

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciado aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbricadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

LA PROTEZIONE CONTRO IL LICENZIAMENTO COME GARANZIA FONDAMENTALE

Livia Mendes Moreira Miraglia
Isabela Murta de Ávila

Resumo

Frente à crescente flexibilização dos direitos trabalhistas, o presente artigo se propõe a estudar a proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada, analisando a Convenção 158 da OIT e sua aplicabilidade no Brasil. A fim de mostrar como a matéria é disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente, o artigo delinea conceitos relacionados ao tema, dentre eles o de dispensa arbitrária, ou sem justa causa, e o de dispensa discriminatória, diferenciando as duas figuras. A análise do tema sob enfoque da progressividade do Direito do Trabalho no que se refere à proteção contra dispensa arbitrária se faz necessária na atualidade, em que se percebe grande tendência à flexibilização dos direitos do trabalho. Por isso, o estudo enfatiza, ainda, as proteções contempladas pela Convenção 158 da OIT no que tange a esse tipo de dispensa. Também investiga sua constitucionalidade, já que o instrumento internacional em exame consagra proteção mais abrangente que a conferida pela Constituição de 1988. Examina ainda se é possível atribuir status de norma constitucional à Convenção 158 da OIT, tendo em vista que ela tutela direitos humanos. Especial ênfase é conferida à possível inconstitucionalidade da denúncia à Convenção feita pelo Brasil em 1996, atualmente debatida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, o artigo apresenta o cenário político em que se encontram as decisões do Poder Judiciário, que envolvem as questões relacionadas ao Direito do Trabalho, sobretudo, à eficácia dos demais direitos trabalhistas.

Palavras-chave: Proteção contra a dispensa imotivada, Constitucionalidade, Progressividade do direito do trabalho, Convenção 158 da oit

Abstract/Resumen/Résumé

Davanti alla crescente flessibilità dei diritti dei lavoratori, questo articolo si propone di esaminare la protezione dell'occupazione contro ogni licenziamento ingiustificato, analizzando la Convenzione 158 dell'OIL e la sua applicabilità in Brasile. Al fine di dimostrare come la materia è regolata nel sistema giuridico brasiliano, in primo luogo, l'articolo descrive i concetti legati al tema, tra cui il licenziamento arbitrario o senza causa, e il licenziamento discriminatorio, differenziando le due figure. L'analisi del licenziamento arbitrario sull'approccio della progressività del diritto del lavoro è necessaria oggi a causa della flessibilità dei diritti dei lavoratori. Pertanto, lo studio sottolinea anche le tutele previste dalla Convenzione 158 dell'OIL in relazione a questo tipo di licenziamento. Indaga

anche la sua costituzionalità, dato che lo strumento internazionale in questione prevede una protezione più ampia rispetto a quella offerta dalla costituzione del 1988. Esamina ancora se è possibile assegnare lo stato di norma costituzionale alla Convenzione 158 dell'OIL, dato che tutela i diritti umani. Particolare enfasi viene data alla possibile incostituzionalità del reclamo della Convenzione da parte del Brasile nel 1996, attualmente in discussione presso la Corte Suprema. Poi l'articolo presenta il panorama politico in cui si trovano le decisioni del Giudiziario, che coinvolgono questioni relative al diritto del lavoro, in particolare l'efficacia di altri diritti dei lavoratori.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Protezione contro il licenziamento, Progressività del diritto del lavoro, Convenzione 158 dell'oil

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a proteção contra a dispensa arbitrária, pautado no pressuposto de que os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória no Estado Democrático de Direito. A análise do tema sob enfoque da progressividade do Direito do Trabalho no que se refere à proteção contra dispensa arbitrária se faz necessária na atualidade, em que se percebe grande tendência à flexibilização dos direitos do trabalho.

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da dispensa arbitrária promovida pelo empregador, foi incorporada ao Direito brasileiro mediante o Decreto Legislativo nº 68, de 1992, e assegura proteção no mesmo sentido daquela prevista pela Constituição da República de 1988.

Tendo em vista a normatização pelos instrumentos mencionados, o presente artigo pretende aferir se o sistema de proteção instituído pela Convenção mostra-se compatível com a sistemática positivada no ordenamento jurídico brasileiro. E mais, objetiva discutir o caráter constitucional do instrumento internacional em exame, além de suscitar reflexões acerca da possível inconstitucionalidade da sua denúncia realizada pelo Brasil, através do Decreto nº 2.100/96.

Também é pertinente promover a análise do sistema de proteção contra a dispensa arbitrária, perquirindo se a proteção ao emprego, nos moldes como é disciplinada pela Constituição de 1988, atende aos anseios do trabalhador.

Assim, a consolidação dos direitos laborais em consonância com as garantias fundamentais seriam a base para consolidação da proteção contra dispensa arbitrária.

2 A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA: DELINEANDO CONCEITOS

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o direito de proteção ao emprego de maneira expressa e inequívoca na Constituição da República de 1988 e em seus desdobramentos normativos infraconstitucionais. Compreende-se como parte essencial desse direcionamento de salvaguarda ao emprego a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, assim disposta na Carta Magna:

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; (BRASIL, 1988)

Embora garantida constitucionalmente, a proteção ao emprego ainda não se consolidou na ordem jurídica vigente devido aos contornos hermenêuticos e ao direcionamento legislativo, que vêm caminhando em sentido contrário à progressividade das normas trabalhistas, revelando inequívoco retrocesso social. Assim, devido à facilidade de se promover a dispensa do empregado, tem-se por desdobramento lógico a alta rotatividade no mercado, gerando insegurança na relação laboral e, conseqüentemente, sua precarização.

Diante desse contexto, Lorena de Vasconcelos Porto (2008, p. 49), salienta que:

[...] o grande problema do ordenamento jurídico brasileiro se funda na ausência de uma efetividade na proteção ao emprego, motivo pelo qual tem como consequência a subversão dos princípios basilares do Direito do Trabalho e também do Direito Comum.

A autora entende que a violação mais evidente é a do princípio da continuidade da relação de emprego, justamente pelo fato de não haver proteção eficaz contra a dispensa no cenário fático brasileiro. Numa leitura atenta de ambos os documentos jurídicos, observa-se que no quadro brasileiro não se tem ainda uma consolidação eficaz da proteção contra a dispensa arbitrária nos mesmos patamares protetivos da Convenção 158 da OIT, motivo pelo qual se deve atentar sobre as medidas de proteção ao emprego e toda articulação política que circundou a ratificação e incorporação da referida norma internacional.

Se nossa Constituição assegura a garantia de emprego, pressupõe-se que a dispensa sem justa causa não seja meramente por ato volitivo do empregador. Como ensina Carlos Gomes Chiarelli (1989, p. 5), seria a garantia de emprego aquela em que a dispensa se funda em níveis éticos e morais, de modo que a inércia do legislador não poderia negar efeitos concretos e imediatos a um comando constitucional.

Nesse mesmo sentido, Jorge Luiz Souto Maior (2004, p. 115), destaca que:

A facilidade jurídica conferida aos empregadores para dispensarem seus empregados provoca uma grande rotatividade de mão-de-obra, que tanto impulsiona o desemprego quanto favorece a insegurança das relações trabalhistas, e, ainda, fragiliza a situação do trabalhador, provocando a precarização das condições de trabalho. [...] a dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da 'lei da oferta e da procura' e que impõe certamente aos trabalhadores condições de trabalho

subumanas e diminuição de suas garantias e salários, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico.

Além da mencionada disposição estruturante da Constituição, o ordenamento jurídico pátrio possui algumas proteções, ainda que tímidas, contra a dispensa arbitrária. Desde o estabelecimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) pela Lei nº 5.107 de 1966 (hoje regulado pela Lei nº 8.036, de 1990) (BRASIL, 1990), a regra geral nas últimas décadas tem sido a chamada denúncia “vazia” do contrato de trabalho pelo empregador.

Dessa forma, Maurício Godinho Delgado (2011, p. 1065) ensina que o critério da motivação da dispensa, antes da ratificação da Convenção, somente era verificado em situações fático-jurídicas pouco comuns, como nos contratos dos antigos estáveis celetistas ou nos contratos de empregados conjunturalmente favorecidos por alguma das garantias provisórias de emprego existentes no Direito Brasileiro ou em norma coletiva.

É o caso, por exemplo, do dirigente sindical e do dirigente eleito de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA). Nesta hipótese de garantia provisória de emprego, há previsão expressa no art. 165, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) acerca do conceito de despedida arbitrária, identificando-a como dispensa não fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (BRASIL, 1943).

Os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) têm *status* de norma constitucional, ou seja, possuem a mesma natureza jurídica que as normas estabelecidas na Constituição (SARLET, 2012, p. 269). Assim, a regulamentação do art. 10, I, do ADCT, prevê a estabilidade no emprego para o empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, e para a empregada gestante.

No caso da dispensa imotivada, o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência é de que os direitos assegurados por lei aos empregados incluem: o levantamento do valor depositado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); o acréscimo sobre esse Fundo previsto no art. 10, I, do ADCT, que tem natureza indenizatória; o aviso prévio; a remuneração das férias vencidas e proporcionais; o 13º salário proporcional; e a indenização pelo tempo anterior à inclusão do empregado no FGTS, se existente, nos termos do art. 477, da CLT (BRASIL, 1943).

Resta, portanto, a indenização. Atualmente, no Direito do Trabalho brasileiro, a dispensa arbitrária ou sem justa causa (motivadas por ato unilateral do empregador) gera ao empregado, a título de indenização, a multa incidente sobre os depósitos do FGTS durante a

contratualidade. Compõem, ainda, a indenização: a liberação dos depósitos do fundo de garantia, o aviso prévio, se não trabalhado (se trabalhado, é salário) e, por parte do poder público, o seguro-desemprego, caso o empregado preencha os requisitos necessários.

Pode-se afirmar que a dispensa imotivada confere poder potestativo ao empregador, sendo classificado por Maurício Godinho Delgado como “próximo do absoluto, uma vez que desconsidera todos os aspectos pessoais e sociais à dinâmica da extinção do contrato de trabalho” (GODINHO, 2011, p. 1058). Logo, se faz necessário trazer para o mundo jurídico um sistema eficaz contra a dispensa imotivada, de modo a seguir na progressividade das normas trabalhistas.

Esse é pano de fundo para a reflexão sobre a proteção contra a dispensa arbitrária, com vistas a reforçar o princípio da continuidade da relação de emprego, impondo critérios pertinentes à motivação da dispensa para eliminar a possibilidade jurídica da denúncia vazia do contrato de trabalho pelo empregador.

O Supremo Tribunal Federal, embora deva pautar suas decisões no plano da juridicidade, vem construindo um cenário de decisões políticas, incorrendo em evidente retrocesso social em diversas matérias no âmbito trabalhista. A propósito, vale ressaltar a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, e do art. 55 do Regulamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, aprovado pelo Decreto nº 99.684/90, na parte em que ressalvam o privilégio do FGTS à prescrição trintenária, restringindo, portanto, o prazo prescricional para 5 (cinco) anos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014a).

Nesse mesmo sentido, foi declarada a inconstitucionalidade da Portaria Interministerial do Ministério do Trabalho e Emprego MTE/SDH 2/11, que revogou a Portaria MTE nº 540/2004, tendo sido deferido o pedido de liminar nela formulado para “suspender a eficácia da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011 e da Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004, que permitia a divulgação da Lista Suja do Trabalho Escravo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014b).¹

No que se refere à terceirização, o STF tem decidido em sentido contrário aos patamares mínimos civilizatórios, de modo que já existem inúmeros precedentes desta corte

¹ Nesse sentido vide os Projetos de Lei do Senado nº 432/2013 e ao Projeto de Lei da Câmara nº 3.842/2012, que alteram o art. 149 do Código Penal para excluir a jornada exaustiva e as condições degradantes do tipo penal que condena o trabalho em condições análogas às de escravo.

permitindo a flexibilização das normas trabalhistas de modo a negar proteções em detrimento de articulações políticas econômicas.²

É de se esperar de uma Corte Constitucional, incumbida de zelar pela efetividade da Constituição, assumida conduta diversa da atual, de modo que merecem ser rechaçadas as diretivas de ordem meramente políticas, haja vista as garantias fundamentais do trabalhador.

3 CONVENÇÃO 158 E SUA CONSTITUCIONALIDADE NO PLANO JURÍDICO BRASILEIRO

A Convenção 158 da OIT estabelece importantes balizas normativas para uma regulação humanizada da dispensa, contudo possui longo e tormentoso tratamento no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta de Ratificação da Convenção foi depositada pelo Brasil em 5 de janeiro de 1995, sendo submetida à apreciação ao Congresso Nacional, que, em pleno exercício da competência constitucional, aprovou o texto da Convenção, por meio do Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992, no plano interno nacional nos seguintes termos:

Art. 1º É aprovado o texto da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o término da Relação de Trabalho por iniciativa do empregador, adotada em Genebra, em 1982.

Parágrafo único: São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.

Art. 2º. Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação. [...] (SENADO FEDERAL, 1992)

Em seguida, após onze anos de atraso, o Decreto Promulgador nº 1.855, de 10 de abril de 1996, veio a conferir publicidade à Convenção 158 da OIT no território nacional (BRASIL, 1996).

Durante os doze meses que seguem a sua entrada em vigor, a Convenção poderia ser alvo de denúncia, o que prejudicaria sua vigência no ordenamento interno. Foi justamente nesse período que o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 20 de dezembro de 1996, denunciou a Convenção, por meio de carta enviada à OIT, estabelecendo ainda que a Convenção deixaria de ter vigência a partir de 20 de novembro de 1997.

² Confira Supremo Tribunal Federal (2014c; 2014d).

Nesse contexto, em 19 de junho de 1997, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (CONTAG) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1625, em face do Decreto n° 2.100/96, que denunciou unilateralmente a Convenção 158 da OIT (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015a).

Desde então, trava-se uma longa e tortuosa discussão no cenário jurídico brasileiro acerca da constitucionalidade ou não da denúncia feita pelo então Presidente da República. Atualmente, a ADI tramita no Supremo Tribunal Federal (STF), contando com três votos a favor da inconstitucionalidade e um voto julgando a ADI 1625 improcedente.³

O processo se encontra paralisado desde 03/06/2009, quando a ex-Ministra Ellen Gracie pediu vista e aposentou-se sem se manifestar sobre o assunto.

Merece destaque o entendimento esposado pelo ex-Ministro Joaquim Barbosa, que aborda de forma meticulosa a força normativa da Constituição pautada em princípios e regras, em sintonia com o Direito internacional. O ex-Ministro ressalta a importância da consolidação dos direitos sociais na ordem jurídica nacional, buscando trazer elementos formais para julgar procedente a inconstitucionalidade do decreto.

Assim se manifesta o ex-Ministro:

Nesse contexto cabe cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal à Convenção 158 da OIT.

O Decreto do executivo que incorporou a dita Convenção ao direito brasileiro data de 1996, antes, portanto, do advento da EC/45, que incluiu o novo § 3º ao art. 5º. Ainda que não se admita a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC/45 possuem estatura constitucional, creio ser altamente plausível defender, ao menos, como já fizeram o min. Gilmar Mendes e o min. Sepúlveda Pertence em diferentes oportunidades, que os tratados de direitos humanos possuem estatura supra legal, porém infraconstitucional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

O efeito dessa decisão poderá mudar os rumos do Direito do Trabalho brasileiro, corroborando o valor social do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana consubstanciado na Constituição de 1988, permitindo-se que a norma constitucional prevista no art. 7º, I, passa a ter a interpretação de norma constitucional de eficácia plena, garantindo efetivamente ao trabalhador o direito à segurança no emprego.

Não obstante, não há qualquer garantia de que a tese da inconstitucionalidade prevaleça, principalmente diante do cenário atual de desconstrução dos direitos trabalhistas no Brasil, havendo diversos defensores da constitucionalidade da denúncia.

³ Os votos do Ministro Maurício Corrêa e o Ministro Carlos Britto foram no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação, por entenderem ser necessário o referendo do Congresso Nacional, conforme previsão expressa do art. 49, I, da CR/88.

Ademais, todos os trâmites de validade para a imediata aplicação da Convenção foram cumpridos, eis que esta foi regularmente aprovada pelo Congresso Nacional, mediante o Decreto Legislativo nº 68, de 16 setembro de 1992. Sobretudo, o depósito da Carta de Ratificação foi efetuado na Repartição – RIT (secretaria), em 5 de janeiro de 1995, e o Decreto de promulgação nº 1.855 foi publicado em 11 de abril de 1996.

Dessa forma, a denúncia da Convenção estaria eivada de vício, uma vez que caberia ao Congresso Nacional tratar da matéria, considerando que, ao implementar tal medida, o chefe do Poder Executivo teria extrapolado os limites de sua competência constitucionalmente fixados.

A esse respeito, é importante notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que pertine aos tratados internacionais é iterativa no sentido de que a denúncia não pode ser ato unilateral do Poder Executivo, sendo necessária a intervenção do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, I da CR/88, *in verbis*, “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]”. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Márcio Túlio Viana (1997, p. 148), lança o seguinte questionamento: “se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais, como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los”.

Note-se que o art. 84, IV, da CR/88, dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República, autorizando-o a dispor, mediante decreto, sobre: “a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) e extinção de funções e cargos públicos quando vagos” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, são robustos os elementos no sentido de que a denúncia apresentada unilateralmente pelo Presidente em face à ratificação da Convenção 158 possui vícios de inconstitucionalidade, sendo certo que o Chefe do Poder Executivo deveria ter submetido a discussão ao Congresso Nacional, que é o órgão competente para tanto.

Jorge Luiz Souto Maior (2004 p. 110) critica a denúncia de forma enfática, salientando que o Decreto do Presidente da República inicia-se com os seguintes termos “O Presidente da República no uso da atribuição que lhe confere o inciso, IV, o artigo 84 da Constituição Federal [...]”. Para ele, a denúncia do Presidente de República é ato inconstitucional e nem sequer poderia surtir qualquer efeito.

Ademais, é manifesta a indelegabilidade da atuação do parlamento na denúncia dos tratados, de acordo com o que preceitua o art. 49, I, da CR/88.

Com base no art. 5º, § 2º, da Carta Magna (BRASIL, 1988): “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ou seja, a Constituição não limitou os direitos e garantias fundamentais, o que apenas reforça a tese acerca da possibilidade de aplicação da Convenção 158 da OIT.

E mais, a Convenção 158 não pode ser analisada como tratado comum, tendo em vista que versa sobre direitos humanos, motivo pelo qual a proteção contra a dispensa arbitrária é direito social previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (NAÇÕES UNIDAS, 1948).⁴

Veja-se que a reforma do Poder Judiciário em 2004 conferiu *status* de emenda constitucional a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados com rito e *quorum* similares aos de emenda (art. 5º, § 3º, c/c art. 60, § 2º, CR/88).

Nesse contexto, cumpre ressaltar que o STF, a partir de 2008, vem modificando sua jurisprudência sobre as regras internacionais ratificadas pelo Brasil, adotando o patamar supralegal das convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos. Ainda que não seja o caso, é possível argumentar no sentido de que a Convenção 158 da OIT poderia também ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma supralegal.

Dessa forma, Maurício Godinho Delgado, (2011, p. 154) acrescenta que:

É evidente que alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre regras internacionais ratificadas e o Direito interno deve prevalecer a regra e a interpretação mais favorável à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. A alteração interpretativa da Carta Magna não pode ser feita para propiciar retrocesso sociais culturais — mas para garantir avanços civilizatórios em benefícios da pessoa humana.

Daniela Muradas Reis (2010), a partir da dinâmica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (incluídos os trabalhistas) e amparada em moderna doutrina defensora e afirmadora dos direitos humanos, difunde o princípio da vedação do retrocesso sociojurídico ao trabalhador no âmbito do Direito Internacional do Trabalho, como consectário direito do princípio da progressividade.

⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos possui diversos artigos que estabelece grau de proteção mínimo aos trabalhadores (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Sendo humanos os direitos trabalhistas, tem-se que a própria OIT deve garanti-los aos trabalhadores, a fim de minimizar os efeitos negativos do sistema capitalista e da globalização econômica.

Nesse sentido, Antônio Álvares da Silva (1996, p. 105) destaca que:

O Brasil, livremente, ratificou um tratado. Submeteu-o à aprovação interna na forma de sua Constituição. Depositou-o no órgão de origem, publicou o decreto promulgador. Agora, contrariamente ao art. 46 do Tratado de Viena e art. 11 da Convenção de Havana, querem subtrair-lhe a validade interna e, o que é pior, com argumentos formais e inconvincentes.

Estamos dizendo “sim” para a sociedade das nações e dizendo “não” internamente ao que perante elas livremente convencionamos.

Conclui-se, portanto, que as normas internacionais do trabalho traduzem um piso mínimo universal de proteção laboral direcionado pela diretriz de progressiva ampliação desses pelo Direito interno, não havendo que se falar em redução de patamares normativos já alcançados. Deve-se então, assegurar a expansão dos mecanismos garantidores dos direitos sociais no plano interno brasileiro.

Esse entendimento esposado decorre do princípio basilar do Direito do Trabalho de proteção do trabalhador, do qual decorre o princípio da norma mais favorável, além do princípio da vedação do retrocesso social, amplamente reconhecidos no plano internacional e no plano constitucional brasileiro, justificando-se a aplicabilidade da Convenção 158 da OIT no Brasil.

4 AS PROTEÇÕES CONSAGRADAS PELA CONVENÇÃO 158 DA OIT

Considerando os fundamentos já apresentados, pode-se afirmar que a Convenção 158 da OIT foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro com *status* constitucional. Admite-se, no entanto, a possibilidade de alguns de seus dispositivos serem regulamentados através de lei complementar ou por meio da negociação coletiva, para melhor adequá-los à realidade do País.

É nesse contexto que a justificação do término do contrato de trabalho se faz necessária, considerando a regra contida no art. 4º da Convenção 158, abaixo transcrita:

Art. 4º - 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. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1982)

Assim, necessário se faz que o empregado tenha ciência dos motivos que ensejaram a dispensa, cabendo ao empregador arcar com os ônus da dispensa imotivada, conforme previsão do art. 10 da Convenção 158:

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. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1982)

Aqui se vislumbra uma complementação do art. 7º, I, da CR/88, sendo certo que a reintegração se traduz na permanência da relação de emprego, cabendo ainda medida compensatória diante da impossibilidade da reintegração, conforme adverte José Alberto Couto Maciel (1994, p. 138):

O que quis o constituinte foi sustar o arbítrio patronal, exigindo, desde logo, a existência de um motivo válido para a despedida, sendo claro que a indenização, por si só, não repõe o dano causado pelo arbítrio. (...) se faz necessário estabelecer uma indenização quando há incompatibilidade entre as partes que inviabilize a reintegração nos casos de despedida arbitrária ou sem justa causa. A própria Consolidação das Leis do Trabalho regulamenta a indenização compensatória para o estável, quando incompatível sua reintegração. Creio que não pode ser outra a interpretação dada a essa atual indenização prevista nas Disposições Transitórias, e que será regulamentada por Lei Complementar, dentre outros direitos.

O art. 5º da Convenção trata da dispensa discriminatória informando, em conceito mais amplo que o rol trazido pela Lei nº 9.029/95, a dispensa por motivos inerentes ao empregado, como no caso da participação do empregado no movimento sindical, em greves, em sua atuação como representante obreiro, o ajuizamento de ação contra o empregador para a satisfação de seus direitos, motivos ligados a condições pessoais (v.g., raça, cor, sexo, gravidez, religião, opiniões políticas) e a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Veja-se aqui que a dispensa discriminatória é totalmente revestida de ilicitude, é inclusive repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme a Lei nº 9.029/95 (BRASIL, 1995), podendo o empregado optar entre ser reintegrado, recebendo toda a remuneração relativa ao período de afastamento, ou auferir esses valores em dobro.

Outro ponto importante da Convenção 158 da OIT é a possibilidade do direito de defesa do empregado, conforme dispõe o art. 7º:

Art. 7º - Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1982)

Nesse passo, em total consonância com o direito à ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da CR/88, o empregado tem o direito de se defender da justificativa apresentada pelo empregador, cabendo a este o ônus de fazer prova do motivo para a dispensa, conforme previsão do art. 9º da Convenção.

Ao Supremo Tribunal Federal cabe atuar na consolidação das normas trabalhistas, demonstrando seriedade no que tange aos direitos sociais, tanto no plano jurídico interno e como internacionalmente.

Por fim, acredita-se que a introdução das normas trazidas pela Convenção 158 teriam efeitos positivos, sendo certo que o empregador seria bem menos propenso a efetuar uma dispensa imotivada e que esta se tornaria mais rara, garantindo, assim, a continuidade da relação de emprego, em total conformidade com a progressividade do Direito do Trabalho.

5 CONCLUSÃO

A incorporação efetiva da Convenção 158 ao nosso ordenamento jurídico, não concretizada devido à denúncia promovida pelo Chefe do Poder Executivo por meio do Decreto n º 2.100/96, possibilitaria um contrato de trabalho estabelecido em pilares mais fortes, de forma a viabilizar a garantia ao emprego consubstanciada na continuidade da relação de emprego.

Assim, existem alguns aspectos dessa Convenção passíveis de regulamentação, a fim de melhor adaptá-la à realidade do País, em total conformidade com algumas normas já existentes na legislação infraconstitucional brasileira, sobretudo na CLT, podendo também ser editados novos diplomas legais.

Buscando aplicar a progressividade do Direito do Trabalho, propõe-se uma consolidação efetiva dos direitos fundamentais do trabalhador tendo em vista o tratamento jurídico dispensado à proteção contra a dispensa arbitrária e a visibilidade do tema perante a OIT, repelindo, portanto, o poder potestativo do empregador no ato da dispensa.

Com efeito, apesar do cenário atual de retrocesso em matéria trabalhista, existe a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar válida a denúncia da Convenção 158, ou de o Congresso Nacional decidir por consumá-la. Nessa hipótese, a proteção contra a dispensa arbitrária no Brasil se mostrará em total conformidade com o nosso ordenamento jurídico, tendo em vista sua fundamental importância na consolidação dos direitos dos trabalhadores brasileiros.

Assim, com vistas a mudar os paradigmas atinentes ao Direito do Trabalho como um direito social, não se pode permitir que haja precarização de garantias no sentido de retroceder sem antes sequer ter o referido direito consolidado. Agir assim, seria o extremo contrassenso tanto do legislativo quanto do judiciário em matéria de progressividade.

Por fim, trata-se de proteção essencial não apenas para proteger o empregado contra a dispensa imotivada do seu posto de trabalho, mas também para garantir a real efetividade dos direitos trabalhistas e, conseqüentemente, a dignidade do trabalhador brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 maio 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. **Diário Oficial da União**, 11/4/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 14/5/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 17/4/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 21 jul. 2015.

CHIARELLI, Carlos Gomes. **Trabalho na Constituição**. São Paulo: LTr, 1989.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MACIEL, José Alberto Couto. **Garantia no emprego já em vigor**. São Paulo: LTr, 1994.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 116, p. 110-125, out./dez. 2004.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 158**. Término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1982). Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

PORTO, Lorena Vasconcelos. La disciplina dei licenziamenti in Itália e nel diritto comparato: una proposta per Il diritto del lavoro in Brasile. 2008. (Dottorato di ricerca autonomia individuale e autonomia coletiva) - Università Degli Studi di Roma. “Tor Vergata” Disponível em: <<http://dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1034/1/Tese.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2015.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENADO FEDERAL. Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992. Aprova o texto da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. **Diário Oficial da União**, 17/09/1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-68-16-setembro-1992-358557-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em:

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Na vanguarda do Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2012.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Proteção contra a dispensa na nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, vol. 1, p.3-23,1992.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. Direito Constitucional do Trabalho. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. v. 1, p. 375-397, 1985.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1480/DF. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 18/05/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1480&processo=1480>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1625/UF**. Relator: Min. Mauricio Correa, aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>>. Acesso em: 17 ago. 2015a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1625/UF. **Voto-vista do Rel. Min. Joaquim Barbosa**. 03/06/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo nº 791932/DF. **Diário da Justiça**, 24/11/2014a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4517937&numeroProcesso=791932&classeProcesso=ARE&numeroTema=739>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 709212/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 13/11/2014. **Diário do Judiciário**, 18/02/2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+709212%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 17 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 713211RG. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 15/05/2014. **Diário da Justiça**, 06/06/2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+713211%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EPRCR%2E+ADJ2+713211%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/kz7urfd>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Ministro determina sobrestamento de processos sobre terceirização de call center em empresas de telefonia**. Publicado em 01/10/2014c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276490>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Repercussão geral: STF discutirá conceito de atividade-fim em casos de terceirização**. Publicado em 19/05/2014d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267100>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

VIANA, Márcio Túlio. **O que há de novo em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.