
ASPECTOS RELEVANTES DA CONVENÇÃO N. 158 DA OIT E SUA APLICAÇÃO NA DISPENSA COLETIVA NO BRASIL

RELEVANT ASPECTS OF ILO CONVENTION 158 AND ITS APPLICATION IN COLLECTIVE DISPENSING IN BRAZIL

**Larissa Pereira Eiras¹
Iara Marthos Águila²**

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.347

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a repercussão da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando seus aspectos mais relevantes. Para isso, será abordado o momento histórico de sua chegada e saída no plexo normativo pátrio, passando depois pelo conteúdo propriamente dito da Convenção e o seu impacto no Brasil, expondo as diversas opiniões antagônicas a respeito de sua constitucionalidade e juridicidade. Por fim, serão analisadas a sua contextualização e rediscussão nos dias atuais, observando-se que, mesmo denunciada, a Convenção continua repercutindo em todas as instâncias econômicas, políticas e jurídicas do país, em razão do agravamen-

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2010); Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – Uniderp; Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Direito em Ribeirão Preto; Advogada autônoma e Assistente Jurídico na Associação Comercial e Industrial de Ribeirão Preto (ACIRP).

² Mestre em Direito; Professora Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Franca; advogada trabalhista.

to da crise econômica e despedidas em massa. A própria denúncia tem sua validade pendente de análise e confirmação pelo STF. Um tema sabidamente controverso e que revela o alto grau de influência nas relações trabalhistas.

Palavras-chave: Dispensa do empregado. Dispensa arbitrária. Garantia de emprego. Dispensa coletiva. Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 158 da OIT.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the impact of Convention 158 of the International Labor Organization (ILO) in Brazilian legal order, highlighting its most relevant aspects. For this, the historical moment of its arrival and departure in the normative plexus will be approached, passing then by the content itself of the Convention and its impact in Brazil, exposing the different antagonistic opinions regarding its constitutionality and juridicity. Finally, its contextualization and re-discussion will be analyzed in the present day, observing that, even denounced, the Convention continues to have repercussions in all the economic, political and juridical instances of the country, due to the aggravation of the economic crisis and Farewells in mass. The complaint itself has its validity pending analysis and confirmation by the Supreme Court. This is a controversial topic that reveals the high degree of influence in labor relations.

Keywords: Employee exemption. Arbitrary dispensation. Job clerk. Collective exemption. International Labor Organization. Convention no. 158 of the ILO.

INTRODUÇÃO

A Convenção n. 158 da OIT sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, veicula meios e instrumentos efetivos para a proteção da relação de emprego. Em suma, esta convenção, em seu artigo 4º, proíbe a demissão 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”. Nos casos de dispensas coletivas, justifica-

das por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos, determina a observância de vários critérios, quais sejam: o aviso em tempo hábil, fornecimento de informações pertinentes, abertura de canais de negociação com os representantes dos trabalhadores e notificação prévia à autoridade competente.

Assim, a Convenção n. 158 retomou o debate sobre a garantia de emprego no Brasil, levantando fervorosas discussões acerca de sua aplicabilidade no direito brasileiro.

Ratificada e denunciada pelo Governo Brasileiro, a Convenção n. 158 não tem mais vigência no plexo normativo nacional. Apesar de seu pouco tempo de vigência, esse importante instrumento internacional demonstra-se atualíssimo em face da crise econômica e política que assola o país, e da tramitação da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn) interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) para declarar inconstitucional o decreto presidencial que a denunciou.

A ADIN ainda está sub judice, e caso a Suprema Corte declare a ação procedente, a Convenção n. 158 voltará a vigorar no Brasil.

1 INGRESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Convenção 158 da OIT tem como objeto a proteção ao emprego contra despedida imotivada. Foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 22 de junho de 1982.

Entretanto, só passou a ter vigência no plano internacional a partir de 23 de novembro de 1985, ou seja, após a *vacatio legis* prevista no art. 16, item 2 da Convenção, que estatui “doze meses após a data em que as ratificações de dois Membros tiverem sido registradas pelo Diretor”.

No Brasil, esta Convenção foi submetida ao Congresso Nacional, sendo aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 68, de 1992.

Deste modo, a Carta de Ratificação foi depositada pelo governo brasileiro na Repartição Internacional do Trabalho, em 5 de janeiro de 1995. Sua promulgação deu-se através do Decreto n. 1.855, de 11 de abril

de 1996 e o início de sua vigência no país deu-se em 5 de janeiro de 1996.³

Todavia, após a publicação do Decreto Presidencial, a Convenção n. 158 da OIT foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn n° 1480-3/DF), impetrada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) e pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), por alegado conflito com o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal.

O STF, por maioria de votos, decidiu, em sede de medida cautelar, que as disposições da Convenção 158 não gozavam de auto aplicabilidade.

Antes, contudo, de ser apreciado o mérito da ação, o Presidente Fernando Henrique Cardoso denunciou a Convenção *unilateralmente* à Organização Internacional do Trabalho.

O ato de denúncia foi publicado em 23 de dezembro de 1996, tornando público que:

deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT n. 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.⁴

Assim, após a denúncia da Convenção pelo Governo Brasileiro, o ministro Celso de Mello julgou extinta a ADIN 1.480, pois, os atos normativos objeto da ação direta já haviam perdido sua eficácia.

Nota-se que a Convenção foi recebida de maneira tão negativa e dramática pelo setor patronal que o Governo Fernando Henrique Cardoso se sentiu pressionado a denunciá-la, o que culminou num ato totalmente precipitado, pois não poderia fazê-lo sem o crivo do Congresso Nacional,

³ SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego**: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional. São Paulo: LTr, 2002. p. 192.

⁴ Decreto n°. 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm. Acesso em 10 abr. 2016.

conforme se discute na Corte Superior. Em suma, a denúncia unilateral desrespeitou a Constituição Federal por inobservância aos seus requisitos formais, fundamento utilizado como principal tese para a interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIN, conforme será discorrido abaixo.

Passados mais de dez anos da denúncia, em fevereiro de 2008, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva ressuscitou a discussão, ao enviar ao Congresso Nacional o pedido de rratificação das Convenções 151 e 158 da OIT. Mesmo tendo sido rejeitada na Comissão do Trabalho⁵, a Mensagem 59 seguiu para a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, onde será analisada. Aguarda-se, no momento, a análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) quanto aos aspectos de constitucionalidade e de juridicidade, com fundamento no art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Paralelamente a isto, está *sub judice* Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) contra o Decreto nº. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158 da OIT, que, caso seja julgada procedente também trará de volta no ordenamento jurídico brasileiro o referido instrumento normativo.

No plano internacional, totalizando os 181 países que compõem a OIT, atualmente apenas 35 (a Eslováquia a ratificou em 2010) ratificaram a Convenção, entre os quais se destacam: Espanha, Finlândia, França, Portugal, Austrália, Suécia e nas Américas somente dois: Venezuela e Antígua e Barbuda.

Apesar do seu pouco tempo de vigência no Brasil, a Convenção em análise gerou fortes controvérsias sobre sua constitucionalidade, validade e eficácia. Inúmeras são as discussões político-jurídicas sobre esses aspectos, retomando o debate da garantia de emprego no Brasil e da normatividade do art. 7º, inciso I, da Carta Magna.

Será explicitado, a seguir, o conteúdo dos principais artigos que compõem este instrumento normativo.

⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383867>. Acesso em 10 abr. 2016.

2 CONTEÚDO DA CONVENÇÃO

A Convenção em estudo contém 22 artigos que normatizam a proteção da relação de trabalho contra atos terminativos despidos de qualquer motivação exercidos unilateralmente pelo empregador.

A Parte I dessa Convenção trata dos métodos e áreas de aplicação, e de definições. Quanto ao método de aplicação, o art. 1º estatui:

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.

Note-se que há uma grande flexibilidade quanto às fórmulas de aplicação, pois, como se vê, são admitidos os mais diversos métodos para o cumprimento das disposições previstas.

Entretanto, conforme ensina José Soares Filho, “se uma ou várias disposições da Convenção não é aplicada ou é aplicada de forma incompleta por meio de convenção coletiva, sentença judicial ou outros métodos, o Estado que a tenha ratificado obriga-se a colocá-la em prática por via legislativa”.⁶

O art. 2º estabelece que a Convenção em foco aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas. De acordo com Raimundo Cerqueira Ally⁷, a Convenção não se aplica aos trabalhadores domésticos e aos funcionários públicos, tendo em vista que estes não laboram em atividade econômica.

Este mesmo artigo permite a possibilidade da exclusão de trabalhadores, do âmbito de aplicação de todos ou alguns dispositivos da Convenção. Em suma, as proteções nela contidas não seriam aplicadas a situações de contratos com prazo determinado, inserindo-se aí os contratos de experiência, de caráter ocasional e por tarefa. Ordena, porém, que se to-

⁶ SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego**: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional. São Paulo: LTr, 2002. p. 194.

⁷ ALLY, Raimundo Cerqueira. Garantia de emprego e a convenção n. 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, Ano 25, n. 94, p. 28, abr - jun. 1996.

mem as necessárias medidas para coibir o uso de tais contratos com vistas a impedir a proteção concedida pela Convenção aos vínculos de emprego ajustáveis à regra geral. O dispositivo em tela prevê, ainda, a permissão da exclusão de categorias submetidas a regime trabalhista especial, desde que as condições desse regime proporcionem aos empregados uma proteção pelo menos equivalente à prevista na Convenção.

Vale notar que o Estado-membro deverá apresentar um relatório enumerando as categorias de trabalhadores que tenham sido excluídas explicando os motivos da exclusão. Ademais, deverá ser indicado nos relatórios subsequentes, a situação dessas categorias excluídas no âmbito jurídico e prático de cada Estado-membro que tenha ratificado a Convenção, explicando ainda, a medida em que é aplicada ou se propõe a aplicar a Convenção a essas categorias.

Quanto à definição da figura jurídica da dispensa, o art. 3º elucidou que as expressões *término* e *término da relação de trabalho* se referem ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, restringindo-se, assim, o campo de aplicação material da Convenção somente a essa hipótese.

O art. 4º incorpora o princípio básico da garantia de emprego, sendo este o ponto de maior relevo da proteção consubstanciada na Convenção n. 158 da OIT. Nos termos desse artigo, a causa do término, para ser justa ou não-arbitrária, deve estar relacionada com a capacidade ou comportamento do trabalhador, ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Insta consignar, que a norma em foco impõe limitações ao poder de despedir, de modo genérico, nos casos que não houver uma causa justificada, seja por incapacidade profissional, ato faltoso ou por comprovada necessidade patronal. Não se trata, portanto, de estabilidade absoluta.

No artigo 5º da Convenção, são enumerados motivos que não constituem justa causa para o término da relação de trabalho: a) filiação ou participação em atividades sindicais fora do serviço ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho; b) apresentar queixa contra empregador perante autoridades ou ajuizar reclamação trabalhista; raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidade familiar, gravidez, religião, opiniões políticas, ascendência nacional ou origem social; ausência do trabalho durante a licença maternidade. Este rol não tem caráter taxativo, como denota a expressão “Entre os motivos... figuram os seguintes”. Des-

te modo, presume-se, que o Estado pode, a seu critério, acrescentar outras hipóteses, como, por exemplo, a participação em greve, o estado de saúde, a incapacidade física, etc.

O art. 6º da Convenção inclui a ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão na sua esfera de proteção, preconizando que tal motivo não deverá constituir causa justificada de rescisão contratual. Entretanto, a Convenção admite certas limitações e definições a cargo das disposições nacionais. Como bem assevera José Soares Filho,

Não fornece aquele instrumento internacional a noção de enfermidade ou lesão. Entende-se, comumente, que esses termos compreendem não só a enfermidade ou lesão que não se relaciona com trabalho, mas também a doença profissional e o acidente do trabalho. Não se define, tampouco, a noção de ausência temporária; porém, não há dúvida de que a proteção pode limitar-se a ausência de duração determinada. A Convenção omite, outrossim, definição das categorias de limitações previsíveis para a ausência, nessas circunstâncias. De todo modo, a noção de ausência temporária do trabalho, a medida em que se exigirá um atestado médico e as possíveis limitações à aplicação do dispositivo em referência, deverão ser estabelecidas em conformidade com os métodos de aplicação nacionais.⁸

Preconiza o art. 7º o direito de defesa prévia do empregado, nas hipóteses de término contratual por motivos relacionados com a sua conduta ou seu desempenho, desde que seja razoável pedir ao empregador que lhe conceda essa possibilidade. Trata-se do princípio do contraditório aplicado no âmbito trabalhista, concedendo ao empregado o direito de recorrer, se julgar injustificado o motivo de sua dispensa.

O art. 8º consagra o direito do trabalhador de recorrer contra o despedimento injusto perante um organismo neutro, tal como à Justiça do Trabalho ou arbitragem, devendo fazê-lo dentro do prazo prescricional, sob pena de presunção de renúncia a esse direito.

⁸ SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego**: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional. São Paulo: LTr, 2002. p. 206.

Dispõe o art. 9º sobre o ônus da prova, bem como a competência dos organismos mencionados no art. 8º para examinar o recurso. Conforme preleciona o dispositivo em foco, tais organismos estão habilitados para analisar as causas alegadas e demais circunstâncias relacionadas com o caso, para que possam efetivamente se pronunciar sobre o término ser ou não justificado (§ 1º).

No tocante ao ônus da prova, o § 2º do art. 9º estipula que deverá ser previsto uma ou ambas das seguintes possibilidades: a) incumbirá ao empregador o ônus da prova da existência de uma causa justificada para o término, nos termos do artigo 4º da Convenção; b) os organismos mencionados no artigo 8º poderão 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. Conclui-se, portanto, que o ônus da prova, sobre a matéria, pode recair sobre o empregador ou sobre ambas as partes, segundo os critérios adotados pelo ordenamento jurídico de cada país.

O § 3º do art. 9º estabelece que nos casos da dispensa ocorrer por motivos atinentes à empresa, os organismos que apreciarão a fundamentação deverão verificar se os motivos realmente ocorreram ou não; todavia, quanto ao juízo de valor sobre a suficiência de tais motivos justificarem ou não a despedida, será estabelecido pela legislação nacional.

Preleciona o art. 10 que se os julgadores, em virtude da legislação e da prática nacionais, não puderem anular a dispensa e, eventualmente ordenarem ou propuserem a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação apropriada. Trata-se de norma flexível sobre a matéria, dada a circunstância de que em muitos países o trabalhador não tem direito de retornar ao emprego, quando imotivadamente despedido.

O art. 11 confere prazo de aviso prévio ao empregado que terá seu vínculo empregatício desfeito. A fixação do prazo de aviso prévio, que deve ser “razoável”, cabe ao poder discricionário de cada Estado-membro, através de sua respectiva legislação, estabelecer um prazo mínimo⁹, o qual pode ser ampliado mediante convenção coletiva. O aviso

⁹ No Brasil, a duração do aviso prévio não pode ser inferior a 30 dias, sendo garantido ao trabalhador aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI, da Constituição Federal). A lei 12.506/2011 instituiu novas regras para contagem do aviso prévio, notadamente o acréscimo de 3 (três) dias para cada

prévio deve ser obrigatório (dispensa-se somente nos casos de ato faltoso do empregado), de modo que a sua falta implicará, necessariamente, no pagamento de uma indenização compensatória ao trabalhador. Esta deve corresponder à remuneração que ele teria recebido no prazo do aviso, caso o empregador o houvesse dado.

Reza o art. 12 que em conformidade com a legislação e prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada, terá direito a uma indenização, fixada em função do tempo de serviço e do montante de salário, além do direito ao seguro-desemprego e aos benefícios previdenciários. Estas prestações podem ser concedidas cumulativamente, o que fica a critério de cada país (art. 12, § 1º, “c”). Dispõe o § 3º deste mesmo dispositivo que, em caso de término por falta grave, poder-se-á prever a perda do direito das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1º, “a”, de acordo com a legislação nacional.

As disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos encontram-se na Parte III da Convenção e constam de dois artigos (arts. 13 e 14). O art. 13 trata dos motivos relacionados com a empresa e que constituem fundamentos para a despedida. Tais fundamentos devem ser convenientemente provados, exigindo-se que o empregador proporcione aos representantes sindicais dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, todas as informações pertinentes às justificativas de despedimento, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pela dispensa e o período durante o qual seriam efetuados esses termos. O § 1º, “b” do art. 13, estatui que, de acordo com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores, oportunidade para que eles realizem consultas sobre medidas que evitem ou atenuem a situação do desemprego dos empregados afetados pela dispensa, como por exemplo, encontrando novos empregos para eles.

O art. 14 cuida da comunicação das dispensas por razões empresariais à autoridade competente (Ministério do Trabalho), prestando-lhe informações por escrito dos motivos dos termos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses termos. Tal como o disposto no § 2º do art. 13 sobre a consulta aos representantes sindicais, o § 2º desse mesmo dispositivo, faculta à legislação nacional limitar tal exigência aos

ano de serviço na mesma empresa, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias de aviso prévio.

casos em que o número dos trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, seja pelo menos igual a um número ou porcentagem determinados do pessoal.

Nos termos do § 3º do art. 14, a notificação à autoridade competente deverá ser feita com um prazo mínimo de antecedência à realização das dispensas, prazo que será especificado pela legislação nacional.

A Parte IV da Convenção (arts. 15 a 22) trata das “Disposições Finais” que são de pouca relevância para o presente estudo.

3 IMPACTO NO BRASIL

A ratificação da Convenção n. 158 pelo Brasil rendeu antagônicas discussões doutrinárias acerca da imediata aplicabilidade desse instrumento internacional no país. De um lado, foi recebida com entusiasmo e esperança por segmento de juristas e organizações sindicais de trabalhadores; de outro, com receio, apreensão e rejeição, por outros operadores do direito e pela classe patronal e suas organizações sindicais.

Tais discussões revelam o alto grau de influência que a Convenção exerceu nas relações trabalhistas, haja vista que a proteção da relação de emprego consagrada por este tratado constitui matéria que atinge interesses econômicos e sociais, que por sua própria natureza são, *a priori*, substancialmente opostos entre si.

No Brasil, vários juristas manifestaram-se a respeito da Convenção n. 158, gerando fortes controvérsias e divergências doutrinárias sobre o tema.

Levantou-se, primeiramente, a questão da inconstitucionalidade formal da Convenção n. 158, alegando-se que a matéria objetivada nesse Tratado encontra disciplina no art. 7º, I da Constituição Federal, que exige, para sua plena eficácia, a edição de lei complementar. Assim, para os defensores dessa ideia, a Convenção em apreço não seria apta para regulamentar o dispositivo constitucional retro mencionado, haja vista que sua inserção no direito interno, posiciona-se ao nível de lei ordinária, hierarquicamente inferior à lei complementar. Ressalte-se que, ao contrário do posicionamento sedimentado pela Suprema Corte, esta corrente acredita, portanto, que a Convenção não está revestida de nível hierárquico supra-legal, mas sim de caráter de lei ordinária. Ou seja, abaixo das leis complementares e da Constituição Federal.

Em seguida, suscitou-se a inconstitucionalidade material da Convenção n. 158, em face do disposto no art. 4º deste tratado que consagra a *reintegração como medida de proteção à dispensa arbitrária*, enquanto a Constituição Federal excluiu tal possibilidade ao prever *indenização compensatória como medida protetiva às dispensas imotivadas*.

Por fim, foi questionada a auto-aplicabilidade da Convenção, asseverando-se que estava carente em parte, pois dependia de regulamentação no tocante aos procedimentos especiais para as despedidas coletivas por motivos objetivos da empresa, ao qual a legislação brasileira é totalmente omissa.

Arnaldo Süssekind rebateu as objeções levantadas no tocante à inconstitucionalidade da Convenção n. 158 da OIT, sustentando ser plenamente compatível com a Constituição brasileira de 1988. Afirma que a Carta Magna estabelece mecanismos especiais para a ratificação dos tratados normativos (art. 49, I) e endossa o princípio do monismo jurídico, ao estabelecer que entre os direitos e garantias nela expressos se incluem os decorrentes dos tratados de que o Brasil participe. Ademais argumenta que:

A previsão da “indenização adequada”, tal como a “indenização compensadora” do art. 7º, I da Constituição brasileira, exclui, se adotada pela legislação nacional, a reintegração do trabalhador como fórmula geral de reparação da despedida injustificada ou arbitrária. Daí a completa sintonia entre os dispositivos examinados da Convenção n. 158 e a *Lex Fundamentalis* do nosso país.¹⁰

Süssekind ainda assevera que

(...) enquanto não for aprovada a Lei Complementar de que cogita o inciso I do art. 7º, da Constituição, continua vigendo a legislação do FGTS, completada pelo estatuído no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que impõe o pagamento da indenização de 40% sobre os

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 1. p. 703.

depósitos do aludido Fundo, sempre que a despedida for arbitrária ou sem justa causa. Ora, o art. 10 da Convenção, como já acentuamos, possibilita qualquer modalidade de reparação para a rescisão injustificada do contrato de trabalho.¹¹

Quanto à auto-aplicabilidade da Convenção 158, Sússekind¹² acredita que a Parte III deste Tratado – que prevê procedimentos especiais para as despedidas coletivas por motivos econômicos, estruturais ou análogos – contém disposições cuja aplicação depende de norma regulamentadora. Como a legislação brasileira é omissa nesse assunto, torna-se necessário a edição de lei complementar, que vise a dificultar ou reduzir as despedidas coletivas.

Nessa mesma linha posiciona-se Amauri Mascaro Nascimento, defendendo a constitucionalidade da Convenção:

Como se vê, a Convenção n. 158 da OIT não ordena reintegração no emprego e deixa a sanção para a dispensa imotivada a critério da legislação nacional, pois é um texto *procedimentalista* no sentido de disciplinar formas de dispensa, deixando que, seguido o procedimento previsto, cada País adote o tipo de sanção que pelo seu direito interno ordenar, e que, no caso brasileiro, é a já mencionada indenização.¹³

No entender de Nascimento¹⁴, a aplicação das disposições da Convenção pertinentes às dispensas coletivas requer revisão de alguns pontos da legislação brasileira, tendo em vista que esta não prevê os procedimentos prévios instituídos pela Convenção como condição de validade das dispensas em massa. Acredita que a respectiva adequação desse tipo de despedida poderá ser embasada no modelo constante do direito estrangeiro, especialmente o perfilhado pela União Européia, que visa a

¹¹ SÚSSEKIND, Arnaldo. et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 1. p. 703., p. 143.

¹² *Ibidem*. p. 703.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1015.

¹⁴ *Ibidem*. p. 965-977.

reforçar a proteção dos trabalhadores em face das dispensas coletivas, que do ponto de vista social, são muito mais importantes do que as individuais.

Jorge Luiz Souto Maior¹⁵ assevera que a Convenção n. 158 tem plena vigência no ordenamento jurídico brasileiro, pois acredita que a denúncia exercida unilateralmente pelo Presidente da República, é inconstitucional e que, portanto, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame.

Afirma ainda, que os termos da Convenção são inegavelmente constitucionais por inúmeros motivos, dentre os quais se destacam: a) A Convenção 158 traz questão pertinente ao direito do trabalho, inserido na órbita dos direitos humanos, devendo ser aplicado internamente como normas constitucionais (§ 2º, do art. 5º, da CF), ou mesmo, supranacionais (art. 4º, II da CF); b) A Convenção complementa o art. 7º, I, da CF, não havendo qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar, em razão do seu *quorum* qualificado, nega a aplicabilidade da Convenção, uma vez que esta exige muito mais formalismos que uma lei complementar; c) O próprio Supremo Tribunal Federal adota a posição doutrinária no sentido de não haver ordem hierárquica entre lei complementar e lei ordinária. Nesse sentido: RE 146.733 e ADin 1-DF (RTJ 156/721).

Antônio Álvares da Silva¹⁶ aponta três argumentos em prol da Convenção n. 158: primeiro, a Convenção tem abrangência muito maior que a do art. 7º, I, da CF/88, pois disciplina matérias que não constam daquele, como por exemplo, os procedimentos prévios referentes à dispensa coletiva. Assim, tratando-se de objetos diferentes, não há que se falar da necessidade de regulamentação, por lei complementar, da matéria pertinente à Convenção 158; segundo, a distinção entre lei complementar e lei ordinária reside apenas, no *quorum* necessário para a aprovação, não tendo relação com hierarquia, destarte, enquanto não vier lei complementar prevista no art. 7º, I, da CF, a Convenção 158 era apta para regula-

¹⁵ 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: <https://jus.com.br/artigos/5820/convencao-158-da-oit>. Acesso em: 03 mar. 2016.

¹⁶ SILVA, Antônio Álvares da apud SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego**: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional. São Paulo: LTr, 2002. p. 293/294.

mentá-lo, pois fixa de modo satisfatório o conceito de dispensa arbitrária ou sem justa causa; terceiro, a Convenção 158, como tratado multilateral, é capaz de criar direitos individuais, coletivos ou sociais, que incorporam à Constituição, independentemente de lei complementar regulamentadora, em razão do disposto no art. 5º, § 2º da Carta Magna.

No tocante à arguição de inconstitucionalidade material da Convenção, Álvares da Silva¹⁷ refuta tal objeção, alegando que a referida norma internacional não visa restaurar o regime de estabilidade, que já desapareceu do sistema jurídico brasileiro, e sim, adota um sistema moderno de proteção da relação de emprego, complementando o art. 7º, I da CF.

Em contrapartida, Octávio Bueno Magano¹⁸, vislumbra a inconstitucionalidade formal da Convenção n. 158, sustentando que a matéria tratada neste instrumento só pode ser disciplinada por lei complementar, conforme dispõe o art. 7º, I, da Lei Magna. Entende que a Convenção por possuir *status* de lei ordinária é hierarquicamente inferior à lei complementar.

Argumenta Magano que a própria Constituição elegeu a multa de 40% do FGTS, como indenização compensatória pela despedida arbitrária ou sem justa causa, de modo que essa forma de ressarcimento só poderá deixar de ser adotada com o advento da referida lei complementar, inadmitindo-se sua substituição por outra da mesma natureza ou similar prevista na Convenção 158. Por essas razões, conclui pela inaplicabilidade desse tratado no território nacional, tachando de inconstitucional sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena¹⁹ também combate a Convenção 158 sob os aspectos de sua vigência e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Vilhena, o referido diploma internacional não é auto-aplicável, pois necessita de normas de direito interno, quer de natureza legislativa, quer de origem negocial (convenção coletiva), quer provenientes de laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra

¹⁷ SILVA, Antônio Álvares da apud SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego:** análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional. São Paulo: LTr, 2002. p. 293/294.

¹⁸ MAGANO, Octávio Bueno. Convenção 158 da OIT. **Revista LTr.** São Paulo, v. 60, n.6, p.749, jun. 1996.

¹⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. A convenção 158 da OIT: vigência e aplicabilidade. **Revista LTr.** São Paulo, v. 60, n.4, p. 752-755, jun. 1996.

forma de acordo com a prática nacional, conforme preleciona o teor do seu art. 1º.

Ademais, Vilhena entende que a inconstitucionalidade da Convenção 158 reside justamente no fato de esta consagrar a estabilidade. E acrescenta: “Restaurar a estabilidade, pura e simples, e por ela, extinguir o Fundo de Garantia, é derribar a Constituição Federal Brasileira, de 1988 (veja-se seu art. 7º. I e III). A norma internacional, não goza de capacidade superada para tanto”²⁰.

Luiz Alberto David de Araújo²¹ alega a inconstitucionalidade da Convenção 158 no que tange ao seu art. 4º, por afastar a possibilidade de demissão sem justa causa, prevista no texto da Constituição de 1988, e ao seu art. 10, porquanto outorga aos órgãos do Poder Judiciário competência para determinar a reintegração, ou o pagamento de uma indenização adequada ao empregado despedido injustamente – o que não é admissível em face da própria Carta Magna que excluiu o regime da estabilidade e que reservou à lei complementar a fixação da respectiva indenização.

Caio Papaléo²², apesar de reconhecer a constitucionalidade e eficácia da aludida Convenção, afirma que esta não é auto-aplicável por tratar-se de um conjunto programático de princípios, necessitando, tanto quanto reclama o art. 7º, I, da Carta Federal, de norma complementar regulamentadora.

Em contraposição ao pensamento desse jurista, Marcelo Mauad afirma que a Convenção em análise não necessita de regulamentação, pois:

O texto da Convenção é bastante claro (...) e possui completas condições de se integrar ao ordenamento juslaboralista pátrio, sendo que eventuais lacunas certamente poderão ser sanadas pela jurisprudência, mesmo porque nenhuma lei tem o condão de abarcar

²⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. A convenção 158 da OIT: vigência e aplicabilidade. **Revista LTr**. São Paulo, v. 60, n.4, p. 752-755, jun. 1996.

²¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho e o ferimento da Constituição Federal. **Revista LTr**. São Paulo, v. 60, n. 6, p. 792, jun.1996.

²² PAPALÉO, Caio César Cairolí. Convenção 158 da OIT e a garantia no emprego (é proibido demitir?). **Revista Síntese Trabalhista**. Porto Alegre, n. 87, ano VII, p. 131-134, set. 1996.

todas as situações possíveis e imagináveis. Vem daí a grande importância que o Judiciário assumirá neste processo de consolidação da regra em nosso País.²³

Como se vê, a doutrina trabalhista pátria não chegou a se pacificar no tocante ao conteúdo, efeitos e à própria eficácia jurídica interna da Convenção n. 158, surgindo inúmeras correntes a respeito do tema.

Nesse quadro de incertezas, o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 1997, pronunciou-se nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1.430-3-DF, aforada pela Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68, de 1992, que aprovou, e do Decreto presidencial n. 1.855, de 1996, que promulgou a Convenção 158 da OIT, alegando que os arts. 4º e 10 do referido diploma internacional afrontavam o art. 7º, I, da CF e o art. 10, I, do ADCT.

O julgamento do pedido liminar – que visava suspender os efeitos da norma internacional – foi atendido por 7 votos a 4, por considerar que a referida convenção não era auto aplicável, visto que o art. 7º, I da CF, exige a lei complementar para o estabelecimento da proteção da relação de emprego no Brasil. Ademais, fixou-se o entendimento de que os tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil entram no ordenamento jurídico pátrio no mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias. Deste modo, a Corte Suprema suprimiu à época qualquer possibilidade de eficácia jurídica da Convenção n. 158 no território brasileiro.

Entretanto, antes de ser julgado o mérito da ação, o Presidente da República realizou unilateralmente a denúncia da Convenção, sem o *referendum* do Parlamento. A justificativa do governo brasileiro para tal ato encontra-se na exposição de motivos elaborado pelo Ministro do Trabalho, Paulo Paiva, argumentando-se que:

Despertam especial preocupação as disposições da Parte III, Artigos 13 e 14, que regulam o término da

²³ MAUAD, Marcelo José Ladeira. Convenção OIT n. 158: a garantia de emprego em vigor. **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, n. 87, ano VII, p. 139/140, set. 1996.

relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos (...)

Tais preceitos traduzem abandono do modelo juslaboralista nacional e, sem embargo de possíveis vantagens da inovação, surge o inevitável receio de que o rompimento do vínculo de trabalho por motivos ligados à atividade da empresa, preste-se para a elevação vertiginosa das rescisões contratuais que não geram pagamento de tradicionais direitos rescisórios do empregado. De fato, poucas empresas nacionais ou internacionais, no contexto da acirrada competitividade que se impôs sobre a economia mundial, deixam de ter motivos econômicos ou tecnológicos ou ainda estruturais para dispensar trabalhadores. (...)

Ante o empenho de modernizar a legislação trabalhista, situado no objetivo maior do Governo Federal de otimizar produtividade e qualidade no âmbito das empresas, e negociação entre estas e seus empregados, a Convenção 158 da OIT tem inspirado movimento oposto, que fomenta a intervenção estatal e reduz o círculo de mobilidade dos interlocutores. (...)

É preciso que a adesão a Tratados e a outros ditames da ordem jurídica internacional seja precedida de uma avaliação prospectiva do comportamento econômico e político do País ante a comunidade internacional ou perante os seus parceiros regionais. Nesse ponto, ressalta-se que no Mercosul, somente o Brasil aderiu a esta Convenção, procedimento aliás só ocorrido, em toda a América, pela Venezuela. Tal análise, porém, não deve ser única, mas reiterada periodicamente, para que a constante alteração das circunstâncias não isole ou escravize a Nação por conta de compromissos assumidos no passado, os quais, se puderam ter algum apelo positivo ao momento de sua assunção, representam, depois,

obstáculos ao bom desenvolvimento das diretrizes governamentais.²⁴

Feita a denúncia, insurgiram-se segmentos da classe trabalhadora e juristas, alegando que o ato de denúncia fora inconstitucional, por manifesta violação ao art. 49, I da CF/88. Tal repercussão gerou a interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela CONTAG e pela CUT, que até hoje não foi julgada pela Suprema Corte.

4 POSIÇÃO DO STF SOBRE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Como se sabe, o entendimento majoritário que vigorava no Supremo Tribunal Federal a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos, era no sentido de que estes tinham a mesma paridade hierárquica reservada às leis ordinárias, conforme estabelece precedente histórico do STF, consubstanciado no julgamento do RE-80.004/SE, e até mesmo na própria liminar da ADIn supra mencionada.

Após a introdução do § 3º ao art. 5º da CF, pela Emenda Constitucional (EC) n. 45 de 2004, os tratados que versarem sobre direitos humanos, aprovados em dois turnos, por três quintos dos membros do Parlamento, terão hierarquia constitucional.

Hoje, a controvérsia reside no tocante aos tratados internacionais sobre direitos humanos *anteriores* à EC 45/2004.

Ultrapassado o anterior entendimento que atribuía *status* legal a esses tratados e excluída a possibilidade de atribuir-lhes hierarquia supraconstitucional, os ministros do STF dividem-se entre as posições que os situam nos patamares constitucional e supralegal.

A primeira corrente, representada pelo Ministro Gilmar Mendes, defende a tese de que os tratados que forem anteriores à EC 45 só poderiam ser equiparados às emendas constitucionais se fossem submetidos à nova votação pelo Congresso Nacional, e atendessem os requisitos

²⁴ Exposição de motivos do Ministro do Trabalho Paulo Paiva em carta enviada ao Presidente da República em 14/11/1996. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-02/convencao_oit_demissao_imotivada_r_ejeitada?pagina=2 . Acesso em 17 mar. 2016.

do §3º do art. 5º da CF. Sem o preenchimento dessas exigências, seu *status* é supralegal, ou seja, estão abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes esclarece:

(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.
25

A segunda corrente, representada pelo Ministro Celso de Mello, propugna que os tratados de direitos humanos celebrados anteriormente à EC n. 45/2004 seriam hierarquicamente constitucionais, dado que:

(...) o § 2º do art. 5º da Constituição - verdadeira cláusula geral de recepção - autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, em face da relevantíssima circunstância de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar, subsumindo-se ao seu conceito, o

²⁵ MENDES, Gilmar. Voto-vogal proferido no **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, p. 21.

conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade.²⁶

E acrescenta:

(...) o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm ‘status’ de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser ‘equivalentes às emendas constitucionais’), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo ‘quorum’ do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.²⁷

Em suma, significa dizer que os tratados com cunho humanitário celebrados após a edição da Constituição brasileira de 1988 e antes da EC/45 integrariam o bloco de constitucionalidade, sendo materialmente constitucionais em face do §2º do art. 5º da CF, conforme defende o ministro Celso de Mello.

Pelo exposto, conclui-se que a partir desse novo paradigma jurisprudencial, ficou totalmente ultrapassada a interpretação que enxergava a inconstitucionalidade formal da Convenção 158, tendo em vista o seu cunho humanitário que lhe atribui status constitucional. Ainda que não se admita hierarquia constitucional à Convenção (pois foi incorporada antes da EC n. 45), é possível afirmar que esta possui no mínimo caráter supra-legal.

Deste modo, não é mais cabível o entendimento de que a Convenção n. 158 ofende formalmente à Constituição Federal por afronta ao seu art. 7º, I (que reserva a regulamentação da matéria à lei complementar) haja vista sua posição hierárquica superior às leis ordinária e complementar.

²⁶ MELLO, Celso de. Voto-vista proferido no **HC n. 87.585-8/ TO**, em 12/03/2008, p. 36.

²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira apud MELLO, Celso de. **HC n. 87.585-8/ TO**, em 12/03/2008, p. 33.

5 CONTEXTUALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO N. 158 DA OIT

A globalização da economia, responsável pelas modificações que vêm ocorrendo no processo produtivo, assinala uma nova crise no plano internacional. O desemprego em massa, alta rotatividade da mão-de-obra e mercado informal de trabalho, são os reflexos mais visíveis dessa conjuntura.

Nesse contexto insere-se a Convenção n. 158 da OIT. Apesar do seu pouco tempo de vigência no Brasil, este tratado causou grande impacto no ordenamento jurídico pátrio, causando acirradas discussões que se perpetuam até os dias de hoje. Difícil pacificar-se sobre a matéria, pois até hoje não houve regulamentação do art. 7º, I da CF, assim como não há previsão de procedimentos relativos ao disciplinamento da dispensa coletiva.

A carência de regulamentação legal no Brasil conjugado com a atual sistemática econômica levou o governo brasileiro, em fevereiro de 2008, submeter ao Congresso Nacional a Mensagem n. 59/08, propondo a rratificação da Convenção n. 158 da OIT. Conforme decisão proferida em 2 de julho de 2008, a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, rejeitou por 20 votos a um a mensagem do Executivo. O relator, deputado Júlio Delgado, em seu parecer justifica os motivos pelo qual repeliu a mensagem presidencial:

Hoje, nosso país, por meio do FGTS (criado justamente para substituir o mecanismo de estabilidade, análogo ao proposto pela Convenção 158), da multa rescisória e do seguro desemprego, já conta com um sistema mais eficiente do que o proposto pela Convenção. É mais simples, menos conflitivo, com benefícios para o empregador e para o empregado. Um sistema que estaria ameaçado com a ratificação desta Convenção, ou seja, estaremos colocando em risco a permanência desses benefícios. A eventual adoção da Convenção 158, ao contrário, criaria um verdadeiro conflito de interesses sem o necessário processo de solução. São problemas graves que afetam as empresas e os trabalhadores. Como pode uma empresa obter crédito de uma instituição financeira se é obrigada a declarar perante

um juiz que sua situação econômica não está boa? Como fica a sua imagem diante seus fornecedores e consumidores?

Por outro lado, como fica a carreira de um empregado quando é sentenciado por um juiz como incapaz de exercer determinadas funções? Não estaremos descredenciando-o para ocupar um novo posto de trabalho? O constituinte brasileiro foi mais sábio em recusar esses permissivos retrógrados e prejudiciais para ambas as partes, preferindo criar princípios modernos no próprio texto constitucional concretizados no conjunto de proteções fundamentais: a compensação indenizatória pelo empregador, o sistema intocável do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e o seguro desemprego pelo Estado. Este regramento comprovadamente eficiente e moderno, aplicável por força dos comandos constitucionais sem debates judiciais, é excludente, por sua natureza institucional, de qualquer outra solução regressiva por absoluta impossibilidade de cumulação.

Em função do enorme prejuízo para os trabalhadores, para a geração de empregos, para o crescimento interno e a competitividade internacional do país, aponta-se para a desnecessidade da adoção da Convenção 158.²⁸

Da mesma forma, na data de 10 de agosto de 2011, a Comissão do Trabalho da Câmara dos Deputados também rejeitou a Mensagem 59 de 2008 com 17 votos favoráveis e 8 contrários.

Com o resultado da Comissão de Trabalho, já são dois pareceres desfavoráveis.

Mas, mesmo tendo sido rejeitada na Comissão do Trabalho, a Mensagem 59 seguiu para a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados (CCJC), onde será analisada. Em 12.11.2014 houve apresentação do Parecer do Relator, Dep. Assis Melo (PCdoB-RS), pela

²⁸ DELGADO, Júlio. Parecer sobre mensagem presidencial n. 59/2008. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, jul. 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-02/convencao_oit_demissao_imotivada_rejeitada . Acesso em: 15 mar. 2016.

constitucionalidade, juridicidade e, no mérito, pela aprovação da Mensagem nº 59, de 2008, e propondo Projeto de Decreto Legislativo para aprovação, pelo Congresso Nacional, da referida Convenção. A proposição está agora sujeita à apreciação do Plenário.

Como se vê, a controvérsia da Convenção está em todas instâncias políticas, jurídicas e econômicas. Não há consenso sequer no parlamento.

No entanto, importante destacar que apesar do temor provocado pela possibilidade de aprovação da Convenção n. 158, a falta de regulamentação da despedida arbitrária pelo legislador pátrio, em especial da dispensa coletiva ao qual a legislação brasileira é totalmente omissa, será motivo constante para ressuscitar o debate da ratificação da referida Convenção.

A dispensa coletiva, sob a ótica da Convenção n. 158, é tratada como questão de direitos humanos, devido a sua amplitude, que é capaz de gerar grandes mazelas sociais nas regiões por ela afetadas. Referida Convenção, trata essa modalidade de dispensa não como um ato discricionário, que pode seguir os interesses unilaterais da empresa, mas como um ato de cautela, observando procedimentos preventivos como medida de minimização dos danos causados.

A Convenção n. 158 tem, como concepção, a dispensa coletiva como procedimento obrigatório previamente planejado pela empresa, um ato jurídico complexo e de trato sucessivo e não, como na lei brasileira, ato instantâneo, sem etapas sucessivas, perfazendo-se de pleno direito, com a simples comunicação da dispensa aos atingidos. Esse aspecto é fundamental e a comparação entre o sistema da Convenção e o modelo brasileiro mostra a diferença entre ambos.²⁹

A título de exemplo, demonstra-se o caso da Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A (Embraer) que demitiu 4,2 mil trabalhadores em 19 de fevereiro de 2009 sem realizar notificação prévia das demissões ou

²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As dispensas coletivas e a Convenção n. 158 da OIT, **Revista LTr**, São Paulo, v. 60, n. 6, jun. 1996.

qualquer negociação coletiva que visasse atenuar tais despedidas em massa.

Diante deste quadro, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª região julgou a despedida abusiva e condenou a empresa ao pagamento de uma indenização de dois avisos prévios até o limite total de R\$ 7 mil e a manutenção do plano de saúde por 12 meses aos ex-funcionários.³⁰ O acórdão foi proferido com fundamento na necessidade de o empregador de agir com boa-fé objetiva, fornecendo todas as informações necessárias para a realização da dispensa.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pela Embraer, suspendendo os efeitos do acórdão do TRT da 15ª região que condenou a empresa, fundamentando sua decisão no fato de que a multinacional agiu com observância às leis vigentes, e que por falta de previsão legal, a empresa não estaria obrigada a negociar. Todavia, fixou premissa futura no sentido de que a negociação coletiva é imprescindível para dispensas coletivas.³¹

O “caso Embraer” foi tão emblemático, que, devido ao relevo da questão, os tribunais superaram a alegação da preliminar da impossibilidade da discussão via dissídio coletivo jurídico, suplantando não só meros formalismos, mas a própria jurisprudência do TST (OJ n. 7 da SDC³²), bem como Regimento Interno da Alta Corte, como medida de efetividade da prestação jurisdicional e adequada justiça social.

Homero Silva retratou bem a questão:

Como no Brasil inexistente a disciplina tão necessária para esse drama social, são buscadas diversas vias de

³⁰ FOLHA ONLINE. **Embraer pede ao TST suspensão de decisão sobre demissões.** Abr.2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u547556.shtml>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

³¹ DI DÁRIO, Euclides. Demissões coletivas precisam de norma. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-24/demissoes-coletivas-norma-responsabilize-partes>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

³² **OJ-SDC-7. DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA DE CARÁTER GENÉRICO. INVIABILIDADE.** Inserida em 27.03.1998. *Não se presta o dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313, II, do RITST.*

negociação coletiva, mas nem sempre com resultados satisfatórios. Indaga-se, então, se haveria possibilidade de usar dissídio coletivo de natureza jurídica para a interpretação de uma não lei, quer dizer, para interpretação de um vazio legislativo. O tema é curiosíssimo e merece análise mais detida. Em meio a intensos debates, o Judiciário considerou não somente válido o uso do dissídio para a interpretação do limpo jurídico, como também apresentou diversas soluções passíveis de implementadas pelo legislador inerte. Não é todo dia que se vê um dissídio coletivo de natureza jurídica assumir importância tão expressiva na solução das controvérsias trabalhistas e muito menos ganhar as páginas da grande imprensa.³³

Voltando ao processo em análise, da decisão do TST foi interposto recurso ao STF pela Embraer, alegando que a decisão violou diversos dispositivos constitucionais e que o TST, ao criar condições para a dispensa em massa, estaria atribuindo ao poder normativo da Justiça do Trabalho tarefa que a Constituição reserva a lei complementar, invadindo assim a esfera da competência do Poder Legislativo. A empresa afirma que sua sobrevivência estaria ameaçada pela interferência indevida no seu poder de gestão, aspecto que viola o princípio da livre iniciativa.

Como o TST inadmitiu a remessa do Recurso Extraordinário (RE) ao Supremo, a empresa interpôs agravo, provido pelo relator, ministro Marco Aurélio, para dar prosseguimento ao RE. Ao submeter o processo ao Plenário Virtual do STF, para verificar a ocorrência de repercussão geral no caso, o ministro Marco Aurélio observou estar-se diante de situação jurídica “*capaz de repetir-se em um sem número de casos*”. Para ele, é “*evidente o envolvimento de tema de índole maior, constitucional*”.

O processo ainda está sub judice e o mérito do recurso ainda será analisado pelo Plenário da Corte.³⁴

Como se vê, o Brasil necessita de uma legislação específica que regulamente as demissões em massa como meio de atenuação e minimi-

³³ SILVA, Homero Batista da. **Direito Coletivo do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 202-203.

³⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234925>. Acesso em 04.04.2016.

zação dos efeitos resultantes desse impactante fenômeno. É preciso que haja boa-fé, informação e negociação no procedimento dessas dispensas. E isto só seria possível se houvesse norma que regulamentasse o assunto, gerando efeitos *erga omnes*.

Cumpra registrar ainda, que paralelamente a tudo isto está para ser julgada pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3 proposta pela CONTAG e pela CUT contra o Decreto nº. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158 da OIT. A ADIN questiona a validade da denúncia, por entender que a competência para formalizá-la era exclusiva do Congresso Nacional, sustentando violação ao art. 49, I da CF/88.

O ministro Joaquim Barbosa em voto-vista proferido em 03/06/2009 resumiu os votos proclamados anteriormente na Suprema Corte:

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 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 de Sua Excelência 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. 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. Pediu vista dos autos para uma melhor reflexão.

O ministro Barbosa tratou com proficiência sobre o assunto, se pronunciando pela total procedência da ADIN interposta pela CUT e CONTAG para declarar inconstitucional o decreto presidencial que denunciou a Convenção 158. No entendimento do ministro,

Levar adiante uma interpretação de que os tratados podem ser denunciados unilateralmente produz uma anomalia jurídica não encontrável em nenhuma parte da Constituição, mas apenas em constituições autoritárias que permitiam a existência, por exemplo, do decreto-lei, um ato normativo que já indica em seu próprio nome uma contradição em termos. Nem se diga, como é usual, que é necessário que o presidente possua a autoridade para, sozinho, denunciar tratados, porque a condução das relações exteriores exige celeridade e flexibilidade. Um argumento desse tipo talvez fosse consistente no século XIX ou em começos do século XX, quando os tratados estabelecidos pelos Estados possuíam quase ou nenhum impacto nos direitos nacionais. Ao contrário, vivemos em um tempo em que tratados modificam de maneira drástica a vida e a liberdade de pessoas comuns (...). (Voto-vista proferido em 03/06/2009, ADIn n. 1625-3, p. 23).

O notável jurista acredita que da mesma forma que um acordo internacional precise ser assinado pelo Presidente da República e submetido ao *referendum* do Congresso Nacional para efetivamente vigorar no Brasil, a extinção desse tratado precisa, necessariamente, passar pelo mesmo processo. Caso esse processo legislativo não seja respeitado, ha-

verá violação do texto constitucional. Assevera o ministro que apesar de não haver previsão constitucional sobre a denúncia de tratados, nenhum ato com força de lei vigora sem a anuência do Parlamento.

Quanto às consequências advindas da declaração de inconstitucionalidade, Barbosa elucida que serão basicamente duas:

Primeira: a declaração de inconstitucionalidade somente terá o efeito de tornar o ato de denúncia não-obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como consequência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT no Brasil continua em vigor. Caso o Presidente da República deseje que a denúncia produza efeitos também internamente, terá de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional.

Segunda: a declaração de inconstitucionalidade somente atinge o decreto que deu a conhecer a denúncia. Nada impede que o Presidente da República ratifique novamente a Convenção 158 da OIT. A possibilidade de re-ratificação de tratados é concreta, já tendo, inclusive, acontecido no Brasil com a Convenção 81, da OIT, cuja denúncia se tornou pública pelo Decreto 68.796/1971, mas foi novamente ratificada e incorporada ao nosso sistema por força do Decreto nº 95.461/1987, que revigorou o Decreto 41.721/1957, que originalmente incorporava ao direito nacional a dita Convenção. (Voto-vista proferido em 03/06/2009, ADIn n. 1625-3, p. 42-43).

Ressalte-se que o Ministro da Suprema Corte havia pedido vista no ano de 2006, e somente em junho de 2009 prolatou o seu voto.

Ato contínuo, na sessão do dia 3 de junho de 2009, a ministra Ellen Gracie (hoje aposentada) pediu vista para ter mais tempo para analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625, deixando o julgamento da ADI 1625 suspenso mais uma vez.

Sucessora de Ellen Gracie, a ministra Rosa Weber apresentou voto-vista na data de 11.11.2015, pela inconstitucionalidade formal do

decreto por meio do qual foi dada ciência da denúncia da convenção. A ministra destacou que o que se discute não é a validade da denúncia em si, mas do decreto, que implica a revogação de um tratado incorporado ao ordenamento jurídico como lei ordinária.

Seu voto partiu da premissa de que, nos termos da Constituição, leis ordinárias não podem ser revogadas pelo presidente da República, e o decreto que formaliza a adesão do Brasil a um tratado internacional, aprovado e ratificado pelo Congresso, equivale a lei ordinária. “A derrogação de norma incorporadora de tratado pela vontade exclusiva do presidente da República, a meu juízo, é incompatível com o equilíbrio necessário à preservação da independência e da harmonia entre os Poderes (artigo 2º da Constituição da República), bem como com a exigência do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV)”³⁵, afirmou. “Por isso, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito”

Após o voto-vista da Ministra Rosa Weber, julgando totalmente procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/1996, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Foi o quarto pedido de vista feito durante o julgamento, que tramita no STF desde 1997

O julgamento sobre a competência do presidente da República para revogar tratado internacional sem consultar o Senado parece estar longe de ser julgado, pois, foi adiado mais uma vez pelo Supremo Tribunal Federal, diante do pedido de vista do ministro.

Pelo exposto, constata-se que caso a ADIN seja considerada procedente, a Convenção n. 158 da OIT voltará a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro, reacendendo novos embates jurídicos travados em razão da natureza polêmica e controvertida do tema que atinge interesses naturalmente opostos entre si. E justamente por esta razão tal acórdão parece impossível de ser prolatado, haja vista os vários anos que se arrasta pela Justiça. Por mais óbvio que seja a Inconstitucionalidade da Denúncia feita pelo Executivo, há forte receio das consequências que tal declaração de inconstitucionalidade provocará, especialmente se os juristas e operadores de direito fizerem uma exegese inadequada da Convenção em estudo.

³⁵ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837>. Acesso em 03 mar. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção n. 158 da OIT é um instrumento normativo que veio concretizar e reafirmar os direitos fundamentais reconhecidos aos trabalhadores na Constituição Federal de 1988.

A necessidade de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a devida justiça social laboral reacende, a cada dia, a necessidade de ratificação da Convenção n. 158 e da regulamentação do art. 7º, I da CF.

Conforme demonstrado, verifica-se que esse diploma internacional provocou no Brasil intensa reação, rendendo acirradas discussões doutrinárias e de segmentos das classes patronal e operária. Foram suscitadas diversas objeções à Convenção n. 158, tais como a sua inconstitucionalidade formal e material e a sua inaplicabilidade no território brasileiro.

Entretanto, conclui-se que a solução para tanta polêmica está inserida na própria Convenção n. 158, bastando que se faça uma análise sistêmica e teleológica em conjugação com a Carta Magna. Invoca-se para tanto, a interpretação afirmada por Arnaldo Süssekind, cujo entendimento é no sentido de a Convenção ser totalmente compatível com a Carta Magna, tanto no plano material (pois se trata de norma flexível, adequando-se ao tipo de sanção prevista em cada país-membro, que no caso do Brasil é a indenização), quanto no plano formal (lembre-se que a Convenção em estudo é tratado de cunho humanitário, e que, portanto tem, no mínimo, *status* supralegal – esse é o entendimento pacífico da Suprema Corte).

Parafraseando Süssekind, “andaram vendo ‘fantasmas’ onde não existem”³⁶.

Ora, se o tratado em questão é plenamente compatível com a Carta Magna, não ensejando à reintegração, e sim, à indenização compensatória, que direito então tal diploma criaria para os trabalhadores? A resposta está nos procedimentos prévios previstos para as dispensas coletivas, ao qual a legislação brasileira é omissa e que carece tanto em face da conjuntura político-econômica em que se insere.

Através dos critérios previstos na Convenção para esses desligamentos em massa, os efeitos advindos desse fenômeno serão minimi-

³⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. Entrevista: Denúncia de convenção gera renúncia. **Revista Consulex**, Brasília, ano 1, n. 1, p.7, jan. 1997.

zados, buscando-se, assim, humanizar essa modalidade de dispensa, que do ponto de vista social é muito mais relevante e impactante do que a despedida individual.

Muito embora a aplicação das disposições da Convenção pertinentes às dispensas coletivas não sejam auto-aplicáveis, porquanto, como já dito, a legislação brasileira não prevê e conseqüentemente, não regula os procedimentos prévios instituídos pela Convenção como condição de validade das dispensas, faz-se necessário invocar os métodos de aplicação inseridos no art. 1º desse diploma, que autoriza sua devida aplicação através de convenções coletivas e sentenças normativas, por exemplo.

Fato que já vem ocorrendo na prática, pois, diante da inércia do Estado, notadamente do Poder Legislativo em disciplinar a dispensa coletiva, tem dado azo para que o Poder Judiciário, norteado pela Convenção n. 158, regule a matéria com vistas à máxima preservação dos direitos fundamentais em jogo. Mesmo denunciada, a Convenção continua emanando seus efeitos.

Entretanto, a utilização da Convenção n. 158 pelos Tribunais é de cunho apenas norteador, não tem força normativa, que torne cogente sua observância, uma vez que não integra, por ora, nosso ordenamento jurídico.

Tanto assim é, que a determinação de observância de procedimentos preliminares à dispensa coletiva pelos nossos tribunais (conforme prevê a Convenção) tem sido questionada pelas empresas afetadas, e assim continuará ocorrendo enquanto não houver legislação regulamentando e pacificando a matéria.

A ratificação da Convenção n. 158, nesse sentido, seria um marco inicial para que o legislador se preocupasse logo em disciplinar a matéria, pois, mesmo não sendo auto-aplicável, teria força normativa para determinar que o ato de extinguir coletivamente contratos de trabalho não se configura como liberalidade da empresa, necessitando-se de adoção de procedimentos prévios a esta modalidade de dispensa.

A lei infraconstitucional precisaria positivar quais seriam esses procedimentos e sanções, cabendo ao Judiciário julgar no caso concreto enquanto houver esse vácuo legislativo.

A realidade agravada pela crise econômica impõe adotar instrumentos que coíbam o impactante fenômeno das despedidas em massa, tais como a ratificação da Convenção n. 158 e a sua regulamentação por

via legal, medidas indispensáveis para o equilíbrio dos fatores de produção e o justo progresso social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLY, Raimundo Cerqueira. **Garantia de emprego e a convenção n. 158 da OIT**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, Ano 25, n. 94, p. 28, abr - jun. 1996.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho e o ferimento da Constituição Federal**. Revista LTr. São Paulo, v. 60, n. 6, p. 792, jun.1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Weliton Sousa. **Despedida arbitrária no texto constitucional de 1988**. Curitiba: Juruá, 1998.
- CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira da Silva. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DELGADO, Júlio. **Parecer sobre mensagem presidencial n. 59/2008**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, jul. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008jul02/convencao_oit_demissao_i_motivada_rejeitada>. Acesso em: 15 mar. 2016..
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DI DÁRIO, Euclides. **Demissões coletivas precisam de norma**. Revista Consultor *Jurídico*, São Paulo, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-24/demissoes-coletivas-norma-responsabilize-partes>>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- FOLHA ONLINE. **Embraer pede ao TST suspensão de decisão sobre demissões**. abr. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u547556.shtml>>. Acesso em: 03 mar. 2016..
- MAGANO, Octávio Bueno. **Convenção 158 da OIT**. Revista LTr. São Paulo, v. 60, n.6, p.749-754, jun. 1996.
- 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: 03 mar. 2016.
- MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MAUAD, Marcelo José Ladeira. **Convenção OIT n. 158**: a garantia de emprego em vigor. Revista Síntese Trabalhista, v.87, p. 135-145, set. 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **As dispensas coletivas e a Convenção n. 158 da OIT**, Revista LTr, São Paulo, v. 60, n. 6, jun. 1996.
- PAPALÉO, Caio César Cairolí. **Convenção 158 da OIT e a garantia no emprego (é proibido demitir?)**. Revista Síntese Trabalhista. São Paulo, v. 87, p. 131-134, set. 1996.
- REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SILVA, Homero Batista da. **Direito Coletivo do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 202-203.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego**: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional. São Paulo: LTr, 2002.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 1.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Entrevista: **Denúncia de convenção gera renúncia**. Revista Consulex, Brasília, ano 1, n. 1, p.7, jan. 1997.
- _____. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: RTr, 2000.
- _____. **Tratados ratificados pelo Brasil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **A convenção 158 da OIT: vigência e aplicabilidade.** Revista LTr. São Paulo, v. 60, n.4, p. 752-755, jun. 1996.

