

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
APLICADAS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

KAÍQUE JACINTHO

**A CONVENÇÃO 158 DA OIT COMO MEIO DE
GARANTIR DIREITOS AOS TRABALHADORES**

CAMPINAS

2016

Kaíque Jacintho

**A convenção 158 da OIT como meio de garantir direitos
aos trabalhadores**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à PUC-Campinas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientadora: Cristina Reginato Hoffmann

Campinas

Aos meus pais por todo o amor.

Agradecimentos

A Deus por toda graça.

A minha família pelo apoio incondicional.

A Universidade, a todos os meus professores, amigos e colegas de curso por contribuírem de forma determinante para a formação da minha personalidade.

Especialmente ao professor de Introdução ao Estudo do Direito Dr. Oscar Mellim Filho pelos inestimáveis diálogos literários, aos professores de Processo Civil Me. José Ricardo Haddad e Me. Maria Conceição Amgarten pelas magníficas aulas, à professora Me. Natália Montezori Marabuzzi Maziero por toda a dedicação em nos ensinar Direito Penal, à minha orientadora e professora de Direito do Trabalho Me. Cristina Reginato Hoffmann por todo o interesse que despertou em mim para a disciplina.

Por tornar o último ano o mais fascinante de todo o curso, à professora Dra. Renata Alvares Gaspar, aos professores Dr. Vinícius Casalino, Dr. Lucas Catib De Laurentiis, Dr. José Antonio Minatel, Me. Luís Guilherme Soares Maziero e notadamente ao professor Dr. Luís Renato Vedovato que gentilmente comporá a banca de avaliação.

E por toda a amizade, companhia e ajuda ao longo dos cinco anos, à Isabelle Marques Silveira e à Juliane Schimidt Damiazo.

Todos colaboraram decisivamente para que estivesse aqui hoje.

Obrigado!

“Todos somos responsáveis por tudo, perante todos.”

- Fiódor Dostoiévski

Resumo

Começamos por apresentar os dispositivos legais que garantem o trabalho como um direito e como fundamento da república e exploramos brevemente a teorização da despedida arbitrária. Nosso objetivo é fazer uma análise da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho a luz do direito brasileiro e das normas internacionais as quais se sujeita o país, demonstrando os argumentos jurídicos pelos quais ela é compatível e deve ser recepcionada pelo sistema, e os argumentos pelos quais o Supremo Tribunal Federal deu interpretação com a finalidade de se limitar os seus efeitos. E por último, com a finalidade de desconstruir os argumentos econômicos dos sindicatos patronais, comparamos os dados de desemprego de países variados e a forma como se dá a proteção a relação de emprego na França, signatária da convenção, e na Alemanha, que não aderiu a ela. Para isso faremos uma análise legal e jurisprudencial, utilizaremos conceitos doutrinários, artigos científicos e dados econômicos.

Lista de abreviaturas e siglas

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AGU	Advocacia-Geral da União
Art.	Artigo
BGB	Bürgerliche Gesetzbuch
CONTAG	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PDL	Projeto de Decreto Legislativo

Sumário

	Introdução	8
1	O Trabalho como Direito e Garantia Fundamental	9
1.1	No mundo	9
1.2	No Brasil	10
2	A despedida arbitrária ou sem justa causa no ordenamento jurídico brasileiro	12
3	A convenção 158 da OIT	15
3.1	Do término da relação de trabalho e as formas de reparação . .	18
3.2	Da harmonia da convenção com o Direito brasileiro	19
4	Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 DF	22
4.1	Ponderações ao julgamento	26
5	A convenção no mundo e a proteção à dispensa injustificada na França e Alemanha	28
5.1	No caso francês	28
5.1.1	Procedimento e efeito da dispensa	29
5.2	No caso alemão	30
5.2.1	Procedimentos e efeito da dispensa	31
	Conclusão	33
	Referências	34

Introdução

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o surgimento do Estado de bem-estar social, não se imaginava que pudesse haver um retrocesso nos direitos e garantias conquistados pelo povo, porém em plena segunda década do século XXI vemos inúmeros ataques e ameaças de retrocedência.

No Brasil a imensa maioria dos direitos garantidos hoje aos trabalhadores foram conquistados pela Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, e posteriormente foram assegurados no próprio texto constitucional de 1988. Direitos estes que se encontram sob grande ataque, sendo apontados como um dos fatores da inanição econômica pela qual passa o país, e do grande número de demissões e desempregados.

No entanto, veremos que o Brasil, diferentemente de outras grandes nações desenvolvidas do mundo, deixa em seu sistema jurídico a possibilidade da dispensa sem nenhuma causa, o que dá ao empregador uma liberdade quase absoluta para demitir.

Veremos se essa modalidade de demissão está de acordo com os dispositivos legais da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como do sistema jurídico internacional da qual o país faz parte.

Nosso objetivo é fazer uma análise da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, e demonstrar se ela é compatível e deve ser recepcionada pelo sistema, e os argumentos pelos quais o Supremo Tribunal Federal deu interpretação com a finalidade de se limitar os seus efeitos.

Para isso faremos uma análise legal e jurisprudencial, utilizaremos conceitos doutrinários, artigos científicos e dados econômicos.

1 O Trabalho como Direito e Garantia Fundamental

1.1 No mundo

O trabalho começa a ser reconhecido e disciplinado no plano internacional com a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, “como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial.”(1)

Com o final da Segunda Guerra Mundial nasce a Organização das Nações Unidas, “com o objetivo de manter a paz através do diálogo entre as nações. A OIT, em 1946, se transforma em sua primeira agência especializada.”(1)

A Constituição da OIT, em seu preâmbulo, já considera que o desemprego constitui ameaça a paz e a harmonia universal e traça como objetivo da Organização a promoção da justiça social. Ficando responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais - convenções e recomendações - do trabalho.(2)

As convenções, uma vez ratificadas, constituem fonte formal do Direito Internacional do Trabalho, desde que não sejam meramente programáticas ou promocionais. Somente elas são sujeitas a ratificação; têm a natureza de tratados internacionais multilaterais. Criam obrigações para os Estados.

As recomendações valem como propostas a serem submetidas aos Estados-membros, podendo ou não ser por eles aproveitadas e, assim, transformadas oportunamente em normas jurídicas na esfera de sua jurisdição, sejam estas de caráter estatal, sejam de natureza negocial (convenções ou acordos coletivos de trabalho). [. . .] Têm sido utilizadas para complementar e/ou regulamentar convenções que versem sobre princípios e regras gerais, possibilitando sua aplicação a maior número de países.

As convenções, juntamente com as recomendações, constituem o denominado “Código Internacional do Trabalho”.(3, p. 51)

Favorecer o trabalho efetivo, também constitui um dos objetivos de cooperação expresso na Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Brasil, em 22 de outubro de 1945.

CAPÍTULO IX

COOPERAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL INTERNACIONAL

Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;(4)

E o direito ao trabalho é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações, que dispõe: “Artigo XXIII - 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.”(5)

1.2 No Brasil

Com o processo de redemocratização, instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte de 1987, que resultou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O novo texto constitucional colocou o trabalho como princípio e fundamento da república, logo depois da dignidade da pessoa humana.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

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

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;(6)

Estabelecendo no título seguinte o trabalho como um direito social.

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

[...]

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

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

No qual deve se fundar toda a atividade econômica.

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

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, observados os seguintes princípios:

VIII - busca do pleno emprego;(6)

Sendo a base da ordem social.

TÍTULO VIII

Da Ordem Social

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÃO GERAL

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.(6)

Como podemos observar, o constituinte tornou o trabalho um direito e uma garantia fundamental, devendo toda a ordem econômica e social ser fundada na busca do pleno emprego e no primado do trabalho com o objetivo de alcançar o bem-estar e a justiça social.

[...] significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia. [...](7, p. 778)

2 A despedida arbitrária ou sem justa causa no ordenamento jurídico brasileiro

A despedida arbitrária ocorre quando o empregador coloca fim ao contrato de trabalho por prazo indeterminado de forma discricionária, unilateral e sem justificativa.

A CRFB, a CLT e todo o ordenamento jurídico prescrevem inúmeros direitos aos trabalhadores(8) e cria, como não poderia deixar de ser, um sistema processual para dar eficiência ao direito material, assim, o trabalhador poderia recorrer ao poder judiciário toda vez que o empregador não cumprisse uma de suas obrigações(9). No entanto a possibilidade da despedida arbitrária, apresenta-se como uma barreira intangível para a concretização desses direitos, deixando o trabalhador sempre sob a ameaça da perda do posto de trabalho. Tornando, desta forma, ações durante o curso do contrato de trabalho completamente inviáveis. Se conjugarmos a isso a prescrição quinquenal, na qual o trabalhador perde o direito de reivindicar após o decurso de cinco anos, consolidamos o mais perverso instituto de cerceamento de direitos do sistema jurídico nacional.

Súmula nº 308 do TST
 PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
 I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato. (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)(10)

Algo certamente previsto pelo constituinte originário ao incluir na carta magna o artigo 7, inciso I.

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(6)

Deixando a regulamentação a cargo de lei complementar, que deveria ser elaborada a posteriori; porém vinte e oito anos após a promulgação do texto constitucional, o congresso não aprovou qualquer norma que verse sobre despedida arbitrária além da indenização compensatória que já era prevista pelo art. 10, inciso I, do ADCT.

O texto do dispositivo constitucional nos trás um problema, isso porque dele pode-se extrair múltiplas interpretações.

Parte da jurisprudência classifica o ato de despedida arbitrária como direito subjetivo potestativo do empregador, pois dele somente seria exigido um pagamento compensatório.

O conceito de direito potestativo é definido por Francisco do Amaral como:

o poder que a pessoa tem de influir na esfera alheia de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir.(11, p. 201)

Para outros, no entanto a relação de emprego é protegida contra a despedida arbitrária, existindo um direito subjetivo ao empregador de não despedir arbitrariamente, logo, a violação deste dever causaria uma sanção. Não invalidando o ato, mas estabelecendo o dever de indenizar o ofendido nos termos do art. 10, inciso I do ADCT.

Nesse caso, a lei não autorizaria qualquer faculdade ao empregado (efeito autorizante) em sentido contrário ao rompimento contratual arbitrário ou sem justa causa (exigir a reintegração; a manutenção do contrato), nenhum direito do empregador caducaria (efeito caducificante), assim como seu ato antijurídico não seria inválido (efeito invalidante), mas a lei impõe a este último o dever de indenizar o trabalhador despedido arbitrariamente ou sem justa causa (efeito indenizante). Ao ato arbitrário, antijurídico, deu-se consequência apenas indenizante.(12, p. 6)

E por fim, para alguns a despedida arbitrária não foi recepcionada pela CRFB de 1988. Jorge Luiz Souto Maior ao comentar o referido dispositivo diz:

Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional.(13)

Como observamos anteriormente toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional foi elaborada com o intuito de garantir direitos e se promover o emprego. Sendo o trabalho um direito social contido dentro do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da CRFB.

Além disso, não se pode justificar a falta de efetividade dos dispositivos constitucionais com o argumento de que se tratam apenas de declarações de princípios.

Como bem defende Flávia Piovesan:

O que deve, então, vingar, a bem da efetiva implementação de todos os ditames constitucionais, é mesmo o entendimento de que seus princípios constitucionais fundamentais valem como lei – lei constitucional. Possuem “eficácia jurídica positiva ou simétrica”⁷⁷, pois criam, sim, direito subjetivo ao cidadão, possibilitandolhe exigir judicialmente a produção daqueles efeitos. E para tanto é que se reclama a hermenêutica concretizadora, que culmine por prestigiar a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais, otimizando a força expansiva do princípio da dignidade humana. (14, p. 551)

Se assim não fosse teríamos que aceitar um texto constitucional disfuncional, que não passe uma mera declaração de boa vontade. E, como diz Noberto Bobbio:

o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. (15, p. 15-16)

Não só da norma constitucional e seus princípios fundantes subsiste nossa interpretação de que a despedida imotivada não se encontra mais embarcada na jurisdição brasileira.

3 A convenção 158 da OIT

A convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho que ocorreu em Genebra em 1982 e entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985.(16)

Foi aprovada, concomitantemente, a Recomendação n. 166, com o objetivo de regulamentar a referida convenção. Ambas substituem a Recomendação n. 119, de 1963, sobre o mesmo tema.(3, p. 53)

No Brasil teve a tramitação legislativa, para incorporação ao ordenamento jurídico nacional, iniciada com o Projeto de Decreto Legislativo 62 em 1989 da Câmara dos Deputados. Sendo aprovada no mesmo ano na Comissão do Trabalho ainda no congresso com a mesma composição que aprovou a CRFB de 1988. Indicativo de que era essa a vontade do legislador constituinte.(17)

O PDL foi definitivamente aprovada pelo Plenário em 28 de maio de 1992, transformado no decreto legislativo 68 em 16 de setembro do mesmo ano(17) e promulgado pelo então presidente da república Fernando Henrique Cardoso no decreto Nº 1.855, de 10 de abril de 1996.(18)

A convenção versa exatamente sobre a matéria constitucional prevista na primeira parte do inciso I, do art. 7º. Os direitos aos quais têm o trabalhador após o término sem causa, por parte do empregador, da relação de contratual.(6, 16)

A convenção não tem por objetivo impedir o término da relação de trabalho mas sim criar a necessidade de que se fundamente-o em uma causa justificada, foi isso que constituiu a pedra angular das suas disposições.(19, p. 37)

PARTE II NORMAS DE APLICAÇÃO GERAL

Seção A Justificação do término

Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.(16)

Como podemos observar na primeira parte do artigo temos um comando, que cria uma obrigação de não fazer, obrigação por parte do empregador de não dar término/não demitir o trabalhador ao menos que essa demissão se justifique em uma das três hipóteses gerais que trás a segunda parte do dispositivo.

A primeira dessas hipóteses diz respeito à inaptidão (ou incapacidade) do trabalhador para o desempenho das funções que lhe são cometidas,

por falta das qualificações ou aptidões necessárias para esse mister, caracterizando-se como insuficiência profissional. Também compreende os casos de má execução do trabalho não devida a uma falta deliberada e de incapacidade para tanto resultante de um acidente ou uma enfermidade.(3, p. 54)

A segunda hipótese está baseada em seu comportamento e nas palavras de José Soares Filho é:

A conduta do trabalhador que justifica o término de sua relação laboral corresponde a um comportamento repreensível, ou faltoso, podendo ser tanto uma falta profissional que suscite um procedimento disciplinar, quanto outro tipo de irregularidade comportamental.(3, p. 54)

E por último temos as causas relacionadas com as necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

[. . .]podem ser de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga. Concorrem para o encerramento de relações de trabalho individuais ou coletivas, levando à redução de pessoal ou ao fechamento da empresa. Por vezes têm relação com o excedente de mão de obra ou redução do número de postos por motivos econômicos ou técnicos, ou nos casos de força maior e caso fortuito. Revestem as formas de racionalização ou modernização das empresas, estabelecimentos ou serviços, em face de queda de produtividade, alterações nas condições do mercado ou da economia e a falta de adaptação técnica do trabalhador a elas.(3, p. 54)

A necessidade do empregador apresentar uma justificativa para a demissão, seria a maior inovação legal trazida pela convenção. As disposições trazidas no artigo 5º e 6º já encontram-se quase totalmente asseguradas pelo sistema jurídico brasileira.

Art. 5 — Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) [. . .]
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Art. 6 — 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença

ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.(16)

As do art. 5º pelo art. 7º, XXX e seguintes e 8º da CRFB, pela lei 9.029, de 13 de abril de 1995 e pelo art. 392 da CLT. Já a garantia trazida pelo art. 6º encontra-se art. 475 e 476 da CLT que suspende o contrato de trabalho até a recuperação do trabalhador.

Porém, cabe aqui uma observação quanto a alínea C do artigo 5º, pois como dissemos anteriormente, o âmago desse trabalho é demonstrar que a despedida arbitrária leva ao cerceamento do exercício de direitos, e apresentamos a convenção 158 como a solução legal para essa fissura que sempre poderá ser usada contra o trabalhador.

c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;(16)

Como podemos observar tal dispositivo veda de forma expressa que seja usado como justificativa a participação do trabalhador em ações judiciais, ou a denúncia do empregador aos órgãos administrativos competentes para apurarem eventuais faltas cometidas, como motivação para o rompimento do pacto laboral.

Por óbvio, tais regras não se aplicam aos contratos de trabalho que por sua natureza seria inviável, tais como:

o contrato de trabalho de duração determinado ou para realizar uma determinada tarefa; os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e seja razoável; os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.(3, p. 53)

Tratada pela convenção no artigo 2º, item 5 da primeira parte.

PARTE I MÉTODOS DE APLICAÇÃO, ÁREA DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Art. 2º — 5. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da

aplicação da presente convenção ou de algumas de suas disposições, outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentam-se problemas especiais que assumam certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou a natureza da empresa que os emprega.(16)

3.1 Do término da relação de trabalho e as formas de reparação

Nos casos em que a justificativa para a dispensa do trabalhador for seu comportamento ou desempenho, deve o empregador conceder a chance de defesa contra as acusações.

Seção B Procedimentos prévios ao término e por ocasião do mesmo

Art. 7 — Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivo relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.(16)

A seção seguinte trata da forma de recurso contra o término, garantindo que o trabalhador terá direito a acionar o organismo competente para analisar a consistência da justificativa que deu fim a relação e prescreve as consequências. O texto adotou um sistema alternativo entre a anulação da demissão e quando esta não for possível, deve-se realizar uma indenização compensatória.

Seção C Recurso contra o término

Art. 8 — 1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.

[...]

Art. 10 — Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.(16)

Nas palavra de José Soares Filho:

Esse dispositivo dá preferência à anulação da despedida e, por consequência, à readmissão como meio de reparação pelo término injustificado da relação de trabalho; porém, admite, como alternativa, outras

formas de reparação em função dos poderes do organismo competente (neutro) conferidos pela legislação e prática nacionais, e tendo em vista a inaplicabilidade na situação concreta de uma decisão desse teor, formas essas traduzidas em indenização adequada ou outro tipo de reparação que for apropriada segundo os critérios do direito interno.(3, p. 53)

Aqui cabe pontuarmos que a sistemática legal brasileira, já nos traz vários dispositivos em conformidade com a alínea C, do artigo 12 - 1 da convenção. No artigo 7º, inciso II da CRFB, o direito ao Seguro-Desemprego, no inciso III o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o art. 10, inciso I do ADCT, e o art. 496 da CLT a indenização pelo término da relação empregatícia.

Art. 12 — 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

- a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do montante do salário, pagáveis diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregadores; ou
- b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou
- c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.(16)

Por fim, o texto dedica a parte III para as disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Com apenas dois artigos, o 13º e o 14º.(16)

O primeiro prevê consulta aos organismos de representação dos trabalhadores para se efetivar as condições objetivas de dispensa, assim têm-se como objetivo promover o diálogo para encontrar meios que alternativos à demissão.(3)

E o segundo dispõe que as autoridades nacionais competentes devem ser notificadas, juntamente com a exposição de justificativa e a relação de quantos e de quais setores serão demitidos. Neste caso as consequências irão depender de quais as funções a as autoridades de cada país exerçam.(3)

3.2 Da harmonia da convenção com o Direito brasileiro

A convenção regulamentaria mais uma medida de proteção da relação de emprego prevista no art. 7, inciso I da CRFB, que atualmente já conta com a regula-

mentação que garante à indenização compensatória dada pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.(20)

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 nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;(21)

A lei mencionada pelo artigo foi revogada pela lei nº 8.036/90 que deslocou a proteção para o art. 18, § 1º, com redação alterada pela lei nº 9.491/97, assim a indenização se estabeleceu em quarenta por cento do montante do valor dos depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho.

Como podemos observar o dispositivo constitucional em questão trás em sua parte final a expressão “dentre outros direitos”, o que deixa aberta à atividade legislativa a possibilidade de se criar quantos métodos forem desejados para tutela da despedida arbitrária, a limitação referida no inciso I, do art. 10º, do ADCT só se sustenta até que seja promulgada lei complementar.

A eficácia da convenção para tratar de matéria destinada a lei complementar é abordada pelo ministro Carlos Veloso, que ao votar na Ação Direto de Inconstitucionalidade 1.480 da a melhor interpretação, ao nosso ver, do status adquirido pelo tratado ao se incorporar ao sistema jurídico nacional.

[. . .] o tratado incorpora-se ao direito interno como lei, lei como gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória constituem espécies. Firmado o tratado pelo Presidente da República (C.F., art 84, VIII) e ratificado pelo Congresso Nacional (C.F., art. 49, I), dá-se a sua incorporação ao direito interno como lei complementar, se, relativa à matéria, a Constituição exige essa espécie de lei, mesmo porque não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, senão que a Constituição reserva para aquelas certas matérias. Noutras palavras, se a C.F., para determinada matéria, exige lei complementar, e um certo Tratado dispondo a respeito de tal matéria, é ratificado pelo Congresso Nacional e, por decreto do Chefe do Executivo, é incorporado ao direito interno, é como lei complementar que se dá essa incorporação.(22, p. 331)

Assim teríamos no Brasil três formas de encerrar o vínculo de emprego.

A despedida motivada que garantiria ao trabalhador todos os efeitos previstos atualmente para a despedida arbitrária, a despedida por justa causa que se mantém inalterada, e por fim, a despedida imotivada que traria as consequências da demissão de empregado estável, com o pagamento da indenização prevista no art. 496 da CLT.(23)

E também, não se pode justificar a inaplicabilidade da indenização devida ao empregado demitido sem causa, pela ausência de regulamentação.

[. . .] nenhuma regra legal precisa existir para que os juízes, julgando os conflitos com poder de discernimento, estabeleçam o valor da indenização devida em cada caso concreto, como se faz há muito, aliás, na Justiça comum, no julgamento das causas que têm por fundamento o art. 159 do CC/1916 (LGL\1916\1) - dispositivo que prevê a obrigação de indenizar daquele que causa dano a outrem, mas não estabelece o valor da indenização e ninguém nunca negou validade a tal preceito porque um Decreto executivo não tivesse regulado esse valor. A fixação do valor é feita por arbitramento, segundo critérios de verificação do dano sofrido, a necessidade de quem pede a reparação e possibilidade econômica do condenado (critérios de flexibilização, que, aliás, amoldam-se perfeitamente à tendência atual). Sendo a Justiça do Trabalho integrante do Poder Judiciário seus juízes possuem os mesmos poderes que os juízes do cível, até com maior amplitude devido ao Poder Normativo dessa Justiça especializada (art. 114 da CF/1988 (LGL\1988\3) e art. 766 da CLT (LGL\1943\5)). E nem se diga que o art. 159 da CC/1916 (LGL\1916\1), não pode ser invocado neste tema porque se trata de um preceito não inserido na ordem legislativa trabalhista, e a Justiça do Trabalho não teria competência para aplicá-lo. Ora, o preceito mencionado está inserido no Código Civil (LGL\2002\400) porque é neste Diploma que se encontram as regras de teoria geral do direito teoria essa que se aplica em todos os ramos do direito não-penal, como é o direito do trabalho. Para comprovar isso basta verificar a plena aplicabilidade no direito do trabalho dos preceitos de vício do consentimento, dispostos, igualmente, no Código Civil (LGL\2002\400).
[. . .]

Assim, mesmo que os preceitos da Convenção n. 158 precisassem de regulamentação - o que não é o caso -, já se encontraria na legislação nacional os parâmetros dessa "regulamentação". Portanto, plenamente eficazes, perante o ordenamento nacional, as disposições da Convenção n. 158 da OIT, no que se refere à proibição de dispensa arbitrária.(23, p. 12)

4 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 DF

Porém, não foi esse o entendimento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao analisar, em tese, a constitucionalidade da convenção 158 da OIT. Em ação proposta pelas confederações patronais (CNT - Confederação Nacional do Transporte e CNI - Confederação Nacional da Indústria), que questionavam o Decreto Legislativo 68, de 16.09.1992, e o Decreto Federal 1.855, de 10.04.1996, que recepcionava o tratado.(22)

Os autores da ação alegavam que a adoção da convenção seria, formal e materialmente inconstitucional. Como podemos observar em parecer do jurista José Saulo Pereira Ramos, que o relator ministro Celso de Mello destaca, em seu relatório, como síntese dos fundamentos do pleito. Saulo Pereira Ramos, que o relator ministro Celso de Mello destaca, em seu relatório, como síntese dos fundamentos do pleito.(22)

“A Matéria objetivada na Convenção 158 da OIT encontra disciplina em norma constitucional que exige, para sua plena eficácia, a edição de lei complementar. A impositividade desta competência afasta todas as normas infraconstitucionais que não tenham o status de lei complementar e, obviamente, o decreto legislativo, o decreto executivo, a própria convenção internacional, por eles aprovada e promulgada, não têm tal status.

Logo, quando a Constituição exige lei complementar para dar concreção a determinado e especificado assunto, nenhuma outra forma normativa poderá substituí-la, pois a forma de produzir a regra é subordinante para a validade e eficácia, no Estado de Direito, da matéria a ela reservada. O Brasil não pode, internamente, dar vigência a tratados sobre matéria que sua Constituição reserva à lei complementar, porque os acordos e convenções internacionais, sobretudo os de caráter normativo, incorporam-se ao direito interno como leis ordinárias, bastando a observância das condições rituais consubstanciadas no decreto legislativo, que os aprova, e o decreto executivo, que os promulga e publica.

Tratando-se de matéria expressamente condicionada à edição da mais alta norma infraconstitucional para ter eficácia, somente através de lei complementar poderia a Convenção 158, da OIT, ser incorporada ao direito doméstico brasileiro, porque regula precisamente a proteção ao emprego de que trata o art. 7º da Carta da República.

A incorporação processada, através da rotineira adoção do decreto legislativo e promulgação pelo decreto executivo, faz surgir, de pronto e gritante, a inconstitucionalidade formal, [. . .].

Consequentemente está em desarmonia com o texto constitucional brasileiro, posto que adota critério político e jurídico diametralmente oposto ao consagrado na Carta da República, tanto que os termos daquele acordo instituem a reintegração ao emprego como forma de anular a despedida arbitrária ou sem justa causa, admitindo, apenas, a

dispensa por motivos econômicos, baseados na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviços, tudo sujeito a um complexo processo probatório, que envolve sindicatos, levantamentos de mercado, laudos e outras exigências, práticas muito estranhas aos costumes empresariais brasileiros.

Estas observações levam, fatalmente, a verificar-se que a Convenção 158, da OIT, além da inconstitucionalidade formal, acima e longamente demonstrada, sofre igualmente de insanável inconstitucionalidade material no art. 4º, porque consagra a reintegração, conferindo ao juiz a competência para decretar a nulidade do término da relação de emprego.

Para não deixar qualquer dúvida sobre a vontade do constituinte, o art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, decretou o valor da indenização compensatória, dando-lhe eficácia provisória, mas plena, até que seja alterado pela lei complementar prevista no art. 7º.

[...]

E enquanto não promulgada a lei complementar prevista, impera o disposto no art. 10, das Disposições Constitucionais Transitórias.

É absolutamente subordinante este comando constitucional, pois o constituinte, entre outros direitos, mencionou e destacou a 'indenização compensatória', precisamente para que o legislador ordinário não a substituísse pela reintegração. Indenização compensatória e reintegração são distintos critérios jurídicos e políticos, que se excluem reciprocamente. Adotado um, estará excluído o outro.

E os 'outros direitos', referidos genericamente no art. 7º, inciso I, da Constituição, dizem respeito, por exemplo, a décimo terceiro salário, participação nos lucros, quando regulada, férias proporcionais, etc., igualmente devidos, e, por maior razão, na dispensa sem justa causa. Nenhum desses possíveis direitos, a serem criados ou assegurados pelo legislador complementar, poderá eliminar aquele consubstanciado na indenização compensatória, cuja inclusão, na futura lei integradora, é ordenada sob o comando imperativo do verbo 'preverá'. Dúvida inexistente, portanto, sobre o critério adotado pelo constituinte de 1988, mesmo porque, entre os demais direitos do trabalhador, reiterou o fundo de garantia por tempo de serviço no inciso III, do próprio art. 7º, completando, assim, a opção juspolítica que disciplinou a questão, e dando, para o trabalhador, direito autônomo sobre estes depósitos, que perderam, em consequência, o caráter indenizatório."(22, p. 220-222)

O relator ao analisar a constitucionalidade material da convenção, parte do princípio que a CRFB tem supremacia sobre todo e qualquer ato de direito internacional público. Fazendo-se necessário que todos os tratados e convenção celebrados pelo Estado brasileiro conformem-se ao seu domínio normativo, sob pena de invalidade e de ineficácia das cláusulas convencionais. Reconhece então a possibilidade jurídica dos atos domésticos, que incorporam o tratado, sofrerem controle abstrato de constitucionalidade. "Também o tratado, como a qualquer lei, se exige ser constitucional."(22, 24)

Afirma também a adoção, por parte da CRFB de 1988, da teoria Dualista Moderna, na qual o tratado passa a ter vigência plena, sem a necessidade de ou-

tro diploma legal, a partir de sua promulgação pela Presidência da República. Citando voto do ministro Oswaldo Trigueiro, na RTJ 58/70. “Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna.”(22)

Porém, no caso da convenção 158 da OIT, entende pela leitura da primeira parte do seu art. 1º - “Dever-se-á dar efeito às disposições da presente convenção através da legislação nacional,[. . .]” - que ela possui caráter programático, estabelecendo somente uma recomendação ao legislador de cada país signatário.(22)

Argumenta nesse sentido ao comentar os enunciados dos arts. 4º e 7º.(22)

Ao analisar os art. 5º e 6º da convenção, julga-os plenamente contido no sistema brasileiro, tanto pela lei, quanto pela jurisprudência, que, inclusive garante proteção mais extensa, citando para isso, a decisão do STF que reputou abusiva a extinção unilateral do contrato individual de trabalho, por motivo de filiação político-partidária (RTJ 138/284).(22)

E afirma que o art. 8º nada mais reproduz, senão a diretriz inscrita no art, 5º, XXXV, destaca que a doutrina, ao comentar sobre a convenção, preconiza lapsos temporais diversos para a expressão “tempo razoável” e a mera existência dessa divergência demonstra que a norma convencional exige regulamentação interna para ser aplicada.(22)

Quanto ao art. 10º, salienta que a convenção dispõe de maneira a permitir que cada Estado-Parte ajuste suas prescrições às características específicas de seu próprio ordenamento interno. Determinando a reintegração do trabalhador, ou o pagamento de indenização. Nas palavras do ministro relator:(22)

expressamente permite a cada Estado-Parte no artigo 10, que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais.(22, p. 773)

Em seguida, ao citar extensa referência bibliográfica, sustenta que:

ressalvadas as hipóteses previstas no próprio texto constitucional, não mais subsiste a possibilidade jurídica de o legislador comum introduzir a estabilidade em nosso sistema jurídico, com todas as consequências que derivam do regime que lhe é próprio, **notadamente** a reintegração compulsória do empregado.(22, p. 275-276, grifo do autor)

O relator então passa para o exame formal de constitucionalidade, reiterando o status infraconstitucional dos tratados internacionais, e a inexistência de hierarquia entre as espécies legislativas, porém afirma:

Há, no entanto, um âmbito de incidência material expressamente reservado pela Constituição ao domínio normativo da lei complementar. Esse âmbito de incidência material - **que se revela exclusivo da lei complementar** -, quando [...] desrespeitado por outras espécies normativas infraconstitucionais (**inclusive pelo atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno**), gerará uma típica situação de inconstitucionalidade, eis que, em tal hipótese, terão sido descumpridos os limites traçados pelo próprio legislador constituinte.(22, p. 284-285, grifo do autor)

No entanto como considera que a convenção tem apenas efeito programático, sem nenhuma aplicabilidade imediata, entende não se justificar o deferimento do pedido de suspensão cautelar de eficácia dos atos estatais impugnados.(22)

Abrindo voto divergente, o ministro Moreira Alves apesar de concordar com o voto do relator, conclui, tendo em vista orientação pregressa do tribunal, que seja deferida parcialmente a liminar para suspender todos os demais sentidos que as normas em causa possam ter que não resultante dessa interpretação conforme à constituição.(22)

O relator então, aceita as ponderações do ministro e retifica seu voto.(22)

E nestes termos, conclui-se o julgamento da medida cautelar:

[...] por votação majoritária, deferiu, parcialmente, sem redução de texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme a Constituição e até final julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do veto do Relator (Ministro Celso de Mello) e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção nº 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infra-constitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores [...].(22, p. 364-365)

A ação chega ao fim em junho de 2001, por decisão do relator que considera:

[...] que a convenção nº 158/oit não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais - dec. legisl. 68/92 e 1855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas. [...] Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da perda superveniente de seu objeto.(25)

4.1 Ponderações ao julgamento

Ação não chegou a ter o mérito julgado em caráter definitivo, pois em novembro de 1996, o então presidente da república Fernando Henrique Cardoso, proveu a denúncia da convenção.(26)

Em junho de 1997, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura ajuizou a ADI 1625. Seu objeto questiona a validade da denúncia que foi realizada sem a aquiescência do congresso nacional.

Ação ainda em julgamento, já conta com cinco votos no sentido de que “a denúncia de tratados internacionais, pelo presidente da República, depende de autorização do Congresso Nacional”.(27)

Prevalecendo-se o entendimento atual, nada impede a propositura de uma nova ação com a finalidade de se resolver o mérito quanto a aplicabilidade da convenção 158, vez que, a ação original foi extinta pelo relator.

E a decisão em sede de medida cautelar, contou com inúmeras ponderações dos ministros votantes. Entre elas ainda destacamos a do ministro Sepúlveda Pertence.

A mim me parece, pelo menos, que a resposta [...] não é tão inequívoca. Lembra-me de uma questão que estudei, mas não cheguei a pronunciar voto de mérito [...] sobre um tema que, vez por outra, aparece em matéria de Direito Tributário: são os tratados que, muito mais que fazer a vez de uma lei complementar no plano da União cujos órgãos representativos participam do seu aperfeiçoamento - fazem as vezes de lei tributária estadual. [...]

Deixo, pois, em aberto o problema da referida inconstitucionalidade formal, [...].(22, p. 351-352)

Além da composição diversa, que terá o tribunal, ao enfrentar novamente a questão.

Com fundamento no capítulo anterior, não é possível afirmar que a convenção sofra de qualquer inconstitucionalidade, seja ela formal ou material. Tão pouco que o legislador constituinte tenha escolhido exclusivamente como forma de proteção à despedida arbitrária, a indenização compensatória. Muito menos que a convenção traga de volta ao nosso ordenamento os efeitos da estabilidade decenal, pois com essa a demissão só podia ocorrer nas hipóteses bastante limitadas do art. 492 da CLT. Tão pouco que o legislador constituinte tenha escolhido exclusivamente como forma de proteção à despedida arbitrária, a indenização compensatória.

Nada obstante, é possível extrair da CRFB, bem como o ordenamento jurídico internacional de proteção aos direitos humanos, do qual somos parte, garante ao trabalhador, que apenas seja demitido mediante justificativa fundamentada em prin-

cípios republicanos, éticos e morais. Como os descritos na convenção 158 da OIT, que foi integrada de forma democrática ao ordenamento jurídico nacional. Complementando ainda, a precária disposição deixada pelo ADCT, que permite a demissão de trabalhadores como meio de ofensiva para não reivindicarem direitos.

Além do mais, a decisão do STF ao julgar a medida cautelar, causa grave limitação a República Federativa do Brasil de exercer o seu direito de celebrar tratados internacionais, ao não reconhecer a validade dos que contenham matéria reservada pela sua constituição a lei complementar - um método qualificado de aprovação legislativa. Excluindo o país por exemplo, da possibilidade de alinhar sua legislação tributária ao resto do mundo pela via de tratado. Podendo vir a ser o motivo da perda de oportunidades comerciais no futuro.(28)(29)

5 A convenção no mundo e a proteção à dispensa injustificada na França e Alemanha

No Brasil, onde a população desempregada chega 11,8% (ou 12.022.000) atualmente(30), a convenção foi fortemente atacada como demonstra Souto Maior.

Instituições ligadas ao patronato apresentaram sua “grande preocupação” com a possibilidade de ratificação da Convenção. A FIRJAN, Federação das Indústrias do Rio de Janeiro, por exemplo, manifestou-se no sentido de que a ratificação equivaleria à “criação do emprego vitalício”. Afirmou, ainda, o seu Presidente, que “A ratificação da Convenção 158 é a valorização da incompetência. Não existe empresa sem trabalhador. E aquele que se qualifica, e é eficiente, não tem o menor risco de ser demitido, porque, no fundo, ele é a empresa. Os países que adotaram esta convenção poderão ficar fora da competição global, sem chances de aumentar a renda de sua população”.(31, p. 1)

[...]

Alguns chegaram mesmo a enunciar que a ratificação da Convenção 158 constituiria óbice à criação de empregos e obstáculo ao desenvolvimento econômico.(31, p. 2)

[...]

[A] CNI – Confederação Nacional da Indústria, no sentido de que “não há porque o Brasil ratificar a Convenção 158 seguindo os passos de Etiópia e o Gabão”(31, p. 9)

A convenção foi ratificada por 36 nações, entre elas Austrália, Finlândia, França, Portugal e Espanha.(32) Países desenvolvidos que enfrentam diferentes situações econômicas (após a crise de 2008) e níveis de emprego.

Na Austrália por exemplo, a taxa de desemprego atual é de 5,6% (ou 705.121) (33). A situação da Espanha por outro lado é diferente, fortemente afetada pelo eventos de 2008, conta atualmente com 18.91% (ou 3.737.384) da população a procura de emprego(34).

Já nos países em que analisaremos, na França a taxa é de 10% (ou 3.478.800)(35) e na Alemanha, que não aderiu a convenção, de 4,1% (ou 2.539.940) desempregados(36).

5.1 No caso francês

O *code du travail* é o conjunto de regras aplicáveis a todas as relações de trabalho, incidindo essencialmente sobre os contratos de natureza privada, regendo as relações entre empregadores e empregados, independentemente do seu sexo, idade ou posição na empresa.(37)

O código francês obedece ao princípio de que toda dispensa deve ser justificada e estabelece motivos inerentes à pessoa do trabalhador e ao funcionamento da empresa que autorizam a dissolução do vínculo empregatício.(38)

Os inerentes à pessoa do trabalhador podem ser disciplinares ou profissionais. Os disciplinares estão ligados a insubordinação e o comportamento falho em geral. Os profissionais se caracteriza pela insuficiência profissional, falta de capacidade profissional ou insuficiência de resultados, eles ocorrem quando se constata baixa a produtividade, execução defeituosa do trabalho ou com a perda da licença para a exercer a profissão do cargo que ocupam.(38)

Os inerentes ao funcionamento da empresa podem ser dificuldades econômicas ou transformações tecnológicas que modificam substancialmente o contrato de trabalho; nesses casos a dispensa somente é lícita quando a reclassificação do empregado não é possível e ilegal quando ocorre em razão da idade ou superqualificação e assim, é proibido substituir, simplesmente, um empregado por um outro menos qualificado com salário inferior.(38)

5.1.1 Procedimento e efeito da dispensa

Em conformidade com o art. 7 da convenção, o art. L 12214 do código francês estabelece que o empregado antes de ser demitido deve ser convocado por carta registrada - prevista no art. L 122142 - a uma entrevista com o representante da empresa. A carta deve conter os motivos pelos quais empregado está sendo dispensado.(38)

Vale ressaltar que nos casos de dispensa de mais de dez empregados num período de menos de 30 dias por motivos econômicos, esse procedimento individual não é adotado, quando existe na empresa um comitê de empresa ou a atuação de delegados do pessoal, por se tratar de uma dispensa coletiva. Nesse caso, há a obrigação do empregador definir os critérios adotados na dispensa com o comitê de empresa ou com os delegados do pessoal, conforme art. L 3211- do código do trabalho. Semelhante aos critérios estabelecidos entre os representantes dos trabalhadores no local de trabalho alemães e seus empregadores, conforme § 95 do BetrVG, os critérios estatuídos de seus colegas franceses devem, segundo art. L 32111, contemplar, sobretudo, a situação familiar, a antiguidade no serviço, as chances dos dispensados no mercado de trabalho em razão de deficiências físicas, idade e profissão. Mesmo em se tratando de dispensa individuais, o empregador deve levar em conta esses critérios estabelecidos por negociação coletiva.(38, p. 80)

Durante a entrevista o representante do empregador deve esclarecer então os motivos que levaram à dispensa, e ao trabalhador deve se dar a possibilidade de justificar sua permanência no emprego.(38)

Ao empregado demitido cabe recorrer a justiça, onde o empregador deve esclarecer novamente os motivos da dispensa. Constatando-o, o empregado perde o emprego e faz jus a uma indenização segundo o art. L 122-9. (38)

Caso a empresa não observe o procedimento de dispensa mas durante o processo judicial apresente motivos reais, deve indenização de acordo com o art. 122-144, no montante de, no máximo, um mês de salário.(38)

Se não houver causa, o tribunal pode propor a reintegração, com a manutenção de suas vantagens adquiridas. Havendo recusa de uma das partes à continuação do vínculo empregatício o tribunal pode atribuir uma indenização ao empregado, que não pode ser inferior ao montante dos últimos seis salários recebidos. Essa indenização é cumulativa com a indenização prevista por dispensa motivada.(38)

5.2 No caso alemão

As relações de trabalho na Alemanha são reguladas pelo Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) e pela Kündigungsschutzgesetz (KSchG). O código civil (BGB) distingue a dispensa em ordinária e extraordinária.(38)

A dispensa ordinária é regulamentada por lei complementar (KSchG), que é aplicada para empregados que trabalharam há mais de 6 meses na mesma empresa que, por sua vez, deve empregar mais de 5 pessoas.(38) A KSchG considera a cessação da relação de trabalho ineficaz se for socialmente injustificada. Sendo considerada injustificada quando não for devido as razões relacionadas com o indivíduo ou na conduta do funcionário, ou à substituição das necessidades da empresa, que impedem a continuação do emprego nesta operação. .

§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen

(1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtswirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

(2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.(39)

Os motivos mais comuns para a dispensa relacionadas a pessoa do indivíduo são as faltas frequentes por doença não profissional, - a doença no entanto deve ser prolongada ou frequente, perturbar o processo de trabalho ou causar ônus inexigível ao empregador e somente pode se concretizar quando o interesse do empregador for maior que o do empregado - a diminuição de desempenho, - que para tanto deve causar

prejuízo considerável a empresa e não pode estar ligada a idade - a falta de qualificação profissional, - caso o empregado perca a licença profissional para atuar na função que exerce - e a condenação penal que impossibilita a prestação de serviços.(38)

Para a caracterização de motivos inerente a conduta do funcionário este deve apresentar comportamento faltoso, cometer infração de obrigações e ser advertido e ser de gravidade tal que nem a transferência do empregado possa atender aos interesses da empresa.(38)

Os motivos relacionados as necessidades da empresa são de ordem econômica. Não basta, porém, alegar a exigência geral de se reduzir custos ou empregados é necessário apresentar prova de motivos concretos para racionalização justamente do posto de trabalho em questão. Isso não significa no entanto que os tribunais poderão fazer um controle da necessidade, cabendo-os somente verificar se a decisão tomada pela empresa não foi irracional, sem fundamento ou arbitrária.(38)

Na dispensa extraordinária o empregado não tem direito ao aviso prévio, é prevista pelo BGB e não é regulamentada lei própria, por essa razão os tribunais aplicam a KSchG de forma análoga para determinar três tipos de motivos para essa forma de dispensa, os motivos inerentes à pessoa, ou ao seu comportamento e os inerentes ao funcionamento da empresa.(38)

Os motivos inerentes ao empregado são limitados e não dependem somente da pessoa, mas também do tamanho da empresa. Uma organização empresarial grande deve se mostrar mais tolerante que uma pequena.(38)

Nas maiores empresas o empregado só pode ser dispensado de forma extraordinária quando for surpreendido em flagrante, como, por exemplo, no caso em que agride um colega de serviço e comete uma lesão corporal. Mesmo assim, o empregador deve ter certeza que o empregado não agiu em legítima defesa.(38, p. 78)

5.2.1 Procedimentos e efeito da dispensa

Não existe exigência quanto a forma da dispensa, porém, há uma série de normas que garantem a intervenção dos representantes dos trabalhadores. O empregado considerando a demissão injustificada, pode no prazo de uma semana, apresentar uma declaração ao conselho do estabelecimento. O conselho então avalia a reclamação e negocia com o empregador. Mesmo sem iniciativa do empregado, o conselho deve ter a oportunidade de se manifestar sobre qualquer dispensa. Se não houver acordo entre o empresa e o conselho, essa tem o prazo de uma semana para redigir um protesto e encaminhar cópias ao trabalhador e a empresa.(38)

O protesto torna nos casos em que a demissão infringiu o acordo coletivo e em que havia possibilidade de transferência, a dispensa socialmente injustificada, e,

portanto nula.(38)

Nos demais casos, o protesto causa efeito suspensivo na demissão enquanto durar o processo diante dos tribunais do trabalho. O norma coletiva pode criar comissão de arbitragem para resolver a lide.(38)

O empregado dispensado tem, em todo caso, prazo de três semanas para entrar com uma reclamação trabalhista.(38)

O sistema legal alemão tem por objetivo proteger o empregado contra a dispensa injustificada, e preservar o emprego. A indenização é prevista somente para o caso de ser impossível reintegrar o trabalhador ou se, após decisão judicial, houver requerimento de uma das partes.(38)

Conclusão

Podemos concluir que apesar de todo o esforço do constituinte e de todo o ordenamento jurídico internacional para garantir o direito ao trabalho, o establishment jurídico brasileiro garantiu a eficácia da despedida arbitrária.

Eficácia essa que coloca em jogo todos os direitos historicamente conquistados, pois sua ameaça faz com que os trabalhadores deixem de exigir-los. Se conjugarmos a isso a prescrição quinquenal, temos uma verdadeira tática de sequestro de garantias.

A Convenção 158 do OIT viria a ser um importante instrumento para a solução desse embuste, porém, como vimos, foi rechaçada pelo Supremo, algo que esperamos que possa ser revisto em uma possível análise de mérito sobre sua validade, caso sua denúncia seja considerada irregular.

Convenção não apenas pode ser considerada autoaplicável, para impedir a demissão sem uma justificativa nela prevista, quanto veda como justificativa válida, a queixa administrativa ou judicial do empregado. Trazendo um grade efeito positivo para a garantia de direitos. Efeito esse que daria validade aos princípios constitucionais.

Também não se justifica os argumentos de que ela seria um óbice à criação de empregos e obstáculo ao desenvolvimento econômico, dos sindicatos patronais, pois, como observamos países altamente desenvolvidos como a França e a Alemanha possuem normas que vedam a demissão injustificada.

E com os índices de desemprego variando bastante entre os diferentes países citados é possível sugerir que a precarização das relações de trabalho não gera óbice a criação de empregos.

Além disso, pelos valores constitucionais e humanistas nos quais foi fundada nossa República, não podemos aceitar um desenvolvimento econômico que não seja baseado na valorização do ser humano e de seu trabalho.

Referências

- 1 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Brasília, 2016. Online. Informações extraídas do portal da OIT. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist~A\global\let\T1\textthreesuperior\unhbox\voidb@x{\def{MessageBreakfor\symbol{\textthreesuperior'}}\edefT1{TS1}\xdefT1/phv/bx/n/12{\T1/phv/m/n/12}\begingroup\escapechar\m@ne\let\MT@subst@\T1/phv/bx/n/12\def{\@@par}}\T1\textthreesuperior\textthreesuperiorria/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 10/10/2016. Citado na página 9.
- 2 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e Seu Anexo**. Montreal e Filadélfia, 1944 e 1946. Online. O texto em vigor da Constituição da Organização Internacional do Trabalho foi aprovado na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Montreal – 1946) e tem, como anexo, a Declaração referente aos fins e objetivos da Organização, que fora aprovada na 26ª reunião da Conferência (Filadélfia – 1944). Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 16/11/2016. Citado na página 9.
- 3 SOARES FILHO, J. A Convenção N. 158 da OIT. **Revista CEJ**, Brasília, n. 54, p. 49 – 60, setembro 2011. Citado 5 vezes nas páginas 9, 15, 16, 17 e 19.
- 4 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945. Online. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 17/11/2016. Citado na página 9.
- 5 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Online. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III). Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 16/11/2016. Citado na página 10.
- 6 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27/11/2016. Citado 4 vezes nas páginas 10, 11, 12 e 15.
- 7 SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Citado na página 11.
- 8 DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 15ª. ed. São Paulo: LTr, 2016. Citado na página 12.
- 9 TUPINAMBÁ, C. **As Garantias do Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014. Citado na página 12.
- 10 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula nº 308**. Brasília. Online. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-308>. Acesso em: 17/11/2016. Citado na página 12.

- 11 AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Citado na página 13.
- 12 MEIRELES, E. **Natureza Jurídica e Limites da Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa**. Salvador: [s.n.], 2012. Online. Disponível em: <<https://goo.gl/tQJYCj>>. Acesso em: 24/10/2016. Citado na página 13.
- 13 MAIOR, J. L. S. Proteção Contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 30, p. 110 – 125, 2004. Acesso em: 26/10/2016. Citado na página 13.
- 14 PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502619210/pageid/551>>. Citado na página 14.
- 15 BOBBIO, N. **A Era Dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>. Citado na página 14.
- 16 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção Nº 158**. Brasília. Online. Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 17/11/2016. Citado 4 vezes nas páginas 15, 17, 18 e 19.
- 17 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de Lei e Outras Proposições**. Brasília. Online. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=167023>>. Acesso em: 16/11/2016. Citado na página 15.
- 18 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996**. Brasília, 1996. Online. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1855.htm>. Acesso em: 16/11/2016. Citado na página 15.
- 19 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Protección Contra El Despido Injustificado. Informe III – Parte 4B**. Genebra, 1995. Citado na página 15.
- 20 COELI, P. D. C. E. C. Ainda a Convenção 158 e Sua Possível Repercussão no Ordenamento Constitucional de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 33, p. 206 – 242, out.-dez. 2000. Citado na página 20.
- 21 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. [S.l.], 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Citado na página 20.
- 22 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão em Medida Cautelar - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 Distrito Federal**. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Citado 6 vezes nas páginas 20, 22, 23, 24, 25 e 26.

- 23 SILVA, W. L. R. da; MAIOR, J. L. S. Validade e Eficácia da Convenção N. 158 da OIT Perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 94, p. 7 – 23, abr.-jun. 1996. Citado 2 vezes nas páginas 20 e 21.
- 24 MIRANDA, P. de. **Comentários à Constituição de 1967 - Tomo III**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Citado na página 23.
- 25 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento Processual - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 Distrito Fedetal**. Brasília, 2001. Online. Citação extraída de decisão do relator publicada em 24 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1646696>>. Acesso em: 22/11/2016. Citado na página 25.
- 26 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções ratificadas pelo Brasil**. Brasília. Online. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 22/11/2016. Citado na página 26.
- 27 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias STF - Pedido de Vista Suspende Julgamento Sobre Denúncia da Convenção 158 da OIT**. Brasília, 2016. Online. Citação atribuída ao ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>>. Acesso em: 22/11/2016. Citado na página 26.
- 28 BUSTAMANTE, T. da Rosa de. Tratados Internacionais Tributários, Emendas Constitucionais e Leis Complementares Após a EC 45/2004. Mudou Alguma Coisa? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 59, p. 269 – 293, abr.-jun. 2007. Citado na página 27.
- 29 RAMANZINI, I. G. G. Supremo Tribunal Federal: equilíbrio entre a Constituição e os Tratados Internacionais. **Boletim Meridiano 47**, Brasília, v. 15, n. 141, p. 44 – 50, jan. - fev. 2014. Citado na página 27.
- 30 TRADING ECONOMICS. **Brasil - População Desempregada**. New York. Online. Disponível em: <<http://pt.tradingeconomics.com/brazil/unemployed-persons>>. Acesso em: 27/11/2016. Citado na página 28.
- 31 MAIOR, J. L. S. **A Convenção 158 da OIT e a Perda do Emprego**. São Paulo: [s.n.], 2008. Online. Disponível em: <<https://goo.gl/2QVPhw>>. Acesso em: 27/11/2016. Citado na página 28.
- 32 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Ratifications of C158 - Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)**. Genebra. Online. Disponível em: <<https://goo.gl/da0RWj>>. Acesso em: 22/11/2016. Citado na página 28.
- 33 TRADING ECONOMICS. **Austrália - População Desempregada**. New York. Online. Disponível em: <<http://pt.tradingeconomics.com/australia/unemployed-persons>>. Acesso em: 22/11/2016. Citado na página 28.
- 34 TRADING ECONOMICS. **Espanha - População Desempregada**. New York. Online. Disponível em: <<http://pt.tradingeconomics.com/spain/unemployed-persons>>. Acesso em: 22/11/2016. Citado na página 28.

- 35 TRADING ECONOMICS. **França - População Desempregada**. New York. Online. Disponível em: <<http://pt.tradingeconomics.com/france/unemployed-persons>>. Acesso em: 24/11/2016. Citado na página 28.
- 36 TRADING ECONOMICS. **Alemanha - População Desempregada**. New York. Online. Disponível em: <<http://pt.tradingeconomics.com/germany/unemployed-persons>>. Acesso em: 24/11/2016. Citado na página 28.
- 37 LYON-CAEN, G. **Le Droit Du Travail - Une Technique Réversible**. Paris: Dalloz-Sirey, 1995. Citado na página 28.
- 38 VERON, D. S. R. Motivos, Procedimentos e Efeitos da Dispensa Individual na Convenção n. 158 da OIT e no Direito Francês e Alemão. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 94, p. 74 – 87, jun. 1996. Citado 4 vezes nas páginas 29, 30, 31 e 32.
- 39 ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **Kündigungsschutzgesetz (KSchG)**. Berlim, 1969. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/BJNR004990951.html>>. Citado na página 30.