

A proteção ao emprego no Brasil e a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho

Anna Taddei Alves Pereira Pinto Berquó

Resumo: O artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal prevê a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, a ser regulamentada por lei complementar. A mesma matéria é objeto da Convenção 158 da OIT, ratificada pelo Brasil, no entanto foi posteriormente denunciada sob a alegação de inconstitucionalidade formal.

Palavras-chave: Convenção 158 da OIT. Proteção ao emprego. Dispensa arbitrária e sem justa causa.

1 Introdução

A Constituição Federal brasileira de 1988 – CF/88 prevê no seu artigo 7º, inciso I, proteção à relação de emprego em face de despedida arbitrária ou sem justa causa. No entanto, o referido dispositivo ainda necessita de regulamentação por meio de lei complementar. O término da relação de trabalho por iniciativa do empregador é, inclusive, objeto da Recomendação 166 e da Convenção 158, ambos instrumentos da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

O presente trabalho restringir-se-á a abordar a proteção ao emprego no Brasil em conformidade com o artigo 7º, inciso I da Constituição Federal, e a Convenção 158 da OIT no que se refere ao seu conteúdo, objeto, entre outros aspectos, bem como quanto a sua inconstitucionalidade formal perante o ordenamento jurídico brasileiro.

2 A proteção ao emprego no Brasil

O trabalho já foi considerado atividade desprezível e degradante ao homem da Antiguidade, estando reservado aos escravos tanto na Grécia quanto na Roma antigas. Ainda na Idade Média, o trabalho continuava a ser atividade indigna, visão que foi se modificando durante o Renascimento, época em que o trabalho começou a ser valorizado a ponto de ser considerado virtude.

Com o surgimento da máquina a vapor e, como consequência a Revolução Industrial no século XVIII, os trabalhadores começaram a reivindicar melhorias nas condições laborais, exigindo que o Estado promovesse a justiça e

o bem-estar sociais. Esse movimento da classe operária subsidiou o nascimento dos direitos sociais, nestes incluído o trabalho, que por sua vez é um dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Foi positivado por constituições de diversos países e recepcionado pelo Direito Constitucional brasileiro, ocupando posição de destaque (SARLET, 2003, p. 52-53).

A Constituição Federal, no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, possui o Capítulo II - Dos Direitos Fundamentais - e prevê em seu artigo 6º, *caput*¹, alterado pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que o trabalho é um direito social.

A Carta Magna inclusive enfatiza que o valor social do trabalho é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme seu artigo 1º, inciso IV², consistindo o primado do trabalho a base da Ordem Social de acordo com o seu artigo 193³ (TAVARES, 2003, p. 220).

Igualmente, a valorização do trabalho humano é um dos fundamentos da Ordem Econômica e Financeira preconizada no artigo 170, *caput*⁴, sendo o princípio da busca pelo pleno emprego um dos princípios gerais da atividade econômica, em conformidade com o artigo 170, inciso VIII⁵ (FONSECA, 2001, p. 94).

Destarte, o trabalho é importante tanto para o homem no que se refere a sua dignidade e subsistência, quanto para o Estado que se fundamenta e se mantém pelo trabalho que seus cidadãos executam no país ou no exterior.

2.1 A proteção ao emprego na Constituição Federal

¹ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, **o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - **os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa. (grifo nosso)

³ Art. 193. A ordem social tem como base o **primado do trabalho**, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (grifo nosso)

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado os seguintes princípios. (grifo nosso)

⁵ Art. 170. *omissis*

VIII - busca do pleno emprego.

Proteção ao emprego é medida de amparo ao empregado contra despedida arbitrária e dispensa sem justa causa. A Carta Magna dispõe acerca da proteção à relação de emprego no seu artigo 7º, inciso I, nos seguintes termos:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Note-se que o inciso em análise alude à proteção à relação de emprego, contudo *relação de emprego* constitui o vínculo jurídico entre as partes, posto que, o *emprego* é que, na verdade, constituiria o direito do trabalhador.

Enfim, protege-se a relação de emprego que consiste na relação de trabalho entre quem organiza e dirige a atividade de produção, o empregador, e quem executa o labor de forma habitual, pessoal, assalariada e subordinada, o empregado.

Segundo a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço”, e “considera empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste mediante salário”, conforme os seus artigos 2º e 3º, respectivamente.

Retornando ao inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal depreende-se de sua leitura que a proteção ao emprego ainda não foi devidamente regulamentada, posto que não foi promulgada a lei complementar a que se refere, valendo a regra provisória contida no artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT que assim dispõe:

Art. 10 Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, “*caput*” e § 1º, da Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966.

A porcentagem a que se refere o inciso I do artigo 10 do ADCT baseia-se no montante depositado no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, ou seja, 40% sobre o valor depositado na conta do FGTS. A Lei n.º 5.107/66 foi revogada pela Lei n.º 8.036/90, mas esse percentual foi mantido, conforme o artigo 18, §1º⁶ desta lei.

⁶ Art. 18. *omissis*

Vê-se que a partir da promulgação da Lei n.º 5.107 em 1966, o empregado começou a perder a estabilidade que tinha no emprego. Apesar de a CLT prever no seu artigo 492⁷ a estabilidade decenal, a Constituição Federal somente recepcionou a indenização compensatória que provisoriamente tem como base o percentual de 40% sobre o depósito no FGTS, de acordo com o artigo 10, inciso I do ADCT. Neste sentido, tem-se a seguinte decisão do Tribunal Superior do Trabalho.

Ementa: Estabilidade. Art. 7º, I, da Constituição Federal. ECT.

O instituto da garantia no emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa está previsto em norma constitucional não auto-aplicável, dependente, para sua eficácia na ordem jurídica, de lei complementar reguladora.

Recurso conhecido e provido.

(TST, RR 46596/PA, rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, 4ª Turma, decisão em 4.11.1992, DJ em 18.12.1992, p. 24653)

2.2 Proteção ao emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa: estabilidades provisórias

A autonomia da vontade entre as partes integrantes do contrato de trabalho não é absoluta, porquanto existem regras básicas estabelecidas pela lei trabalhista que devem ser seguidas. Apesar de se pensar que o mais saudável seria ter uma relação de trabalho equilibrada entre empregado e empregador, a verdade é que isso inexistente na prática, até porque este último é quem detém os meios de produção e o poder econômico, restando ao empregado se submeter aos desmandos de seu patrão, correndo o risco de ser, inclusive, dispensado imotivadamente.

A proteção ao emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa prevista no inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal ainda necessita de regulamentação por lei complementar. No entanto, a doutrina já distingue ambas as modalidades de dispensa imotivada, apesar de se questionar se a dispensa sem justa causa já não estaria englobada pela despedida arbitrária.

Enfim, despedida arbitrária é a que ocorre pelo capricho do empregador (BASSO, 1996, p. 30) e que não se baseia em motivos econômicos, financeiros,

§1º. Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a 40% do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

⁷ Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

técnicos da empresa e disciplinares (falta grave do empregado). Este conceito foi obtido por analogia ao artigo 165⁸ da Consolidação das Leis do Trabalho que trata da vedação da despedida arbitrária do representante dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA (MARTINS, 2001, p. 317). Já a dispensa sem justa causa é a decorrente de motivos econômicos, financeiros e técnicos da empresa, mas fora das hipóteses taxadas pela lei como justa causa do empregado, ausente o motivo disciplinar. Portanto, está desamparada de fundamentação legal.

Por motivos econômicos e financeiros entendem-se como aqueles relacionados à insolvência da empresa. Motivos técnicos ou tecnológicos referem-se à atividade de produção que podem ser causados, por exemplo, pela automatização da empresa. E o motivo disciplinar é consequência de falta grave cometida pelo empregado dentro das hipóteses taxativas previstas no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A despedida arbitrária baseia-se no desvio do poder de direção e organização do empregador. Consubstanciado no direito de propriedade, o empregador possui poder de mando que se manifesta de forma disciplinar (aplicação de penalidades pela empresa ao empregado insubordinado ou indisciplinado), organizacional (o empregador organiza a atividade econômica empresarial) e de controle (a empresa fiscaliza as atividades profissionais do empregado).

Contudo, o empregador, apesar de deter o poder de direção, muitas vezes abusa desse direito e sem qualquer razão fundada na lei ou nos motivos técnicos, econômicos e disciplinares dispensa o empregado, ou seja, dispensa imotivadamente. A perda do emprego gera efeitos sobre a vida do empregado e de sua família como pobreza progressiva com perda do poder aquisitivo, dívidas, enfermidades, depressão, delinquência, entre outros.

Por esses motivos, importante seria que o Poder Legislativo propusesse um projeto de lei complementar que de uma vez por todas regulamentasse o inciso I, do artigo 7º da Constituição Federal, para que houvesse a efetiva proteção ao emprego no Brasil.

Inclusive, de acordo com Rogério M. Varella Gonçalves há “uma ligação inquebrantável entre a defesa do emprego e a proteção em face dos efeitos nocivos da automatização, especialmente no que se refere ao desemprego estrutural” (2003, p. 118). Isso porque com o avanço da tecnologia o empregado está sendo substituído cada vez mais por máquinas inteligentes, o que afunila o mercado de trabalho, estimulando o acirramento da concorrência e à submissão

⁸ Art. 165. Os titulares da representação dos empregados da CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

do empregado a condições precárias de trabalho, além de estar sempre acompanhado do fantasma da insegurança no emprego.

Neste momento, apenas existem proteções ao emprego daqueles empregados que, por lei, possuem estabilidade provisória. Esta consiste no direito do empregado de permanecer no emprego nas hipóteses previstas em lei, acordos ou convenções coletivas. É proteção ao emprego diante de uma situação especial, salvo cometimento de falta grave pelo empregado.

As hipóteses de estabilidades provisórias previstas em lei são as seguintes: empregado acidentado no trabalho (art. 118⁹ da Lei n.º 8.213/91 – garantida, pelo prazo de 12 meses, a manutenção de seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independente de percepção de auxílio-acidente); dirigente da CIPA (art. 10, II, letra ‘a’¹⁰ do ADCT – veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa desde o registro de candidatura até 1 (um) ano após o final de seu mandato); gestante (art. 10, II, letra ‘b’¹¹ do ADCT – da confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, prevendo o artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias); dirigente ou representante sindical (art. 8º, VIII¹² da Constituição Federal – do registro da candidatura até 1 (um) ano após o término do mandato).

Para haver a dispensa do empregado provisoriamente estável faz-se necessária a apuração da suposta falta grave através de inquérito administrativo. Ao ser constatada, é o empregado dispensado por justa causa. Mas, verificando-se a inexistência de falta grave cometida pelo empregado após

⁹ Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

¹⁰ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

¹¹ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

¹² Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

apuração em inquérito, é ele reintegrado ao emprego ou, se isso for considerado desaconselhável, ele será indenizado com o dobro do que seria pago com a extinção do contrato de trabalho por tempo indeterminado, de acordo com o artigo 497¹³ da Consolidação das Leis do Trabalho. Além dessas hipóteses taxativas previstas em lei, o empregado não mais possui estabilidade no emprego.

2.3 Proteção ao emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa: sistema de indenização

Com o Decreto n.º 4.682, de 24 de janeiro de 1923, mais conhecido como Lei Eloy Chaves, tinha-se o sistema impeditivo da dispensa imotivada, pois se impedia o término da relação de emprego com base na despedida imotivada.

No entanto, esse sistema impeditivo cedeu espaço ao sistema de repressão econômica, atualmente vigente no país, pois se tenta evitar o término do contrato de trabalho com o pagamento de indenização compensatória, isto é, o pagamento do percentual de 40% sobre o montante depositado no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Ressalte-se que a indenização é compensatória pela perda do emprego e não se discute a existência de prejuízo para o empregado, ou dolo ou culpa de qualquer uma das partes da relação de emprego. Difere da indenização civil porque nesta exige-se a existência de prejuízo causado a outrem, e pode haver dolo ou culpa de uma das partes. A indenização compensatória deveria funcionar como garantia ao emprego, posto que pretendia coibir a dispensa imotivada. Mas na verdade, a dispensa imotivada não é tão cara ao empregador e, destarte, o sistema da repressão econômica não tem a eficácia desejada.

Enquanto não for promulgada a lei complementar referida no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal o empregado permanecerá desprotegido na relação de emprego e continuará à mercê do abuso do poder de direção do empregador.

3 Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho

Antes de falar acerca da Convenção 158, compete expor algumas noções embasadoras do que será exposto a seguir. Convenção é tratado-lei ou tratado norma, multilateral e aberto, criador de normas gerais a serem seguidas pelos países que o ratificarem.

¹³ Art. 497. Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

A proteção ao emprego contra dispensa imotivada, no plano internacional, foi objeto da Convenção 158 da OIT. Adotada em 22 de junho de 1982, durante a Conferência Internacional da mencionada organização, teve como antecedentes a Recomendação 119, de 1963, que adotou proposições sobre a terminação da relação de trabalho, e a Convenção 142, de 1975, que dispunha sobre desenvolvimento dos recursos humanos, ratificado pelo Brasil em 24 de novembro de 1981, que previa no seu artigo 1º, item 1, o seguinte:

Artigo 1.

1. Todo Membro deverá adotar e levar à prática políticas e programas completos coordenados no campo da orientação e formação profissionais, estabelecendo uma estreita relação entre este campo e o emprego, em particular mediante os serviços públicos do emprego.

Nessa mesma Conferência, também foi aprovada a Recomendação 166 que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Em termos conceituais, Recomendação e Convenção são instrumentos diferentes. A Recomendação se destina a sugerir normas relativas ao tema que, no momento, ainda não é conveniente para ser objeto de Convenção, recomendando normas que podem ser adotadas pelos países vinculados à Organização Internacional do Trabalho. A Convenção, como já citado acima, é tratado multilateral aberto, instituidor de normas gerais aos países que a ratificarem.

A Convenção 158 entrou em vigor internacionalmente em 23 de novembro de 1985, após a ratificação de mais de dois Estados-Membros, quais seja, Suécia, em 20 de junho de 1983, Espanha, em 26 de abril de 1985, Venezuela, em 06 de maio de 1985, e Níger, em 05 de junho de 1985.

Portanto, em 23 de novembro de 1985, iniciou o prazo de dez anos de vigência internacional, período em que não poderia ser denunciada. Com o término desse período, em 23 de novembro de 1995, começou o prazo de doze meses em que a convenção, então, poderia ser denunciada. Ao final desses doze meses, ou seja, em 23 de novembro de 1996, reiniciou-se o prazo decenal em que os Estados-Membros não poderiam denunciá-la, e completando os dez anos abrir-se-á novo prazo de doze meses para denúncia e, assim, sucessivamente.

O Brasil ratificou internacionalmente a Convenção 158 na OIT em 05 de janeiro de 1995, mas a ratificação interna deu-se através do Decreto n.º 1.855/96. No entanto, a denunciou em 20 de novembro de 1996, por meio do Decreto n.º 2.100 (dentro do período de doze meses), alegando a existência de inconstitucionalidade formal.

Genericamente, as convenções classificam-se em auto-aplicáveis, quando não necessitam de regulamentação complementar; promocionais, em que se fixam objetivos e estabelecem-se normas para sua consecução que devem ser

atendidos pelos Estados que as ratificarem; e, de princípios, quando dependem de atos de regulamentação pelos Estados que as ratificarem (PAMPLONA FILHO, 1996, p. 40-42).

A Convenção 158, segundo a natureza de suas normas, constitui-se numa convenção de princípios, pois seu artigo 1 diz que suas disposições devem ser efetivadas através da legislação nacional, ou seja, depende de lei ou outros atos regulamentares para sua aplicação. O artigo 1 afasta a possibilidade de ser a mesma auto-aplicável ou promocional, como pode ver pela sua transcrição abaixo:

Artigo 1. Deverá dar-se efeito às disposições da presente Convenção por meio da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições se apliquem por via de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma conforme a prática nacional.

3.1 Convenção 158: conteúdo, objeto, objetivos e formas de flexibilização

Segundo Cássio de Mesquita Barros Jr., a Convenção 158 apresenta dois conjuntos de normas que são as de ordem geral e as disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador (1996, p. 8-12). A norma geral está prevista no seu artigo 4 que assim dispõe:

Artigo 4
Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para ele uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Portanto, a norma geral diz respeito à justificação da terminação da relação de trabalho e acaba por vedar a dispensa imotivada.

As normas complementares se referem ao término da relação de trabalho por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, de acordo com o seu artigo 13, informando aos representantes dos trabalhadores sobre o fim da relação trabalhista pelos motivos já citados, como estabelece a regra do artigo 14, bem como a necessidade de pré-aviso do rompimento da relação de trabalho nos seguintes termos:

Artigo 11
O trabalhador cuja relação de trabalho vai dar-se por terminada terá direito a um prazo de pré-aviso razoável ou, em seu lugar, a uma indenização, a menos que seja culpado de uma falta grave de tal índole

que seria irracional pedir ao empregador que continue empregando-o durante o prazo de pré-aviso.

Já os artigos 13 e 14 aludem à necessidade de notificação dos representantes dos trabalhadores acerca da dispensa, neste sentido tem-se:

Artigo 13

1. Quando o empregador previr terminações por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluídos os motivos das terminações previstas, o número e categorias dos trabalhadores que possam ser afetados por elas e o período durante o qual haveriam de levar a cabo ditas terminações;

b) de conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o antes possível, uma oportunidade para fazer consultas sobre as medidas que devam ser adotadas para evitar ou limitar as terminações e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todas as terminações para os trabalhadores afetados, por exemplo, encontrando-lhes outros empregos.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poder-se-á limitar, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, aos casos em que o número de trabalhadores cuja relação de trabalho se preveja dar por terminada seja pelo menos igual a uma cifra ou a uma porcentagem determinadas do pessoal.

3. Aos efeitos do presente artigo, a expressão *representantes dos trabalhadores interessados* se aplica aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, de conformidade com a Convenção sobre os representantes dos trabalhadores, 1971.

Artigo 14

1. De conformidade com a legislação e prática nacionais, o empregador que preveja terminações por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos as notificará o quanto antes possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluída um documento por escrito dos motivos das terminações previstas, o número e as categorias dos trabalhadores que possam ver-se afetados e o período durante o qual haveriam de levar-se a cabo ditas terminações.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo aos casos em que o número de trabalhadores cuja relação de trabalho se preveja por terminada seja pelo menos igual a um número ou a uma porcentagem determinados do pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes as terminações a que se faz referência no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência à data em que se procederá às terminações, prazo que será especificado pela legislação nacional.

A Convenção 158 tem como objeto a proteção ao trabalho contra despedida imotivada, sendo seus objetivos a proteção ao trabalhador em face do término imotivado do vínculo de trabalho, bem como a preservação do direito dos empregadores de pôr termo a esse vínculo por motivos reconhecidos como justificáveis pela própria convenção.

Por outro lado, as formas de aplicação da Convenção 158 no direito interno do Estado-Membro são flexíveis e previstas na convenção como escolha do meio a ser integrada no ordenamento jurídico interno através de legislação, convenções ou contratos coletivos de trabalho, sentenças, laudo arbitral (artigo 1), possibilidade de exclusão de certas categorias profissionais (artigo 2, parágrafo 1º), regulamentação da proibição de invocar ausências temporárias para pôr fim à relação de trabalho (artigo 6, parágrafo 2º), ônus da prova dividido entre empregados e empregadores (artigo 9, parágrafo 2º, 'a' e 'b'), possibilidade de escolha entre reintegração do trabalhador ou pagamento de indenização adequada ou outra reparação considerada apropriada (artigo 10), entre outras.

3.2 Integração das convenções no ordenamento jurídico interno

A Convenção 158 como qualquer outro tratado-lei, foi integrado ao direito interno brasileiro através de um decreto. O processo de integração das convenções segue três fases. A primeira fase é a da celebração da convenção, cuja competência é do Presidente da República, de acordo com o artigo 84, VIII¹⁴, da Constituição Federal.

A segunda fase é a de deliberação e aprovação ou rejeição pelo Congresso Nacional, conforme dispõe o artigo 49, I ¹⁵, da Carta Magna, oportunidade em que dever ser analisada a constitucionalidade da matéria objeto da convenção, sendo que a aprovação primeiramente ocorrerá no Plenário da Câmara dos Deputados por maioria simples dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros. Com essa aprovação, a Casa encaminha ao Senado Federal projeto de decreto legislativo que pode ser aprovado ou rejeitado. Aprovado o projeto sem alteração, por maioria dos votos, presente a maioria absoluta dos membros de acordo com o artigo 47 da Constituição

¹⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

¹⁵ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

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

Federal, é promulgado o Decreto Legislativo pelo Presidente do Senado Federal, conforme artigo 47, n.º 28 do Regimento Interno do Senado Federal, e publicado no Diário Oficial do Congresso Nacional. No caso da Convenção 158 foi editado o Decreto Legislativo n.º 68/92, que forma encaminhado ao Presidente da República (BASSO, 1996, p. 34).

A terceira e última fase é a da ratificação (ou não) do Decreto Legislativo pelo Presidente da República. Nesse momento, a inconstitucionalidade do tratado também deve ser apreciada. Uma vez ratificada a convenção, é editado e promulgado o Decreto Executivo, posteriormente publicado no Diário Oficial da União. A Convenção foi incorporada ao direito interno pelo Decreto Executivo n.º 1.855/96, publicado no Diário Oficial da União em 11 de abril de 1996.

Com a ratificação da Convenção 158 na Organização Internacional do Trabalho em 05 de janeiro de 1995 o Brasil assumiu o compromisso de encaminhar a referida convenção à análise pelo órgão nacional competente. É compromisso no plano internacional e não interno. Por isso, a celebração de uma convenção não obriga o Congresso Nacional a aprova-la, nem a aprovação da convenção por ambas as Casas Legislativas obriga o Presidente da República a ratificá-la. A convenção somente adquire executoriedade interna com a publicação do Decreto Executivo no Diário Oficial da União. Uma vez integrada no ordenamento jurídico interno, a convenção passa a ter status equivalente ao de uma lei ordinária.

3.3 Inconstitucionalidade formal da Convenção 158

Apesar de ratificada a Convenção 158 foi denunciada pelo Brasil em 20 de dezembro de 1996, sob a alegação de que há inconstitucionalidade formal. Pela leitura do artigo 4, a matéria objeto da Convenção 158 é a mesma do inciso I, do artigo 7º da Constituição Federal, com a utilização de outras palavras, em conformidade com a transcrição de ambos os dispositivos para efeito de comparação a seguir:

Artigo 4

Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para ele uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. (Convenção 158)

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

O artigo 7º, inciso I da Carta Magna trata de despedidas arbitrária ou sem justa causa, e conforme conceitos fornecidos no item 2.2, ambas as modalidades de dispensas são por iniciativa do empregador, sendo que a primeira ocorre por mero capricho sem se basear em motivos econômicos, financeiros, técnicos da empresa e disciplinares (falta grave do empregado), enquanto que a dispensa sem justa causa está desamparada de fundamentação legal. Porém, tanto a despedida arbitrária quanto a sem justa causa são dispensas imotivadas.

Quando o artigo 4º da Convenção 158 estabelece que somente será extinta a relação de trabalho *se houver causa justificada*, em outras palavras, está protegendo a relação de trabalho, incluindo o emprego, contra dispensa imotivada, nela incluídas as despedidas arbitrárias e sem justa causa.

A inconstitucionalidade formal da Convenção 158 reside no fato de que a matéria disposta no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal deve ser regulamentada por lei complementar (MALLETT, 1996, p. 14). No item 3.2 foi explicitado o processo de integração das convenções na ordem jurídica interna e, quando incorporadas, passam a ter status equivalente a de uma lei ordinária.

Tendo em vista o princípio da supremacia constitucional uma convenção, por ter status de lei ordinária, não pode regulamentar matéria reservada à lei complementar e, por esta razão, o Brasil denunciou a Convenção 158 haja vista a patente inconstitucionalidade formal. E esta tese foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.480/DF, em sede de medida liminar (rel. Min. Celso de Mello, em 04 de setembro de 1997).

Ademais, a Convenção 158, em seu artigo 10, trata da possibilidade de reintegração ao trabalho daquele que foi dispensado imotivadamente, matéria que se choca com a Constituição Federal brasileira, posto que a reintegração excepcionalmente é prevista para os provisoriamente estáveis quando, após inquérito administrativo ficar comprovada a ausência de falta grave do empregado. Em outros casos, a reintegração é vedada. Inclusive a indenização compensatória proíbe indiretamente a possibilidade de reintegração ao emprego. E essa disposição contida no inciso I, artigo 7º da Carta Magna é inalterável e insubstituível por outra forma de reparação.

Por outro lado, quando o legislador mencionou no referido inciso “outros direitos” quis dizer décimo terceiro salário, férias proporcionais, aviso prévio, etc., e não outras formas de reparação ao empregado pelo término da relação de emprego.

A sugestão que se dá é que sejam aproveitadas as normas previstas na Convenção 158 na futura lei complementar que, um dia, será promulgada, a fim de regulamentar o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal. Enquanto isso não acontece, ficará valendo a regra provisória do artigo 10, inciso I do ADCT.

Em contrapartida, existem alguns doutrinadores que acreditam ser a Convenção 158 constitucionalmente formal como Amauri Mascaro do Nascimento, Barros Jr. e José Alberto Couto Maciel. Para Nascimento, segundo o princípio de que a lei posterior revoga a anterior, a Convenção 158 teria revogado o disposto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal (1996, p. 6). Já segundo Maciel, a lei complementar somente regularia a indenização compensatória, não a garantia ao emprego (1996, p. 23). Mas esses argumentos não procedem, posto que somente seria válido se não houvesse a ressalva de que toda a matéria contida naquele dispositivo deve ser regulamentada por lei complementar. E por ser equivalente à lei ordinária, a convenção incorporada ao ordenamento jurídico interno não pode modificar norma constitucional. Portanto, a denúncia da Convenção 158 pelo Brasil foi correta, haja vista a inconstitucionalidade formal da mesma.

4 Considerações conclusivas

Apesar de haver previsão constitucional, o Brasil carece de política favorável à manutenção do empregado no emprego, uma vez que desde 1988 aguarda-se a promulgação da lei complementar que regulamentará o inciso I do artigo 7º da Carta Magna.

Enquanto se aguarda a iniciativa do Poder Legislativo em iniciar a deliberação que conduzirá à elaboração do projeto de lei complementar que regulamentará a proteção da relação de emprego, o empregado continuará à mercê do desvio de poder de direção do empregador, submetendo-se a condições precárias de trabalho e convivendo com a insegurança no trabalho que sempre afligiu os trabalhadores.

Mesmo correta a denúncia da Convenção 158 por vício forma, percebe-se que o Brasil vem regredindo no que concerne aos direitos trabalhistas, suprimindo muitos direitos e impondo cada vez mais encargos aos trabalhadores, massacrando a população com uma política que beneficia mais o lado econômico que o social.

A ausência de vontade política para implementar as normas da Convenção 158 num projeto de lei complementar, posto que há muito que ser aproveitado daquele instrumento como, por exemplo, as normas contidas nos artigos 4, 11, 13 e 14, poderia ser uma boa resposta aos trabalhadores que ansiosamente esperam por melhores condições e segurança na relação de trabalho.

Na verdade, tem de se ter em mente que a Convenção 158 é muito mais que um conjunto de normas, configurando instrumento de humanização da relação de trabalho, visto que vê o homem como ser humano que é, e não como valor de mercado.

5 Referências

- BARROS JR., Cássio de Mesquita. A Convenção 158 – proteção contra despedida injustificada. *Trabalho & doutrina: processo e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, n. 1, p. 8-12, dez. 1996.
- BASSO, Maristela. A Convenção 158 da OIT e o direito constitucional brasileiro. *Trabalho & doutrina: processo e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, n. 1, p. 30-39, dez. 1996.
- Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n.º 46596/PA*. Relator: Min. Almir Pazzianotto Pinto. Brasília, 4 de novembro de 1992. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 19 de ago. 2005.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automatização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MACIEL, José Alberto Couto. Vigência da Convenção 158 da OIT. *Trabalho & doutrina processo e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, n. 1, p. 20-23, dez. 1996.
- MALLET, Estevão. A Convenção 158 em face do direito brasileiro. *Trabalho & doutrina processo e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, n. 1, p. 13-16, dez. 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Reflexos da Convenção 158 da OIT sobre as dispensas individuais. *Trabalho & doutrina processo e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, n. 1, p. 3-7, dez. 1996.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 142, de 1975*. Convenção sobre desenvolvimento dos recursos humanos. Disponível em: <http://www.ilo.org>. Acesso em: 19 de ago.2005.
- _____. *Convenção 158, de 1982*. Convenção sobre terminação da relação de trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org>. Acesso em: 19 de ago.2005.
- _____. *Recomendação 119, de 1963*. Recomendação sobre a terminação da relação de trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org>. Acesso em: 19 de ago.2005.
- _____. *Recomendação 166, de 1982*. Recomendação sobre a terminação da relação de trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org>. Acesso em: 19 de ago.2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. Ainda a respeito da Convenção 158 da OIT. *Trabalho & doutrina* processo e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, n. 1, p. 40-45, dez. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, p. 2003.