

PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA E APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 158 DA OIT.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

O maior problema social da atualidade é, inegavelmente, o desemprego. O desemprego, em uma sociedade marcadamente capitalista, destrói a auto-estima, aniquilando o ser humano, e, ao mesmo tempo, é causa de uma série enorme de problemas que atingem toda a sociedade.

Este problema, evidentemente, está ligado, de forma mais precisa, às políticas de macro-economia, considerados os arranjos comerciais e produtivos em escala mundial.

Todavia, tem também ligação com a forma de regulação das relações de trabalho. 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 nas relações trabalhistas, e, ainda, fragiliza a situação do trabalhador, provocando a precarização das condições de trabalho.

Assim, se o direito do trabalho não pode gerar bens à satisfação do incremento da economia, pode, por outro lado, fixar um parâmetro de segurança e dignidade nas relações de trabalho, que tanto preserve o homem no contexto produtivo quanto, de certa forma, acaba beneficiando as políticas econômicas.

O principal papel a ser cumprido pelo direito do trabalho nos tempos presentes, portanto, é o de evitar o desemprego desmedido e despropositado, que apenas serve para incrementar a utilização de contratos que desconsideram os seus fins sociais e geram insegurança na sociedade.

Sob esta perspectiva, é crucial que se passe a considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta conferiu, no inciso I, do seu artigo 7º., aos empregados a garantia da “proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

^(*) Juiz do Trabalho, titular da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí/SP. Professor-associado de Direito do Trabalho da Universidade de São Paulo (USP).

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.

Mesmo que assim não fosse, é evidente que a inércia do legislador infraconstitucional (já contumaz no descumprimento do comando constitucional) não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade humana (inciso III, do artigo 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso de direito, o que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação, estando ele acometido de problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou, simplesmente, quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas. Ou seja, quanto o pretense direito potestativo de rescisão contratual se utiliza para simplesmente diminuir a condição social do trabalhador, ao contrário do que promete todo o aparato constitucional.

Neste sentido, vale lembrar das lições de Karl Larenz¹, há muito manifestadas, analisando as relações jurídicas sob o aspecto da teoria geral do direito, no sentido de que: a) a vinculação em uma dada relação jurídica não retira da parte o seu direito subjetivo fundamental, que é o direito da personalidade, que se insere no contexto da proteção da dignidade humana, e que pode ser exercido em face de qualquer pessoa; b) o exercício do direito potestativo, nas relações jurídicas que o prevêm, encontra, naturalmente, seus limites na noção do abuso de direito e no princípio da boa fé.

Ora, logicamente, os direitos de personalidade são garantidos ao empregado na relação jurídica trabalhista e estes direitos se exercem em face do empregador, sendo agressões nítidas a esses direitos o trabalho em condições desumanas e sobretudo a cessação abrupta e imotivada da relação jurídica, na medida em que perde o meio de sua subsistência, sem sequer saber o motivo para tanto.

¹. Derecho Civil – parte general. Tradução e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picaveva. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas.

Evidentemente, como explica o mesmo autor, não há a necessidade de uma regra específica para que direito subjetivo da personalidade seja exercido.

A noção de abuso do direito encerra o princípio de que o exercício de um direito subjetivo é ilícito quando não tiver outro objetivo que o de causar prejuízo a outrem² e mesmo quando exercido de forma imoral³.

No tocante à boa fé, esclarece Larenz que “sempre que exista entre pessoas determinadas um nexó jurídico, estas estão obrigadas a não fraudar a confiança natural do outro”⁴.

Lembre-se, ademais, que nos termos do atual Código Civil, art. 187, comete ato ilícito aquele que, independentemente de culpa, titular de um direito, “ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu **fim econômico** ou **social**, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O novo Código Civil, aliás, estabeleceu uma nítida mitigação do princípio do “pacta sunt servanda”, dando maior relevo à função social dos contratos que à liberdade de contratar (art. 421) e o artigo 422, do mesmo Diploma, reafirmou, desta feita, expressamente, que a boa-fé deve estar à base do contrato na sua formação, na sua execução e na sua extinção, sendo que quanto a este último aspecto a normatização foi trazida no art. 472.

A proteção contra a dispensa arbitrária, portanto, encontra no ordenamento jurídico fundamentos que transcendem até mesmo à própria discussão em torno da aplicabilidade do art. 7º, I, da CF.

Mas, mesmo mirando-se a questão neste aspecto, a proteção contra dispensa arbitrária tem plena vigência.

O inciso I, do art. 7º, em questão, faz menção, é verdade, à indenização como forma de concretizar a garantia constitucional e o artigo 10, inciso I, do ADCT, estipulou a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, para valer enquanto não votada a Lei Complementar, mencionada no inciso I, do art. 7º. No entanto, há de se

². Larenz, ob. cit., p. 297.

³. Larenz, ob. cit., p. 298.

⁴. Larenz, ob. cit., p. 300.

reconhecer que a Constituição ao proibir a dispensa arbitrária acabou por criar uma espécie qualificada de dispensa.

Desse modo, a dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do art. 482, da CLT, terá que, necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. A indenização prevista no inciso I, do art. 10, do ADCT, diz respeito, portanto, à dispensa sem justa causa, que não se considere arbitrária, visto que esta última está proibida, dando margem não à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, quer dizer, à reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isto possível ou recomendável, a uma indenização compensatória.

Lembre-se, a propósito, que o art. 7º., I, mesmo tratando da indenização não exclui a pertinência da aplicação de “outros direitos”, como forma de tornar eficaz a garantia.

Assim, aplicados os preceitos constitucionais e legais, sob o âmbito individual, passam a existir quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a motivada (mas, sem justa causa); c) a com justa causa (art. 482, da CLT); e d) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95);

A dispensa imotivada equipara-se à dispensa arbitrária e é proibida constitucionalmente.

A dispensa motivada (ou sem justa causa) dá ensejo ao recebimento pelo empregado de uma indenização equivalente a 40% sobre o FGTS.

A dispensa com justa causa, devidamente comprovada, nos termos do art. 482, da CLT, provoca a cessação do vínculo sem direito a indenização.

A dispensa discriminatória vem expressa quanto à definição e aos seus efeitos na Lei n. 9029/95, dando ensejo à reintegração ou indenização compensatória.

A dispensa que não for por justa causa ou não se embasar em motivo suficiente, como dito, considerar-se-á arbitrária e, portanto, não está autorizada ao empregador. Quanto aos efeitos não se pode entender que à dispensa arbitrária aplica-se a indenização de 40% do FGTS, pois que isto equivaleria a dizer que dispensa sem justa causa e dispensa arbitrária são a mesma coisa, e, evidentemente, não são. A dispensa sem

justa causa não tem base em uma causa considerada “justa” pela lei (art. 482, CLT), mas deve possuir uma causa (um motivo), sob pena de ser considerada arbitrária.

Quais seriam, entretanto, os parâmetros jurídicos para se considerar uma dispensa motivada, afastando a hipótese de dispensa arbitrária?

O modelo jurídico nacional já traz, há muito, definição neste sentido, entendendo-se como arbitrária a dispensa que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT.

A norma constitucional que proíbe a dispensa arbitrária, portanto, tem eficácia plena e sua aplicação não pode e não deve ser evitada.

Quanto aos efeitos, a declaração judicial da dispensa arbitrária dá ensejo à reintegração ao emprego ou à condenação ao pagamento de uma indenização.

Costuma-se dizer que o instituto da reintegração teria sido banido de nosso sistema jurídico⁵; já outros, mais amenos, concluíram que a reintegração somente seria possível nas hipóteses específicas de estabilidade definitiva (a decenal, em razão de direito adquirido), de estabilidades provisórias (com previsão legal) e de estabilidades decorrentes de norma convencional⁶. De qualquer modo, na visão desses autores, a reintegração não seria remédio jurídico para os casos de dispensa arbitrária.

Todavia, "data venia", analisando-se o inciso I, do artigo 7o., da CF/88, não é bem isso o que se verifica. Com efeito, dispõe essa regra constitucional uma proteção da relação de emprego, em face de dispensa arbitrária, estabelecendo o pagamento de indenização, "dentre outros direitos".

Na verdade, na dispensa arbitrária, adotando-se como parâmetro legal a regra do artigo 496, da CLT, por aplicação analógica, o juiz do trabalho poderá, considerando desaconselhável a reintegração, "dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio", optar pela condenação do empregador ao pagamento de uma indenização.

Os artigos 495 e 496 da CLT são normas processuais que refletem a tradição jurídica brasileira quando se trata de dar efetividade às regras de estabilidade no

⁵. "A estabilidade provisória é mera garantia de salários e não autoriza a reintegração." - TST RR 6869/88.3 - Ac. 4a. T. 2220/92, de 14/10/92 - Rel. Min. Marcelo Pimentel, "in" Revista LTr 57-04/495.

⁶. Vide, Sússekind, Arnaldo, LTr 60-03/333 e Martins, Nei Frederico Cano, "Estabilidade provisória no emprego", São Paulo, LTr, 1995, pp. 29/35.

emprego. Tais regras foram, sem a menor dúvida, recepcionadas pela nova ordem constitucional, até porque têm sido hodiernamente aplicadas nos casos de estabilidade provisória. Desde que se esteja diante de uma regra jurídica de estabilidade no emprego, a reintegração aparecerá, inevitavelmente, como solução possível e até preferencial para o conflito em que se discuta a aplicação dessa norma.

Tanto isso é verdade que a própria Lei n. 9.029/95, que instituiu a proibição de dispensa por ato discriminatório, previu a "readmissão" - leia-se, reintegração - como hipótese possível para o deslinde do conflito.

Além disso, constitui preceito da teoria geral do direito que a declaração da nulidade do ato deve reconstituir as coisas no estado em que se encontravam antes da realização do ato anulado. Ora, se a dispensa do empregado estava proibida, a declaração de sua nulidade motiva, conseqüentemente, a determinação da reintegração, como forma de se retomar o "status quo". A indenização, como meio de compensação do prejuízo causado pelo ato nulo, aparece apenas alternativamente, na impossibilidade de concretização da reversão dos fatos.

A reintegração ao emprego, ademais, constitui a fórmula mais eficaz de cumprir o direito a sua função social.

Diz-se, ainda, que a Constituição, ao fixar o direito ao FGTS para todos os empregados, indistintamente, tornou-se incompatível com sistemas de garantias gerais de emprego. Entretanto, o FGTS não pode ser visto como um direito que negue outra garantia maior aos trabalhadores, pois assim estipula o próprio "caput" do art. 7º., da CF: "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**" (grifou-se). Estabelecido, assim, o princípio da progressividade das garantias ao trabalhador. Aliás, como já vem se firmando na jurisprudência, o FGTS não é óbice à aquisição de estabilidade pelo servidor concursado, cujo regime é o da CLT.

Assim, a determinação de reintegração do empregado, arbitrariamente dispensado, é plenamente cabível, até porque se não considerada juridicamente possível restaria aos juízes apenas a hipótese de indenização, o que nem sempre se faz em favor da ordem social, já que uma reintegração, muitas vezes, pode ser menos traumática para as próprias empresas do que o pagamento de uma indenização.

Quanto à indenização, nos casos de dispensa considerada arbitrária em que a reintegração se mostre desaconselhável ou impossível, qual seria esta?

Para responder a essa indagação é necessário recordar que nenhuma regra legal precisa existir para que os juízes do trabalho, 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 artigo 186 do Código Civil - dispositivo que prevê a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem e que é base jurídica, diga-se de passagem, para as ações de indenização por acidente do trabalho. Tal dispositivo não estabelece o valor da indenização e ninguém nunca negou sua eficácia porque um Decreto executivo não o tivesse regulamentado. A fixação do valor é feita por arbitramento, segundo critérios de verificação do dano sofrido, da necessidade de quem pede a reparação e da possibilidade econômica do condenado. E nem se diga que o artigo 186 do Código Civil não pode ser invocado neste tema porque se trata de um preceito não inserido na ordem legislativa trabalhista, e que a Justiça do Trabalho não teria competência para aplicá-lo. Ora, o preceito mencionado está posto no Código Civil porque é neste Diploma que se encontram as regras de teoria geral do direito, teoria esta que se aplica, sem sombra de dúvida, em todos os ramos do direito não-penal, como é o caso do direito do trabalho.

Evidente que, adotando os parâmetros da legislação trabalhista, para casos análogos (indenização do portador de estabilidade definitiva, do portador de estabilidade provisória e dos casos de dispensa discriminatória), há parâmetros para o arbitramento desse valor, mas que, de todo modo, não impedem a avaliação das peculiaridades de cada caso em concreto.

Vale verificar, ademais, que já vêm se inserindo na realidade das Varas do Trabalho os pedidos de indenização por dano pessoal, mal denominado “dano moral”, para as hipóteses de dispensa sem justa causa, tendo à vista os prejuízos experimentados pelo trabalhador em face do desemprego imotivado.

O fato é que com o tempo, num exercício de erros e acertos, a jurisprudência, mais sábia que o legislador no que se refere ao tratamento de casos concretos, saberá fixar, de forma mais definida, os contornos dessa indenização, que não se limita, como dito acima, de forma alguma, ao valor de 40% do FGTS. Lembre-se, a propósito, que não é raro o processo de integração do sistema jurídico feito pela jurisprudência, com apoio na doutrina. Vide, como exemplo, o prazo de 30 (trinta) dias para se caracterizar o abandono de emprego, que não tem previsão legal específica.

O ordenamento jurídico nacional, portanto, possui todos os instrumentos para que se coíba com eficácia a dispensa arbitrária, sendo este, aliás, um imperativo do direito social, constitucionalmente consagrado.

Não bastasse isto, há de se considerar, ainda, que tem plena vigência no nosso ordenamento, a Convenção 158, da OIT, que regula, exatamente, as hipóteses de dispensa arbitrária.

Sobre a eficácia de tal Convenção no ordenamento interno, vale lembrar que o direito do trabalho, pós-guerra, seguiu a tendência do direito previdenciário de expansão e internacionalização, com o objetivo de diminuir ou minimizar as diferenças sociais e dificultar uma concorrência econômica entre os países, tendo por base o custo social.

Após o final da 1a. grande guerra (1919 - Tratado de Versalhes) é criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e ao final da 2a. guerra mundial (1944 - Conferência de Filadélfia) o campo de atuação da OIT é ampliado, consagrando-se os princípios de que o trabalho não é mercadoria e de que o progresso econômico, apesar de importante, não é suficiente para assegurar a justiça social, cabendo aos Estados a imposição de limites ao poder econômico para fins de preservação da dignidade humana.

A OIT delibera por ato de sua Assembléia Geral, da qual participam todos os Estados-membros da OIT, os quais se fazem presentes por seus delegados, que, por sua vez, são representantes de três segmentos sociais (o governo, os empregados e os empregadores).

A normatização emanada da OIT se concretiza em recomendações ou convenções. As recomendações são orientações aos Estados-membros, constituindo metas a serem atingidas. As convenções visam a criar normas obrigacionais para os Estados-membros, que porventura vierem a ratificá-las.

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

As convenções, para serem obrigatórias no território nacional, dependem de ratificação. No Brasil, a ratificação se dá por ato conjunto do chefe do Poder

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

As convenções da OIT, após ratificadas, precisam ser depositadas na RIT (Repartição Internacional do Trabalho, da OIT) e doze meses após o depósito da ratificação, a convenção entra em vigor no Estado-membro.

Discute-se se a matéria objeto do tratado internacional precisa ser regulada por norma interna, para que tenha vigência no ordenamento interno (teoria dualista), ou se os termos do tratado ratificado integram-se, automaticamente, ao direito interno (teoria monista). Segundo Arnaldo Süssekind, “o Brasil adota a concepção monista. Esse entendimento resulta da circunstância de não poder o Poder Executivo ratificar o diploma internacional sem que ele haja sido aprovado, por Decreto Legislativo, pelo Congresso Nacional. Outrossim, o art. 5º. da Constituição de 1988, que relaciona os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas, prescreve no seu § 2º. que eles não excluem os decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Por isso mesmo a própria Carta Magna possibilita o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou negar-lhe vigência (ar. 105, n. III).”⁷

No caso do Brasil, de todo modo, os termos da Convenção 158, ainda que com imperfeições de tradução, foram tornados públicos pelo Decreto n. 1.855, de 11 de abril de 1996.

Todos os trâmites de validade, portanto, foram cumpridos com relação à Convenção 158, da OIT: a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992; o depósito da carta de ratificação foi efetuado na RIT (da OIT), em 05 de janeiro de 1995 e o Decreto de promulgação n. 1.855, foi publicado em 11 de abril de 1996.

Doze meses após o depósito da ratificação, a Convenção entra em vigência no ordenamento interno. Assim, vigente a Convenção 158 da OIT no Brasil desde 06 de janeiro de 1996. E, mesmo que considerada a necessidade de sua publicação no

⁷. Curso de Direito do Trabalho, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 72-73.

âmbito interno, esta exigência se cumpriu com a publicação do Decreto n. 1.855, em 11 de abril de 1996.

Nos doze meses decorrentes entre o depósito e a sua entrada em vigor, a Convenção pode ser alvo de denúncia, isto é, ser obstada a sua vigência no ordenamento interno. Não sendo assim, a Convenção somente pode ser alvo de denúncia após dez anos do início de sua vigência, e mesmo assim durante os 12 meses subseqüentes a cada decênio.

No entanto, o Poder Executivo, mediante o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, acatando a interpretação que se tornou predominante à época no sentido da inaplicabilidade da Convenção no ordenamento nacional, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997.

O problema é que a denúncia produziu efeitos internos apenas com a publicação do Decreto 2.100, o que se deu em 23 de novembro de 1996 e conforme ensina Cássio de Mesquita Barros Jr.⁸, mesmo que considerada a possibilidade de se efetuar a denúncia, tomando-se como parâmetro a vigência da Convenção 158 no âmbito internacional, a Convenção só poderia ter sido denunciada até 22 de novembro de 1996, vez que a Convenção, adotada pela 68^a. da OIT, em 22 de junho de 1982, entrou em vigor no âmbito internacional em 23 de novembro de 1985, após efetivadas duas ratificações junto à OIT, conforme previsto no art. 15.2 da Convenção. Assim, mesmo considerando-se o prazo dos doze meses subseqüentes ao decênio de vigência no plano internacional, a denúncia somente poderia ser efetivada pelo Brasil até 22 de novembro de 1996. Mas, como se viu, o Decreto de denúncia foi publicado em 23 de novembro, e ainda para produzir efeitos a partir de 20 de novembro do ano seguinte.

Além disso, não é sequer correta esta interpretação de que o prazo de dez anos de vigência, para se efetuar a denúncia, conta-se a partir da vigência da Convenção no âmbito internacional. Conforme ensina Arnaldo Süssekind⁹, o prazo de 10 anos conta-se a partir "de cada ratificação" e não do prazo de vigência internacional da Convenção original.

⁸. "A convenção n. 158 - proteção contra a despedida injustificada", Trabalho & Doutrina, dezembro de 1996, p. 12.

⁹. "Convenções da OIT", LTr., 1994, p. 39

Por fim, dê-se relevo à posição de Márcio Túlio Viana, que destaca a inconstitucionalidade da denúncia, na medida em que o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciar, mediante Decreto, a Convenção, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. Argumenta Viana: se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais, "como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los"¹⁰.

A respeito, adverte José Eduardo de Resende Chave Júnior¹¹, que na maioria dos países do mundo o poder de efetuar denúncia de tratados internacionais é regulado constitucionalmente, extraindo-se do conjunto das Cartas o princípio da co-participação Executivo-Legislativo para a realização de tal ato. Há normas neste sentido seja nos sistemas parlamentares como Itália, França, Áustria e Alemanha, seja nos sistemas presidencialistas, como os EUA, protótipo do presidencialismo.

Apenas nas Constituições da Noruega e de Cuba é que se atribui tal poder ao chefe do Executivo, lembrando, no entanto, o autor em questão, que a Constituição da Noruega é de 1814, tempo em que as relações internacionais eram ainda coisa dos reis sobretudo para tratar de casamentos reais, e que em Cuba impera ainda a concepção centralizadora de poderes no chefe do governo.

Lembre-se, a propósito, neste sentido, a previsão do art. 84, da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República, autorizando-lhe a dispor, mediante decreto, apenas sobre "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (inciso VI, alíneas "a" e "b") ou expedir decretos para sancionar, promulgar, fazer publicar leis e seus regulamentos (inciso IV, do mesmo artigo).

Interessante, a propósito, reparar que todo o Decreto do Presidente da República, inicia-se com os termos "O Presidente da República no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV, do art. 84 da Constituição Federal" ou "no uso da atribuição que lhe confere o inciso VI, (alínea "a" ou "b") do art. 84 da Constituição Federal", decreta...

Mas, no caso do Decreto 2.100/96, apenas se disse de forma um tanto quanto marota que **O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, tornava público que

¹⁰. O que há de novo em direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1997, pp. 128-9.

¹¹. "La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos", in <http://www.juizesfree.hpg.ig.com.br>.

“deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996”.

A denúncia, portanto, fora ato inconstitucional que, portanto, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame.

Mesmo assim, pode-se questionar, mas os termos da Convenção 158 são conformes à Constituição?

Os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais. A Constituição brasileira, no artigo 7º, I, como visto acima, veda a dispensa arbitrária e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto, demonstrando a nítida compatibilidade entre os dois sistemas.

Verdade que a Constituição direciona à Lei Complementar - que possui *quorum* qualificado para aprovação - a fixação da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e o texto da Convenção não fora aprovado em Lei complementar. Entretanto, como dito acima, a inexistência da lei complementar não obsta a validade do preceito constitucional, que, no caso, destina-se a estabelecer o princípio de que se deve coibir a despedida arbitrária e que a aplicação, afinal, de tal princípio independe sequer de uma norma positiva que o regule. De todo modo, o máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional não impedir sua eficácia. O anseio do constituinte de impedir a dispensa arbitrária foi, sem sombra de dúvida, manifestado e não seria uma lei complementar ou a falta dela que poderia, simplesmente, anulá-lo.

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

Além disso, o parágrafo 2o., do art. 5o., da CF/88, estabelece que os tratados internacionais - gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT - são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição.

Acrescente-se, ainda, com especial relevo que a Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 4º., que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos (inciso II).

E, não se pode negar ao direito do trabalho o status de regulação jurídica pertencente aos direitos humanos. O próprio dado histórico do direito do trabalho obriga-nos a este reconhecimento. Lembre-se, a propósito, que não foi à toa que na parte XIII, do Tratado de Versalhes, foram fixados os principais aspectos que deveriam ser alvo de regulação pelos países signatários do Trabalho, dentre os quais se situava o Brasil: a) direito de associação; b) salário digno; c) limitação do trabalho, em oito horas diárias e 44 semanais; d) descanso semanal remunerado; e) eliminação do trabalho da criança; f) não-discriminação, apoiando-se no princípio fundamental de que “o trabalho não deve ser considerado como simples mercadoria ou artigo de comércio”.

Normas de proteção do trabalho, ademais, podem ser encontradas em praticamente todos os tratados e declarações internacionais de direitos humanos, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O direito do trabalho, portanto, sob um prisma internacional, é, inegavelmente, uma face importante, e até mais visível, dos direitos humanos e mesmo no direito interno isto não passou despercebido: o artigo 1º., da CF, consagrou como princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho; o artigo 3º., preconizou como um dos objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV); o artigo 170 estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e conforme os ditames da justiça social. Dê-se especial relevo, ainda, ao fato de que os artigos 7º. e 8º., que trazem inúmeras normas de natureza trabalhista, estão inseridos no Título pertinente aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, não pode haver dúvida de que quando um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, traz questão pertinente ao direito do trabalho, inserido,

como visto, na órbita dos direitos humanos, que se deva aplicar tal instrumento, internamente, tomando-se seus dispositivos como normas constitucionais (§ 2º., do art. 5º., da CF), ou mesmo, supranacionais (artigo 4º., II, da CF).

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, permanece entendendo que os tratados ratificados integram-se ao ordenamento como lei infraconstitucional. Mas, não há enfrentamento expresso da questão a respeito de uma norma de tratado ratificado cuidar de matéria que seria pertinente, nos termos da Constituição, à lei complementar, como se dá na discussão que gravita em torno do presente caso da Convenção 158.

Mesmo que se adote o posicionamento de que o tratado integra o ordenamento como norma infraconstitucional, não há obstáculo para que se regule, por meio do tratado, matéria pertinente à lei complementar, especialmente, quando esta, após transcorridos longos anos, ainda não foi concluída, e, sobretudo, quando a lacuna deixada provoca, em concreto, a ineficácia de preceitos constitucionais consagrados como garantias fundamentais.

Além disso, importa verificar, com bastante relevo, que o próprio Supremo Tribunal Federal adota a posição doutrinária, encabeçada por Celso Ribeiro Bastos¹², no sentido de não haver ordem hierárquica entre lei complementar e lei ordinária. Neste sentido: RE 146.733; RE 84.994-SP (RTJ 87/204); e ADin 1-DF (RTJ 156/721)¹³.

Ademais, o problema do desrespeito ao direito internacional do trabalho é agravado quando se lembra que, em 17 de novembro de 1998, foi assinado o Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana), cuidando dos direitos humanos sob a ótica dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em tal Protocolo, aliás, foram fixadas, expressamente, no art. 7º., as bases de um direito do trabalho em condições justas e equitativas, quais sejam:

“a) Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;

¹². Dicionário de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 99-100.

¹³. A propósito, vide, José Antonio Francisco, “A questão da hierarquia entre lei complementar e ordinária no direito tributário, *in* <http://bully.sites.uol.com.br/monografias/hierarquia.htm> e Ivani Silva da Luz, “Lei complementar e lei ordinária”, *in* <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const39.htm>.

b) O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional;

c) O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;

d) **Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos**, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional (grifou-se);

e) Segurança e higiene no trabalho;

f) Proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida;

g) Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h) Repouso: gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.”

Aliás, a eficácia interna das normas internacionais de direitos humanos pode ser vislumbrada até mesmo no que diz respeito aos princípios que se extraem do conjunto desses instrumentos, mesmo não ratificados, como aqueles constantes da Constituição e Convenções da OIT. Como expresso na Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais (1998), os países membros, mesmo quando não tenham ratificado as convenções tidas como fundamentais, estão obrigados a respeitar e a realizar, de boa fé e em conformidade com a Constituição, os princípios concernentes aos direitos fundamentais.

Embora a Convenção 158, da OIT, não seja uma das convenções tidas como fundamentais, o fato é que constam da Constituição da OIT (mais precisamente, na Declaração da Filadélfia, de 1944) os princípios de que o “o trabalho não é uma mercadoria” (item I, “a”) e de que “uma paz durável só pode ser estabelecida sobre a base da justiça social” (item II), sendo “obrigação solene” da OIT estimular nos diversos países do mundo programas próprios a realizar “a plenitude do emprego e a elevação dos níveis de vida” (item III, “a”).

Ora, a proteção contra o desemprego, por meio de um sistema jurídico que ao menos coíba a arbitrariedade na dispensa de empregado, é o modo mínimo de se atender aos princípios em questão.

Cada um, pensando na estabilidade no emprego que detém ou almeja, que conteste essa afirmação!

Assim, não só não há óbice constitucional para a aplicação da Convenção 158, da OIT, no Brasil, como o respeito às suas normas e aos princípios que encerra é de se exigir.

Muitos diziam, ainda, que as normas da Convenção 158, da OIT, não eram auto-aplicáveis, pois que necessitavam de outras normas regulamentadoras.

Cabe verificar, sob este aspecto, que apenas a "Parte I" da Convenção 158 (arts. 1o. a 3o.) é conceitual, dispondo sobre "métodos de aplicação, área de aplicação e definições". A partir da "Parte II" a Convenção é **normativa**. Embora se diga que, geralmente, as normas das Convenções da OIT sejam bastante elásticas, verdadeiras regras de princípios, para poderem se amoldar aos ordenamentos peculiares dos diversos Estados-membros e para, assim, poderem obter *quorum* para aprovação, o fato é que do teor das normas da Convenção 158, da OIT, adotada a técnica mais rudimentar da interpretação, ou seja, a gramatical, que embora não seja auto-suficiente, dela não se pode fugir, não se extrai qualquer dúvida de conteúdo, no sentido de que ao empregador não é dado dispensar o empregado senão quando houver uma “causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento”, nos casos de dispensa individual, ou “baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (“motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”), nos casos de dispensa coletiva, cabendo ao Tribunal competente, para julgamento de recurso dos empregados dispensados, examinar “as causas alegadas para justificar o término da relação”.

No caso da dispensa individual, a motivação não é propriamente a de quebra da boa fé do vínculo, como nos casos de justa causa (art. 482, da CLT), pois basta que o empregado não demonstre aptidão para o serviço para o qual fora contratado ou apresente comportamento incompatível com o de uma pessoa integrante de um grupo produtivo, situações que, por si sós, não seriam aptas a justificar uma dispensa por justa causa.

Nos termos da Convenção 158, a dispensa arbitrária é proibida, gerando duas situações possíveis, a critério do órgão competente para julgamento dos motivos da dispensa¹⁴: a reintegração ou a condenação ao pagamento de uma indenização.

As normas expressas da Convenção 158 oferecem parâmetro para delimitar, com precisão, em que se constitui uma dispensa arbitrária e quais os seus efeitos jurídicos, em perfeita consonância com o que já prevê o ordenamento jurídico interno, como demonstrado acima.

Assim, mesmo que os preceitos da Convenção 158 precisassem de regulamentação, já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa "regulamentação".

A Convenção 158, da OIT, não traz às relações de trabalho uma armadura para retirar do empregador o controle de sua atividade empresarial, apenas vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir aquilo que a moral – que muitas vezes coincide com o direito, lembre-se de Karl Larenz ao cuidar da invalidade do ato jurídico pela noção de imoralidade – já reclamava: impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade para a dispensa, esta, em alguma das hipóteses mencionadas, está assegurada.

No que tange às dispensas coletivas (de mais de um empregado, ao mesmo tempo ou em curto espaço de tempo), exige-se, igualmente, a urgência da aplicação dos parâmetros fixados na Convenção 158.

Nos termos da Convenção 158, para a dispensa coletiva de empregados necessária a fundamentação em "necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço", "por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou

¹⁴. No caso do Brasil, a Justiça do Trabalho.

análogos". Quanto ao modo de apuração ou análise dos motivos alegados não há, igualmente, problemas de eficácia, valendo como parâmetro legal a regra e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já dadas ao artigo 165 da CLT.

Verdade que a Convenção 158 prevê, para a dispensa coletiva, uma discussão prévia dos motivos com "os representantes dos trabalhadores interessados", o que na legislação brasileira não encontra similar, muito embora não se possa negar aos sindicatos essa condição. De qualquer modo, não se deve exacerbar a importância desse preceito. Trata-se de uma norma procedimental que em nada afeta o conceito material estabelecido, qual seja, o de que as dispensas coletivas devem ter fundamentos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, para que possam, concretamente, ser avaliados pelo Poder Judiciário.

As dispensas coletivas, ademais, não possuem amparo no ordenamento jurídico também por outros motivos, talvez ainda mais relevantes.

O Estado brasileiro é um Estado democrático de direito e seu objetivo primordial é promover a justiça social e o bem-estar de todos. A dispensa coletiva de trabalhadores, sem qualquer motivação ou comprovação de boa fé dos motivos alegados, muitas vezes baseada em balanços fraudulentos, não correspondendo, pois, a uma necessidade econômica e não se efetivando com uma necessária ampla discussão prévia entre os seus interlocutores diretos, da qual participem as instituições públicas locais e nacionais, demonstra-se, flagrantemente, como simples e torpe pressão de natureza econômica, uma represália do econômico sobre o social.

Uma empresa que aja de tal modo extrapola aquilo que se convencionou chamar de "direito potestativo" do empregador de cessar as relações de trabalho e ingressa no campo do abuso do direito, arranhando a ordem jurídica, atingindo a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores (que se trata de um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, inscrito no artigo 1º de nossa Constituição) e, porque não dizer, ferindo o próprio objetivo primordial do Estado da construção do bem comum. Trata-se, portanto, de um atentado à cidadania e ao Estado democrático de direito.

A noção de que os contratos devem ser baseados em clima de boa-fé atinge, igualmente, a esfera coletiva do direito do trabalho. Com apoio nesta noção jurídica, expressamente acatada pelo Código, pode-se desconsiderar a validade de cláusulas de contratos coletivos de trabalho que signifiquem meramente redução de direitos e que

foram fruto de uma “negociação” feita sob a **ameaça do desemprego** (sem qualquer apresentação de documentos que comprovem, satisfatoriamente, a necessidade econômica da empresa, para pleitear a redução). Ora, uma negociação de boa-fé exige troca de informações, que se demonstrem, inequivocamente, em dados reais, para que o ato jurídico que dela resulta não se concretize sob o manto das ameaças, ainda mais quando de um lado está o poder econômico e de outro pessoas (mesmo representadas) que dependem do trabalho para sobreviver.

A constante ameaça do desemprego, sem um contraponto efetivo do direito, representa, ademais, a possibilidade concreta de considerar possível agredir a ordem jurídica e à própria nação brasileira, impunemente. Mas, esta situação tende a ser alterada. A respeito, vide a recente declaração do Ministro Francisco Fausto, contrapondo-se à ameaça do Presidente da Volkswagen de dispensar os trabalhadores que fizessem greve: “Greve é um direito constitucional. Esse tipo de ameaça é um desvio de poder, pois a empresa estaria exercendo o direito de dispensa de maneira inadequada”, afirmando que: “O mais provável é que a categoria leve o assunto ao tribunal em dissídio coletivo. Nesse caso, o tribunal poderá conceder estabilidade provisória para esses funcionários usando como fundamento legítimo as próprias declarações do presidente da empresa” (Folha de São Paulo, ed. de 24 de setembro de 2003, p. B-2).

Frise-se, por oportuno, que, por exemplo, na França (já que virou costume falar do que acontece em outros países, que alguém chama de países “civilizados” e de “primeiro mundo”, como se fôssemos trogloditas¹⁵), antes de se concretizar uma dispensa coletiva de trabalhadores a empresa deve formalizar um “Plano Social”, no qual se demonstrem quais as medidas que ela pretende tomar para evitar as dispensas, possibilitando, inclusive, uma reclassificação dos trabalhadores cuja dispensa não se conseguir evitar (art. L. 321-4, al. 8, Code du Travail).

O ordenamento jurídico internacional, aliás, está repleto de exemplos para se adotar como parâmetro regulatório para estas hipóteses (e o direito comparado é fonte do direito do trabalho, conforme dispõe o art. 8º. da CLT).

A construção de parâmetros para regular a dispensa coletiva por ato da jurisprudência, tomando por base todos estes dispositivos e os princípios jurídicos, especialmente, o do abuso do direito, é plenamente possível, diria até mesmo, necessária.

¹⁵. Embora sob o prisma da dispensa coletiva isto até pareça correto afirmar.

Conclusivamente: 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. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que “infelizmente” o direito não a reprime, ainda mais quando, como demonstrado, o próprio direito positivo (internacional e interno) possui normas eficazes para uma tal realização, bastando que se queira aplicá-las. Devemos aprender a utilizar as virtudes do direito no sentido da correção das injustiças, até porque uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um “Estado democrático de direito”.

São Paulo, 23 de junho de 2004.