internacional**: propostas e sugestões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 43.

²¹⁴ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, 1999, p.86.

²¹⁵ (...) Quanto ao processo de celebração de tratados, foram apresentadas, nessa fase inicial dos trabalhos da Assembléia, numerosas sugestões. (...) As sugestões no sentido de submeter os tratados ao controle do legislativo foram as mais abundantes e serão referidas a seguir, com indicação do nome do constituinte proponente e com o resumo da sua justificativa:

1. Francisco Rollemberg: Art. ___ “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e quaisquer atos ou contrato internacionais celebrados pelo Presidente da República e que direta ou indiretamente obriguem o Brasil: II – autorizar ou aprovar empréstimos, operações e obrigações de qualquer natureza (...)”

Art ___ Compete privativamente ao Presidente da República: I – celebrar, ad referendum do Congresso Nacional, tratados convenções e quaisquer atos ou contratos internacionais , que direta ou indiretamente obriguem o Brasil....

Justificou a sugestão argumentando que nos últimos anos, se tem observado tendência para adoção de práticas que visem evitar o controle do Legislativo sobre os atos internacionais celebrados pelo Executivo e essa tendência é perniciososa, pois livre de controle e de fiscalização, o Poder Executivo compromete internacionalmente o País e os efeitos desses compromissos atingem duramente os

Considerando a controvérsia do tema, e os intensos debates já na Assembléia Nacional Constituinte, o autor elaborou estudo minucioso sobre o histórico dos artigos 49,I e 84, VIII, da Constituição Federal, no qual relata uma série de sugestões e justificativas apresentados pelos Constituintes, trazendo também a opinião de vários juristas e doutrinadores.²¹⁶

cidadãos. Se a soberania pertence ao povo é necessário que este, por seus representantes legítimos dê sua aprovação prévia a qualquer ato internacional.

2. Humberto Lucena: Art. ___ “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e quaisquer atos internacionais que direta ou indiretamente obriguem o Brasil (...)”

(...) A experiência dos últimos anos conforme Humberto Lucena tem corroborado a assertiva de que não se deve permitir ao Executivo a celebração de compromissos internacionais sem a audiência do Legislativo (...) nos últimos anos o Executivo tem procurado fugir ao controle do legislativo evitando submeter ao Congresso Nacional o textos de certos acordos, implicando em prejuízos para o povo o titular da soberania.

9. Fernando Henrique Cardoso: Art. ___ “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e quaisquer atos internacionais celebrados pelo Poder Executivo, bem como, na forma e nos limites fixados em Decreto Legislativo, sobre todos os atos internacionais que impliquem compromissos de qualquer espécie para o País.

²¹⁶ (...) Continua o autor. 19. Bancada do Partido dos Trabalhadores: 3. Roberto D’ávilla: Art. ___ “É atribuição do Presidente da República concluir tratados e convenções ad referendum do Congresso Nacional (...) Reconhecendo a tradição constitucional da maioria dos países do envio dos tratados, para a aprovação, sugeriu a obrigatoriedade da ratificação nos casos excepcionais de convenções aprovadas pelo parlamento em que o interesse humanitário se sobrepõe ao político, recomendando a proibição da denuncia desses tratados sem o prévio consentimento do Congresso.

Sugestões de Juristas: 1. Celso Albuquerque de Mello. Com as credenciais de quem há tempos se dedica a estudar e publicar trabalhos sobre normas constitucionais da ação exterior do Estado, sugeriu duas alternativas, uma no sentido de enumerar as matérias importantes que não poderão prescindir da aprovação do Congresso Nacional, como atos que criem compromissos financeiros, do tipo “acordos com o FMI”. E outra, no sentido de estabelecer a prescindibilidade da aprovação específica do Congresso Nacional nos acordos sobre matéria econômica, social e administrativa com prazo de validade e de denuncia restrita, desde que haja uma autorização geral, dada pelo Legislativo ao Executivo. Recomendou ainda a inclusão de dispositivo obrigando o envio ao Congresso, no prazo de 30 ou 60 dias, para conhecimento, dos tratados convenções e acordos do Executivo. Defendeu que a competência do Congresso Nacional não deve ser referida pela expressão “definitivamente” por ser imprópria. Nos casos de aprovação é o Poder Executivo que resolve de modo definitivo, ao ratificar ou não o tratado, e no que tange a denuncia de tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos e das convenções internacionais do trabalho, deve-se exigir a aprovação do Legislativo.

2.3 Sugestões do Itamaraty: (...) o consultor jurídico do Itamaraty, Antonio Augusto Cançado Trindade, preparou subsídios que foram transmitidos a alguns constituintes, para que o novo texto constitucional se mostrasse sensível com as necessidades e expectativas do Itamaraty.

O ministério das Relações Exteriores estudava a possibilidade de recomendar fórmula que estipulasse, a par do princípio geral da competência exclusiva do Congresso Nacional para aprovar os tratados internacionais celebrados pelo Executivo, os casos em que restritivamente, a aprovação do Legislativo estaria dispensada (atos simples que visassem tão somente executar ou interpretar obrigações ou direitos estabelecidos em tratados anteriores, prorrogação de tratados de natureza mista). Nesses casos, o Executivo poderia comprometer-se a notificar o Legislativo da celebração e conteúdo de tais atos, inaugurando assim uma nova era de cooperação entre os dois Poderes.

(...) Cançado Trindade, entendia oportuno que se desse um tratamento constitucional mais detalhado ao tema, como meio de contribuir a esclarecer dúvidas e incertezas que pairam sobre a matéria.

Afirma o autor que a decepção dos juristas logo ficou conhecida, uma vez que a Constituição de 1988 perdeu a oportunidade para disciplinar de forma moderna e clara a competência para celebrar tratados e ampliou mais as divergências sobre o tema.

José Sette Camara reconheceu que os constituintes certamente visaram limitar a liberdade do Executivo para a conclusão de acordos na área financeira internacional, sem audiência do Legislativo, como sempre se fez. Mas com esse objetivo em mente operaram uma revolução no nosso processo de resolução de tratados e presentearam o executivo com a liberdade ampla para ratificar sem o referendo do Congresso nacional qualquer tratado que não envolva encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio Nacional²¹⁷.

Antonio Augusto Cançado Trindade endossou os argumentos por José Sette Camara, filiando-se a linha de pensamento internacionalista de Hildebrando Accioly e outros, aduzindo um novo argumento: enquanto o art. 84, VIII refere-se a tratados, convenções e atos internacionais, o art. 49, I fala de acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Ou seja, os constituintes tiveram em mente “atos internacionais” equiparáveis por sua matéria e substância aos tratados e convenções e não evidentemente a todo e qualquer expediente do Ministério das Relações exteriores.

Para Cançado Trindade o objetivo é desonerar o Congresso Nacional de todo e qualquer ajuste relativo a acordos já aprovados anteriormente pelo Congresso²¹⁸.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, José Francisco Rezek, professor de direito internacional, apresentou aos constituintes uma das mais minuciosas colaborações. Sugeriu que os artigos 44, I e 81, X da Carta de 1969, passassem a ter a seguinte redação: “*É da competência exclusiva do Congresso Nacional: - resolver sobre os compromissos internacionais negociados pelo Presidente da República, salvo quando previamente autorizados por lei, ou por tratado em vigor (...)*” Já para o artigo 81 sugeriu a redação: “Compete privativamente ao Presidente da República: – negociar tratados e outros compromissos internacionais quando autorizados por lei ou por tratado anterior, submetendo-os, nos demais casos à aprovação do Congresso Nacional antes de ratificá-los” Francisco Rezek sustou que tal redação eliminaria toda argumentação possível no sentido de retirar do controle congressional qualquer faixa de compromisso exterior.

Afirmou que sua proposta encerraria basicamente com a idéia nuclear de que não há compromisso internacional factível só pela autoridade do Governo, pois nenhum compromisso internacional escapa àquela regra que o constituinte brasileiro, desde 1891, quis escrever com tanta clareza e ainda assim nesses anos todos foi tantas vezes inobservada. A regra do controle total do Congresso, para compromissos externos, controle que não comporta evasões...” Cf: Revista de Informação Legislativa. Senado Federal, sub-secretaria de edições técnicas. Tratado, Governo e Congresso. Brasília. jul/set. 2008. AN5 46. N. 179, p. 124.

²¹⁷ Revista de Informação Legislativa. **Senado Federal, sub-secretaria de edições técnicas:** Tratado, Governo e Congresso. Brasília. jul/set. 2008. AN5 46. N. 179, p. 119.

²¹⁸ Id.

Vicente Marotta Rangel, por sua vez, assinalou, de imediato, duas dissonâncias entre as disposições dos artigos 49, I e 84, VIII. Um submete ao Congresso Nacional “tratados, convenções e atos internacionais” (art. 84, VIII), o outro submete-lhe “tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art., 49, I) ²¹⁹.

Deste modo a questão da delimitação de competência entre o Presidente da República e o Congresso Nacional em matéria de conclusão de atos internacionais teria alcançado a solução surpreendente e de certo modo inédita, pois o critério de delimitação seria “encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Somente quando acarretasse é que um tratado ou acordo deveria ser submetido à decisão do legislativo.

Todavia, defende o autor que antinomia entre os artigos citados é apenas aparente, sendo que esta conclusão se arrima em três espécies de argumentação: razões hermenêuticas, históricas e propriamente constitucionais: hermenêutica: todos os tratados convenções e atos internacionais precisam ser submetidos ao Congresso Nacional, especialmente àqueles que acarretarem compromissos gravosos; históricas: há que se observar que o período da elaboração da Constituição foi bastante influenciado por discussões sobre a juridicidade dos acordos de empréstimo que levaram ao crescimento da dívida externa brasileira, ou seja, o objetivo era enfatizar a competência do Congresso Nacional em relação a um tipo específico de ato internacional (aquele que acarreta compromisso gravoso) e não o propósito de subtrair dessa competência os demais atos internacionais; razões propriamente constitucionais: cabe ao Congresso exercer o poder legislativo e dispor com a sanção do Presidente da República sobre todas as matérias de competência da União)²²⁰.

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, após análise detalhada de todos os fatos, argumentos, opiniões e sugestões que envolveram a elaboração dos artigos 49, I e 84, VIII da Constituição Federal de 1988, conclui, que do ponto de vista histórico-teleológico, a conclusão só pode ser que o legislador constituinte desejou estabelecer a obrigatoriedade do assentimento do Congresso para os tratados

²¹⁹ Ibid., p. 120.

²²⁰ Revista de Informação Legislativa. **Senado Federal, sub-secretaria de edições técnicas:** Tratado, Governo e Congresso. Brasília. jul/set. 2008. AN5 46. N. 179, p. 120.

internacionais, dando ênfase para aqueles que acarretem encargos, gravames, ônus financeiros para o patrimônio nacional²²¹.

Ainda, do ponto de vista lógico-sistemático, considera que os dispositivos em questão fazem parte do mesmo título da Constituição (da organização dos poderes) e são equivalentes a duas faces de uma mesma moeda: o artigo 84, VIII, confere ao Presidente da República o poder de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas especifica que estão todos sujeitos a referendo do Congresso Nacional; o artigo 49, I destaca que os tratados, acordos ou atos internacionais, assinados por quaisquer autoridades do Governo brasileiro, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, precisam ser aprovados pelo Congresso.

Arnaldo Sussekind afirma que o ato da denúncia pressupõe a consulta ao poder Legislativo. O autor invoca o artigo 44, I da CF de 1969, cuja redação era muito similar ao do art. 44 da CF de 1988 (A Constituição de 69 dispunha que competia ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais). A atual Constituição dispõe que o poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional (que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal). A permissão ao Executivo para revogar um tratado, por meio de denúncia, importaria em usurpação de poder, assim como a adesão requer a aprovação do Congresso Nacional, do mesmo modo a denúncia exige sua manifestação.

Pontes de Miranda, citado por Arnaldo Sussekind em parecer elaborado para Central Única dos Trabalhadores, afirma que aprovar tratado convenção ou acordo, permitindo que o poder executivo o denuncie, sem consulta nem aprovação é subversivo dos princípios constitucionais.

Em relação à organização dos poderes, José Afonso da Silva preleciona que a função legislativa de competência da União é exercida pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e Senado Federal, sendo que o Senado representa os Estados Federados e a Câmara dos Deputados representa o povo, a nação brasileira.²²²

²²¹ Ibid., p. 122.

²²² SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.87.

Conforme previsão da Própria Constituição Federal, o Congresso Nacional tem como principal função, a legislativa e fiscalizadora, não seria razoável, nem mesmo lógico, que o Congresso participasse do processo de ratificação e ficasse excluído do processo de denúncia. Aceitar a denúncia por ato único do chefe de executivo, seria um retrocesso ao processo democrático.

De suma importância ainda analisar a diferença entre competência exclusiva (art. 49) e competência privativa (art.84).

Cristian Edward Cyril Lynch afirma que em direito constitucional, do ponto de vista doutrinário, não resta dúvida acerca da diferença entre competência exclusiva e competência privativa. A Privativa embora exercida por um único órgão, comporta delegação para que outro o exerça, ao passo que na competência exclusiva essa possibilidade é vedada.

Afirma o autor: *“(...) Como recorda José Afonso da Silva (2002) competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”. Nesse sentido as competências exclusivas e privativas se diferenciam das competências comuns ou concorrentes, que podem ser exercidas simultaneamente por mais de uma autoridade.*²²³

No caso das normas constitucionais, em referência, isso significa que o Presidente da República pode delegar a outrem a tarefa de celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

Já ao Congresso Nacional, como depositário de competência exclusiva, não é facultado a possibilidade de delegar a incumbência constitucional de resolver definitivamente sobre tratados acordos ou atos internacionais.

Neste sentido, conclui Cristian Edward Cyril Lynch que resolver definitivamente não significa apenas aprovar ou desaprovar totalmente, não sendo possível extrair a idéia da exegese desses comandos constitucionais; que a Constituição Federal de 1988 tenha outorgado ao Poder Executivo o monopólio da definição soberana do conteúdo e do destino dos acordos internacionais.

Advoga ainda a importância do princípio da equipotência entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo (mecanismo de freios e contrapesos) que tem a

²²³ “(...) O presidente da República pode delegar a outrem a tarefa de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, é efetivamente o que ele faz a mais das vezes, outorgando cartas de plenos poderes a embaixadores, plenipotenciários extraordinários, ou qualquer outro agente seu. Cf: Revista de Informação Legislativa. **Senado Federal, sub-secretaria de edições técnicas**: Tratado, Governo e Congresso. Brasília. Jan/mar. 2009. ANO 46. N. 181, p. 198.

finalidade de garantir equilíbrio sistêmico de modo a impedir, que mais fortalecido que o outro, um dos poderes acabe por atacá-lo, ou aniquilá-lo abrindo as portas para o autoritarismo.

Convém registrar que o debate sobre a denúncia da Convenção 158 permanece vivo na Suprema Corte Brasileira, pois a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (CONTAG) ajuizou em 1997 a ADI 1625 impugnando o Decreto 2100, de 1996, alegando a sua inconstitucionalidade, uma vez que só o Congresso Nacional, que aprovou a Convenção, poderia autorizar a denúncia, procedida pelo Poder Executivo. (artigo 49, I, da CF), conforme se verá a seguir.

CAPÍTULO IV- A CONSTITUIÇÃO E A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE, A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 (ADI 1625) E A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AO EMPREGO.

4.1. A Constituição e a Fiscalização da Constitucionalidade.

A Constituição é a Lei fundamental de um Estado e pode ser estudada a partir de vários ângulos e múltiplas perspectivas.

Eduardo G. Enterría, citado por Clemerson Merlin Cleve, conceitua a Constituição como documento normativo do Estado e da sociedade que representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando o *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando sempre, positiva ou negativamente os poderes públicos. Os cidadãos têm hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.²²⁴

Segundo Clemerson Cleve, a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos demanda a satisfação de alguns pressupostos, como:

- a) a existência de uma Constituição formal,
- b) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais, distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais) e
- c) previsão, pelo menos de um órgão dotado de competência para o exercício desta atividade.²²⁵

O objetivo do controle de constitucionalidade é impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico.

O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da Constitucionalidade. Mas a fiscalização somente ocorrerá se a própria Constituição atribuir expressa ou implicitamente a um ou a mais órgãos,

²²⁴ CLEVE, Clemerson Melin, **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21.

²²⁵ *Ibid.*, p. 29.

competência para exercitá-la. Esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional como política, tanto pode no primeiro caso integrar a estrutura do Judiciário, como residir fora dela.

A doutrina costuma definir como inconstitucional um ato normativo, cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, de modo expresso ou implícito ao dispositivo constitucional.²²⁶

As diferentes formas de inconstitucionalidade são: a) Inconstitucionalidade formal ou orgânica: inobservância das formalidades legais ou feitas por autoridades incompetentes, decorre do vício da incompetência do órgão que elabora o ato normativo; b) Inconstitucionalidade material: contrária ao conteúdo da norma constitucional, importa verificar se o ato normativo é compatível com o conteúdo da Constituição; c) Inconstitucionalidade por omissão: não elaboração de atos legislativos ou administrativos previstos na norma constitucional.

Cumprе ressaltar que a inconstitucionalidade pode ser total ou parcial, conforme esteja contaminado o ato normativo, no todo ou em parte; segundo Clemerson Cleve, da distinção é possível deduzir regra de parcelaridade dos atos normativos, ou seja, os atos normativos para efeito de fiscalização constitucional podem sofrer parcelamento, assim, não deverá ser declarada a inconstitucionalidade total de uma lei (no sentido material ou formal) caso apenas parte dela esteja tomada por vício ou vícios. Neste sentido, apontamos como exemplo a ADIn 1480-3 proposta pela Confederação Nacional da Indústria que pretendia a suspensão de parte (artigos 4º e 10º) da Convenção 158 da OIT.²²⁷

O controle de Constitucionalidade pode ocorrer de diversas formas, dependendo do momento que é realizado pode ser: a) controle preventivo: realizado antes da elaboração da lei, não vincula o judiciário, é exercido pelo poder legislativo e pelo poder executivo, para o STF pode ser exercido pelo judiciário. O legislativo exerce o controle por meio de suas comissões, principalmente a comissão de constituição e justiça. No legislativo, por meio de veto jurídico a projetos de leis inconstitucionais; e b) controle repressivo: é utilizado quando a lei já está em vigor,

²²⁶ CLEVE, *op. cit.*, p. 35.

²²⁷ No caso da ADIN 1.480-3-DF, a Confederação Nacional da Indústria pretendia a suspensão apenas dos artigos 4 e 10 (que proíbem a dispensa injustificada e estabelecem a anulação da dispensa ordenando a reintegração do empregado ou pagamento de uma indenização adequada), pois julgavam que os mesmos estavam em desacordo com a Constituição Federal, os demais dispositivos não foram objetos da Ação.

caso haja um erro na fase preventiva, tem como objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo.

No que diz respeito aos critérios, ou sistemas de controle de constitucionalidade, o mesmo está dividido em difuso e concentrado.

No sistema difuso, o controle de constitucionalidade é exercido por todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário (esse sistema é exercido no âmbito do caso concreto e por envolver interesse do autor e réu, permite que todo e qualquer juiz analise o controle de constitucionalidade; este, por sua vez, não julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, apenas aprecia a questão e deixa de aplicá-la).

No sistema concentrado, o controle constitucional é exercido por um tribunal superior, ou corte constitucional (Supremo Tribunal Federal). As ações diretas no sistema concentrado têm por mérito a questão da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais. Não se discute nenhum interesse subjetivo e sim a discussão direta de inconstitucionalidade.

O Brasil adota o sistema misto, ou seja, difuso e concentrado, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão de cúpula do poder Judiciário guardião da Constituição Federal. O artigo 103 da Constituição Federal estabelece quem pode propor Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade.

4.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Conforme posto a Ação Direta de Inconstitucionalidade é um instrumento utilizado no chamado controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante o supremo Tribunal Federal.

Podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, I, a, da CF, dispõe de competência para processar e julgar originariamente a ação direta de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Os atos municipais, por via de ação direta, são impugnáveis apenas no plano estadual (em face da Constituição Estadual), somente os atos normativos do poder público desafiam a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que ao contrário da Constituição anterior, que limitava o direito de propor ação direta de inconstitucionalidade, a ampliação do rol dos titulares do direito de propositura, resultou na multiplicação de ações de inconstitucionalidade, que hoje soterram o STF²²⁸.

Clemerson Cleve leciona que tendo em conta que o artigo 60, parágrafo 4º, da CF, ao elencar as limitações materiais (cláusulas pétreas ou intangíveis) ao poder de reforma constitucional dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (qualquer uma delas) a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais; parece legítimo admitir-se que aí nessa matéria residiria a única hipótese de fiscalização jurisdicional abstrata preventiva.²²⁹

Diferentemente das decisões proferidas em outros processos judiciais, nos quais o efeito da decisão proferida dirige-se em regra apenas às partes que dele participaram, a decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade alcança quem não participou do processo onde ela foi proferida. A isso a doutrina denomina de efeito *erga omnes*.

Registre-se que no Brasil não há previsão expressa quanto aos efeitos da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, cabendo ao STF defini-los.

A coisa julgada, entretanto, não congela de modo definitivo a jurisprudência do Superior Tribunal Federal, pois a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria.

No que diz respeito aos efeitos da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Alfredo Buzaid defende o direito brasileiro, construído segundo as condições peculiares à tradição americana; inteiramente diversa da linha de evolução do pensamento europeu, segundo ele, sempre se entendeu entre nós,

²²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed.rev.e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

²²⁹ CLEVE, *op. cit.*, p. 185.

de conformidade com os constitucionalistas norte-americanos, que toda a lei adversa à Constituição é ABSOLUTAMENTE NULA, não simplesmente anulável.²³⁰

A decisão judicial segundo a doutrina consagrada é declaratória (declara um estado pré-existente) e não constitutiva-negativa; o ato judicial não desconstitui a lei, tal como ocorre em outros modelos de fiscalização, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado, e por esse motivo a decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada.²³¹

Clemerson Cleve atenta para o fato de que apenas a nulidade e não a anulabilidade pode autorizar os Poderes Executivos e legislativo a invalidar seus próprios atos quando os considerem inconstitucionais. Porque o ato inconstitucional no Brasil é nulo (e não simplesmente anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. Sendo nulo, o ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta a inconstitucionalidade atinge todos os possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar, inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Citando o Ministro Moreira Alves, afirma que sendo nula a lei declarada inconstitucional, permanece vigente a legislação anterior a ela que teria sido revogada não houvesse a nulidade.²³²

4.3. Ação Direta de Constitucionalidade.

A Emenda Constitucional 03/1993 instituiu a “ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. Foi ela criada com o objetivo de, por meio de controle concentrado, poder ser definida pelo STF a constitucionalidade de ato normativo federal. Sim porque antes disto, quando os legitimados para agir não entendiam inconstitucional o ato normativo e propunham a respectiva ação direta de inconstitucionalidade, as demandas em que se argüia este vício proliferaram nas instâncias inferiores, com decisões contraditórias gerando

²³⁰ BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 128.

²³¹ CLEVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 244.

²³² *Ibid.*, p. 249.

insegurança jurídica. E em geral com graves prejuízos para a União, pois via de regra eram leis tributárias o objeto desses litígios²³³.

Esta ação de constitucionalidade segue quanto aos aspectos gerais a ação de inconstitucionalidade. Hoje por força da Emenda Constitucional 45/2004, tem legitimidade para propor a ação declaratória de constitucionalidade todos os que possuem para mover a ação direta de inconstitucionalidade.

4.4 O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical e material.

Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que o tema deste ensaio é inédito no Brasil e seu aparecimento se deu a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004 e até o presente momento, passados mais de quatro anos dessa alteração constitucional, nenhum jurista pátrio chegou a desenvolvê-lo.

Afirma: “(...) Nenhum autor brasileiro (constitucionalista ou internacionalista) percebeu até o presente momento a amplitude e a importância dessa nova temática capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro. Versamos ineditamente o assunto no Capítulo II, da nossa tese de doutorado da UFRG’S.”²³⁴

O autor sustenta a tese de que a Emenda Constitucional 45 ao acrescentar o §3º ao art. 5º da Constituição trouxe a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um quorum qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um status materialmente constitucional para condição formal de tratados equivalentes às emendas constitucionais.²³⁵

Para ele, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais, (§2º do art. 5º da CF) ou material e formalmente constitucionais, (§3º do art. 5º da CF), é lícito entender que para além do clássico “controle de constitucionalidade” deve ainda existir, doravante, um “controle de convencionalidade” das leis que é a compatibilização da produção normativa

²³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed.rev.e aum. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

²³⁴ Revista de Informação Legislativa. **Senado Federal, sub-secretaria de edições técnicas**: Tratado, Governo e Congresso. Brasília. Jan/mar. 2009. ANO 46. N. 181, p. 114.

²³⁵ Ibid., p.115.

doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no País. Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm status de norma constitucional, nos termos do §2º do art. 5º da CF, ou se são equivalentes a emendas constitucionais aprovadas pela maioria qualificada, (§3º do art. 5º da CF), significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.

Leciona Valério de Oliveira Mazzuoli: *“(...) os instrumentos convencionais comuns têm status supra-legal no Brasil, posto que não podem ser revogados pro lei interna posterior como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, tais tratados comuns também servem de paradigma ao controle de norma infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma de controle de convencionalidade (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de legalidade das normas infraconstitucionais.”*²³⁶

Para o autor, isto tudo demonstra que todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para análise de sua compatibilidade com o sistema atual, passar por dois níveis de aprovação: 1) a Constituição e os tratados de direitos humanos e; 2) os tratados internacionais comuns, ratificados e em vigor no País.

Sustenta que para a vigência e a validade da produção doméstica de um direito, é necessária a sua compatibilidade com texto constitucional em vigor, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, o qual pode ser combatido por via difusa (de exceção ou defesa) ou pela via concentrada (ou abstrata) de controle, a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão em qualquer juízo ou tribunal do país e a segunda por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal.²³⁷

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, a primeira idéia a fixar é que a produção normativa doméstica deve ser compatível, em primeiro lugar com a Constituição Federal, devendo ser observados limites formais e materiais. A lei que

²³⁶ Revista de Informação Legislativa. **Senado Federal, sub-secretaria de edições técnicas:** Tratado, Governo e Congresso. Brasília. Jan/mar. 2009. ANO 46. N. 181, p. 115.

²³⁷ Ibid., p. 116.

conflita com a Constituição é inválida; e se tratar de lei antinômica anterior à Constituição de 1998, fala-se em não recepção (ou invalidade) a lei que conflita com o Direito Internacional de Direitos Humanos, pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (CF e DIDH), se conduz à invalidade

Conclui o autor que após a Emenda Constitucional 45/2004, o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle de normas: o controle da convencionalidade das leis. A produção doméstica conta com um duplo limite vertical material: 1) a Constituição e os tratados de direitos humanos; e 2) tratados internacionais comuns. Os tratados de direitos humanos, assim como as disposições constitucionais tornam-se paradigmas do controle concentrado e autorizam os legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao STF, já os tratados internacionais comuns servem de paradigma de controle de legalidade e eventual incompatibilidade, invalidam a produção doméstica.

4.5 A Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Indústria em conjunto com a Confederação Nacional do Transporte - ADI 1480-3.

A Confederação Nacional da Indústria em formação litisconsorcial ativa com a Confederação Nacional do Transporte ingressou junto ao STF, com Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo nº 68 de 1992, que aprovou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e do Decreto 1.855/1996, que promulgou esse mesmo ato normativo de direito internacional público.

A arguição de inconstitucionalidade parcial da Convenção 158 da OIT, com pedido de suspensão cautelar, foi sustentada em sede de controle normativo abstrato, ao argumento que os artigos 4º a 10º da Convenção qualificam-se como normas inconstitucionais, quer sob o aspecto formal (porque este ato internacional, mesmo já incorporado ao sistema de direito positivo interno, não pode atuar como sucedâneo da Lei complementar exigida pela Constituição Federal (art. 7º, I), para a disciplinação do tema concorrente à proteção do trabalhador contra despedida arbitrária), quer sob a dimensão material (a Convenção 158 ao dispor sobre a

possibilidade de reintegração compulsória arbitrariamente demitido, divergiu do modelo constitucional que apenas consagra nos termos do art. 7º, I da CF e do art. 10, I do ADCT, a garantia da indenização compensatória.

O Ministro Celso de Mello, relator (vice-presidente, no exercício da presidência), em seu despacho, esclareceu ser inquestionável a legitimidade ativa *ad causam*, das entidades sindicais de grau superior, para a instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Afirmou o ministro Celso Mello que não obstante a controvérsia doutrinária em torno do dualismo e do monismo, e da internalização dos tratados internacionais, aprovada a Convenção 158 pelo Congresso Nacional e regularmente promulgada, suas normas gozam de aplicação imediata, mesmo porque o *iter* procedimental de incorporação da Convenção à ordem positiva interna do Brasil já se concluiu; eis que além de sua aprovação definitiva Pelo Congresso Nacional, sobreveio, a par da ratificação, a promulgação do texto convencional pelo Presidente da República através do Decreto 1.855 de 1996.

Após discorrer sobre a hierarquia dos tratados internacionais, sobre a paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais, destacou a relevância da arguição de inconstitucionalidade e conveniência da requisição de prévias informações, pois, fixadas as premissas especialmente aquelas concernentes ao reconhecimento da incorporação formal da Convenção 158 da OIT ao direito interno brasileiro e, de outro à possibilidade de controle normativo abstrato da constitucionalidade de atos internacionais, bem como, as razões invocadas pelas Confederações patronais autoras, ressaltou o Ministro Celso Mello que para efeito de ampla análise e discussão da matéria, que havia a necessidade de requerer junto aos órgãos que emanaram os atos ora impugnados, maiores informações .

Argumentou Celso Mello: “(...) *Impõe-se destacar, que na matéria registra-se ampla controvérsia doutrinária, pois se existem autores ilustres que sustentaram a plena validade da Convenção 158 da OIT (Sergio Pinto Martins, Denise Maria Schellenberger, José Alberto Couto Maciel, Antonio Alvares da Silva), também há aqueles que em magistério igualmente autorizado, perfilham a tese da incompatibilidade desse ato internacional com o texto da Constituição da República (Arion Sayão Romita, José Otavio Patricio de Carvalho).*

Concluiu que a existência desse dissídio doutrinário justifica a previa requisição de informações aos órgãos que emanaram os atos ora impugnados,

submetendo o pedido de suspensão cautelar à apreciação do Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, a Suprema Corte, por maioria, concedeu a medida liminar requerida, suspendendo a eficácia desses diplomas normativos até o julgamento final da ADIn. Entretanto, em 20 de dezembro de 1996, foi editado o Decreto n. 2.100, para tornar público o registro da denúncia da Convenção efetuado pelo Brasil junto à OIT, em 20 de novembro do mesmo ano. O referido diploma mencionava que, a partir de 20 de novembro de 1997, isto é, um ano após o registro da denúncia, a Convenção n. 158 não estaria mais em vigor no País, consoante previsto pelo art. 17, parágrafo 1, desse tratado.

Em razão dessa denúncia, o Supremo Tribunal Federal julgou extinta a ADIn pela “perda superveniente de seu objeto”.

4.6. A Ação Direta de Inconstitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 (ADI – 1625) e o Superior Tribunal Federal

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (CONTAG) em conjunto com a Central Única dos Trabalhadores, ajuizou em 1997 a ADI 1625,²³⁸ impugnando o Decreto 2100, de 1996, alegando a sua inconstitucionalidade, uma vez que só o Congresso Nacional, que aprovou a Convenção, poderia autorizar a denúncia, procedida pelo Poder Executivo. (artigo 49, I, da CF)

A situação da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade é a seguinte²³⁹:

Preliminarmente, a Corte não conheceu da ação em relação à requerente Central Única dos Trabalhadores. No mérito, o relator, ministro Maurício Corrêa considerou a imprescindibilidade da intervenção do parlamento nos casos de denúncia unilateral de tratados.

Em sua visão, a competência outorgada ao Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados” incluiria não apenas “(...) a *faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão...*”. Assim, somente outra norma da mesma

²³⁸ ADI-1625 – (CUT/CONTAG), disponível no site do STF: www.stf.jus.br

²³⁹ Referida Ação Direta de Inconstitucionalidade teve até agora quatro votos, três no sentido de sua procedência (Ministro Maurício Corrêa, Carlos Brito e Joaquim Barbosa) e um contrário (Ministro Nelson Jobim), atualmente encontra-se em vistas com a Ministra Ellen Grace.

hierarquia poderia retirar do ordenamento jurídico brasileiro os tratados, pois, em caso contrário, conceder-se-ia ao Presidente da República a prerrogativa de derrogar, sem o aval do Poder Legislativo, ato normativo com força de lei, por esse último, aprovado.

Do mesmo modo que a aprovação de tratados seria um ato complexo, a sua denúncia também o seria, devendo intervir o Parlamento. O voto concluiu pela declaração de interpretação conforme ao Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, para determinar que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena.

O voto foi acompanhado pelo ministro Carlos Britto.

Em seguida, o ministro Nelson Jobim pediu vista dos autos e concluiu no sentido da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Segundo o ministro Jobim, uma leitura do princípio da separação de poderes do modo com que se desenvolveu no Brasil levaria à conclusão de que o Presidente da República pode denunciar tratados sem a intervenção do Congresso Nacional, aliás, como tem feito há décadas.

Concluiu que não havia a necessidade do referendo do Parlamento.

O Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos para uma melhor reflexão e, em voto-vista, julgou o pedido integralmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do decreto impugnado, por entender não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional.

Salientou, inicialmente, que nenhuma das Constituições brasileiras tratou especificamente do tema relativo à denúncia de tratados internacionais e que os artigos 49, I e 84, VIII, da CF/88, embora não admitissem a participação do Congresso Nacional na denúncia dos tratados, também não seriam expressos ao vedar essa participação.

Neste sentido, reputou necessário analisar o papel que o Congresso Nacional possuiria historicamente na processualística dos tratados internacionais, ressaltando que o papel do Legislativo na história constitucional brasileira não se limitaria a uma postura meramente passiva de aprovação ou reprovação de tratados, e citou ocasiões em que o Poder Legislativo aprovou tratado com ressalvas, ou até mesmo o emendou.

Afirmou, ainda, que a Constituição de 1988 fortaleceu extremamente o papel do Poder Legislativo em várias áreas e que, por isso, seria inviável levar adiante um argumento de natureza constitucional que pretendesse dele retirar uma função relevante na denúncia de tratados, ante a ausência total de normas a respeito. Aduziu, também, que o atual texto constitucional — ao estabelecer de maneira sistemática, pela primeira vez na história constitucional, princípios que regem as relações exteriores do Brasil (art. 4º) - teria reforçado o papel do Parlamento em matéria de política exterior. Cumpriria a todos os Poderes, e não só ao Executivo, portanto, zelar por tais princípios, bem como fiscalizar a atuação da política externa e dessa forma, impedir que, por exemplo, o Congresso pudesse analisar o descumprimento de um dos princípios constitucionais pela denúncia de um tratado, significaria esvaziar por completo o conteúdo útil do referido art. 4º.

Demonstrou, ainda, que o fortalecimento do papel do Parlamento não seria fenômeno isolado no Brasil e que Constituições de vários outros países já teriam estabelecido a possibilidade da participação do Poder Legislativo na denúncia de tratados internacionais. Observou, ademais, que a tendência, cada vez mais crescente de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados representaria o surgimento, no direito comparado, do princípio da “co-participação parlamento-governo em matéria de tratado”, segundo o qual é da própria essência do tratado que ele, para comprometer um Estado interna e externamente, precise da deliberação do órgão parlamentar e do órgão executivo, e que, sendo essa característica da essência do tratado, qualquer ato que vise à desvinculação voluntária deste por um Estado também precisa passar pelo crivo parlamentar.

O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou, ainda, a processualística dos tratados internacionais no Brasil e a função que o tratado exerce no direito interno brasileiro militariam a favor da tese de que a denúncia não poderia ser unilateral por parte do Poder Executivo, conforme se depreenderia, inclusive, da jurisprudência do Supremo. Registrou que, desde o julgamento do RE 80.004/SE (DJU de 29.12.77), o Pleno da Corte consolidou entendimento de que os tratados possuiriam o mesmo nível hierárquico das leis, sendo o pressuposto para admitir essa identidade hierárquica que o tratado possuiria força de lei, ou seja, equiparar-se-ia materialmente às leis.

Deste modo, se os tratados possuem força de lei, eles somente poderiam ser revogados por um ato posterior de idêntica ou superior hierarquia. Defendeu que reconhecer a possibilidade de um tratado ser denunciado unilateralmente pelo Presidente da República seria reconhecer que seu decreto que torna pública a denúncia teria força de lei e que isto seria contraditório, haja vista a Constituição de 1988 não reconhecer a existência de nenhum ato com força de lei em que o Parlamento não tivesse algum tipo de intervenção.

Citou, também, a decisão da Corte na ADI 1480 MC/DF (DJU de 18.5.2001), no sentido de que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República (CF, art. 84, VIII).

Com base nesse entendimento, frisou que a intervenção do Parlamento no processo de aprovação dos tratados não decorreria apenas da previsão da existência de um controle a ser exercido sobre a atividade do Executivo; isto é, a aprovação, ou reprovação, seria ato de vontade concordante ao conteúdo disposto no tratado. Disso se retirariam pelo menos três conseqüências:

1) a intervenção parlamentar seria essencial para que o tratado existisse internamente e, sendo da própria natureza do tratado que o Parlamento atuasse na sua constituição, seria óbvio que também o fizesse na sua desconstituição;

2) se o tratado seria expressão da vontade do Parlamento, o exercício de tal vontade não ocorreria no vácuo, ou seja, quando o Congresso aprovasse um tratado para futura ratificação e incorporação ao direito interno, ele aprovaria o próprio conteúdo de algo que se poderia chamar de “política convencional”. Reconhecer que o Parlamento seria árbitro de uma “política convencional” durante o processo de aprovação implicaria necessariamente que ele deveria ser árbitro dessa mesma “política convencional” durante o processo de denúncia;

3) seria preciso reconhecer que o tratado internacional a que um Estado se vincula seria expressão da vontade atual e efetiva dos órgãos envolvidos. Sendo autônomas as vontades do Executivo e do Legislativo, na formação, elas assim deveriam permanecer até que os dois Poderes, de maneira conjunta e ordenada, decidissem alterar tal vontade, cada um dentro de suas próprias atribuições.

Considerou o Min. Joaquim Barbosa que a intervenção do Parlamento não significaria, entretanto, o esvaziamento por completo da atuação do Poder Executivo nesse campo, o qual continuaria com a prerrogativa de decidir quais tratados deveriam ser denunciados e o momento de fazê-lo.

Ao Congresso Nacional, por sua vez, caberia autorizar a denúncia do tratado que seria, ou não, feita pelo Chefe do Poder Executivo. Essa divisão de competências teria o condão de democratizar a processualística dos tratados internacionais. Acrescentou que, além dessas razões, as circunstâncias concretas do caso deixariam mais evidente a necessidade de reconhecer que os tratados somente poderiam ser denunciados com anuência prévia do Congresso Nacional. Dentre elas, mencionou a forma com que o Congresso Nacional teria aprovado o texto da Convenção 158 da OIT e, ainda, o fato de essa Convenção versar sobre direitos humanos.

Quanto à primeira circunstância, observou que o Decreto Legislativo 68/92 por meio do qual aprovada a Convenção 158 da OIT conteria apenas dois artigos, sendo que o parágrafo único do seu art. 1º (“São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.”) teria como objetivo não só impedir que o Poder Executivo viesse a concluir tratados que pudessem emendar ou alterar o tratado original sob a alegação de que se estaria a concluir um acordo do Executivo, mas, principalmente, resguardar a necessidade de o Congresso intervir nos casos de denúncia.

Quanto à segunda circunstância, disse que a Convenção sob análise não seria um tratado comum, mas um tratado que versa sobre direitos humanos, apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, caberia cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004, a essa Convenção. No ponto, afirmou que, apesar de o Decreto que incorporou a Convenção ao direito brasileiro ser de 1996, ainda que não se admitisse a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 possuíssem estatura constitucional, seria plausível defender que possuíssem estatura supralegal, porém infraconstitucional.

Reconhecido o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e considerando-se a Convenção 158 da OIT como um tratado de direitos humanos, concluir-se-ia não ser possível sua denúncia pelo Poder Executivo sem a

intervenção do Congresso Nacional. Do contrário, permitir-se-ia que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiada pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo e, ainda, que o Poder Executivo, por vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.

Finalmente, Ministro Joaquim Barbosa julgou inadequada a solução de dar interpretação conforme o Decreto impugnado, tal como feito pelo Ministro Maurício Corrêa, relator.

Primeiro, reputou equivocado, tecnicamente, falar que a denúncia estaria condicionada à aprovação do Parlamento, visto que o Decreto impugnado não denunciaria o tratado internacional, por ser a denúncia um ato tipicamente internacional e, por isso, impassível de controle jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim tornaria pública a denúncia feita, a produzir seus efeitos em um determinado tempo. Tendo em conta que a publicação de qualquer ato normativo, inclusive tratados, seria pressuposto necessário para a sua obrigatoriedade, afirmou que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96 teria como conseqüência a retirada da publicidade do ato da denúncia,; e que isso levaria à não-obrigatoriedade da denúncia no Brasil, não obstante operativa no plano internacional, e à manutenção da vigência do Decreto que incorporou a Convenção 158 da OIT ao direito interno brasileiro.

Assim, a conclusão do relator seria inviável por extrapolar o sentido do Decreto 2.100/96, levando a Corte a cumprir nítida função legislativa.

Segundo, entendeu que o uso da técnica da interpretação também seria equivocada, por pretender interpretar um ato que violaria não materialmente, mas formalmente a Constituição.

Em virtude de a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional, o Ministro Joaquim Barbosa explicitou duas conseqüências advindas da declaração de inconstitucionalidade: 1) a declaração de inconstitucionalidade somente teria o efeito de tornar o ato de denúncia não-obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como conseqüência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT continuaria em vigor. Caso o Presidente da República desejasse que a denúncia produzisse efeitos também internamente, teria de pedir a autorização do Congresso Nacional; e, somente, então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional; 2) a declaração de inconstitucionalidade somente atingiria o

Decreto que deu a conhecer a denúncia, nada impedindo que o Presidente da República ratificasse novamente a Convenção 158 da OIT.

Atualmente os autos encontram-se conclusos com a Ministra Ellen Gracie, para análise e elaboração de voto.

Importante ressaltar que mesmo à despeito de todos acontecimentos relatados, o atual Presidente, Luis Inácio Lula da Silva, reagiu de modo favorável à Convenção 158 da OIT.

Em fevereiro de 2008 o governo encaminhou consulta (mensagem 59/2008) a respeito da Convenção 158, sobre a possibilidade de submeter a Convenção à nova apreciação do Congresso Nacional.

V. CONCLUSÃO .

Por todo o exposto, conclui-se que a Constituição de 1988 tornou-se um marco jurídico de transição ao regime democrático, avançando positivamente nos campos dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do Mundo no que diz respeito à matéria.

Desde o seu preâmbulo a constituição busca a construção de um Estado democrático de direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Estabelece pontualmente que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e fundamenta-se, dentre outros, nos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A proteção da dignidade da pessoa humana, mais do que um princípio em si, é uma condição fundamental e impõe-se como núcleo básico de todo o ordenamento jurídico.

A matéria disciplinada pela Convenção 158, a proibição da dispensa imotivada, determinando que a despedida do empregado deva fundar-se numa causa justificada, está em total consonância com a Constituição Federal que estabelece que os direitos e garantias por ela expressos, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados, ou seja, não é incompatível com o ordenamento jurídico nacional.

A Convenção representa um enorme avanço no Direito do Trabalho, acaba, finalmente, com a prática odiosa da rescisão sem justa causa e da rotatividade de mão de obra, preservando o bem maior - o emprego. A segurança no emprego e a proteção do trabalhador contra despedida arbitrária garantem a inclusão social e configuram-se como um direito fundamental, posto que essenciais à dignidade do ser humano.

Considerando que a Convenção 158 da OIT é um direito do ser humano, reconhecida e positivada na esfera do direito constitucional, e por se tratar de documento de direito internacional, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspira à validade universal para todos os povos, é sem sombra de dúvidas um tratado internacional de direitos humanos.

Como tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil, a Convenção 158 é aplicada internamente, tomando-se seus dispositivos como normas constitucionais (§ 2º, do art. 5º, da CF), ou mesmo, supranacionais (artigo 4º, II, da CF).

Neste sentido, conforme relatado ao longo do trabalho, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais por força do §2.º do art. 5º, da Constituição Federal, o que significa dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Constituição, portanto, os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, todavia, com a necessária participação do Legislativo.

Logo, por este motivo a denúncia não poderia ser procedida por ato único do Executivo.

Não obstante, demonstrou-se ao logo deste trabalho, que os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais (tratados aprovados pelo quorum qualificado), são insuscetíveis de denúncia §3.º do art. 5º. É impossível do ponto de vista técnico, a denúncia de referidos tratados, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República, pois de acordo com o §3.º do art. 5º, serão eles equivalentes a emendas constitucionais. E uma vez equivalentes a emendas constitucionais, significa que tais tratados jamais poderão ser denunciados, mesmo com base em projeto de denúncia encaminhado pelo presidente da república ao congresso nacional, por se tratar de cláusulas pétreas do texto constitucional.

Privilegiando a exegese teleológico-sistemática, que parte do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º inc. II) e de modo especial da leitura conjugada do conteúdo normativo dos artigos 5º §2º e §3º da Constituição Federal, corroboramos do mesmo entendimento de Flavia Piovesan, Valério Oliveira Mazzuoli e Ingo Wolfgang Sarlet, que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos:

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §2º e §3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve ao revés ser interpretado à luz do sistema constitucional;

b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos;

c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos de ordem jurídica, e

d) a teoria geral da recepção do Direito Brasileiro.

Complementa-se, ainda, que não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados anteriormente à EC 45/2004 fossem recepcionados como Lei Federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia Constitucional, exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação.

Por estes argumentos sequer haveria a possibilidade de denuncia, quiçá, procedida por ato único do chefe de Executivo.

Ainda que se considere o argumento exposto, fruto de esforço hermenêutico muito acentuado, a denúncia da Convenção 158 de modo algum poderia ser efetuada sem o consentimento do Congresso Nacional.

Referida conclusão decorre, ainda, dos seguintes argumentos:

A Constituição Federal:

a) estabelece que o Congresso Nacional tem como principal função, a legislativa e fiscalizadora.

b) estabelece ainda que a função legislativa de competência da União é exercida pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

c) desde 1981, (exceção feita à Carta de 1937) impõe ação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo

Neste sentido, não seria razoável, nem mesmo lógico, que o Congresso, cuja principal função é a legislativa, participasse do processo de ratificação dos tratados e ficasse excluído do processo de denúncia.

Ainda, em relação aos artigos 49, I e 84 VIII, grande parte dos juristas reconhece que os constituintes certamente visaram limitar a liberdade do Executivo para a conclusão de acordos na área financeira internacional, sem audiência do Legislativo, como sempre se fez.

Conforme defende Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, do ponto de vista lógico-sistemático, considera que os dispositivos em questão fazem parte do mesmo título da Constituição (da organização dos poderes) e são equivalentes a duas faces de uma mesma moeda: o artigo 84, VIII, confere ao Presidente da República o poder

de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas especifica que estão todos sujeitos a referendo do Congresso Nacional; o artigo 49, I destaca que os tratados, acordos ou atos internacionais, assinados por quaisquer autoridades do Governo brasileiro, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, precisam ser aprovados pelo Congresso.

Considerando, ainda, que do ponto de vista doutrinário, não resta dúvida acerca da diferença entre competência exclusiva e competência privativa. A Privativa, embora exercida por um único órgão, comporta delegação para que outro o exerça, ao passo que na competência exclusiva essa possibilidade é vedada.

No caso das normas constitucionais, significa que o Presidente da República pode delegar a outrem a tarefa de celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Já ao Congresso Nacional, como depositário de competência exclusiva, não é facultado a possibilidade de delegar a incumbência constitucional de resolver definitivamente sobre tratados acordos ou atos internacionais.

Resolver definitivamente não significa apenas aprovar ou desaprovar totalmente, não sendo possível extrair a idéia da exegese desses comandos constitucionais, que a Constituição Federal de 1988 tenha outorgado ao Poder Executivo o monopólio da definição soberana do conteúdo e do destino dos acordos internacionais.

Finalmente, há que se observar ainda a importância do princípio da equipotência entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo (mecanismo de freios e contrapesos) que tem a finalidade de garantir equilíbrio sistêmico de modo a impedir, que mais fortalecido que o outro, um dos poderes acabe por atacá-lo, ou aniquilá-lo abrindo as portas para o autoritarismo.

Deste modo, não é permitido ao Chefe do Executivo denunciar tratados internacionais de direitos humanos sem a intervenção do Congresso Nacional; ou seja, por todos os motivos esposados, conclui-se que o Decreto nº. 2.100 de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, que tornou pública a denúncia da Convenção 158, é inconstitucional.

Declarada inconstitucional da denúncia da Convenção 158, a decisão produz efeitos *ex tunc*²⁴⁰, retroagindo até o nascimento da norma impugnada, ou seja,

²⁴⁰ "Ex tunc" - expressão de origem latina que significa "desde então", "desde a época". Assim, no meio jurídico, quando dizemos que algo tem efeito "ex tunc", significa que seus efeitos são retroativos à época da origem dos fatos a ele relacionados:

sendo nula a lei declarada inconstitucional, permanece vigente a legislação anterior a ela que teria sido revogada não houvesse a nulidade.

Assim, a simples declaração de inconstitucionalidade da Convenção 158 da OIT devolveria a eficácia da referida norma, ou seja, a Convenção 158 estaria em pleno vigor, não havendo a necessidade de elaboração de novo decreto.

-
- As decisões definitivas no controle concentrado têm, em regra, efeito ex tunc.
"Ex nunc" - expressão de origem latina que significa "desde agora". Assim, no meio jurídico, quando dizemos que algo tem efeito "ex nunc", significa que seus efeitos não retroagem, valendo somente a partir da data da decisão tomada:
 - A revogação de ato administrativo opera efeitos ex nunc.

BIBLIOGRAFIA

ALISEDA, Jether Gomes. **Estabilidade e garantia de emprego: uma visão crítica.** São Paulo: LTR, 2001.

ALVARENGA, Rubia Zanotelli. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção dos direitos humanos do trabalhador.** *Âmbito Jurídico*, V Abril, p. 1-30, 2008.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Constituição e relações internacionais. In: DOLINGER, Jacob (org.) **A nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

ARIOSI, Mariângela F.. Principais discussões na doutrina e na jurisprudência sobre os tratados de direitos humanos de conteúdo trabalhista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 507, 26 nov. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5947>>. Acesso em: 04 fev. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Laffer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Lex: legislação federal e marginalia**, São Paulo. v. 59, out./dez. 1995.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 3. ed. Coimbra: Coimbra. 1993.

_____, **Direito Constitucional.** 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

CARNEIRO, Levi. Parecer in **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty**. Vol. IV (1946-1951), p. 516. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 25 de abril de 2009.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva.2000.

CARVALHO, Welinton Souza. **Despedida arbitrária no texto constitucional de 1998**, Curitiba: Jurua, 2001.

CLEVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, SARLET, Ingo Wolfgang, PAGLIARINI, Alexandre, **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

CNI. **Confederação Nacional da Indústria**. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/cartilha/movimento%15/125-recurso>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

CRETTELA JUNIOR, J. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense Univesitaria. 1991.

_____, **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 2. ed. Saraiva, 2007.

CRIVELLI, Ericson. **Direito Internacional do Trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Serio**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed. ren. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONTOURA, Jorge e GUNTHER, Luiz Eduardo. **A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT**. in: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 35. 2001.

FRANCO, Paulo Sérgio de Moura. Tratados internacionais em matéria tributária e as isenções de tributos estaduais e municipais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3982>>.

GAZIER, Bernard, **A Crise de 1929**. Tradução de Julia Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2009.

GOMES, Eduardo Biacchi. A celebração dos tratados no ordenamento constitucional brasileiro e os direitos fundamentais. In: **O direito constitucional internacional após a emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. Eduardo Biacchi Gomes, Tarciso Hardman Reis (Coord.). São Paulo. Lex Editora. 2007.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, 1999.

GUGEL, Maria Aparecida, **Convenção 158 é ou não auto-aplicável?** São Paulo: Revista LTr, Vol. 60, n.6, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Moral**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2003.

LIMA, Sérgio Mourão Correa. **Tratados Internacionais no Brasil e integração**. São Paulo: LTr, 1998.

MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários a Convenção 158 da OIT Garantia no Emprego**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1996.

MACIEL, José Alberto Couto. **Convenção 158 da OIT**. Porto Alegre: Síntese Trabalhista (88), Assunto Especial, 1996.

MACIEL, José Alberto Couto, **Vigência e Compatibilidade da Convenção 158 da OIT**. São Paulo: Revista LTr, Vol. 60, n. 06, 1996.

MAGANO, Octavio Bueno. **Convenção 158 da OIT**. Revista Trabalho e Doutrina. São Paulo: Saraiva, 1996.

MAGANO, Octavio Bueno, **Convenção 158 da OIT**. São Paulo: Revista LTr, Vol. 60, n. 06, 1996.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Dispensa arbitrária e a aplicabilidade da convenção 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis. n. 139. 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo. LTr, 2000.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Dispensa arbitrária e a aplicabilidade da Convenção 158 da OIT**. Curitiba: Genesis. v.24, n.139, 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5820>>. Acesso em: fev. 2009.

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

MARTINS, Sergio Pinto, **A dispensa do trabalhador e a Convenção 158 da OIT**. Repertório IOB de jurisprudência n. 5, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOMEZZO, Marta Casadei. Convenção 158 da OIT. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, Vol. 60, n.6, 1996.

MORAIS, Domingos José. **A reforma do Código do Trabalho**. Coimbra: editora Coimbra, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Reflexos da Convenção 158 da OIT sobre as dispensas individuais: Trabalho e Doutrina. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. n. 11, 1996.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **O contrato-lei no direito do Trabalho mexicano**. Revista Seqüência, n.º 47, p. 127-151, dez. de 2003. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas>. Acesso em 02.Jul.2010.

PASTORE, José. **Suplemento Trabalhista 88**. Assunto Especial. Porto Alegre: Síntese Trabalhista, 1996.

PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto. **Manual do direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina. 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel Diritto Comparato**: una proposta per il Diritto del Lavoro in Brasile. Roma – Itália, 2003. 383f. Tese de Doutorado em Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Disponível em:

<<http://dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese>>. Acesso em 02 jul.2010.

RAMOS. Saulo J., Convenção 158 da OIT. **Suplemento Trabalhista LTR**, Assunto Especial. São Paulo: LTr, 1996.

Revista de Informação Legislativa. **Senado Federal, sub-secretaria de edições técnicas**: Tratado, Governo e Congresso. Brasília. Jul/set. 2008. ANO 45. N. 179

Revista de Informação Legislativa. **Senado Federal, sub-secretaria de edições técnicas**: Tratado, Governo e Congresso. Brasília. Jan/mar. 2009. ANO 46. N. 181

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Proteção contra despedida arbitrária**: Trabalho e Processo. São Paulo: Revista Jurídica, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____, **Direitos Fundamentais e Justiça**, Periodicidade Trimestral, Porto Alegre: HS Editora Ltda, 2009.

STENFUS, Ricardo, e VENTURA, Deise. **Direito Internacional Público**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA. José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2001

STEINBRUCH, Benjamim. Comentários à Convenção 158. **FIESP**. Disponível em:

< <http://www.fiesp.com.br/assunto-apresentacao002.ppt>>. Acesso em: 14 out. 2009.

STF. **HC 87.585**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/component/archives-20%.pdf/view>>.

Acesso em: 02 mai. 2010.

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

_____. **Convenções da OIT e outros Tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr., 2007.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional: público e privado e dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

URIARTE, Oscar Ermida e RACCIATTI, Octavio Carlo. **Derecho Internacional del Trabajo**. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2003.

VIANA, Marcio Tulio *et. al.* **Teoria e Prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro. A Convenção 158 da OIT: Vigência e Aplicabilidade. **Revista LTR**. São Paulo: LTr., Vol. 60, n.6, Jun/96.

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

www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/, acesso em janeiro de 2010

www.oit.com.br, acesso em setembro de 2008

www.socialismo.org.br, acesso em de janeiro de 2009

ANEXOS:

- A) Convenção 158 da OIT.**
- B) Decreto Legislativo nº 68, de 1992.**
- C) Decreto nº 1.855, de 10 de Abril de 1996.**
- D) Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996.**
- E) Parecer Arnaldo Sussekind.**

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO

CONVENÇÃO 158

CONVENÇÃO SOBRE TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua Sexagésima-Oitava Sessão;

Tendo tomado nota das normas internacionais contidas na Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1963, foram registradas importante novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange. Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como conseqüência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em grande número de países;

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

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

PARTE I

Métodos de Aplicação, Área de Aplicação e Definições!

Artigo I

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

Artigo 2

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

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

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

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

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

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

3. Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias

que tiverem sido excluídas, e para essa exclusão, deverá indicar nos relatórios subseqüentes a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou se tenciona aplicar a Convenção essa categorias.

Artigo 3

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

Parte II

Normas de Aplicação Geral

SEÇÃO A

Justificação do Término

Artigo 4

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

Artigo 5

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

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

Artigo 6

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

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

SEÇÃO B

Procedimentos Prévios ao Término por Ocasão do Mesmo

Artigo 7

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

SEÇÃO C

Recurso Contra o Término

Artigo 8

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

2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.

3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.

Artigo 9

1. Os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para examinar as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso, e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado.

2. A fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

a) caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como foi definido no artigo 4 da presente Convenção;

b) os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causas alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais.

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

Artigo 10

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

SEÇÃO D

Prazo de Aviso Prévio

Artigo 11

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

SEÇÃO E

Indenização por Término de Serviços e Outras Medidas< p> De Proteção dos Rendimentos

Artigo 12

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

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

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

c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

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

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

PARTE III

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

SEÇÃO A

Consulta aos Representantes dos Trabalhadores

Artigo 13

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

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

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma

oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados, o mais breve possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

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

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

SEÇÃO B

Notificação à Autoridade Competente

Artigo 14

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

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

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

PARTE IV

Disposições Finais

Artigo 15

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

Artigo 16

1. Esta Convenção obrigará exclusivamente àqueles Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Entrará em vigor 12 (doze) meses após a data em que as ratificações de 2 (dois) Membros tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.

3. A partir desse momento, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, 12 (doze) meses após a data em que sua ratificação tiver sido registrada.

Artigo 17

1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente 1 (um) ano após a data de seu registro.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral fará notar aos Membros da Organização a data em que a presente Convenção entrará em vigor.

Artigo 19

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

Artigo 20

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

Artigo 21

1. No caso da Conferência adotar uma nova Convenção que implique uma revisão total ou parcial do presente, e a não ser a nova Convenção contenha disposições em contrário:

a ratificação, por um Membro, da nova Convenção revista implicará, ipso jure, a denúncia imediata da presente Convenção, não obstante as disposições contidas no artigo 17, sempre que a nova Convenção revista tiver entrado em vigor;

a partir da data de entrada em vigor da nova Convenção revista, a presente Convenção deixará de estar aberta para ratificação por parte dos Membros.

A presente Convenção permanecerá em vigor em todos os casos em forma e conteúdo atuais, para aqueles Membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Artigo 22

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

Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, e eu, MAURO BENEVIDES, Presidente do Senado Federal, nos termos do art. 48, item 28 do Regimento Interno, promulgo o seguinte

DECRETO LEGISLATIVO Nº 68, DE 1992

Aprova o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

O CONGRESSO NACIONAL, decreta:

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

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

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, 16 de setembro de 1992.

SENADOR MAURO BENEVIDES

Presidente

DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996

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

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

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

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

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

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

DECRETA:

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

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

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

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

DECRETO Nº 2.100, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996

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

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

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

Fernando Henrique Cardoso

Luiz Felipe Lampreia

CONSULTORIA TRABALHISTA SUSSEKIND

ARNALDO SUSSEKIND – CONSULTOR

LUIZ INÁCIO B. CARVALHO – ASSESSOR

P A R E C E Rsobre consulta formulada pela **CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT)****SUMÁRIO:**

I	- DA CONSULTA.....	§§ 01 e 02
II	- DA RATIFICAÇÃO DE CONVENÇÃO DA OIT.....	§§ 03 a 06
III	- DA VIGÊNCIA E EFICÁCIA DE CONVENÇÃO DA OIT.....	§§ 07 a 10
IV	- DA DENÚNCIA DE CONVENÇÃO DA OIT.....	§§ 11 a 22
V	- DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 FRENTE ÀS NORMAS INTERNACIONAIS.....	§§ 23 a 32
VI	- DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 FRENTE AO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO.....	§§ 33 a 49
VII	- DAS CONCLUSÕES.....	§ 50

RIO DE JANEIRO

1997

CONSULTORIA TRABALHISTA SUSSEKIND

ARNALDO SUSSEKIND - CONSULTOR

LUIZ CARLOS B CARVALHO - ASSESSOR

P A R E C E R

I – DA CONSULTA

1. **A CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT)**, considerando que o Governo brasileiro denunciou a convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 158, cuja ratificação pelo nosso País se verificara a 04 de janeiro de 1995, endereçou-nos exposição na qual assinala que:

a) essa convenção, que trata de “terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador”, foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 68 de 17 de setembro de 1992, sendo ratificada pelo nosso País a 04 de janeiro de 1995.

b) somente com o Decreto nº 1855, de 10 de abril de 1996, o Governo Federal publicou o texto oficial da convenção em português, promulgando a respectiva ratificação;

c) passados sete meses, entretanto, 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);

d) sob pretexto de que estaria a observar o procedimento previsto na Convenção nº 144 para a denúncia de qualquer convenção, o Ministro do Trabalho convocou a Consulente, a Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT) e a “Força Sindical”, em ofícios recebidos a 09 de novembro, para a reunião que se realizou no dia 13 do mesmo mês;

e) nessa reunião, cuja ata foi anexada em xerocópia, autoridades do Ministério do Trabalho transmitiram as razões pela quais o Governo Federal resolvera denunciar a Convenção 158. O Presidente da Força Sindical lamentou a decisão, asseverou que o governo deveria ter procedido uma discussão ampla antes de adotar sua posição unilateral e retirou-se da reunião. O Presidente da CGT manifestou sua discordância com a denúncia e protestou pela ausência do Ministro. O Presidente da CUT externou sua indignação, ponderou que a questão deveria ser

discutida no foro tripartite do Conselho Nacional do Trabalho e, em protesto, retirou-se da reunião. As confederações de empregadores dos diversos ramos econômicos manifestaram-se a favor da denúncia.

2. Em vista do exposto, a Consulente formula as seguintes perguntas:

- a) Ratificada a Convenção nº 158 em 04 de janeiro de 1995, para vigorar doze meses depois no Brasil, poderia ser denunciada em 20 de dezembro de 1996?
- b) Tendo em vista o que consta na ata de reunião realizada no Ministério do Trabalho em 13 de dezembro de 1996, a Convenção nº 144 foi observada no que se refere a efetiva discussão da proposta de denúncia da Convenção nº 158?
- c) A denúncia da Convenção nº 158 por ato do poder Executivo, sem a manifestação do Congresso Nacional, fere o sistema constitucional brasileiro?
- d) A denúncia da Convenção nº 158 poderia ter sido feita por ato delegado ao embaixador que chefia a Delegação Permanente do Brasil em Genebra?
- e) É possível o controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade do ato que denunciou a Convenção nº 158 da OIT, frente ao ordenamento jurídico brasileiro vigente?
- f) Em caso negativo na resposta anterior, qual seria a forma apropriada para provocar-se uma manifestação judicial?
- g) Pode o Senado Federal nos termos do ordenamento jurídico vigente, suspender a eficácia no ato no Poder Executivo por excesso de delegação?
- h) Ainda que a denúncia tenha observado as normas internacionais e nacionais aplicáveis, quando a Convenção nº 158 deixará de vigor em nosso País?

II – DA RATIFICAÇÃO DE CONVENÇÃO DA OIT

- i. A Convenção da OIT é um tratado multilateral de caráter normativo aberto á ratificação dos Estados-membros da Organização, que visa a produzir efeitos jurídicos uniformes em relação aos que vivem nos países que, por ato soberano, a ratificam.

4. 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). No Brasil esse órgão é o Congresso Nacional (art. 49, I da nossa Constituição), competente para aprovar ou rejeitar, definitivamente o tratado, não podendo, porém, aprová-lo com reservas, salvo se facultadas no respectivo texto.

5. Como escreveu alhures este parecerista, **O decreto do Congresso é definitivo quanto á a provação ou rejeição do tratado (situação concreta), que corresponde á uma das etapas (não áàderradeira) do procedimento de ratificação: mas não se confunde com as leis de competência da União (normatividade abstrata), inclusive as concernentes ao Direito do Trabalho (art. 22, I da Const.), cujos projetos devem ser discutidos e votados separadamente pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (arts. 48, caput, e 65) e, se aprovados, submetidos à sanção do Presidente da República, que os poderá vetar (ar. 66),** (“A Convenção da OIT sobre despedida imotivada”, in “Revista de Academia Nacional do Direito do Trabalho”, nº 5, 1997, pág. 49).

6. 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 Const, 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.

III - DA VIGÊNCIA DE CONVENÇÃO DA OIT

7. A vigência da convenção no plano internacional (vigência objetiva) não se confunde com a nacional (vigência objetiva), sendo ambas objeto das disposições do próprio tratado. A respeito, prescreve a Convenção nº 158 que ela vigerá no âmbito internacional.

“doze meses depois da data em que as ratificações de dois Membros hajam sido registrados pelo Diretor Geral” (art. 16 § 2º)

O que ocorreu a 23 de novembro de 1985. Quanto à vigência no território do Estado que a ela aderiu, dispõe que se verificará.

“ doze meses depois em que haja sido registrada sua ratificação” (art. 16, § 3)

8. Assim, em se tratando de norma autoaplicável, sua eficácia ocorrerá doze meses após o registro da ratificação. Tratando-se de princípios ou preceitos cuja aplicação dependia de lei de outros atos regulamentares, entendemos que eles devem ser adotados no curso da vacatio legis de doze meses, mas sua eficácia nacional ficará condicionada a essas medidas.

9. A vigência nacional da convenção determina a responsabilidade do país que a ratificou, perante à OIT, pelo seu cumprimento. Entretanto, ela não pode gerar direitos e obrigações em nosso território antes de oficialmente publicada, em português, no Diário Oficial da União. Esse decreto de promulgação, adotado em nosso País desde o império, é condição essencial para a eficácia jurídica da convenção do território nacional, pois a lei e, obviamente o tratado normativo, só vige entre nós, salvo a disposição em contrário, quarenta e cinco dias.

“depois de oficialmente publicada” (art. 1º da Lei de introdução ao Código Civil)

10. Nesse sentido, é uníssono o pronunciamento de nossos mais renomados internacionalistas (cf. **HILDEBRANDO ACCIOLLY**. “Tratado de Direito Internacional Público”, RJ, MRE, 2ª ed., vol. I, pág. 601; **FRANCISCO RESEK** “Direito Internacional Público”, SP, Saraiva, 5ª ed., 1995, pág. 84; **CELSO ALBUQUERQUE DE MELLO**, “Curso de Direito Internacional Público”, RJ, Renovar, 9ª ed., 1992, vol. I pág. 186).

IV – DA DENÚNCIA DE CONVENÇÃO DA OIT

11. Quanto á denúncia, dispõe a Convenção nº 158, tal como as demais que

“Todo Membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos, a partir da data de entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia torna-se á efetiva somente um ano após a data de registro” (§1º do art. 17).

12. Duas posições antagônicas surgiram na interpretação dessa regra: a primeira, que prevalece no seio da OIT, entende que o decêndio se conta da data em que teve início a vigência internacional da convenção. Assim no caso da Convenção nº 158, porque essa vigência ocorreu a 23 de novembro de 1985, os países que a ela aderiram tiveram oportunidade de denunciá-la entre 23 de novembro de 1995 e 22 de novembro de 1996..

13. A segunda corrente, a que nos filiamos (cf. nosso Direito Internacional do Trabalho). SP, LTr, 2ª ed. De 1987, pág;. 218. considera que o decêndio concernente á vigência da ratificação de cada país. O método de interpretação sistemática parece fundamentar essa conclusão, porque o §2º do mesmo artigo prescreve que, se o Estado não usar do direito de denúncia no prazo previsto no parágrafo anterior.

“ficará obrigado, durante um novo período de dez anos e, sucessivamente, poderá denunciar esta convenção á expiração de cada período de dez anos, nas condições previstas neste artigo” (grifamos).

14. Ora, se o parágrafo alude a “ **um novo período de dez anos**”, para a vigência da ratificação nacional, é porque antes fluiu igual tempo de ratificação. Aliás, a lógica jurídica aponta para essa solução, porquanto afronta o bom senso admitir-se que um Estado possa denunciar um tratado que ratificou poucos dias antes, pelo fato de já vigorar no campo internacional há dez anos.

15. Segundo o depoimento de JOÃO CARLOS ALEXIM, ilustre Diretor da OIT no Brasil, o Departamento de Normas Internacionais da Organização já propôs que fosse modificada a orientação que vem sendo observada, porque o **“procedimento adotado até hoje não é o mais justo, o mais lógico”** (“jornal Trabalhista, nº 636, de 02.12.96, pág. 1517”). Até hoje, porém, não foi alterado o entendimento de que o dies a quo do decêndio é o da vigência internacional na convenção.

16. As disposições finais de todas as convenções da OIT dispõem, tal como o §1º do art. 17 da Convenção nº 158, já transcrito, que a faculdade de exercitar a denúncia é do Membro da Organização e não do respectivo governo. A OIT, que observa com extremo cuidado a nomenclatura jurídica, distingue nitidamente o **“ Membro”**, que é o estado a ela filiado, do **“Governo”**, representado, no Brasil, pelo poder Executivo.

17. A Constituição da OIT é, a propósito, de uma clareza inuvidosa.

a) no seu art. 1º reza que

“Serão Membros da Organização Internacional os Estados que eram Membros da Organização em 1º de novembro de 1945 e qualquer outro Estado que adquira a qualidade de Membros de conformidade com as disposições dos parágrafos 3 e 4 deste artigo” (grifos nossos).

b) no seu art. 3º preceitua que

“A conferência Geral dos representantes dos Membros celebrará reunião uma vez que seja necessário e, pelo mesmos uma vez ao ano; será composta de quatro representantes de cada um dos Membros dois dos quais serão delegados do governo e os outros dois representantes, respectivamente, os empregadores e os trabalhadores de cada um dos Membros.” (grifos nossos).

18. Para a OIT, portanto, a expressão “Membro” corresponde a Estado, não a Governo; a Estado, não apenas na sua concepção jurídico-política, eis que também concerne a segmentos configuradores de Nação, como o dos trabalhadores e dos empregadores, os quais juntamente com os governos, formam o tripartismo que fundamenta a caracteriza a vida dessa entidade internacional.

19. A OIT não dispõe sobre a competência dos órgãos estatais dos seus membros para a decisão sobre a denúncia de convenção ratificada. Essa competência é definida pelo direito público interno, tal como se verifica com a aprovação e a ratificação das convenções. Mas para prestigiar o tripartismo, a Convenção nº 144 de 1976, estabelece, no seu art. 2, que

“ todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção se compromete a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere o artigo 5, parágrafo 1, mais adiante”.

E o art. 5 citado estipula:

“1. O objeto dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre:

.....

e) as propostas de denúncia de convenções ratificadas.”

20. Vale registrar ainda, que essa convenção também ratificada pelo Brasil, preceitua, no seu art. 3º:

“1. Os representantes dos empregadores e dos trabalhadores, para os efeitos do procedimentos previstos na presente Convenção, serão eleitos livremente por suas organizações representativas, sempre que tais organizações existam.

2. Os empregadores e os trabalhadores estarão representados em pé de igualdade em qualquer organismos mediante o qual sejam levadas a cabo as consultas”.

21. Por conseguinte, esse tratado multilateral exige que haja “consultas efetivas” sobre eventuais propostas de denúncia de convenções ratificadas, as quais devem ser feitas a órgão de que participem, em pé de igualdade, delegados eleitos pelas associações de âmbito nacional que, em face de sistema jurídico interno, sejam os mais representativos dos empregadores e dos trabalhadores.

22. O desrespeito à Convenção nº 144 por parte do Membro que a ratificou, tora a denúncia vulnerável sob o prisma formal. Podendo ser objeto de reclamação à OIT, que será apreciada pelo seu Conselho de Administração. A iniciativa do procedimento pertence às organizações sindicais ou análogas que reúnam trabalhadores ou empregadores. A legitimidade ativa, para esse fim é ampla, alcançando qualquer associação com personalidade jurídica, que agremie trabalhadores ou empregadores (cf. o que a respeito escreveu este parecerista no já citado “Direito Internacional do Trabalho”, São Paulo, LTr, 2ª ed., págs, 245 e segs.)

V – DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 FRENTE ÀS NORMAS INTERNACIONAIS

23. O governo brasileiro promulgou a denúncia da Convenção nº 158 por meio de Decreto nº 2100, de 20 de dezembro de 1995, cujo teor é o seguinte:

“ O Presidente da República torna público que deixará de vigorar para o Brasil , a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158,relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do Empregador, adotada em

Genebra em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por nota do Governo brasileiro á Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.”

24. O fato de ter sido essa denúncia formalizada, perante o Diretor Geral da RIT, pelo ofício nº 397 do Embaixador que chefia a Representação Permanente do Brasil junto aos Organismos Internacionais sediados em Genebra, não a vulnera, porque a Nota diplomática teve por fim comunicar a decisão a respeito adotada pelo Governo brasileiro e revelar as razões que o levaram a tomar essa atitude. A decisão foi do Presidente da República, transmitida a OIT por autoridade com poderes para atuar em nome do Brasil, no âmbito de sua jurisdição.

25. Quanto ao prazo para efetuar a denúncia, objeto das considerações constantes nos parágrafos 11 a 15 deste parecer, prevalece ainda na OIT, como foi registrado, o entendimento, data vênica, equivocado, de que o decênio referido nas disposições finais das convenções deve ser contado a partir do dia em que o tratado iniciou sua vigência internacional.

26. A vigência internacional da convenção nº 158 teve seu início a 23 de novembro de 1985. Assim, os doze meses de que cogita o seu art. 17 fluíram de 23 de novembro de 1995 a 22 de novembro de 1996. Como a denúncia brasileira foi oficialmente comunicada ao Diretor Geral da RIT em 20 de novembro de 1996, certo é que, para a OIT, ela foi efetivada tempestivamente.

27. Contudo, em face das obrigações assumidas com a ratificação da Convenção nº 144, que dispõe sobre “Consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho”, o Brasil não poderia processar e deliberara respeito da denúncia da Convenção nº 158, sem que a proposta nesse sentido fosse efetivamente discutida, de forma tripartite, entre representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores (art. 2 da Conv. 144 – vide os parágrafos 19 a 21 deste parecer).

28. Interpretando essa exigência, decidiu o Conselho de administração da OIT :

“sempre que venha a pensar na denúncia de uma convenção ratificada, convém que, antes de tomar uma decisão, o governo consulte plenamente as organizações representativas de empregadores sobre os problemas pendentes e as medidas oportunas para resolvê-los” (Actas del Consejo de Administracion”, nov. de 1971, pág. 225).

29. N a reunião de 13 de novembro de 1996, como se lê na ata anexada à consulta, duas autoridades do Ministério do Trabalho comunicaram “os motivos e as razões da denúncia” aos representantes das seguintes associações: a) confederações nacionais dos diversos ramos econômicos que, nos termos do art. 8º da Constituição, detêm a representação sindical de cúpula dos empregadores; b) a Câmara Brasileira da Indústria da Construção, que não integra o sistema sindical; c) três centrais de trabalhadores – a Consulente (Central Única dos Trabalhadores - CUT), a Confederação Geral do Trabalhadores (CGT) e a Força Sindical.

30. Ora, não houve “consultas efetivas” às entidades representativas de empregadores e trabalhadores, tal como impõe a Convenção nº 144: numa única sessão; o “Secretário de Relações do Trabalho” expôs “os motivos e as razões da denúncia”, evidentemente já decidida pelo governo federal, como noticiado pela imprensa anteriormente a essa reunião; os presidentes das três centrais de trabalhadores discordaram e pediram a presença do Ministro do Trabalho ou a submissão da matéria ao Conselho Nacional do Trabalho, de composição tripartite, não sendo atendidas em nenhuma das solicitações, razão por que protestaram e os presidentes de duas delas se retiraram; os representantes das confederações de empregadores concordaram com a denúncia.

31. O governo brasileiro, no que diz respeito ao requisito das “consultas efetivas” às entidades representativas de empregadores e trabalhadores, não observou, portanto, as normas da Convenção nº 144, que integram a legislação nacional, tornando vulnerável, sob o prisma formal, a denúncia promulgada pelo Decreto nº 2100 citado”.

32. Ainda que tivesse respeitado o disposto na aludida convenção, a denúncia só teria eficácia doze meses após o seu registro na RIT, isto é, até 19 de novembro do corrente ano. Portanto, é inquestionável que vigem no Brasil as normas auto-aplicáveis da convenção nº 158, assim como as flexíveis ou opcionais em relação às quais há lei ou convenções coletivas compatíveis (p. ex. as fórmulas de ressarcimento das despedidas do art. 10). A nosso ver, somente os procedimentos para as despedidas coletivas (art. 13 e 14) têm sua aplicação condicionada à vigência de legislação nacional ou de convenções coletivas, laudos arbitrais ou sentenças judiciais (art. 13, §4º, b, e 14, §§ 1 e 2). Nestes últimos casos, restrita às categorias de que tratam os mencionados instrumentos.

VI – DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 FRENTE AO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

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

34. Alega-se, comumente, que a tradição brasileira é no sentido de que o Poder Executivo pode denunciar sempre o tratado, sem ouvir o Congresso Nacional. Essa tradição teve início com um parecer do doutíssimo **CLÓVIS BEVILÁCQUA**, de 05 de julho de 1926, sobre a possibilidade do Brasil desligar-se da Liga das Nações, mediante denúncia do respectivo pacto. Mas a premissa maior do parecer é a de que o Poder Executivo esteja autorizado, no próprio tratado, a promover a denúncia e o faça nas condições e modo estipulados:

“Em face da Constituição Federal, pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado que, no seu texto, estabelece as condições e o modo da denúncia, como é o caso do

Pacto da Sociedade das Nações, art. 1º, última parte. Esta proposição parece evidente, por si mesmo. Se há no tratado, uma cláusula, prevendo e regulamentando a denúncia, - quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso” (Jornal do Comércio” do Rio de Janeiro de 02.09.56).

35. Ora, as convenções de caráter da OIT, inclusive a 158, precisamente porque têm por finalidade a integração das suas normas na legislação dos Estados que a ratificam, atribuem a faculdade da denúncia ao Membro. Isto é, ao Estado e não ao respectivo governo (v.. os parágrafos 16 a 18 deste parecer). Destarte, a aprovação da Convenção nº 158 pelo Congresso Nacional brasileiro (Decreto Legislativo nº 68/92) não importou em autorizar o Poder Executivo a denunciar a correspondente ratificação se, e quando lhe aprouvesse, juridicamente, Estado e Governo são entidades distintas e os textos da OIT fazem nitidamente essa distinção.

36. Aliás, se as normas da convenção ratificada se incorporaram à legislação nacional, conforme tem decidido reiteradamente o colendo Supremo Tribunal Federal (cf. Ac. Do Pleno no RE-71154, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, “Revista Trimestral de Jurisprudência” nº 58, págs. 71 e segs.; idem no RE-80604, rel. Min. Cunha Peixoto, rel. cit. nº 83, págs, 809 e segs.), a delegação para revogar essa legislação sem a manifestação do Congresso Nacional afrontaria o sistema constitucional brasileiro.

37. Releva ponderar que, depois da Segunda Grande Guerra, com a criação da ONU e das entidades que compõem o seu sistema (OIT, OMS,FAO, UNESCO etc), tornou-se comum a adoção de convenções cujas normas se destinam a criar direitos e obrigações para os habitantes nos Estados que a ratificam. A distinção entre tratado-contrato e tratado-normativo adquiriu, então, maior relevância pelos efeitos jurídicos que geram da ratificação à denúncia, refletindo-se nas constituições contemporâneas.

38. Segundo VERDROSS, o tratado-contrato dá lugar a prestações distintas de cada parte, com efeitos subjetivos para os Estados contratantes. Já o tratado-normativo, ou tratado-lei, admite um número limitado de partes, unindo vontades comuns que perseguem o mesmo fim, obrigando os Estados aderentes a prestações idênticas, que produzem efeitos objetivos no tocante aos seus habitantes (apud DE LA GUARDIA e DELPECH, “El derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969”, Buenos Aires, págs 47 e 55). O tratado-contrato é aprovado pelos respectivos chefes de Estado ou por quem deles recebem poderes para tanto (plenipotenciários); a Convenção da OIT (tratado-normativo) é discutida e aprovada por uma assembléia de delegados dos Estados-membros (Conferência Geral), sendo assinada apenas pelo presidente e pelo secretário geral da reunião. O compromisso e a responsabilidade por sua aplicação no correspondente território nascem somente com a vigência da ratificação, se o tratado já viger no plano-internacional.

39. A prefalada tradição, que se pretende manter, nasceu na vigência da Constituição de 1891, que não cogitava dos tratados normativos. No seu art. 48, ela estatuiu:

“Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

16. Entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso...”

E, ao tratar da competência do Congresso Nacional nessa matéria, referia-se somente aos “tratados e convenções com as nações estrangeiras” (art. 35, inciso 12); isto é aos tratados-contrato celebrados pelo Presidente da República.

40. Essas disposições, repetidas por Constituições subseqüentes foram oportuna e adequadamente modificadas. Frente à Carta Magna de 1.988, a competência do Congresso Nacional não mais se restringe à homologação de tratados celebrados pelo Presidente da República nos termos do art. 84, inciso VII, porque passou a ser de sua competência exclusiva.

“resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I)

Preceito que alcança, no uníssono entendimento da jurisprudência e da doutrina, as convenções cujas normas se destinam a integrar o direito positivo brasileiro (tratados-normativos).

41. Destarte, enquanto que o tratado-contrato é celebrado pelo Presidente da República ou por seus plenipotenciários, para depois ser submetido ao Poder Legislativo, cuja decisão, exclusiva e definitiva, se no sentido da aprovação, proporcionará a sua ratificação.

42. Aliás, a Constituição da OIT, a que nosso País aderiu, prescreve que a convenção adotada pela conferência terá que ser submetida.

“à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza” (art.19, §5, b).

A ratificação formal da convenção dependerá do consentimento dessa autoridade ou autoridades(art. E § citados).

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

44. Essa orientação foi por nós adotada já na vigência de Carta Magna de 1967.

O Governo, do país é, sem dúvida, quem pratica os atos administrativos que formalizam a ratificação e a denúncia dos tratados. E assim é no Brasil. Mas se o Governo não pode ratificar um tratado ou a ele aderir sem que o mesmo haja sido previamente aprovado pelo Congresso Nacional (art. 44. I, da Const.), segue-se, a fortiori que não poderá denunciá-lo, fazendo cessar sua vigência no ou para o país, independente de autorização do Poder Legislativo.” (ob. cit., pág. 57).

E invocamos, sobre o tema, o magistério do maior dos juristas brasileiros dos últimos sessenta anos – PONTES DE MIRANDA:

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

.....

Aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apressar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, ad referendum do Poder Legislativo.” (Comentários de 1967, “, São Paulo, Ver. Dos Tribunais, 2ª ed., vol. III, pág. 109).

45. Cumpre aduzir, em abono a tese aqui esposada, que a Constituição de 1988 inseriu os tratados internacionais – obviamente os de caráter normativo – na categoria dos direitos e garantias fundamentais:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º do art. 5º).

46. Afigura-se-nos, por esses fundamentos, que o ato do Governo Federal promulgado pelo Decreto nº 2100 citado feriu a Constituição. O Poder competente (Congresso Nacional) para aprovar a convenção, cujas disposições, com essa aprovação e conseqüente ratificação (ato jurídico complexo), se convencem em normas legais, é igualmente competente para aprovar ou referendar a denúncia de iniciativa do Poder Executivo. Por incontroverso princípio de direito, o ato jurídico complexo deve ser revogado da mesma forma como foi praticado. E ainda que se admita como válida a delegação do Poder Legislativo ao Presidente da República para denunciar tratado que faculte este procedimento, certo é que a Convenção nº 158, ao tratar da denúncia (art. 17) se refere a Membro (Estado) e não a governo.

47. O questionado ato do Governo Federal tem caráter normativo porque visa a revogar preceitos legais vigentes (cf. J. CRETELLA JR., “Comentários à Constituição de 1988”, RJ, 1992, Ed. Forense Universitária, vol. VI, pág. 3079/3080; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, SP, 1992, Saraiva, volIV, pág. 100/101). Assim, pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a, da Const.), ajuizada por qualquer das pessoas ou entidades relacionadas no art. 103 da Lex Fudamentalis.

48. Todavia, se ao nosso Supremo cabe o controle concentrado da Constituição, com efeito erga omnes, não menos certo é que qualquer tribunal pode deixar de aplicar ao caso concreto sub iudice, lei, decreto ou ato administrativo que considere inconstitucional. Como esclarece JOSE AFONSO DA SILVA ao tratar desse controle difuso,

“qualquer interessado poderá suscitar a questão da inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo” (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, São Paulo, Ed. Ver. Dos Tribunais, 6ª ed., pág. 50).

49. O Senado só poderá suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte (art. 52, X, da Const.).

VI – DAS CONCLUSÕES

50. Em face do exposto, respondendo objetivamente às indagações formuladas, concluímos:

a) não obstante o nosso entendimento no sentido de que o decêndio para a denúncia de convenção flui a partir da respectiva ratificação no plano interno, prevalece na OIT a conclusão de que esse prazo tem início com a vigência no plano internacional.

b) no que se refere ao preceituado na Convenção nº 44 da OIT, ratificada pelo Brasil, que dispõe sobre “Consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho”, o Brasil não poderia processar a respeito da denúncia da Convenção nº 158, sem que a proposta nesse sentido fosse efetivamente discutida, de forma tripartite, entre os representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores (art. 2 da Conv. 144 (vide os parágrafos 19 a 21 e 27 deste parecer). Na reunião de 13 de novembro de 1996, não houve discussão tal como impõe a citada Convenção nº 144, mas sim mera informação da intenção do governo brasileiro em denunciar a Convenção nº 158.

c) o ato do Governo Federal promulgado pelo Decreto nº 2100 feriu a Constituição, porquanto o Poder competente para aprovar tratados normativos (Congresso Nacional), cujas disposições, com essa aprovação e conseqüente ratificação (ato jurídico complexo), se incorporam à legislação, é igualmente competente para aprovar ou referendar a denúncia de iniciativa do Poder Executivo. Por um incontroverso princípio de direito, o ato jurídico complexo deve ser revogado da mesma forma como foi praticado;

d) a denúncia formalizada perante o Diretor Geral da RIT, pelo Ofício nº 397 do Embaixador que chefia a Representação Permanente do Brasil junto aos Organismos Internacionais sediados em Genebra, não a vulnera, porque a nota diplomática teve por fim comunicar a decisão a respeito adotada pelo Governo brasileiro a revelar as razões que o levaram a tomar essa atitude. A decisão foi do

Presidente da República, transmitida a OIT por autoridades com poderes para atuar em nome do Brasil no âmbito de sua jurisdição;

e) o questionado ato do Governo Federal tem caráter normativo porque visa a revogar preceitos legais vigentes, podendo ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I a. da Const.), ajuizada por qualquer das pessoas ou entidades relacionadas no art. 103 da Lex Fundamentalis, o que não impede o controle difuso da constitucionalidade por qualquer Juízo, no julgamento do caso concreto;

f) como a resposta ao quesito anterior foi positiva, a presente indagação resta prejudicada;

g) o Senado Federal somente poderá suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte, consoante o preceituado no (art. 52, X, da Constituição Federal; e

h) ainda que inexistentes os vícios apontados, a referida denúncia só teria eficácia doze meses após o seu registro na RIT, isto é, até 19 de novembro do corrente ano. Até essa data estarão vigentes do Brasil as normas autoaplicáveis da Convenção nº 158, assim como as flexíveis ou opcionais em relação às quais há lei ou convenções coletivas compatíveis.

S.M.J é o nosso parecer.

Arnaldo Sussekind