

MARCELO DA SILVA FREITAS

**REFLEXÕES SOBRE A INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº
158 DA OIT AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Privado e
Social do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal de Santa
Catarina, sob orientação do Prof.
Reinaldo Pereira e Silva

FLORIANÓPOLIS

1996

TERMO DE APROVAÇÃO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E SOCIAL

A Banca Examinadora resolveu atribuir a nota 10 (dez) ao acadêmico MARCELO DA SILVA FREITAS na disciplina DPS-5802 (Monografia II), pela apresentação deste trabalho.

Banca Examinadora:

Prof.
Presidente

Prof.
Membro

Prof.
Membro

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial aos meus pais Paulo Roberto Fagundes de Freitas e Maria Angélica da Silva Freitas e ao meu irmão Paulo Roberto F. Freitas Jr., por todo incentivo e apoio prestados durante a minha ainda breve vida acadêmica;

a Fabiana, minha eterna companheira;

ao Mestre Reinaldo Pereira e Silva, meu orientador, por todo ensinamento repassado no decorrer do curso de graduação em direito e pelas valiosas contribuições prestadas durante a elaboração deste trabalho;

ao Procurador do Trabalho, Dr. Egon Koener Junior, pelo aprendizado obtido no decorrer destes dois últimos anos em que estagiei junto à Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região;

aos demais Procuradores do Trabalho, pelas colaborações e sugestões apresentadas para a concretização desta monografia;

a todos os amigos que de alguma forma contribuíram para o presente estudo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
-------------------------	-----------

CAPÍTULO I

DAS CONVENÇÕES DA OIT

1.1 Definição e Capacidade da OIT	05
1.2 Classificação e Natureza Jurídica	08
1.3 Tipos de Convenções	11
1.4 Integração das Convenções ao Direito Interno	12
1.4.1 Procedimentos para ratificação	12
1.4.2 Particularidades próprias das ratificações das convenções internacionais do trabalho - problemática da sujeição às autoridades competentes	15
1.4.3 Das teorias monista e dualista	20

CAPÍTULO II

A CONVENÇÃO Nº 158 E SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO

JURÍDICO PÁTRIO

2.1. Breve Histórico	26
----------------------------	----

2.2. Prevalência da Teoria Monista.....	27
2.2.1. Conflito entre tratado e lei posterior	31
2.3. A Questão da Vigência	36

CAPÍTULO III

COMPATIBILIDADE DA CONVENÇÃO Nº COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

3.1. A Questão da Constitucionalidade	43
3.2. Da Validade no Aspecto Formal	46
3.3. Da Validade no Aspecto Material	56

CAPÍTULO IV

REPERCUSSÕES DA INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 158 AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO

4.1. Da Exigibilidade da Convenção nº 158	67
4.2. Conseqüências Imediatas Decorrentes da Incorporação da Convenção nº 158 da OIT	72
4.2.1. Impossibilidade da dispensa sem que haja oportunidade de manifestação dos empregados.	72
4.2.2. Conseqüências da dispensa sem justo motivo - reintegração ou readmissão	74

4.2.3. Substituição da reintegração por indenização adequada.....	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

Com a aprovação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, através do Decreto Legislativo nº 68/92, publicado no Diário do Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, começou-se a discutir no universo acadêmico, quais as conseqüências e repercussões que o novo diploma internacional traria ao ordenamento positivo brasileiro.

A questão era e é polêmica, uma vez que o Texto Convencional disciplina o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, somente admitindo a dispensa quando houver motivo ligado à capacidade ou comportamento do trabalhador, ou, ainda, quando se vincular a fatores relacionados com o funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

A discussão, contudo, logo foi abandonada, em virtude da inércia do Poder Executivo, que, não se sabe a razão, insistia em não encaminhar ao Diretor da Organização Internacional do Trabalho o instrumento de ratificação, impedindo, pois, o prosseguimento do processo visando a incorporação da Convenção nº 158.

Felizmente, em 04.01.95, foi depositado o instrumento na sede da OIT, retomando-se os embates doutrinários acerca de sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio.

O objeto da presente monografia, assim, se atém ao estudo das inúmeras controvérsias surgidas a partir da aprovação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho pelo Congresso Nacional. Começando pela problemática da vigência, passando pelo campo da validade e terminando na questão de sua exequibilidade. É importante salientar que não se tem por objeto a análise da Convenção em seu conteúdo, mas, sim, as questões relativas à sua incorporação ao direito interno brasileiro.

O objetivo imediato desta monografia (objetivo institucional) é a obtenção do título de bacharel em direito, em conformidade com as exigências do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Os objetivos mediatos (objetivos de pesquisa) são o de demonstrar os diversos posicionamentos existentes na doutrina a respeito da vigência, validade e eficácia da Convenção nº 158. Com esta análise comparativa, pretende-se comprovar a compatibilidade da Convenção nº 158 com o ordenamento positivo nacional, bem como sua auto-aplicabilidade.

A importância do estudo pode ser verificada diante da avalanche de obras e artigos publicados a respeito do tema. Não sem razão, pois a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho veio

disciplinar matéria ainda não completamente regulada pela legislação nacional, acabando com a despedida injustificada e exigindo a prévia comunicação aos empregados dos motivos ligados à sua dispensa. Com efeito, até a entrada em vigor da Convenção nº 158, a única “proteção à relação de emprego” estava restrita à multa dos 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), prevista no art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), podendo o empregador, a seu bel-prazer, resilir o contrato de trabalho sem que houvesse qualquer motivo justificável.

Para a abordagem completa da matéria, esta monografia se estrutura em quatro capítulos. O primeiro capítulo cuida das convenções da Organização Internacional do Trabalho abstratamente consideradas. Busca-se, neste capítulo, dar a exata compreensão do que vem a ser um tratado internacional; quais os principais procedimentos destinados à incorporação ao direito interno e de como uma convenção internacional se incorpora ao ordenamento jurídico de cada Estado (teoria monista ou dualista). O segundo capítulo trata especificamente da integração da Convenção nº 158 ao direito brasileiro, estabelecendo-se o momento exato de sua vigência. Nessa passagem, proceder-se-á a verificação da prevalência da teoria monista no ordenamento constitucional do Brasil. O terceiro capítulo versa sobre a compatibilidade do Texto Convencional com a Constituição da República, tanto no aspecto formal, quanto no aspecto material, afastando-se as objeções

de boa parte da doutrina, que a consideram incompatível com o inciso I do art. 7º da Carta Constitucional de 1988. O quarto e último capítulo se preocupa com a questão da exigibilidade da Convenção nº 158 e com as consequências imediatas de sua incorporação.

CAPÍTULO I

DAS CONVENÇÕES DA OIT

1.1. Definição e Capacidade da OIT

Para uma melhor compreensão da matéria objeto do estudo é preciso, primeiramente, estabelecer uma definição apropriada do que vem a ser um tratado internacional.

José Francisco REZEK conceitua tratado como: “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.”¹

Por sua vez, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados o define como:

¹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 14.

acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.” (art. 2º, n. I, alínea “a”).

Assim, qualquer que seja a denominação empregada pelas diversas legislações², seja no universo internacional ou nacional, o termo “tratado” abrange “toda classe de acordos internacionais estipulados por escrito.”³

Apesar de possuírem o mesmo significado de tratado, é importante frisar que as convenções têm peculiaridades que lhes são próprias, por isso a tendência do direito comparado é a de reservá-las aos tratados multilaterais abertos adotados em conferências realizadas no âmbito de organismos internacionais ou regionais de interesse público.⁴

Poder-se-ia imaginar, através da própria definição dada pela Convenção de Viena, que as Organizações Internacionais, por não se confundirem com Estados, não poderiam ser consideradas partes legítimas para celebrar tratados; porém, existe na própria Convenção (art. 5º)

² Na Língua Portuguesa somam-se duas dezenas (Acordo, Pacto, Carta, Constituição e etc.). Conforme REZEK, José Francisco. op. cit., p. 16.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 2ª.ed., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1987, p. 38.

⁴ Conforme SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994, p. 29.

estipulação expressa de que as pessoas internacionais também possuem esta capacidade.⁵

No caso particular da Organização Internacional do Trabalho, o art. 39 de sua Constituição dispõe categoricamente que esta possui personalidade jurídica, tendo capacidade para contratar. Por certo que não se conceberia uma organização internacional sem capacidade para firmar tratados, em especial a OIT, que tem como fim precípua estabelecer melhores condições sociais ao trabalhador.

Consoante REZEK, a possibilidade de existir uma Organização Internacional sem poder convencional vem sofrendo sérias críticas, as quais se consubstanciam no projeto de Dupuy, que entende como organizações internacionais somente “aquelas que, em virtude de seu estatuto jurídico, têm capacidade de concluir acordos internacionais no exercício de suas funções e para a realização de seu objeto.”⁶

Estabelecido o conceito de tratado e verificada a capacidade jurídica das organizações internacionais para celebrá-lo, passar-se-á ao estudo das suas diversas classificações, bem como à análise de sua natureza jurídica.

⁵ A este respeito, ver ACCIOLY, Hidebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11ª ed., 9ª tir. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 123.

⁶ REZEK, José Francisco. op. cit., p. 251.

1.2. Classificação e Natureza Jurídica

Existem vários critérios para a classificação de um tratado. O principal deles, para o presente estudo, diz respeito ao número de partes.

No que concerne às partes, o tratado pode ser bilateral, quando somente duas pessoas jurídicas internacionais o pactuam, ou multilateral - também denominado plurilateral ou coletivo - quando o número de acordantes exceder a dois.

Há também a classificação, não menos importante, do tratado em: fechado ou aberto. Fechado é o tratado em que se restringe o número de contratantes, ou seja, firmado o tratado nenhuma outra pessoa jurídica do Direito da Gentes pode dele fazer parte. O aberto, ao contrário, permite a adesão de outros Estados ou Organizações, independentemente de serem contratantes originais

Para Arnaldo SÜSSEKIND, o tratado fechado pode ser tanto bilateral quanto multilateral; o aberto, obrigatoriamente, comporta sempre mais de duas partes, sendo, pois, multilateral.⁷ Contudo, tal assertiva deve ser vista com ressalvas, haja vista que um tratado, apesar de aberto, pode vir a ter somente duas partes sem que qualquer outro Estado venha aderir a ele.

⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. cit., p. 40.

Muitos doutrinadores, dentre eles REZEK, estabelecem um sem número de classificações e subclassificações para o tratado. Sem duvidar da grande utilidade dessas divisões para o estudo do direito internacional, em especial para o estudo dos tratados internacionais, pretende-se apenas dar uma noção básica para a real compreensão da natureza jurídica das convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Em relação à natureza jurídica do tratado, há entendimento de que existe tratado-lei, também denominado de tratado-normativo, e tratado-contrato.

O tratado-contrato é aquele em que as partes, possuindo interesses diversos, estabelecem normas de conduta distintas a fim de alcançar objetivos que lhes são próprios ou, nos dizeres de SÜSSEKIND, o tratado-contrato “visa a conciliar interesses diversos entre as partes contratuais; não dá lugar a prestações idênticas; é fonte de direito (no menor dos casos) só para os contratantes (efeitos subjetivos).”⁸

Já o tratado-normativo é formado por vontades de conteúdo idêntico⁹, que se convergem buscando o interesse comum, tendo “objeto e resultados iguais para todas as partes e, por conseguinte, estas se obrigam a idênticas prestações; pode produzir efeitos jurídicos além do círculo dos

⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. cit., p. 42.

⁹ Conforme MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Ratificação de Tratados**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 13

contratantes (efeitos objetivos).”¹⁰ O tratado-lei, assim, diferencia-se dos outros pela “finalidade de criar normas jurídicas.”¹¹

Esta diferenciação entre tratado-contrato e tratado-lei sofreu sérias críticas de diversos doutrinadores de escol, dentre estes destaca-se Hans Kelsen, que não admite que o tratado-contrato não seja considerado como fonte normativa.¹² Para ele, todos os tratados, mesmo os que estabeleçam uma simples troca de serviço, ou compra e venda de um produto, possuem um cunho normativo, pois, em última análise, a intenção dos pactuantes é “criar o mecanismo normativo que permita a satisfação de suas necessidades comerciais.”¹³

Celso Duvivier de Albuquerque Mello assevera ainda que esta classificação “... não tem ‘alcance jurídico’, uma vez que não existe no D.I.P. qualquer hierarquia entre tratado-lei e o tratado-contrato.”¹⁴

Em que pese as pesadas críticas suso mencionadas, tem-se que, para o estudo das convenções da Organização Internacional do Trabalho, esta diferenciação é de suma importância, uma vez que todas as convenções dela emanadas são consideradas como tratados-normativos.

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. cit., p. 42.

¹¹ MELLO, Celso de Albuquerque. op. cit., p. 12.

¹² Kelsen, Hans, apud, REZEK, José Francisco. op. cit., p. 30.

¹³ Idem, ibidem

¹⁴ MELLO, Celso de Albuquerque. op. cit., p. 15.

Assim, diante de todo o exposto neste título, pode-se concluir afirmando que as convenções da Organização Internacional do Trabalho são:

Tratados multilaterais abertos, de caráter normativo. Multilaterais, porque podem ter um número irrestrito de partes; abertos, porque podem ser ratificadas, sem limitação de prazo, por qualquer dos Estados-membros da OIT, ainda que esse Estado não integrasse a Organização quando da aprovação do tratado...; de caráter normativo, porque contêm normas gerais, cujo destino é a incorporação ao direito interno dos países que manifestaram sua adesão ao respectivo tratado.¹⁵

1.3. Tipos de Convenções

No que concerne a natureza de suas normas, as convenções internacionais do trabalho podem ser de três tipos:

a) auto-aplicáveis - as respectivas disposições prescindem, para sua aplicação, de leis complementares nos países que as ratificaram, e adotam o monismo jurídico, não podendo, porém prejudicar as condições mais favoráveis ao trabalhador, que vigorem no direito interno (art.19, § 8º, da Constituição da OIT);

b) de princípios - dependem, para sua aplicação, da adoção de leis ou outros atos regulamentares. Em geral as recomendações que as complementam contêm proposições destinadas a propiciar a efetiva aplicação dos princípios;

¹⁵ SÚSSEKIND, Arnaldo. Influência das Convenções da OIT na Legislação Social-trabalhista Brasileira. In: **Trabalho e Processo**. v. 6, p. 68, set. 1995.

c) promocionais - fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua consecução, os quais devem ser implantados mediante providências sucessivas, a médio e longo prazo, por parte dos Estados que as ratificam.¹⁶

Em relação às convenções auto-aplicáveis, SÜSSEKIND acrescenta que, nos países em que vigora o dualismo jurídico, bastará, para sua incorporação, que, no período compreendido entre a ratificação e a vigência, uma legislação reproduza o seu conteúdo.

Mais adiante, quando se adentrar ao estudo da Convenção nº 158, esta classificação será de vital importância, pois há na doutrina uma forte discussão quanto a questão de sua auto-aplicabilidade.

1.4. Integração das Convenções ao Direito Interno

1.4.1. Procedimentos para ratificação

Em princípio, a integração das convenções internacionais do trabalho ao direito interno dos países membros da Organização Internacional do Trabalho decorre de sua ratificação, que corresponde à fase mais importante do complexo processo de conclusão dos tratados.¹⁷ Enquanto não ratificado o tratado, não está ele apto a vigorar perante o direito internacional,

¹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Influências das Convenções da OIT...* op. cit., p. 69.

¹⁷ A este respeito, ver MELLO, Celso de Albuquerque. op. cit., p. 67.

existindo, a esse respeito, norma expressa, conforme se observa no art. 5º da Convenção sobre Tratados, assinada em Havana, no ano de 1928:

Art. 5º. Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado.

A ratificação, consoante REZEK, “é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.”¹⁸

Celso de Albuquerque MELLO, utilizando-se do conceito de Sette Câmara, define ratificação como:

o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade incarna nas relações internacionais.¹⁹

A ratificação, pois, é um ato decorrente das atribuições do Poder Executivo, uma vez que este representa o Estado em suas relações

¹⁸ REZEK, José Francisco. op. cit., p. 544.

¹⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 8ª. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, vol. I, p. 156.

internacionais. É ele quem toma a iniciativa, quem negocia, quem assina e quem ratifica as convenções internacionais.

Inobstante ser um ato de competência do Executivo, a ratificação, na maioria dos casos, somente pode se dar com a devida autorização do Legislativo. Sem o crivo deste, há quem sustente ser o procedimento ratificador eivado de inconstitucionalidade.²⁰

Muito embora a ratificação esteja vinculada a aprovação do tratado pelo Legislativo, o Poder Executivo pode, independentemente da manifestação favorável daquele, entender por bem não ratificá-lo. Apesar de não se tratar de uma atitude das mais amistosas²¹, este ato é possível e legalmente previsto no art. 7º da Convenção sobre Tratados de 1928, que prescreve:

Art. 7º. A falta de ratificação ou a reserva são atos inerentes à soberania nacional, e, como tais, constituem o exercício de um direito, que não viola nenhuma disposição ou norma internacional. Em caso de negativa, esta será comunicada aos outros contratantes.

Diante do quadro exposto, verifica-se que a ratificação de tratado - que não seja convenção internacional do trabalho - tem como

²⁰ A este respeito, ver MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito...* . op. cit., p. 166.

²¹ Neste sentido, REZEK, José Francisco. op. cit., p. 56

principal característica a discricionariedade, uma vez que o Chefe de Estado não está obrigado a promovê-la, seja porque é dele a competência para celebrar tratados, independentemente da manifestação favorável do Legislativo, seja porque, “se a ratificação fosse obrigatória o Legislativo não teria, na verdade, qualquer interferência na conclusão do tratado, uma vez que a negociação cabe ao Executivo e o Legislativo teria de aprová-lo.”²²

1.4.2. Particularidades próprias das ratificações das convenções internacionais do trabalho - problemática da sujeição às autoridades competentes

As convenções internacionais do trabalho, em relação ao procedimento de ratificação, possuem características que lhes são próprias. Primeiramente, por serem tratados multilaterais abertos, não são assinadas, sendo adotadas por 2/3 dos votos dos delegados presentes à Conferência Internacional.

Após a mencionada adoção, os Estado Membros estão obrigados, por força do art. 19, § 5, alínea “b”, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, a submeter a convenção aprovada às autoridades competentes, para que estas avaliem a conveniência e oportunidade da ratificação ou tomem outras medidas que entenderem convenientes.

²² MELLO, Celso de Albuquerque. *Ratificação de Tratados*. cit., p. 68.

Esta submissão, por ser obrigatória, independe da possibilidade ou não de a convenção ser incorporada ao direito interno do Estado membro. Não existe vinculação entre a submissão e a ratificação, pois, conforme sedimentou a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Ratificações:

A primeira constitui, com efeito, uma obrigação de caráter geral estabelecida pela Constituição da OIT. Ela não implica, entretanto, na necessidade de propor a ratificação de uma convenção ou aceitação de uma recomendação. Os governos gozam, com efeito, de inteira liberdade quanto à natureza das proposições apresentadas no momento de submeter as convenções e recomendações às autoridades competentes.²³

Muito se discutiu a respeito de quem seriam as autoridades competentes a que se referia o art. 19,§ 5, alínea “b”, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

Duas foram as interpretações dadas ao dispositivo supra citado. A primeira interpretação é no sentido de que cabe ao direito interno de cada Estado-membro fixar a autoridade competente a que se submeterá a convenção adotada. A segunda defende que a Constituição da Organização Internacional do Trabalho definiu como competente a autoridade legislativa.

²³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. cit., p. 198-199.

Arnaldo SÜSSEKIND, em sua obra *Instituições de Direito do Trabalho*, leciona no sentido de que “o conceito de autoridade competente decorre do direito nacional de cada Estado-membro, correspondendo ao poder a quem a organização internacional respectiva outorga a prerrogativa de legislar a matéria versada no texto internacional transmitido.”²⁴

Para o juslaboralista citado, o Legislativo nem sempre é o órgão competente para legislar. Nestes casos, a convenção deve ser submetida à autoridade prevista na Constituição de cada país.²⁵

Opinião mais controversa possui João Hermes Pereira de ARAÚJO, citado por Celso de Albuquerque MELLO. Para ele, autoridade competente é o Poder Executivo, que é quem detém a competência para concluir tratados, só enviando as convenções ao Legislativo se as julgar oportunas e se a matéria das mesmas ainda não integrar a legislação pátria.²⁶

Não é esta, porém, a opinião da Comissão de Peritos, que busca estabelecer uma distinção entre as autoridades competentes para aplicação dos instrumentos e as autoridades habilitadas a ratificar convenções. Para ela:

²⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo *et ali.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 11ª ed.. São Paulo: Ltr, 1991, v. 2, p. 1276.

²⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁶ ARAÚJO, João Hermes Pereira de, apud MELLO, Celso de Albuquerque. **Ratificação de Tratados**. cit., p. 79.

A submissão à autoridade competente não concerne tão-só às convenções e à sua ratificação, pois também tem por objeto a aplicação tanto das convenções como das recomendações, estas não são sujeitas a ratificação. Portanto, esses instrumentos devem submeter-se à autoridade que, de conformidade com a Constituição do Estado interessado, tenha competência para legislar a fim de dar efeitos à aplicação no plano nacional - Parlamento ou qualquer outro órgão legislativo - e não à autoridade habilitada a ratificar as convenções no plano internacional.²⁷

Com efeito, as autoridades competentes aludidas pelo art. 19, § 5, alínea “b”, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, são órgãos distintos do Poder Executivo, por uma simples razão: Quando o artigo estabelece a obrigatoriedade da submissão às autoridades competentes, determinando, inclusive, o lapso temporal para o cumprimento, intrinsecamente dá a entender que estas autoridades devam ser diversas daquelas que adotaram a convenção, pois, sendo o Estado-membro representado pelos delegados do Poder Executivo, seria uma incongruência a existência de prazo para ele próprio apreciar o que foi por seus representantes decidido.

Corrobora o esposado, Américo PLÁ RODRIGUEZ, dissertando que “todo o art. 19 repousa sobre o pressuposto de que se submeta o texto da convenção a outra autoridade distinta do próprio governo, eis que, se o contrário fosse admitido, não teria sentido fixar um prazo ‘para

²⁷ Consoante SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. cit., p. 202

submissão' nem usar a expressão 'se o membro obtém o consentimento da autoridade ou autoridades a quem competir o assunto'."²⁸

Neste mesmo sentido pondera Celso de Albuquerque

MELLO:

Ora, o Poder Legislativo é o único capaz de fazer leis. E mais, fixar o prazo de 12 ou 18 meses para submissão ao Executivo seria um contra-senso, uma vez que à Conferência da OIT comparecem representantes do governo, isto é, delegados do Executivo, que apresentam relatórios da Conferências a que comparecem e, portanto, comunicam imediatamente ao Executivo a existência de tais convenções.²⁹

Disso decorre a diferença básica entre a ratificação de uma convenção internacional do trabalho e de outro tratado internacional, qual seja: "a ratificação deixa, enfim, de ser um ato discricionário do Poder Executivo."³⁰

Isto porque, o Poder Executivo, por estar obrigado a submeter uma convenção adotada pela Conferência Internacional do Trabalho à apreciação da autoridade competente (art. 19, § 5, "b"), não mais possui o juízo de oportunidade quanto aos procedimentos destinados à ratificação, subordinando-se à decisão tomada pelo Poder Legislativo.

²⁸ Conforme SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. cit., p. 204.

²⁹ MELLO, Celso de Albuquerque, **Ratificação de Tratados**. cit., p. 79.

³⁰ MELLO, Celso de Albuquerque, **Ratificação de Tratados**. cit., p. 78.

A ratificação, assim, se dá com o envio do instrumento ao Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho, nos exatos termos do art. 19, § 5, alínea “d”, da Constituição da OIT. A convenção internacional entrará em vigor no plano nacional, em regra, após doze meses do depósito da ratificação.

1.4.3. Das teorias monista e dualista

Outro aspecto a ser levado em consideração, no amplo processo que envolve a integração das convenções internacionais, é a prevalência do monismo ou do dualismo na ordem jurídica de cada Estado ratificante.

A teoria dualista sustenta que a ordem jurídica internacional não se confunde com a ordem jurídica interna de cada Estado, razão pela qual um tratado ratificado não se incorpora diretamente ao direito interno do Estado, tampouco revoga as legislações internas contrárias.

SÜSSEKIND assevera que para a teoria dualista “a ratificação do tratado importa apenas no compromisso de o Estado adotar as normas do diploma ratificado, mediante leis próprias ou outros atos, sob pena de responsabilidade no plano internacional.”³¹

³¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Influência das Convenções da OIT...* . cit., p. 70.

Os defensores desta corrente argumentam que o Direito Interno decorre da vontade de cada Estado, enquanto o Direito Internacional advém da vontade coletiva dos Estados. Portanto, os dois ordenamentos jurídicos atuam em esferas distintas, não havendo uma interdependência.³²

Já os adeptos da teoria monista afirmam que a ordem jurídica internacional e a nacional estão interligadas, não existindo ordenamentos autônomos independentes. Deste modo, a ratificação de um tratado resultaria na sua incorporação imediata ao direito interno.

Esta teoria se divide entre os que sustentam a primazia do Direito Interno, os que colocam as normas internacionais no mesmo patamar das leis infraconstitucionais e os que apregoam a prevalência do Direito Internacional.

Para a primeira corrente, segundo pondera Celso de Albuquerque MELLO, o Estado não está submetido a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. O Direito Internacional seria parte do próprio direito nacional, sendo “reduzido a um simples ‘direito estatal externo’ ... , um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional.”³³

³² A esse respeito, também consultar ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1981, p. 50.

³³ MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. cit., p. 76.

A crítica principal a esta teoria diz respeito à negação da existência do Direito Internacional como direito autônomo.

A segunda corrente, defendida por REZEK, propõe que um tratado internacional, uma vez incorporado ao ordenamento positivo, possui a mesma hierarquia e eficácia das leis nacionais, revogando as legislações contrárias, mas podendo ser repellido por norma posterior.³⁴

Já a terceira, compreende que a norma internacional prevalece sobre as disposições legais que lhe forem contrárias, mesmo que posteriores à sua vigência, haja vista o princípio da supremacia do Direito Internacional.³⁵

Uma interpretação apurada dos artigos 10 e 11 da Convenção sobre Tratados, assinada em Havana em 1929, sustenta a tese da prevalência do Direito Internacional:

Artigo 10. Nenhum Estado se pode eximir das obrigações do tratado ou modificar as suas estipulações, senão com acordo, pacificamente obtido, dos outros contratantes.

³⁴ REZEK, José Francisco. op. cit., p. 105-106.

³⁵ Hildebrando Accioly sustenta “que o direito internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder.” (ACCIOLY, Hidelbrando. In. **Manual de Direito Internacional Público**. 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 05.)

Artigo 11. Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão de território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.

Na mesma linha prescreve a Convenção de Viena sobre direito dos tratados. Dispondo seu art. 27:

Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Problema que exsurge, com a aceitação da teoria da prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno, é o de saber se uma norma internacional poderá se sobrepor à ordem constitucional do Estado.

Não se deve olvidar que a tendência contemporânea é a de reservar, cada vez mais, ao Direito Internacional uma posição privilegiada sobre o direito nacional de cada Estado. A doutrina internacional procura demonstrar que o Direito da Gentes situa-se no topo de uma pirâmide hierárquica, devendo ser respeitado por todos os Estados integrantes da comunidade internacional.

Antônio Alvares da SILVA, mesmo não sendo adepto desta concepção, discorre:

Ao organizar-se como Estado, as nações passam a constituir 'Estados' na ordem jurídica internacional que não existe nem se concebe sem as ordens jurídicas nacionais, a quem o Direito Internacional delega complementação e a execução do direito internacionalmente criado. Sendo o Direito Internacional uma ordem válida, as diferentes ordens locais só podem ser definidas em função desta ordem maior.³⁶

Um tratado, assim, nunca pode ser tido como inconstitucional, pois, “revê, *ipso facto*, as Constituições, com as quais seja incompatível. É o Estado, na sua integralidade, quem se liga, pela ratificação, aos tratados.”³⁷

Porém, a corrente predominante entende que em caso de confronto entre tratado e a Constituição deve prevalecer a última, pois é necessário que se preserve a autoridade da lei fundamental de cada Estado, sob pena de retirar deste o direito de se autodeterminar.

É preciso se ter em mente que o Direito Internacional é consequência dos próprios Estados anteriormente existentes. Não se

³⁶ SILVA, Antônio Alvares da, *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996, p. 23.

³⁷ SCALLE, apud SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. cit., p. 64.

conceberia uma ordem internacional sem a existência prévia de Estados autônomos.

Em decorrência, a norma fundamental proveniente da ordem jurídica interna de cada membro da comunidade internacional precisa ser respeitada, pois é a partir dela que o Estado é tido como sujeito internacional.

Assim, tem-se que todo tratado internacional incorporado ao direito interno de um Estado revoga qualquer legislação que lhe seja contrária, respeitando, porém, as disposições constitucionais relativas a matéria.

Independentemente da discussão doutrinária sobre a prevalência do monismo ou dualismo na ordem jurídica interna, é necessário salientar que a incorporação de norma de Direito Internacional ao Direito Interno é assunto disciplinado pelo ordenamento jurídico de cada Estado.³⁸ Nesta mesma esteira adverte Américo PLÁ RODRIGUEZ que “pertence exclusivamente ao direito interno de cada Estado determinar como um tratado se converte em obrigatório no direito nacional.”³⁹

Os problemas relativos à incorporação das normas internacionais ao Direito brasileiro, em especial às convenções da Organização Internacional do Trabalho, serão vistos no capítulo seguinte, que cuidará especificamente da vigência da Convenção nº 158.

³⁸ ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. op. cit., p. 56.

³⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, apud SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. cit., p. 65.

CAPÍTULO II

A CONVENÇÃO Nº 158 E SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO

JURÍDICO PÁTRIO

2.1. Breve Histórico

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em 1982, versa sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, consagrando o princípio adotado pela Recomendação nº 119, de 1963, segundo o qual a relação de trabalho somente poderá ser findada quando relacionada com a capacidade ou comportamento do trabalhador, ou com as necessidades relativas ao funcionamento da empresa. No plano internacional, dita convenção entrou em vigor em 23.11.85.

Submetida ao Congresso Nacional, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68, em 16.09.92 (Diário do Congresso Nacional de 17.09.92), sendo que o instrumento de ratificação somente foi depositado, junto ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho, em 04.01.95.

Conforme estabelecido em seu artigo 16, deveria a Convenção entrar em vigor no plano interno doze meses após o depósito, ou seja, em 04.01.96.

Concluindo o procedimento destinado à incorporação, o Presidente da República, por meio do Decreto de Promulgação nº 1855/96, publicado no Diário Oficial da União de 11.04.96., deu plena eficácia às disposições contidas na referida Convenção.

Todos estes procedimentos relativos à incorporação da Convenção nº 158 ao ordenamento jurídico pátrio fomentaram inúmeros debates, os quais serão tratados no presente capítulo.

2.2. Prevalência da Teoria Monista

Primeiro passo a ser tomado, para se estabelecer a compatibilidade da Convenção nº 158 com o ordenamento jurídico brasileiro, é a verificação da prevalência da teoria monista no atual sistema constitucional.

Embora não exista qualquer referência expressa na Constituição da República quanto à prevalência do monismo jurídico, pela simples leitura de alguns de seus dispositivos se conclui que uma convenção ratificada se incorpora automaticamente ao ordenamento jurídico brasileiro, revogando as legislações internas que lhe sejam contrárias, não necessitando de qualquer outro diploma legal que a regule.

Tome-se como exemplo os artigos 102, inciso III, alínea “b” e 105, III, “a”, da Constituição Federal, que dispõem, respectivamente:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. (grifo não existente no original)

Art. 105. Compete a Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais do Estados, do Distrito Federal e territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. (grifado)

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal, quando faz alusão aos tratados, parece estabelecer a prevalência do monismo jurídico, pois, caso prevalecesse a teoria dualista, não teria sentido a existência da palavra “tratado”, haja vista que para esta corrente toda convenção ratificada firma apenas o compromisso de o Estado, através de legislação própria, adotar as normas nela inseridas. O tratado, assim, se transformaria em mais uma lei.

Para SÜSSEKIND: “... o tratado aprovado pelo Congresso Nacional, quando vigente na esfera internacional, se incorpora ao nosso direito interno, tão logo entre em vigor a ratificação manifestada pelo Governo Federal. Em consequência, complementa, altera ou revoga a legislação brasileira que se atritar com suas normas.”⁴⁰

Esta orientação foi sedimentada pelo Pretório Excelso, em sessão plenária, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.1544, cujo Acórdão acha-se publicado na RTJ, vol. 58/70, sendo Relator o então Ministro Oswaldo Trigueiro, valendo transcrever a seguinte passagem:

Em todos esses países, como no Brasil, faz-se necessária a aprovação legislativa de todos os tratados de significação política e dos que impõe modificações no Direito interno. Em nenhuma delas se condiciona a vigência do tratado ratificado a novo ato de incorporar as normas do tratado à legislação nacional. A inexistência desse requisito na maioria senão na totalidade das Constituições democráticas, enfraquece a posição doutrinária dos que entendem

⁴⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. cit., p. 74.

necessária, além da aprovação do tratado, a edição de diploma legal que reproduza as normas modificadoras do Direito positivo.

Contrário em parte a este entendimento insurge-se o Ministro Celso de MELLO, para quem a prevalência do monismo jurídico somente poderia ser sustentada caso a ratificação importasse na incorporação automática do tratado ao sistema de direito positivo interno, o que no modelo constitucional brasileiro não se verifica, uma vez que se exige uma série de procedimentos, como, por exemplo, a edição de decreto legislativo pelo Senado, e de decreto de promulgação pelo Executivo. Para o eminente jurista, o Brasil adota a tese do dualismo moderado.⁴¹

A este respeito, e com muita propriedade, adverte Francisco REZEK que os mecanismos de recepção não representam uma homenagem à doutrina dualista. Para o ilustre internacionalista o que interessa é que “os tratados vigem internamente com sua roupagem original de ‘tratados’, e nessa qualidade, e sob esse exato título, revogam direito anterior de produção interna, tal como faria uma lei ordinária superveniente.”⁴²

Embora possa provocar vários embates no meio acadêmico, uma discussão mais aprofundada sobre a matéria não interessa ao estudo. O que se pretende agora é verificar se no Brasil há a necessidade de edição de

⁴¹ Despacho proferido em medida liminar requerida na ADIn nº 1.480-3 (DJU 02.08.96. Seção I. p. 25.792/5)

⁴² REZEK. José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 383.

lei para a incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico, o que, conforme demonstrado, é desnecessária.

Sedimentado o entendimento de que vigora no Brasil a teoria monista, resta saber se uma lei posterior revoga um tratado anteriormente ratificado.

2.2.1. Conflito entre tratado e lei posterior

Atualmente, em virtude do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, que concluiu pela predominância da lei posterior quando em atrito com tratado, verifica-se no Brasil uma tendência em colocar o tratado e a lei infraconstitucional num mesmo patamar, sem que se estabeleça qualquer hierarquia entre eles.

A tese defendida pelo Excelso Pretório, segundo a qual, “ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter prevalência garantida pela Justiça”, é respaldada por REZEK, para quem:

... uma lei federal pode fazer ‘repelir’ a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno. Se assim não fosse - observa Bernard Schwartz -, estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de estricção constitucional.⁴³

⁴³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. cit., p. 105-106.

Otávio Bueno MAGANO também se filia à corrente que defende a paridade entre os tratados e as leis internas, o que, por outras palavras, resulta na velha regra *lex posteriori derogat priori*.

Afirma o renomado jurista:

Força será, pois, concluir-se que a diretriz emergencial de nosso ordenamento jurídico é a da paridade entre tratado e legislação interna, tal como ainda recentemente se proclamou no Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.347-5, de que foi Relator o Min. Celso de Mello, na Passagem abaixo reproduzida: ‘... os tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia da leis nacionais.’⁴⁴

Porém, este argumento não merece prevalecer, vez que um tratado ratificado representa um compromisso internacionalmente assumido pelos contratantes. O Estado ao celebrar um tratado o faz por vontade própria, sem que ninguém o obrigue.⁴⁵

Nos dizeres de Antônio Alvares da SILVA:

⁴⁴ MAGANO, Otávio Bueno. Convenção N. 158 da OIT. In: *Revista Ltr*, São Paulo. v. 60, n. 06, p. 749, jun. 1996.

⁴⁵ Caso contrário o pacto assumido não persistiria, sendo considerado nulo (arts. 47 a 53 da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados).

Se um estado, depois de assumir compromissos na esfera exterior pelo instrumento jurídico adequado, o modifica internamente, lesa os parceiros com quem negociou, fazendo-se passível das conseqüências jurídicas sancionatórias, além de ferir o princípio ético onde assenta todo o fundamento do direito internacional: pacta sunt servanda.

A responsabilidade internacional de um estado é tão importante quanto a interna e uma ordem jurídica conseqüente não há de permitir que um poder modifique o que está internacionalmente assumido pelo Estado.⁴⁶

Neste mesmo diapasão, sustenta José Carlos de
MAGALHÃES:

O Estado, quando se obriga internacionalmente, o faz como entidade única, da qual faz parte o Poder Judiciário. Não há que se falar em divisão de poderes estabelecida no plano interno, com efeitos no plano internacional. O judiciário faz parte do Estado e age em seu nome, tanto quanto os demais poderes. Ao deixar de dar cumprimento a tratado devidamente ratificado e em vigor, surge a responsabilidade internacional do Estado, a que deve ser sensível o judiciário.⁴⁷

Outro aspecto a ser analisado criteriosamente é o fato de a decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 80.004, ter sido proferida na vigência da Constituição Federal de 1967, que não

⁴⁶ SILVA, Antônio Alvares da. op. cit., p. 28. Na mesma linha MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. cit., p. 80.

⁴⁷ MAGALHÃES, José Carlos de, apud SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. cit., p. 37.

continha o dispositivo inserto na Constituição de 1988, qual seja: o § 2º do art.

5º. *Verbis*:

§ 2º. 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.

Este dispositivo constitucional, juntamente com os arts. 102, III, “b” e 105, III, “a”, consagrou a prevalência do monismo jurídico no País. Mais, elevou os tratados à categoria de garantia fundamental. Significa dizer que os princípios e normas, contidos em um tratado incorporado pelo direito positivo brasileiro, passam a ser considerados como garantias fundamentais insertos na Constituição num momento posterior à sua promulgação, não podendo a lei infraconstitucional revogá-los.⁴⁸

Ademais, é inverídica a assertiva de que o ordenamento positivo brasileiro não contém disposição que contemple explicitamente a prevalência dos tratados sobre a lei interna. O art. 98 da Lei 5.172, de 25.10.66 (Código Tributário Nacional), firma, sem ser possível interpretação diversa, que os tratados deverão ser respeitados pela legislação que lhes seja posterior.

⁴⁸ Neste sentido, SILVA, Antônio Alvares da. op. cit., p. 39-45.

É este o seu texto:

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Por outro lado, aquele julgamento do Supremo viola o princípio esculpido no art. 2º da atual Constituição Federal, que apregoa a independência e harmonia entre os três Poderes da União. Não cabe ao Supremo decidir se uma lei posterior revoga ou não um tratado. É ele o guardião da Constituição, só lhe cabendo intervir quando incitado a se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de um tratado e, não, para decidir sobre conflitos entre tratados e leis federais.

Até porque, o procedimento próprio para a revogação de uma convenção é a denúncia. Somente a partir deste ato do Executivo é que o Estado deixa de ser responsável internacionalmente pelo tratado ratificado.⁴⁹ Sem este instrumento, um tratado somente pode ser modificado “por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional.”⁵⁰

⁴⁹ A denúncia, apesar de ser um ato de competência do Poder Executivo, deve ser precedida de autorização do Legislativo, por força dos arts. 49, I e 69, § 1º, da Constituição Federal. Neste sentido proclama SÜSSEKIND, Arnaldo: “ O Governo do país é, sem dúvida, quem pratica os atos administrativos que formalizam a ratificação e a denúncia dos tratados. E assim é no Brasil. Mas se o Governo não pode ratificar um tratado ou a ele aderir sem que o mesmo haja sido previamente aprovado pelo Congresso Nacional (art. 44, n. I, da Const.), segue-se, *a fortiori*, que não poderá denunciá-lo, fazendo cessar sua vigência no ou para o país, independentemente de autorização do Poder Legislativo.” (SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional Público**. cit., p. 57.)

⁵⁰ VALLADÃO, Haroldo, apud SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. cit., p. 37.

Conclui-se pois que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, tendo sido integrada à legislação nacional, deverá ser respeitada pelas legislações infraconstitucionais que lhe sobrevenham, consoante inserto no art. 98 do Código Tributário Nacional e § 2º do art. 5º do Diploma Fundamental.

2.3. A Questão da Vigência

Tão logo foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68/92, publicado no Diário do Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, começou um longo debate no campo doutrinário a respeito da entrada em vigor da Convenção nº 158 no Direito brasileiro.

Opiniões mais precipitadas defenderam a sua imediata incorporação, sob a alegação de que os tratados internacionais, aprovados por decreto legislativo, são tidos como leis, entrando em vigor tão logo aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente do Senado Federal.⁵¹

Segundo esta corrente, os decretos legislativos são como leis de competência exclusiva do Congresso Nacional. Assim, aprovada uma convenção internacional, não caberia qualquer manifestação do Chefe do

⁵¹ MACIEL. José Alberto Couto. Vigência e Compatibilidade da Convenção N. 158 da OIT. In: **Revista Ltr.** São Paulo. v. 60, n. 06, p. 763, jun. 1996.

Executivo, “sob pena de repetir de forma ilegal um procedimento que constitucionalmente não é seu.”⁵²

Na mesma esteira, proclamou Luiz SALVADOR:

Vigente no País a norma prevista na Convenção nº 158 da OIT que visa proteger o emprego contra despedida arbitrária (Decreto Legislativo nº 89, de 1992, publicado no DOU em 11.12.92). O § 2º do art. 5º da CF assegura a inclusão, também, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, entre os demais direitos e garantias já previstos. Em razão disso, os tratados internacionais promulgados e/ou ratificados, tornam-se leis internas.⁵³

Esta tese, entretanto, logo foi rechaçada pela melhor doutrina, que considera a aprovação pelo Congresso apenas uma das etapas do procedimento destinado a ratificação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

O decreto legislativo não pode ser confundido com lei. É ele, tão somente, o instrumento adequado posto a disposição do Congresso para aprovação de um tratado ou convenção. É a convenção internacional ratificada quem adquire status de lei, após cumpridas todas as etapas do procedimento destinado à sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

⁵² Idem, ibidem.

⁵³ SALVADOR, Luiz. Despedida arbitrária: consequência. In: *Revista Genesis*. Curitiba. v. 01, n. 06, p. 36, jun. 1993.

Não é porque o tratado internacional se equipara à lei nacional, que o decreto do Congresso receberá a mesma distinção. “O decreto do Congresso é definitivo quanto à aprovação ou rejeição do tratado (situação concreta), que corresponde a uma das etapas (não a derradeira) do procedimento de ratificação; mas não se confunde com as leis de competência da União (normatividade abstrata).”⁵⁴

Ademais, como advertido alhures, enquanto o representante do Poder Executivo não houver enviado o instrumento de ratificação ao Diretor-Geral da Organização Internacional do Trabalho (art. 19, § 5, “d”, da Constituição da OIT), não há de se falar em vigência no âmbito interno.

Ainda mais em se tratando da Convenção nº 158, que em seu art. 16, item 3, prescreve:

Art. 16 - 3. Posteriormente esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após a data do registro de sua ratificação.

Assim, como o Brasil ainda não havia depositado o instrumento de ratificação perante a Organização Internacional do Trabalho, não estava satisfeita a formalidade legal necessária para a entrada em vigor da Convenção nº 158.

⁵⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158. In: **Revista Ltr.** São Paulo. v. 60, n. 06, p. 735, jun. 1996.

A discussão voltou à tona em 04.01.95., quando a Delegação Permanente do Brasil em Genebra entregou o instrumento de ratificação ao Diretor-Geral da Organização Internacional do Trabalho. Imediatamente, alicerçados no art. 16, § 3º, da Convenção ratificada, muitos doutrinadores sustentaram sua vigência a partir de 04.01.96.

Dentre os que atualmente defendem a desnecessidade do decreto de promulgação, Antônio Alvares da SILVA é um dos únicos que enfrenta a questão explicitando de forma convincente a sua tese. Para ele não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que condicione a vigência do tratado à edição de decreto do executivo.⁵⁵

Sustenta, também, que as providências necessárias para a vigência das convenções internacionais, dentre elas a publicação do texto ratificado, não são obrigatoriamente da competência do Executivo, já que o art. 16, 5, "d", prescreve que quem está obrigado é o Estado-membro e não um de seus poderes. Complementa, asseverando que "se o Executivo se omite na providência complementar e formal da publicação, poderá assumi-la o próprio legislativo, os sindicatos, os cidadãos interessados, tomando até medidas judiciais para sua concretização."⁵⁶

⁵⁵ SILVA, Antônio Alvares da. op. cit., p. 20.

⁵⁶ Idem, *ibidem*.

Outros autores, como Marcelo José Ladeira Mauad⁵⁷, Denise Maria Schellenberger⁵⁸, Aramis de Souza Silveira⁵⁹ e José Alberto Couto Maciel⁶⁰, igualmente sustentam a vigência após doze meses do depósito da ratificação na Organização Internacional do Trabalho; porém, não se aprofundam na matéria.

Contra esta interpretação insurgiram-se outros estudiosos, alegando que a incorporação somente poderia se dar após a promulgação de decreto executivo, formalidade essencial para dar publicidade ao texto da Convenção.

ACCIOLY, citado por Celso de Albuquerque MELLO, conceitua a promulgação como:

o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e, além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal.⁶¹

⁵⁷ MAUAD. Marcelo José Ladeira. A garantia de Emprego em Vigor (Convenção nº 158 da OIT). In: **Revista Genesis**, Curitiba. v. 39, p. 350, março 1996.

⁵⁸ SCHELLENBERGER. Denise Maria. Convenção 158 da OIT: Aplicabilidade e Compatibilidade com o Direito Positivo Brasileiro. In: **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre. v. 81, p. 20-21, março/96.

⁵⁹ SILVEIRA. Aramis de Souza. Os Efeitos da Convenção N. 158 da OIT nas Relações de Trabalho. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60, n. 06, p. 786, jun. 1996.

⁶⁰ MACIEL. José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. São Paulo: Ltr, 1996, p. 27.

⁶¹ ACCIOLY, Hidelbrando, apud MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. cit., p. 167.

Constata-se, a partir desta conceituação, que o principal objetivo do decreto do executivo é o de dar publicidade ao tratado ratificado. Ao contrário das leis, o tratado não é fonte de direito interno, exigindo todo um procedimento próprio para que se integre ao direito positivo pátrio. Sua aprovação se dá através de decreto legislativo, que não necessita da sanção do Presidente. Assim sendo, sua publicidade fica restrita, pois seu texto não é publicado no Diário Oficial da União, sendo necessário o decreto do Executivo para suprir tal deficiência.

Muito embora não haja qualquer disposição constitucional a este respeito, a tradição existente no direito brasileiro demonstra a necessidade do decreto de promulgação. Basta observar que o Tratado do Reconhecimento da Independência e do Império, assinado pelo Brasil e Portugal, a 29.08.1825, foi promulgado pelo Decreto de 10.04.1826.⁶²

Sem o requisito da publicidade, não se pode exigir o cumprimento de qualquer norma jurídica, inclusive as convenções internacionais ratificadas, pois, conforme REZEK: “O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe - resulte de produção legislativa internacional ou doméstica - presume publicidade oficial e vestibular.”⁶³

⁶² RODAS, João Grandino. **A Publicidade dos Tratados Internacionais**. São Paulo: RT, 1980, p. 201.

⁶³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. cit., p. 84.

Esta opinião é compartilhada por SÜSSEKIND, que proclama:

... antes da divulgação oficial do decreto de promulgação, a convenção não poderia irradiar direitos e obrigações para os empregadores e trabalhadores, no território nacional. Conforme preceitua o art. 1º da Lei de Introdução do Código Civil, a lei e, obviamente, o tratado normativo, só vige entre nós, salvo disposição em contrário, quarenta e cinco dias 'depois de oficialmente publicado'. Destarte, sua eficácia jurídica depende da publicação do texto em português, no Diário Oficial da União.⁶⁴

Portanto, somente com a publicação do Decreto de Promulgação nº 1.855/96 no Diário Oficial da União, que se deu em 11 de abril de 1996, é que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, passou a vigor, com eficácia jurídica, na República Federativa do Brasil.

⁶⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158*. cit., p. 736.

CAPÍTULO III

COMPATIBILIDADE DA CONVENÇÃO Nº 158 COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

3.1 A Questão da Constitucionalidade

No Brasil, assim como na maioria dos Estados, as convenções internacionais incorporadas ao direito positivo interno precisam se coadunar com a ordem constitucional, não podendo, de forma alguma, contrariá-la.

Não existe na República Federativa do Brasil qualquer dispositivo constitucional que confira aos tratados precedência hierárquica sobre o ordenamento constitucional. Pelo contrário, a Constituição da República, em seu art. 102, I, “a”, confere ao Supremo Tribunal Federal

poderes para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo federal. Sendo os tratados aprovados por decreto legislativo e promulgados por decreto presidencial, estão eles sujeitos ao controle abstrato de constitucionalidade.

Do mesmo modo o art. 102, III, “b”, da Constituição Federal, garante o controle de constitucionalidade, quando atribui a competência do Supremo para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado.

A doutrina pátria é corrente em afirmar a supremacia da Constituição frente às convenções internacionais, bastando aproveitar o magistério de Carlos MAXIMILIANO, para quem: “A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos.”⁶⁵

É importante frisar que esta concepção, forjada por doutrinadores não contemporâneos, atualmente tende a ser suavizada, haja vista a tão decantada globalização e o surgimento de diversos blocos econômicos, como o NAFTA, a UEE e o MERCOSUL, que intensificam as relações internacionais entre os Estados, fazendo com que diversos Estados, outrora adversários políticos no universo internacional, passem a ser

⁶⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 314.

considerados como parceiros num amplo processo de reestruturação econômica mundial.

As Constituições de vários Estados já admitem, em determinados casos, a introdução de normas inconstitucionais constantes nas convenções internacionais.⁶⁶ Tomemos como exemplo o art. 277, n. 2 da Carta Política Portuguesa, modificada pela Segunda Revisão Constitucional, em 1989:

Art. 277. n. 2 - A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

No Brasil, contudo, não foi introduzida qualquer modificação a este respeito, prevalecendo o ordenamento constitucional frente a todos os atos normativos federais, inclusive os que acarretem a incorporação de um tratado internacional. Em sendo assim, toda inconstitucionalidade, seja ela formal ou material, está sujeita ao controle do Judiciário, por intermédio de sua Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

⁶⁶ Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido em pedido de medida cautelar, na Adin nº 1480-3 (fl.16-18), informa que as Constituições do Peru (art. 57), da Argentina (art. 75, n. 22) e da Holanda (art. 91, n. 3), em casos específicos, recebem normas inconstitucionais.

Dito isto, passa-se a analisar as questões relativas às inconstitucionalidades formal e material da Convenção nº 158, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68/92 e promulgada pelo Decreto do Executivo nº 1.855/96, que alguns doutrinadores entendem incompatível com os artigos 7º, inciso I, da Constituição da República e 10, inciso I, do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

Frise-se que já foi intentada, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3, com pedido liminar, onde as Confederações Nacionais da Indústria e dos Transportes questionam a validade jurídico-constitucional dos Decretos do Legislativo e do Executivo, que, respectivamente, aprovaram e promulgaram a Convenção nº 158 da OIT.⁶⁷

3.2. Da Validade no Aspecto Formal

Prescreve o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal:

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.

⁶⁷ Na ação arguiu-se a inconstitucionalidade formal e material dos artigos 4º a 10 da Convenção nº 158, sendo que o pedido de suspensão cautelar da eficácia dos atos impugnados ainda não foi decidido pelo Egrégio Plenário do STF, estando os autos com vistas ao Ministro Moreira Alves. Salienta-se que o Ministro Celso de Mello, em seu voto, manifestou-se pela constitucionalidade do ato normativo de direito internacional público.

Por sua vez, dispõe o art. 10, inciso I, do ADCT:

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.

Diante do disposto nos artigos supra citados, muitos doutrinadores defendem que o legislador constituinte, ao reservar à lei complementar a matéria relativa à proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, excluiu qualquer possibilidade de limitar-se o “poder” de despedir através de norma legal de hierarquia inferior.

Otávio Bueno MAGANO é um dos que se filia a esta tese, salientando que a Convenção nº 158, por ser aprovada mediante decreto legislativo e incorporada por meio de decreto presidencial, não pode se sobrepor à matéria reservada à lei complementar, em virtude de sua inferioridade hierárquica.⁶⁸

Idêntica opinião possui Arion Sayão ROMITA, que assenta:

Se a Constituição Federal determina que a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deve provir de Lei Complementar injurídica será a afirmação de que ela já está regulada pela Convenção nº 158. A convenção internacional ratificada não substitui a lei

⁶⁸ MAGANO, Otávio Bueno. Convenção n. 158 da OIT. cit., p. 750.

complementar, que tem previsão constitucional específica: CF, arts. 59, II e 69.⁶⁹

Constata-se, pela leitura e interpretação dos posicionamentos acima esposados, que o principal problema para aceitação da Convenção nº 158 como norma integrante do acervo jurídico nacional, é o fato de ter sido aprovada mediante decreto legislativo, que, ao ver de alguns juristas, possui no máximo status de lei ordinária.

Para estes, somente a legislação complementar, a que aludiu o constituinte de 1988, é que poderá dar plena eficácia a determinados dispositivos contidos na Constituição da República. Nos dizeres de Maristela BASSO e Luiz Olavo BAPTISTA:

As leis complementares são aquelas cuja função é dar vida e energia a grande número de dispositivos constitucionais, especialmente àqueles que enfatizam os fins sociais do Estado. São leis integrativas que completam a eficácia das normas constitucionais: completam seus dispositivos ou desenvolvem os princípios neles contidos.⁷⁰

⁶⁹ ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da Ratificação da Convenção nº 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 05/96, p.76.1ª quinzena de março de 1996. Também manifestam-se pela inconstitucionalidade formal, CARVALHO, José Otávio Patrício. Aplicabilidade da Convenção n. 158 da OIT, nas Relações de Emprego no Brasil. In: **Revista LTr**, v. 60, n. 04, p. 516-519. abril 1996 e PIRES, Aurélio. A Convenção n. 158 e a Constituição Federal. In: **LTr Suplemento Trabalhista**, ano 28, v. 121/96, p. 683-685.

⁷⁰ BAPTISTA, Luiz Otávio e BASSO, Maristela. Convenção 158 da OIT e o Direito Brasileiro. In: **Revista Genesis**, Curitiba, v. 08, n. 40, p. 225, ago. 1996.

Os tratados internacionais, por possuírem apenas a mesma hierarquia de lei ordinária, não podem versar sobre matéria reservada à lei complementar, pois esta está num grau superior: abaixo apenas das normas constitucionais.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO sintetiza bem o posicionamento destes doutrinadores, ao afirmar:

É de se ressaltar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que tem a mesma força que esta -lei delegada e o decreto lei) e a Constituição (com suas emendas).

E prossegue:

... a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso, não prevalecem contra ela, sendo inválida as normas que a contradizem.⁷¹

Antes de mais nada, é conveniente esclarecer que não existe sujeição de lei ordinária à lei complementar. Como adverte Michel TEMER: “As leis ordinárias encontram seu fundamento de validade, seu ser, no próprio

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 237-238.

Texto Constitucional, tal qual as leis complementares que encontram seu engate lógico na Constituição. Portanto, não há hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária.”⁷²

O que existe é uma diferença de quorum. Enquanto a lei complementar exige para sua aprovação da maioria absoluta (art. 69 da CF), a lei ordinária necessita, apenas, da maioria simples (art. 47).⁷³ Esta diferença de quorum se dá em virtude da matéria a ser versada em lei infraconstitucional. Algumas matérias, ao ver do constituinte, necessitam de uma manifestação mais significativa, e portanto, são reservadas à legislação complementar. Desta forma, o legislador ordinário não pode adentrar no campo àquela reservado, sob pena de ofensa à Constituição Federal.

Quanto aos tratados, contudo, a Constituição da República não faz qualquer ressalva para sua aprovação, tampouco estabelece qualquer prevalência das leis complementares. Ao contrário, os artigos 102, III, “b” e 105, III, “a”, deixam implícito que estão eles no mesmo patamar das leis federais - sejam complementares ou ordinárias.

Por outro lado, não é porque a convenção internacional é aprovada mediante decreto legislativo que vamos tê-la como lei ordinária, como muitos apregoam, simplesmente por ter um trâmite legislativo semelhante e um quorum para aprovação idêntico.

⁷² TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1989, p. 149.

⁷³ *Idem*, *ibidem*.

Este decreto é tão somente o instrumento necessário para que o Legislativo se manifeste a respeito de uma convenção internacional a ser ratificada pelo Estado brasileiro. Formalidade indispensável, *ex vi* do disposto no art. 49, I, da Constituição da República.

O tratado internacional é uma norma autônoma, de procedência externa, que, ao ser incorporado ao direito pátrio, através de procedimento peculiar, passa a vigorar como “tratado” e não como lei. É ele equiparado à lei federal, porém com ela não coincide.

Como bem observa Reinaldo PEREIRA E SILVA:

A incorporação de convenção internacional ao ordenamento interno se sujeita a um disciplinamento bastante próprio, não se subsumindo às regras constitucionais de elaboração de legislação complementar. E o procedimento de incorporação, constitucionalmente previsto, no caso da Convenção nº 158, restou com rigor observado.⁷⁴

Caso o constituinte pretendesse exigir dos tratados internacionais, que regulassem matéria reservada a legislação complementar,

⁷⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. Sobre a Flexibilidade e a Rigidez dos Direitos Sociais Relativos ao Trabalho no Ordenamento Constitucional de 05 de Outubro de 1988. Dissertação apresentada em 1996. BUFSC, p. 128. Corroboram esta opinião, SILVA, Antônio Alvares da. **A Convenção 158 da OIT**. cit., p. 39. e MACIEL, José Alberto Couto. Vigência e Compatibilidade da Convenção n. 158 da OIT. **Revista LTr**, São Paulo, v. 60, n. 06, p. 763, jun. 1996.

um quorum especial, te-lo-ia feito. Se não o fez, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Pontes de MIRANDA, possuindo posicionamento contrário ao aqui esposado, aborda a matéria quando disserta sobre a isenção de impostos definida por tratado:

Se a isenção foi inserta em tratado ou convenção, ou acordo (qualquer que seja o nome), com benefício para estrangeiros, ou para Estado estrangeiro, ou para quem quer que seja o titular do direito à isenção, ou para quem quer que sejam os titulares do direito à isenção, a aprovação do tratado, convenção, ou acordo, tem de ser por maioria absoluta dos membros das duas casas do Congresso Nacional (Constituição de 1967, art. 50), porque, para isenções - quer de impostos estaduais, quer de impostos municipais - a União é competente, mediante lei complementar, e se há 'relevante interesse social ou econômico nacional' (art. 19, § 2º).⁷⁵

Data máxima vênia, este entendimento não parece ser o mais adequado, eis que para a aprovação de um tratado por maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional seria necessário a modificação do processo legislativo, contrariando, inclusive, a Constituição da República, o que, aí sim, ensejaria a inconstitucionalidade formal. Esta concepção somente

⁷⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, T. III, p. 154.

seria possível se no Brasil vigorasse o dualismo jurídico, o que, como visto, não se coaduna com a melhor doutrina e jurisprudência.

Como bem coloca SÜSSEKIND:

... a mesma Constituição que recepcionou a maior parte da legislação pretérita sobre a terminação do contrato de trabalho e exige lei complementar para a nova legislação nacional de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, estabelece mecanismos especiais para a ratificação dos tratados normativos (art. 49, I); e, no título II relativos aos direitos e garantias fundamentais, reafirma o princípio do monismo jurídico, sublinhando que os direitos e garantias nela expressos não excluem os decorrentes ‘ dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.⁷⁶

A exigência de que a proteção contra dispensa arbitrária fosse regulada por lei complementar foi imposta ao legislador interno, não sendo aplicável aos tratados internacionais, que, como afirmado, não necessitam de quorum especial para sua aprovação.⁷⁷

Partindo da premissa que a incorporação de um tratado se dá por procedimento próprio, que não se confunde com o processo legislativo empregado para a aprovação de leis federais, chegar-se-á à conclusão de que

⁷⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Aspectos Controvertidos da Convenção n. 158*. cit., p. 736.

⁷⁷ A este respeito, MOMEZZO, Marta Casadei. Convenção n. 158 da OIT. In: *Revista Ltr*, São Paulo. v. 60, n. 06, p. 767, jun. 1996 e SILVA, Antônio Alvares. *A Convenção da OIT*. cit., p. 45.

a previsão de lei complementar nunca poderá ser óbice à validade de uma convenção internacional.

Raciocínio contrário levaria à interpretação absurda de que tudo o que o constituinte relegou a legislação complementar não pode ser objeto de tratado internacional, nem antes, nem depois de sua edição, uma vez que sempre haverá a necessidade de quorum qualificado (maioria absoluta dos parlamentares).

Sob outro prisma, mas também manifestando-se pela constitucionalidade da Convenção nº 158, escreveu Marcelo José de Ladeira

MAUAD:

... o art. 7º, da Constituição Federal, em seu *caput*, garante um rol de ‘direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o que significa que a Carta maior cuidou de enumerar as regras mínimas para regular as relações de trabalho no Brasil, o que não poderia ser diferente face à existência do princípio protetivo do trabalhador, fundamento de existência do próprio Direito laboral, bem como do princípios da aplicação da norma mais favorável. Decorre daí ser possível, tanto a legislação quanto os instrumentos normativos (acordos e convenções coletivas e sentenças normativas) estabelecerem normas mais benéficas para os trabalhadores que aquelas insculpidas na Constituição Federal.⁷⁸

⁷⁸ MAUAD, Marcelo José de Ladeira. A Garantia de Emprego em Vigor (Convenção nº 158 da OIT). cit.. p. 351.

Outro argumento a ser utilizado contra a alegação de inconstitucionalidade formal, advém do próprio texto constitucional, em especial do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Reza o § 2º do art. 5º: “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.”

Pela simples leitura deste dispositivo, constata-se que os direitos e garantias fundamentais previstos em um tratado internacional ratificado pelo Brasil passam a integrar o ordenamento constitucional brasileiro, possuindo a mesma hierarquia daqueles previstos na própria Constituição da República. Assim, “como a Convenção nº 158 introduz direito e garantia fundamental do trabalhador, acolhido também mas não regulamentado na própria Constituição - art. 7º, I - não se há que falar em inconstitucionalidade pois tal direito e garantia passou a ser matéria constitucional.”⁷⁹

Por derradeiro, registre-se o entendimento do Ministro Celso de Mello, para quem a Convenção nº 158 não pode ser acoimada de inconstitucional, em razão de tratar-se, apenas, de uma norma programática, não revestida de autoaplicabilidade, carecendo, portanto, de eficácia.

⁷⁹ SILVA, Antônio alvares da. *A Convenção 158 da OIT*. cit., p. 42.

Nos dizeres do Ministro:

Isto significa, portanto, que a Convenção nº 158/OIT - por encerrar, a partir dos princípios e diretrizes que enuncia, uma proposta de legislação exclusivamente dirigida ao legislador interno de cada Estado-Parte - não parece haver ofendido, no plano estritamente formal, o texto da Constituição da República, pois, como ressaltado, a eficácia das normas desse ato internacional depende, essencialmente, da superveniência da lei complementar reclamada e exigida pelo estatuto constitucional.⁸⁰

A polêmica acerca da exigibilidade da Convenção nº 158, porém, será travada no capítulo seguinte, que versará sobre as repercussões de sua incorporação ao ordenamento positivo brasileiro.

3.3. Da Validade no Aspecto Material

A discussão em torno da inconstitucionalidade material da Convenção nº 158 se dá devido ao possível choque existente na confrontação dos seus artigos 4º e 10, que vedam a dispensa sem justo motivo, prevendo, inclusive, a reintegração, com o inciso I do art. 7º da Carta de 05 de outubro de 1988, que, segundo boa parte da doutrina brasileira, apenas impõe o pagamento de uma indenização compensatória, permitindo ao empregador romper unilateralmente o vínculo empregatício.

⁸⁰ Voto proferido em pedido de medida cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-3, proposta pela Confederação Nacional do Transporte e pela Confederação Nacional da Indústria (fl. 70).

Para melhor compreensão da matéria ventilada, mister se faz, por primeiro, transcrever os dispositivos ditos inconstitucionais.

Reza o art. 4º da Convenção nº 158:

Não se dará término à relação 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.

Por sua vez assegura o art. 10º:

Se os organismos mencionados no art. 8º 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 apropriada.

Constata-se, de plano, que a Convenção vedou as dispensas quando não relacionadas a um dos motivos elencados no art. 4º, dando preferência à reintegração (art. 10).

Alguns juristas, como Arion Sayão ROMITA, compreendem que a Convenção nunca poderia ser ratificada pelo Brasil, vez que prevê a figura da estabilidade, excluída pela Constituição de 1988. Para o ilustre juslaboralista, a proteção no emprego prevista pela Carta de 88 ficou restrita a uma indenização compensatória a ser estipulada por lei complementar, que, por sua vez, excluiria a possibilidade de reintegração. Discorre o Professor:

A lei complementar que vier a regular o preceito constitucional sancionará a despedida arbitrária ou sem justa causa com indenização compensatória, além de outros direitos. Entre esses 'outros direitos', não poderia ser contemplada a reintegração, medida que exclui o pagamento de indenização.⁸¹

Eduardo Gabriel SAAD, da mesma forma, entende ser impossível ao legislador inserir a estabilidade conforme forjada pela Organização Internacional do Trabalho. Segundo ele, “se a Constituição declara imperativamente que a garantia de emprego será a indenização compensatória, é defeso ao legislador comum substituir essa garantia por uma outra.⁸²

Segundo raciocínio similar, embora ainda não se manifeste sobre a questão da constitucionalidade da Convenção, Amauri Mascaro do NASCIMENTO compreende inconciliáveis os institutos da estabilidade e da

⁸¹ ROMITA, Arion Sayão. **Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos**. São Paulo: LTr, 1991, p. 129.

⁸² SAAD, Eduardo Gabriel. **Constituição e Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 89.

indenização. Enquanto a primeira afirma um direito, a última o nega. Para o mestre, “paga-se indenização e concede-se aviso prévio exatamente porque o vínculo pode ser rompido. Assegura-se estabilidade exatamente para que a relação jurídica não possa ser rompida.”⁸³

Contudo, a interpretação do esculpido no art. 7º, inciso I, da Constituição da República não é tão simplista como querem fazer crer estes juristas. Por certo, não se pode negar a existência de previsão expressa quanto a estipulação de uma indenização compensatória para os casos de despedida arbitrária ou sem justa causa. Porém, a proteção da relação de emprego não fica restrita a esta compensação pecuniária, uma vez que a parte final do dispositivo supra citado insere a indenização no meio de outros direitos, direitos estes, que podem incluir a reintegração no emprego. Vale aqui novamente transcrever o inciso I do art. 7º.

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.” (sublinhado)

⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr. 1989, p. 52.

Antônio Alvares da SILVA, comentando a parte final deste dispositivo, afirma:

Quando o legislador constitucional diz ‘dentre outros direitos’ quis exatamente salientar que a lei complementar ‘do meio de outros direitos’ ou ‘do número de outros direitos’ preverá a indenização compensatória. Isto quer, pois, dizer: não preverá só a indenização compulsória. Ela será criada juntamente com outros direitos.⁸⁴

E, defendendo que a reintegração é plenamente possível frente ao prescrito na Constituição, complementa:

No caso do Direito Positivo Brasileiro, a lei complementar só não a acolherá se não quiser o legislador, pois, o art. 7º, item I, é expresso: a lei complementar preverá indenização compensatória e outros direitos. Entre estes, deverá estar a reintegração, caso se queira uma lei atual e capaz de reger com eficácia e equilíbrio o direito de dispensa no Brasil.⁸⁵

Com efeito, a Carta Magna de 88 não veda a possibilidade da reintegração, pelo contrário, em vários de seus artigos, põe o direito ao trabalho dentre seus princípios básicos. Tomemos como exemplo o art.1º, inciso IV, que prescreve: “A república Federativa do Brasil ... constitui-se em

⁸⁴ SILVA, Antônio Alvares da. *Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição*. 2ª ed. São Paulo: LTr. 1992, p. 226.

⁸⁵ SILVA, Antônio Alvares. *Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição*. cit., p. 229.

Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”; o art. 6º que declara: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho ...” e o art. 193, que assenta: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Assim, diante de todo arcabouço protetivo constante em nosso ordenamento supremo, não se pode admitir que o empregador seja compelido, apenas, a indenizar os empregados, quando dispensados sem motivo justificado. O próprio inciso I do art 7º protege o emprego e não a dispensa.

A indenização, assim, seria utilizada para os casos em que fosse impossível ou não recomendável a reintegração, seja em decorrência do fechamento do estabelecimento, seja em virtude da incompatibilidade entre patrão e empregado, ou qualquer outro critério posto à apreciação do Judiciário.

A pura e simples previsão de uma indenização compensatória, como “recompensa” pela perda do emprego, não satisfaz os princípios insertos na Carta Superior de 1988⁸⁶, tampouco os princípios de Direito do Trabalho, em especial, o da continuidade, que se expressa como: “a

⁸⁶ A este respeito, CARDONE. Marly A. Proteção da Relação de Emprego: ‘De Jure Constituto’ e ‘De Jure Constituendo’. In: *Revista Ltr*, São Paulo. v. 53, n. 04, p. 395-399, abril 1989.

resistência a que o empregador possa romper o contrato por sua vontade exclusiva.”⁸⁷

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁸⁸

Não se está aqui a proteger a estabilidade absoluta no emprego. Até porque “as disposições contidas na Convenção nº 158, da OIT, não consagram qualquer direito de estabilidade absoluta ou definitiva, contemplam apenas uma garantia de emprego provisória, posto que na medida em que houver uma justificativa o vínculo de emprego poderá ser findado.”⁸⁹

Também não se está apregoando a reintegração para todos os casos de despedidas imotivadas. Busca-se demonstrar, somente, a compatibilidade entre a previsão de indenização, constante no texto

⁸⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p. 156.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano 04, v. 15, p. 285, jan-março de 1971.

⁸⁹ MOMEZZO, Marta Casadei. Convenção N. 158, da OIT. cit., p. 768.

constitucional, e a reintegração, contida no art. 4º, da Convenção nº 158. Ademais, o próprio corpo deste artigo demonstra, insofismavelmente, a possibilidade da coexistência dos dois institutos.

Argumenta-se, por outro lado, que a intenção do legislador, após longos e calorosos debates na Assembléia Nacional Constituinte, foi a de substituir a estabilidade no emprego por uma indenização compensatória.⁹⁰ Contudo, o que está expresso no inciso I do art. 7º da CF de 88 não inviabiliza a possibilidade de estipular-se a reintegração. Cabe ao intérprete adequá-lo às realidades existentes no atual momento histórico, principalmente agora, com a promulgação da Convenção nº 158.

Tomando-se por base a teoria objetivista - que se atém à vontade do texto legal e não a do legislador - a lei, após promulgada, adquire autonomia, desvinculando-se de seu criador. Não cabe ao intérprete procurar saber qual a intenção do legislador, mas, sim, qual a vontade da lei.

Como leciona Carlos MAXIMILIANO:

Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata-se e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor. Consideram-na como 'disposição mais ou menos imperativa, materializada num texto, a fim de realizar sob um ângulo determinado a harmonia social, objeto supremo do Direito'. Logo, ao intérprete

⁹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. Capítulo II. In: CUNHA, Fernando Whitaker da *et al.* *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 359.

incumbe apenas determinar o sentido objetivo do texto, a *vis ac potestas legis*; deve ele olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana, sem inquirir da vontade inspiradora da elaboração primitiva.⁹¹

Destarte, se o legislador pretendeu excluir a reintegração com a previsão de uma indenização compensatória, a lei por ele elaborada não foi expressa nesse sentido, deixando um vácuo, onde o legislador infraconstitucional e o intérprete do direito puderam e podem se movimentar.

A inconstitucionalidade de lei, ou, no caso, de convenção internacional, somente pode ser declarada quando se contrariar expressamente o texto da Constituição. É inconveniente e ilógico tachar de inconstitucional um ato, seja ele do executivo ou do legislativo, discutindo-se, apenas, qual era a real intenção do legislador, a *mens legislatoris*.

Adverte-se que a Convenção nº 158 foi objeto de muita discussão. Os caminhos percorridos até sua incorporação ao direito positivo brasileiro foram, de veras, espinhosos. Até sua aprovação, em plenário do Congresso Nacional, foi submetida a apreciação de inúmeras comissões. No Executivo, obteve parecer favorável da Comissão Tripartite instituída pelo Ministro do Trabalho. No Congresso, igualmente, obteve pareceres favoráveis

⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. cit., p. 30-31.

da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional.

Portanto, mesmo que existam interpretações conflituosas a respeito da constitucionalidade de vários dispositivos constantes na Norma Internacional ratificada, deve esta prevalecer, eis que aprovada mediante ato do Legislativo.

MAXIMILIANO a este respeito, com costumeira propriedade, disserta:

Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. *Oportet ut res plus valeat quam pereat.*

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por jurisconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso Nacional viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada.⁹²

⁹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. cit., p. 307-308.

Mesmo que se entenda impossível a reintegração, o próprio art. 10 da Convenção nº 158 da OIT é bastante flexível, pois reza que na impossibilidade de readmissão (reintegração) poderá esta ser substituída por uma indenização adequada.

Desta forma, seja qual for o ângulo de enfoque sobre a matéria, nunca poderá ser tida como inconstitucional a Convenção objeto do presente estudo.

CAPÍTULO IV

REPERCUSSÕES DA INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 158 AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO

4.1. Da Exigibilidade da Convenção nº 158

Superado o debate em torno da vigência e da validade da Convenção nº 158, cabe, neste momento, indagar se possui ela eficácia jurídica plena. Ou seja, é a Convenção nº 158 uma norma auto-aplicável, ou somente pode ser tida como norma programática, uma convenção de princípios?

A polêmica em torno do assunto é considerável. Alguns entendem que se trata apenas de uma convenção de princípios⁹³; outros

⁹³ ROMITA. Arion Sayão. Palestra proferida no IV Congresso da Genesis - Revista de Direito do Trabalho, realizado em Florianópolis no período de 01 a 03 de maio de 1996.

sustentam ser ela plenamente eficaz, não dependendo de qualquer outra legislação para ser aplicada; havendo também quem assente que algumas disposições possuem eficácia imediata e outras estão na dependência de legislação complementar.

Todas estas questões decorrem, basicamente, do artigo 1º da Convenção nº 158, que prescreve:

Artigo 1º. Dever-se-á dar efeito às disposições da presente convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Sustentados por este artigo, que remete a eficácia da Convenção nº 158 à legislação nacional, alguns juristas, interpretando o art. 7º, I, da Constituição da República, entendem que até que seja editada a lei complementar a referida Convenção é ineficaz. Isto porque muitas das disposições contidas no Diploma Internacional Convenção não são reguladas pela legislação brasileira, não podendo ser exeqüíveis.

José Otávio Patrício de CARVALHO se filia a esta teoria, defendendo que a Convenção nº 158 não é auto-aplicável “por disposição prevista em seu próprio art. 1º.” Para o Ilustre advogado, “não existe

disciplinamento interno, atualmente, para os aspectos programáticos essenciais da norma internacional.”⁹⁴

Igual entendimento possui Maria Aparecida GUNGEL, que afirma:

... a introdução da questão relativa à proteção à despedida arbitrária só se dará através de lei complementar, segundo nosso mandamento constitucional, estando o texto da Convenção, ao remeter os seus efeitos à legislação nacional, em perfeita harmonia com o comando constitucional que em seu art. 7º, inciso I, preconiza:⁹⁵

Arnaldo SÜSSEKIND, numa posição intermediária, defende a auto-aplicabilidade da Convenção, fazendo ressalva apenas no tocante as disposições atinentes às despedidas coletivas, “a respeito das quais as suas normas não são *self executing* e a legislação nacional é omissa.”⁹⁶

Impende enfatizar que SÜSSEKIND somente propõe a auto-aplicabilidade da Convenção nº 158 porque compreende que a Constituição da República já disciplina a matéria, prevendo a multa de 40% do FGTS para os casos de despedida arbitrária ou sem justa causa.

⁹⁴ CARVALHO, José Patrício. op. cit., p. 518.

⁹⁵ GUGEL, Maria Aparecida. Convenção n. 158 é ou não auto-aplicável ?. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60, n. 06, p.759, jun. 1996.

⁹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158. cit., p. 736.

Em posição contrária, emergem diversos doutrinadores, que, amparados no mesmo artigo 1º da Convenção nº 158, apregoam sua plena eficácia.

Uma análise mais acurada do artigo, objeto de tamanha controvérsia, leva à conclusão de que a Convenção nº 158 não necessita de qualquer legislação para produzir efeitos no universo jurídico. Nos dizeres de Marta Casadei MOMEZZO, “a omissão do legislador nacional não impedirá que se dê efeito ao que se contém na norma internacional, porque ela mesma prevê outros mecanismos visando seu cumprimento, quais sejam, a negociação, a arbitragem e as sentenças judiciais, que são formas adotadas pela prática nacional.”⁹⁷

Por óbvio a edição de legislação complementar, prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, poderá vir a suprir algumas dúvidas relativas à aplicação da Convenção, porém, não é ela indispensável, uma vez que as disposições contidas no texto convencional estão aptas a produzir efeitos.

Esta opinião encontra alicerce no magistério de Antônio Alvares da SILVA, que disserta:

É certo, como já se afirmou diversas vezes no decorrer destes comentários, que não se exclui a promulgação de lei complementar prevista no art. 7º, item I, da CF. ou mesmo de lei ordinária regulando aspectos

⁹⁷ MOMEZZO. Marta Casadei. Convenção n. 158 da OIT. cit., p. 768.

relevantes da Convenção 158 assim julgados pelo legislador.

O fato é que a Convenção 158 em si mesma já contém densidade normativa para autoaplicar-se. Seu texto basta em si mesmo e, se houver necessidade de complementações, elas podem fazer-se perfeitamente pela negociação coletiva.⁹⁸

O Judiciário brasileiro, em especial a Justiça do Trabalho, possui plenas condições de dar efetividade às normas contidas na Convenção nº 158. O Poder Normativo, muito combatido atualmente, poderá demonstrar-se útil neste amplo processo visando à completa integração dos preceitos contidos na Convenção Internacional, suprimindo algumas das lacunas existentes, principalmente em relação aos prazos e procedimentos a serem adotados pelos empregadores quando das dispensas coletivas.

O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em julgado pioneiro, considerou vigente e eficaz a Convenção nº 158, valendo transcrever a seguinte passagem do v. Acórdão:

A Convenção n. 158 da OIT, sobre o término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador está, evidentemente, integrada à ordem jurídica nacional. É constitucional, está em vigor e tem plena eficácia. E isto independentemente do fato de não ter sido ainda elaborada pelo Congresso Nacional a lei complementar prevista pelo artigo 7º, I, da Constituição de 1988. A legislação que vier a ser elaborada deverá estar em consonância com as normas da Convenção n. 158 da OIT.⁹⁹

⁹⁸ SILVA, Antônio Alvares da. **A Convenção 158 da OIT**. cit., p. 116.

⁹⁹ TRT 2ª Reg. SE 279/96-A - Ac. SDC 000.257/96-A, 13.6.96. Rel. Juiz Floriano Correa Vaz da Silva. In. Revista LTr, São Paulo, vol. 60, n. 07, p. 938-948, jul. 1996.

Logo, não se pode admitir que a eficácia da Convenção nº 158, incorporada ao direito pátrio após mais de 13 anos de sua adoção pela Organização Internacional do Trabalho, fique na dependência de lei complementar que, com certeza, não virá, como não veio até a presente data.

4.2. Conseqüências Imediatas Decorrentes da Incorporação da Convenção nº 158 da OIT

4.2.1. Impossibilidade da dispensa sem que haja oportunidade de manifestação dos empregados

Como já afirmado no item 3.3., as dispensas, desde a incorporação da Convenção nº 158 ao direito pátrio, somente são permitidas quando relacionadas à capacidade ou comportamento do empregado, ou quando vinculadas às necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 4º).

Ao empregador não mais é possível resilir o contrato de trabalho quando inexistir um dos motivos elencados no art. 4º da Convenção nº 158, ao contrário do que antes acontecia, quando a ruptura unilateral do contrato de trabalho ficava condicionada, apenas, ao pagamento de uma multa rescisória (40% dos depósitos do FGTS).

Também se depreende, da análise dos dispositivos da Convenção, que, mesmo que haja motivo relacionado à capacidade ou ao

comportamento, ao empregado tem de ser dado o direito de defesa (art. 7º). E, quando as dispensas decorrerem de motivos econômicos, tecnológicos estruturais ou análogos, haverá uma prévia comunicação aos representantes dos trabalhadores, devendo a empresa proporcionar a estes todas as informações, de modo a minimizar os efeitos da despedida coletiva (art. 13). Igualmente deverá notificar à autoridade competente, no caso brasileiro o Ministério do Trabalho, informando, por escrito, todos os dados relativos às dispensas a serem efetuadas (art. 14).

A Convenção, também neste aspecto, deu ao emprego e ao empregado maior distinção. A dispensa não mais se afigura como um ato único, instantâneo. É ela um procedimento pelo qual o empregador será obrigado a fixar critérios, efetuar planejamentos, estabelecer conversações com os empregados e seus representantes.

O emprego, a partir de agora, terá verdadeiramente uma roupagem social. As empresas deverão conscientizar-se que os trabalhadores são titulares de um direito, o direito ao emprego, e que seus postos de trabalho não estão subordinados exclusivamente aos interesses da empresa, mas, também, aos interesses da coletividade.

Nos dizeres de Antônio Alvares da SILVA, citado por Irineu STRENGER:

O que agora se fará com o trabalhador é o mesmo que já se faz com o inquilino, o posseiro, o servidor público, ou seja, o direito ao contraditório e à ampla defesa antes que seja privado da situação jurídica de que é titular.¹⁰⁰

4.2.2. Conseqüências das dispensas sem justo motivo - reintegração ou readmissão -

A controvérsia gerada em virtude da redação dada ao art. 10 da Convenção nº 158, quando de sua tradução para o português, tem levado alguns doutrinadores a empreender uma verdadeira ginástica para justificar o termo “readmissão”.

O Juiz do Trabalho Francisco das Chagas LIMA FILHO, procurando encontrar algum sentido prático para a presença desta palavra, conclui, equivocadamente, que o art. 4º da Convenção não proíbe a dispensa do empregado. Segundo ele, “tivesse a norma do art. 4º a intenção de impedir a dispensa do empregado, não teria sentido falar em readmissão. Evidentemente que só é readmitido quem foi validamente demitido. Quando a dispensa é nula ou inválida, o que se determina não é nova admissão, mas sim reintegração.”¹⁰¹

¹⁰⁰ SILVA, Antônio Alvares da, apud STRENGER, Irineu. A Convenção N. 158 da OIT. In: **Revista Ltr.** São Paulo. v. 60. n. 06, p. 740, jun. 1996.

¹⁰¹ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Aplicação da Convenção 158 da OIT no Direito do Trabalho Brasileiro. In: **Repertório IOB de Jurisprudência.** n. 15/96, p. 262, 1ª Quinzena de Agosto de 1996.

Por sua vez, o Juiz Floriano Corrêa Vaz da SILVA defende a possibilidade tanto da reintegração quanto da readmissão, ou mesmo uma indenização, uma vez que o art. 10 é bastante flexível, permitindo ao intérprete inúmeras opções.¹⁰²

Apesar destas opiniões serem bastante abalizadas, pois provenientes de membros da magistratura trabalhista, devem ser relevadas. O termo francês *réintégration* foi erroneamente traduzido para a língua portuguesa, fazendo com que no texto Convencional constasse a palavra readmissão.

SÜSSEKIND igualmente opina neste sentido, aduzindo:

O texto do art. 10, aqui reproduzido, é o que consta do decreto de Promulgação. Mas é evidente que contém erros de tradução, pois, a versão francesa, que é oficial refere 'licenciament' (despedida) e não 'terminação da relação de trabalho'; 'pouvoir' (poder) e não 'facultados'; 'réintégration' (reintegração) e não readmissão.¹⁰³

E nem poderia ser diferente, pois é indubitável que a Convenção acoima com a nulidade as dispensas sem motivo justificado. O art. 4º é expresso neste sentido, tendo em vista que dispõe: "não se dará término

¹⁰² SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. Convenção da OIT. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 17/96. p. 298, 1ª Quinzena de Setembro de 1996.

¹⁰³ SÜSSEKIND, Arnaldo. Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158. cit., p. 737.

à relação de um trabalhador ...”. Fica, pois, proibida a dispensa. Ocorrendo, cabe ao Judiciário transportar as partes ao *status quo ante*.

Alguns doutrinadores, tendo como expoente Arnaldo SÜSSEKIND, entendem que a Convenção, ao fazer menção à indenização adequada, veio ao encontro da legislação brasileira, que prevê, como reparação pela dispensa arbitrária ou sem justa causa, uma indenização compensatória (art. 7º, I, da Constituição Federal), que é excludente da reintegração.¹⁰⁴

Consoante já explicitado, não há nada que proíba a estipulação da reintegração. Se a Convenção a prevê, e não existindo legislação complementar a respeito, deve prevalecer o Tratado Internacional ratificado, pois: “embora a Convenção 158 não seja lei complementar nem tem ou teve por finalidade regulamentar o art. 7º, I, da CF o fato é que a dispensa arbitrária ou sem justa causa se encontra agora regulada no direito brasileiro e não existe possibilidade de dispensar imotivadamente.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158. cit., p. 737.

¹⁰⁵ SILVA, Antônio Alvares da. As Indenizações Previstas na Convenção n. 158 da OIT. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60, n. 06, p. 746, jun. 1996.

4.2.3. Substituição da reintegração por indenização adequada

Muito embora a Convenção dê preferência à reintegração, existem dois casos em que esta pode ser substituída por uma indenização adequada ou outra reparação apropriada (art. 10)

A primeira das hipóteses condiciona a substituição à falta de competência da Justiça do Trabalho para determinar a reintegração. Conforme visto anteriormente, não há óbice legal para esta determinação, estando o Judiciário brasileiro apto a propor ou ordenar a recondução do empregado injustificadamente dispensado.

Podendo o órgão competente autorizado ordenar a reintegração, ainda assim poderá esta ser substituída por uma indenização, basta para isso que se julgue inconveniente, dadas as circunstâncias, a readmissão (reintegração) do empregado.

Esta indenização, contudo, não se vincula à disciplinada no art. 10 do ADCT, pois, o regime do FGTS, a partir da entrada em vigor da Convenção nº 158, não mais está atrelado a reparação prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição da República, sendo substituído pela indenização estipulada no art. 10 do Texto Convencional.

A previsão de uma indenização adequada ou outra reparação apropriada, em substituição à reintegração, demonstra o equilíbrio e preocupação da Organização Internacional do Trabalho ao disciplinar matéria tão complexa. Nem todos os casos de despedida imotivada justificarão a recondução do empregado, embora esta seja o fim precípua da Convenção. Como afirma Antônio Alvares da SILVA:

Determinar a recondução em todas as hipóteses é desconhecer a realidade da pequena e média empresa bem como a natureza fiduciária do contrato de trabalho, que pode deteriorar-se em razão da disputa forense. Excluí-la, como querem alguns, é retirar da convenção o seu maior objetivo que é exatamente a proteção ao emprego. Uma linha de equilíbrio entre os dois lados é uma natural ilação de bom-senso que não deve faltar ao direito brasileiro.¹⁰⁶

¹⁰⁶ SILVA, Antônio Alvares da. As Indenizações Previstas na Convenção n. 158 da OIT. cit., p. 743.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para uma real compreensão de toda polêmica envolvendo a incorporação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho ao ordenamento positivo pátrio, é necessário, por primeiro, esclarecer qual a situação do empregado brasileiro antes e depois da entrada em vigor do Diploma Internacional.

Até a adoção da Convenção nº 158 era ele quase um objeto em poder do empregador. Seu emprego, antes de ser visto como uma fonte de riqueza social, era tido como fonte de riqueza individual. Extinguiam-se postos de trabalho e dispensavam-se empregados sem qualquer preocupação com a repercussão social. O empregado não era titular de direito. O emprego não lhe pertencia, pertencia sim ao empregador, que, mediante o pagamento de uma indenização irrisória, punha termo à relação de emprego, sem, ao menos, justificar-se perante seu pretense titular.

A Convenção nº 158 não traz nada de extraordinário. Apenas firma a obrigatoriedade de justificação prévia para o despedimento. Não veda ela qualquer dispensa justificada, tampouco estabelece qualquer tipo de estabilidade nos moldes anteriormente previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A rescisão contratual, de agora em diante, transforma-se em

um procedimento justo, com um mínimo de contencioso. O empregado não mais será pego de surpresa; terá ele oportunidade de manifestação.

Diante desta nova perspectiva, o empresariado brasileiro, acostumado com a completa inércia do Poder Estatal - que desde 1988 vem postergando a regulamentação da proteção da relação de emprego, conforme preconizado pelo art. 7º, inciso I, da Constituição da República -, não aceitou a ratificação levada a cabo e, alicerçado no posicionamento de diversos doutrinadores, impôs inúmeros obstáculos à incorporação da Convenção nº 158.

A primeira controvérsia instaurada estava vinculada a vigência da Convenção nº 158. Três posicionamentos foram defendidos. Para alguns autores, a norma internacional teria sido incorporada imediatamente após sua aprovação pelo Congresso Nacional, em 17.11.96, uma vez que se deu por meio do Decreto Legislativo nº 68/92, que possui status de lei. Para outros, a Convenção ratificada entrou em vigor no dia 04.01.96, 12 (doze) meses após o envio do instrumento de ratificação ao Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho, conforme estabelecido em seu art. 16, § 3. Por último, sustentou-se que somente após a publicação do Decreto do Executivo, em 11.04.96, é que o Diploma Internacional passou a vigor no território nacional. Delimitada a discussão, cumpre algumas ponderações.

1. O Decreto legislativo não é lei. É tão somente o meio apropriado posto a disposição do Congresso para aprovação de um tratado. Ademais, quem se equipara à lei nacional é a convenção, e não o instrumento que a aprovou. Afasta-se, pois, a vigência a partir da publicação do Decreto Legislativo nº 68/92, no Diário do Congresso Nacional.

2. Apesar da Convenção nº 158 prescrever em seu art. 16, § 3, que a vigência se dá após doze meses do registro da ratificação na sede da Organização Internacional do Trabalho, o ordenamento positivo brasileiro (art. 1º da Lei de Introdução do Código Civil) exige, para a vigência de lei e, por consequência, de tratado normativo, o requisito da publicidade, que somente se dá com o decreto de promulgação.

Em assim sendo, conclui-se que a Convenção nº 158 somente entrou em vigor no plano interno a partir do dia 11 de abril de 1996, quando foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto de Promulgação nº 1.855/96.

Superado este debate, pretendeu-se acoimar de inconstitucional a Convenção nº 158. No aspecto formal, argumentou-se que um tratado internacional, por ser aprovado mediante decreto legislativo, não poderia adentrar ao campo reservado à lei complementar, que exige um quorum qualificado. No aspecto material, afirmou-se que o art. 10, da Convenção Internacional, ao prever a possibilidade de reintegração, chocava-

se com o art. 7º, inciso I, da Constituição da República, que estabelece somente o pagamento de uma indenização compensatória.

A inconstitucionalidade formal não subsiste, pois: 1. o tratado internacional possui procedimento próprio para sua incorporação, não se confundindo com as normas de procedência interna. Incorpora-se ao ordenamento interno como “tratado” e não como lei (teoria monista). 2. Pela leitura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, constata-se que os direitos e garantias previstos em tratados internacionais passam a integrar o ordenamento constitucional brasileiro. Assim, não há de se falar em invasão à reserva legal, pois os direitos advindos da Convenção passaram a ser matéria constitucional.

Também não prevalece a tese da inconstitucionalidade material. Primeiro, porque o art. 7º, inciso I, da Carta Política de 88 não veda expressamente a possibilidade de reintegração, uma vez que a indenização compensatória está embutida “no meio de outros direitos”, que podem, perfeitamente, contemplar a reintegração. Segundo, porque o art. 10, da Convenção nº 158 é bastante flexível, permitindo, nos casos em que não haja autorização para a readmissão (leia-se reintegração), a substituição por uma indenização ou outra reparação adequada.

Finalmente, argumentou-se que a Convenção ratificada seria apenas uma norma de princípios, de conteúdo essencialmente programático,

não se revestindo de auto-aplicabilidade. Estas opiniões alicerçaram-se no art. 1º, do próprio Diploma Internacional, que subordina a eficácia de suas disposições à adoção de lei interna; *in casu*, de lei complementar.

Acontece que esse mesmo artigo estabelece outros mecanismos visando ao seu cumprimento, valendo destacar: a negociação, os laudos arbitrais e as sentenças judiciais. Assim, quando existir alguma lacuna no Texto Convencional, as partes ou o Judiciário Trabalhista poderão supri-las. Ainda mais quando se constata que a maioria das omissões são relativas a prazos e procedimentos, que podem até ser sanadas com a utilização do Poder Normativo conferido à Justiça do Trabalho.

Tem-se, assim, que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho está em vigor, é válida e possui plena eficácia. A partir de agora, todas as dispensas devem ser justificadas, sob pena de o Judiciário ordenar a reintegração ou estabelecer uma indenização adequada, conforme as circunstâncias do caso concreto.

A incorporação da Convenção sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador demonstra o amadurecimento do Poder Estatal ao disciplinar assunto tão complexo. O Brasil, a partir de agora, está inserido no grupo, ainda seleto, de países que privilegiam o direito ao trabalho, o respeito ao trabalhador. Assumiu o País novamente uma posição de vanguarda no universo do Direito Internacional do Trabalho. Espera-se,

com muita apreensão, que todos os profissionais do direito laboral - juizes, procuradores do trabalho, advogados - estejam atentos diante dessa nova realidade e façam valer as disposições contidas no Texto Convencional incorporado ao ordenamento nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hidebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11ª ed., 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 1991.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1981.

BAPTISTA, Luiz Otávio e BASSO, Maristela. Convenção 158 da OIT e o Direito Brasileiro. In: **Revista Genesis**, Curitiba, v. 08, n. 44, ago.19/96.

CARDONE. Marly A. Proteção da Relação de Emprego: 'De Jure Constituto' e 'De Jure Constituendo'. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 53, n. 04, abril 1989.

CARVALHO, José Otávio Patrício. Aplicabilidade da Convenção n. 158 da OIT, nas Relações de Emprego no Brasil. In: **Revista LTr**, v. 60, n. 04, abril 1996 .

CUNHA, Fernando Whitaker da *et ali*. **Comentários à Constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUGEL. Maria Aparecida. Convenção n. 158 é ou não auto-aplicável?. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60,n. 06, jun. 1996.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Aplicação da Convenção 158 da OIT no Direito do Trabalho Brasileiro. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 15/96, 1ª Quinzena de Agosto de 1996.

MACIEL. José Alberto Couto. Vigência e Compatibilidade da Convenção N. 158 da OIT. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60, n. 06, jun. 1996.

_____. **Comentários à Convenção 158 da OIT, Garantia no Emprego**. São Paulo: Ltr, 1996.

MAGANO, Otávio Bueno. Convenção N. 158 da OIT. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60, n. 06, jun. 1996.

MAUAD. Marcelo José Ladeira. A garantia de Emprego em Vigor (Convenção nº 158 da OIT), In: **Revista Genesis**, Curitiba. v. 07, n. 39, março 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano 04, v. 15, p. 285, jan - março de 1971.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Ratificação de Tratados**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, vol. I.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo III.

MOMEZZO, Marta Casadei. Convenção n. 158 da OIT. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60, n. 06, jun. 1996

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 1989.

PIRES, Aurélio. A Convenção n. 158 e a Constituição Federal. In: **Ltr Suplemento Trabalhista**, ano 28, v. 121/96.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RODAS. João Grandino. **A Publicidade dos Tratados Internacionais**. São Paulo: RT, 1980.

ROMITA, Arion Sayão. **Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos**. São Paulo: LTr, 1991.

_____. Efeitos da Ratificação da Convenção nº 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 05/96, 1ª quinzena de março de 1996.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Constituição e Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1989.

SALVADOR, Luiz. Despedida arbitrária: conseqüência. In: **Revista Genesis**, Curitiba. v. 01, n. 06, jun. 1993.

SCHELLENBERGER. Denise Maria. Convenção 158 da OIT: Aplicabilidade e Compatibilidade com o Direito Positivo Brasileiro. In: **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre. v. 81, março/96.

SILVA, Antônio Alvares da. **Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992.

_____. **A Convenção 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996.

_____. As Indenizações Previstas na Convenção n. 158 da OIT. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60, n. 06, jun. 1996.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. Convenção da OIT. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 17/96, 1ª Quinzena de Setembro de 1996.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Sobre a Flexibilidade e a Rigidez dos Direitos Sociais Relativos ao Trabalho no Ordenamento Constitucional de 05 de Outubro de 1988. Biblioteca da Universidade Federal e Santa Catarina. Dissertação apresentada em 1996.

SILVEIRA. Aramis de Souza. Os Efeitos da Convenção N. 158 da OIT nas Relações de Trabalho. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60, n. 06, jun. 1996.

STRENGER, Irineu. A Convenção N. 158 da OIT. In: **Revista Ltr**, São Paulo. v. 60. n. 06, jun. 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et ali*. **Instituições de Direito do Trabalho**. 11^a ed..

São Paulo: Ltr, 1991, v. 2.

_____. **Direito Internacional do Trabalho**. 2.ed., ampl. e atual. São

Paulo: LTr, 1987.

_____. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994.

_____. Influência das Convenções da OIT na Legislação Social-trabalhista Brasileira. In: **Trabalho e Processo**. v. 6, set. 1995.

_____. Aspectos Controvertidos da Convenção OIT n. 158. In: **Revista**

Ltr, São Paulo. v. 60, n. 06, jun. 1996.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 6^a ed. São Paulo:

RT, 1989.