

A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Raul Teixeira

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é reproduzir a palestra, por nós proferida, durante o ciclo de debates sobre a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro no mês de dezembro de 1996.

Cumprindo, inicialmente, uma palavra acerca da acirrada discussão que hoje se trava sobre a possível inconstitucionalidade da Convenção. Somos de opinião que inexistente tal inconstitucionalidade, quer do ponto de vista formal, eis que a plena vigência da Convenção obedeceu a todos os trâmites exigidos pelo direito positivo interno para sua aplicabilidade, quer sob o aspecto material, pois, como veremos mais adiante, a própria natureza das regras e princípios ali contidos não revela qualquer afronta aos comandos constitucionais ora em vigor. Reforça tal posição a própria hesitação do Supremo Tribunal Federal, que não concedeu liminar suspensiva na ADIN nº 1.489-3, preferindo aguardar informações do Congresso Nacional e da Presidência da República e, certamente, sopesar as oscilações políticas que emanarão do confronto entre as inovadoras regras da Convenção e a ordem constitucional vigente.

Assim, feitos esses esclarecimentos e, ainda, considerando que a partir da edição do Decreto nº 1.855, de 10.04.96, que promulgou a Convenção nº 158, dissiparam-se quaisquer dúvidas quanto à sua inserção em nosso ordenamento jurídico, o tema que se coloca é:

- quais as conseqüências jurídico-trabalhistas da promulgação da Convenção nº 158, particularmente quanto ao término da relação de emprego por iniciativa do empregador?

Subjacentes a esse tema emergem, de plano, duas importantes indagações:

a) teria a Convenção nº 158 trazido ao nosso ordenamento trabalhista alguma nova forma de estabilidade, além daquelas especiais previstas na legislação constitucional e infraconstitucional?

b) teria a Convenção nº 158 instituído a necessidade de motivação prévia dos atos demissórios praticados pelo empregador, sem justa causa?

Antes de enfrentar as duas situações especificamente, cabe observar uma questão que já há algum tempo vem provocando calorosas discussões no âmbito da Administração Pública e que, de certa forma, reacendeu-se com a promulgação da Convenção.

Discute-se hoje nos meios públicos sobre a necessidade de motivação prévia, como elemento de validade, para as demissões de servidores públicos.

Duas premissas se colocam como indispensáveis: a) ser o servidor regido pela Consolidação das Leis do Trabalho; b) ter ingressado através de concurso público.

Note-se que a Convenção nº 158, embora não tratando deste tema especificamente, realimentou a polêmica ao suscitar o debate sobre a necessidade de se vir a motivar qualquer ato demissório praticado por empregador sem a ocorrência de causa justa.

2. O TEMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONVENÇÃO Nº 158

Pela própria tangência dos pontos abordados, estando a questão do setor público contida no universo maior da Convenção nº 158, nasceu a idéia de conjugar os temas e aprofundar a discussão.

Trata-se, em primeiro lugar, de saber se a partir da vigência na Carta de 1988 passou a existir a necessidade da motivação dos atos demissórios dos servidores públicos, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e admitidos por concurso público.

Toda a *quaestio*, inegavelmente, foi trazida a partir da positivação do princípio da moralidade. É certo que o constituinte de 88 elevou a moralidade à categoria de norma constitucional, passando a figurar esta, juntamente com a legalidade, impessoalidade e publicidade, no *caput* do art. 37, constituindo-se no grande farol a nortear os caminhos do administrador público. Com isso, alguns publicistas e juslaboristas passaram a entender que, no âmbito da administração pública, para os servidores contratados pela CLT e admitidos por concurso público, qualquer demissão deveria ser precedida de motivação, sob pena de nulidade. Assim, na visão dessa respeitável corrente, o que até então tratava-se de ato meramente discricionário, e, portanto, adstrito à observância dos critérios de conveniência e oportunidade, pelo administrador, passaria à categoria dos atos vinculados, e desse modo, atrelados aos motivos que ensejaram sua prática.

2.1. DELIMITAÇÃO DO UNIVERSO DE SERVIDORES

Para a análise e interpretação do tema trazido à lume, inicialmente cumpre delimitar o universo de servidores que encontram-se ao abrigo dessa situação jurídica.

Pelos parâmetros em que a questão está colocada, a discussão cinge-se aos servidores regidos pela CLT e admitidos por concurso público.

Considerando que as conclusões a que aqui chegaremos terão aplicação específica na Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, nos ateremos às peculiaridades legais e normativas deste ente federativo, sem prejuízo dos princípios gerais comuns a toda administração pública.

Quis o legislador constituinte de 1988 que o regime jurídico dos servidores públicos civis da administração direta, autárquica e fundacional fosse único (art. 39, *caput*).

Na mesma Seção II, institui o constituinte, no art. 41, estabilidade após dois anos de efetivo exercício para os referidos servidores, e só para eles. Temos, então, que o estável só pode ser demitido mediante processo administrativo onde o administrador explicará os motivos do afastamento, assegurado ao servidor ampla defesa. **Deflui, portanto, que na hipótese de afastamento de servidor estável é o administrador que deverá suportar o *onus probandi* das infrações disciplinares que a ele imputar.**

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 1.698, de 23.08.90, institui o regime único estatutário para seus servidores públicos civis, sendo desprezível o número daqueles que, à época da sua promulgação, manifestaram a opção expressa pelo regime contratual prevista no § 2º. Ainda assim, é esse pequeno grupo também majoritariamente estável, ou porquanto já havia adquirido a estabilidade extraordinária contemplada no art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou pela submissão a concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF. Restaria residualmente um ínfimo agrupamento de servidores **admitidos sem concurso público**, pelo regime da CLT, e dentro do quinquênio que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 05.10.88, portanto, não detentor de estabilidade.

Vale também notar que embora na vigência da Constituição anterior os servidores da administração direta e autárquica contratados pelo regime da CLT, mesmo quando concursados, não gozassem de estabilidade, é certo que, a partir da Carta de 1988, tal garantia se estendeu a todos, independentemente do regime jurídico, inclusive das fundações públicas. A igual conclusão chega o insigne SÉRGIO

DE ANDREA FERREIRA, (in: **Comentário à Constituição**, Ed. Freitas Bastos, 1991):

“O art. 41, e seus parágrafos, cuidam de garantia dos servidores públicos civis, abrangidos, na designação, os agentes de pessoas políticas, autárquicas e público-fundacionais, sejam estatutários, sejam celetistas”.

Assim, com relação aos servidores “celetistas” da administração pública direta, autárquica e fundacional, fica elidida qualquer preocupação em relação a possíveis atos demissórios, ou porque são estáveis e, como tal, só podem ser demitidos por inquérito administrativo com direito a ampla defesa, ou, se não estáveis, porque não prestaram concurso público e, portanto, fora do alcance da segunda premissa (admissões por concurso público).

Remanescem, para efeito desta análise, os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo regime jurídico é o da Consolidação das Leis do Trabalho, e para quem a obrigatoriedade do concurso público só passou a existir a partir de 5 de outubro de 1988.

Excluídos os empregados cujo ingresso naquelas empresas se deu sem concurso público, e, portanto, fora da premissa maior, ficaram dois grupos de empregados:

- a) empregados admitidos, eventualmente por concurso, antes de 05.10.88;
- b) empregados admitidos, obrigatoriamente por concurso, após 05.10.88.

Apenas quanto a esses dois últimos grupos é que prevalecerão as conclusões deste trabalho.

2.2. A QUESTÃO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DEMISSÓRIOS NO SETOR PÚBLICO

Em que pesem respeitáveis opiniões em contrário, somos do entendimento de que inexistente no ordenamento jurídico pátrio dispositivo, de natureza legal ou principiológica, de que se possa deduzir a obrigatoriedade de motivação nos casos de rescisão unilateral do contrato de trabalho, quer se trate de empregado do setor privado, quer do setor público.

E não se diga que o princípio da moralidade, hoje inculcado no **caput** do art. 37, da Carta Magna, teria o condão de criar, no âmbito do setor público, a obrigatoriedade de motivação nas rescisões contratuais de que estamos a tratar.

De toda a conveniência, aqui, tentar estabelecer um parâmetro conceitual acerca da moralidade, que, de antemão lembramos ser tema altamente controvertido nos meios doutrinários.

Reportando-se ao renomado jurista francês MAURICE HAURIOU, HELY LOPES MEIRELLES dissocia a moralidade administrativa da moral comum:

“Não se trata”- diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - “da **moral comum**, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta”.

(in: **Direito Administrativo Brasileiro**, 16ª ed., 1991).

Para nós, entretanto, quem melhor discorreu sobre o tema foi o mestre DIOGO DE FIGUEIREDO, que com inteiro acerto, atrelou a moralidade administrativa ao princípio da finalidade, qual seja o interesse público:

“A Administração se pauta pela moralidade quando o agente tem como finalidade de sua atuação o interesse público. Por essa razão, nas sucessivas edições de meu **Curso de Direito Administrativo**, tenho afirmado que a invocação à moralidade só ganha sentido quando entendida como uma derivação da **legitimação política**, e, assim, do princípio da finalidade, porquanto é pela finalidade que se estabelece, entre outros limites, o que vem a ser a moralidade de atuação pública, aferida em relação a seus fins e seus meios, mas sempre conotada à idéia de legitimidade da ação do Estado no entendimento do interesse público”.

(in: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro** nº 43, 1991, p. 91).

Impende-se, daí, que o princípio da moralidade é o que determina a submissão do agir do administrador ao interesse público.

Ora, a ausência de motivação em ato que prescinde dela, por ser discricionário pela própria configuração legal, não afronta, a nosso ver, a moralidade administrativa nem o contamina, de plano, por abuso de poder.

É que milita em favor da administração o atributo da **presunção de legitimidade** que, nas palavras de HELY LOPES MEIRELLES “auto-

riza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou efeitos que os levem à invalidade e transfere o ônus da prova de invalidade do ato para quem a invoca" (in: *Direito Administrativo Brasileiro*", 14ª ed., 1988, p. 135).

Não se conclua, pelo tudo até aqui abordado, que a dispensa de motivação nos atos demissórios dos chamados empregados públicos poderia permitir ao administrador cometer dispensas arbitrárias, retaliativas ou discriminatórias.

Muito pelo contrário.

Não é a ausência de motivação que configura na hipótese o abuso de poder ou desvio de finalidade, eis que o princípio da moralidade deverá sempre pautar o agir do administrador, tanto em sede discricionária quanto em vinculada.

Podemos concluir, nesta primeira parte do trabalho, que não seria, portanto, a submissão ao princípio da moralidade que levaria o administrador público a, obrigatoriamente, motivar os atos demissórios dos empregados das empresas estatais.

É certo, hoje, que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão submetidas ao mesmo tratamento jurídico vigente no mundo privado.

Vale, aqui, transcrever a regra geral do art. 173, § 1º, da Carta Magna, *verbis*:

"art. 173.....

.....(omissis).....

§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".

Em homenagem ao princípio da moralidade, no entanto, não poderá o empregado da administração indireta, mesmo não estável, ser demitido arbitrariamente por perseguições políticas, animosidades ou discriminações. Ocorrendo, todavia, a hipótese, ao empregado prejudicado é que caberá o ajuizamento da reclamatória, de competência da Justiça do Trabalho (art. 114, CF), com vistas à reparação cabível.

A transgressão à moralidade não está na ausência de motivação, mas na inobservância do interesse público.

Assim, provado o desvio de finalidade pelo autor, poderá o Judiciário declarar nulo o ato demissório praticado reintegrando o

empregado ao cargo que ocupava, devendo esse receber, inclusive, todos os salários e vantagens como se laborando estivesse.

Aliás, hoje, a proibição de práticas discriminatórias, no âmbito da relação de trabalho, já encontra-se definitivamente integrada ao nosso direito positivo, nos termos dos arts. 1º e 4º, da Lei nº 9.029, de 13.04.95, *verbis*:

"art. 1º - Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

.....(omissis).....

art. 4º - O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais".

Veja-se que a citada lei não obriga o empregador a motivar os atos demissórios, mas simplesmente veda aqueles praticados por discriminação, nos termos da moldura legal observada. Percebe-se, assim, que milita em favor do empregador uma presunção **juris tantum nas hipóteses de afastamento imotivado**. Ao obreiro caberá o **onus probandi** de demonstrar que a demissão havida se deu por razões discriminatórias.

3. A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

Feita essa necessária digressão no campo do direito público, impõe-se, agora, enfrentar a tão polêmica Convenção nº 158 e verificar, realmente, que formas de proteção ao empregado foram por ela trazidas.

Necessário se faz, igualmente, um cuidadoso exame da natureza de suas regras e normas para, assim, tentar perceber se são cogentes, criando, de imediato, direitos e obrigações para as partes envolvidas na relação de emprego, ou, se ao contrário são meramente programáticas, indicando, apenas, os caminhos a serem adotados pelo legislador de cada país signatário.

Em sede de proteção ao emprego, ao longo da história, o Direito tem conhecido dois sistemas que se contrapõem:

a) o **sistema estabilitário**, cujo corolário é a reintegração do trabalhador ao seu emprego, sempre que o empregador resile unilateralmente o contrato individual de trabalho, sem uma causa considerada justa.

b) o **sistema indenizatório**, que na mesma hipótese de rescisão unilateral sem justa causa, se resolve através de indenização pecuniária em favor do trabalhador.

Até 1988, o Brasil adotou, como forma de proteção ao emprego, o sistema estabilitário, embora, frise-se, mitigado pela regra decenária de carência, que impunha a qualquer trabalhador a necessidade de laborar pelo menos dez anos na mesma relação de emprego para aquisição do direito.

Registre-se que, mesmo mitigado, nosso sistema estabilitário constituiu-se em sério obstáculo à modernização da economia, particularmente na década de cinqüenta e início dos anos sessenta, tornando-se, inclusive, injusto para muitos trabalhadores vitimados que foram pela chamada demissão obstativa, quando da aproximação do momento em que se completaria o decênio.

É certo, também, que o sistema foi mais atenuado ainda com a instituição do Fundo de Garantia (FGTS), através da Lei nº 5.107, de 13.09.66, que tornou-se uma alternativa jurídica ao regime estabilitário.

É bom lembrar que estamos tratando aqui da chamada estabilidade subjetiva ou permanente, eis que sua aquisição se atrela exclusivamente à pessoa do trabalhador, bastando, para tanto, ostentar essa condição. Diferentes, por outro lado, são as hipóteses de estabilidade objetiva ou provisória, que sempre se vinculam a situações concretas da realidade objetiva, tais como cargo ou função ocupados, *verbi gratia* dirigente sindical ou membro da CIPA, ou, também, estado ou condição de saúde, como a empregada gestante e o acidentado, em determinado período após o retorno, e, ainda, a vigência de norma coletiva que vede demissões imotivadas, durante o prazo do acordo ou Convenção.

A ordem constitucional instituída pela Carta de 1988 derogou a estabilidade decenal, adotando, em seu lugar, o sistema indenizatório de proteção ao emprego.

É o que se depreende do disposto no art. 7º, I, da CF, que assegura, como direito do trabalhador:

“art. 7º -

I - relação de emprego protegida **contra despedida arbitrária ou sem justa causa**, nos termos de lei complementar que preverá **indenização compensatória**, dentre outros direitos”.

Para que não restasse contida a eficácia do dispositivo constitucional, até que fosse promulgada a lei complementar, o legislador constituinte trouxe uma regulamentação provisória no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aumentando para 40%, sobre os depósitos do FGTS, a multa rescisória, devida pelo empregador nas demissões sem justa causa.

Portanto, plenamente vigente, entre nós, o sistema indenizatório.

Observe-se que, dada a relevância da matéria tratada, o legislador constituinte escolheu, dentre as espécies legislativas existentes em nosso ordenamento, aquela de maior posição hierárquica.

Releva transcrever aqui o perfeito entendimento de PAULO EMÍLIO RIBEIRO VILHENA (in: *Revista Ltr*, 60-06/751):

“Não há falar em outra qualquer modalidade de cobertura ou proteção 'contra despedida arbitrária' senão naqueles direitos vigorantes à luz da Constituição de 1988, sendo que o decreto legislativo do Congresso, que ratificou a Convenção Internacional nº 158, não possui legitimidade constitucional para valer nem para ter eficácia, já que qualquer extrapassamento da proteção prevista no art. 7º, I, da Constituição no limite fixado no art. 10, I, de seu ADCT, somente pode ser alterado por 'lei complementar', procedimento a que não obedeceu o aludido decreto legislativo”.

Assim, já aqui duas importantes ilações podemos deduzir:

a) ao contrário do que alguns mais açodados pensaram, não poderia a Convenção nº 158 se substituir à lei complementar e servir de norma regulamentadora ao inciso I do art. 7º da Carta.

b) ainda que, em tempo próximo, venha o parlamento a promulgar lei complementar regulamentando o citado dispositivo, não poderá essa lei sobrepor-se ao texto da Carta e restituir a estabilidade, uma vez que esta só poderia retornar ao nosso ordenamento jurídico através de alteração constitucional.

Nessa linha de raciocínio não pode ser outra a conclusão senão a de que qualquer dispositivo do indigitado tratado multilateral que pugnasse pelo sistema estabilitário, determinando, em caso de término da relação de emprego sem justa causa, a reintegração do traba-

lhador, estaria em total desarmonia com o texto da Carta e, portanto, materialmente inconstitucional.

Mas não é o caso.

Qualquer serena e imparcial leitura do texto da Convenção leva à inequívoca conclusão de que a proteção ao trabalho trazida pela sua inserção em nosso ordenamento não criou qualquer nova forma de estabilidade à relação de emprego, nem tampouco tornou obrigatória a motivação dos atos demissórios.

Aliás, é de se depreender da própria dicção do art. 1º, *verbis*, que o sentido da Convenção é essencialmente programático:

“art. 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 contrato coletivo, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional”.

Constata-se o cuidado dos autores da Convenção de submeter suas regras, sempre, à legislação local ou às práticas vigentes em cada país signatário, excetuando-se, além dos laudos arbitrais, as normas coletivas e decisões dissidiais. Tal circunstância, a nosso ver, retira, de plano, qualquer possibilidade de auto-aplicabilidade. O que ocorre, todavia, é que a maior parte das hipóteses consideradas injustas, pela Convenção (art. 5º), para o término da relação de emprego, já possuem tratamento específico no Brasil, seja pela legislação constitucional, seja pela ordinária.

RAIMUNDO CERQUEIRA ALLY, tratando a auto-aplicabilidade, também segue a mesma linha de pensamento, valendo transcrever trecho de artigo seu, recentemente publicado (in: *Revista Ltr*, 60-06/777):

“É importante notar, desde logo, que os primeiros passos da Convenção encaminham suas próprias disposições para a elaboração futura da legislação nacional do Estado-membro. Sob esta ótica, ARION SAYÃO ROMITA sustenta que a alusão à ‘**legislação nacional**’ induz à ilação de que se trata de uma Convenção do tipo de princípios.

Com as ressalvas feitas quanto aos contratos coletivos e outras práticas nacionais, a auto-aplicabilidade de todos os dispositivos da Convenção é, no mínimo, duvidosa”.

Outro ponto que releva salientar diz respeito ao polêmico art. 4º, *verbis*:

“art. 4º - Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Embora, também aqui, os mais açodados enxerguem o nó górdio para a suposta estabilidade trazida pela Convenção, o que se observa, em verdade, é uma situação menos favorável ao trabalhador. Interpretado literalmente, o dispositivo amplia as hipóteses consideradas justas, e portanto não indenizáveis, para rescisão unilateral do contrato de trabalho. Assim sendo, as inovações tecnológicas e as dificuldades econômicas da empresa e a avaliação negativa no desempenho do empregado passariam a ser causas justas para demissão, por encontrarem-se ao abrigo do art. 4º.

A questão da motivação dos atos demissórios ficou plenamente desmistificada pela redação do art. 8º, que dispõe:

art. 8º - Recurso contra o término

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

2 - Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do § 1º do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.

Deflui da dicção do art. 8º, a desnecessidade de motivação, eis que ao trabalhador que se considerar injustificado é que caberá a interposição de recurso perante o Poder Judiciário.

Embora a alínea a, item 2, do art. 9º determine que “caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término”, veremos adiante que tal regra será inócua por estar em desarmonia com nosso ordenamento jurídico.

É que, segundo a lei adjetiva pátria, art. 333, I e II, caberá ao autor, no caso o empregado, provar os fatos constitutivos do direito alegado, vale dizer a comprovação da prática arbitrária, perseguição ou discriminação. Negando tal circunstância, oporá o empregador um fato modificativo do direito do obreiro, atraindo para si, aí *sim*, o ônus da prova.

Não é outra a correta interpretação do citado art. 9º da Convenção nº 158, até porque em seu *caput*, fica **acentuado que o peso da prova não deve ser assumido só pelo trabalhador** (alínea a) e que a

Justiça do Trabalho **levará em conta as provas de acordo com a legislação vigente** (alínea b).

Por outro lado a própria Convenção, em seu art. 10, **verbis**, ao estabelecer sanções alternativas para a hipótese de rescisão injustificada, coloca uma pá de cal na tentativa de restaurar o regime estável no Brasil:

“art. 10 - Se os organismos mencionados no art. 8º da presente Convenção chegarem à conclusão de que a terminação da relação de trabalho é injustificada e se, **em virtude da legislação e das práticas nacionais**, não estiverem facultadas ou não considerarem possível dadas as circunstâncias, anular a terminação e eventualmente ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, **terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada** ou outra reparação que se considere apropriada”.

Já falamos que a Constituição de 1988 extinguiu a estabilidade subjetiva permanente, após dez anos, na mesma empresa, prevista no art. 492, da Consolidação das Leis do Trabalho, **adotando, como proteção ao emprego, o sistema indenizatório, ex vi do art. 7º, I, da Carta.**

Arnaldo Sussekind, em recente trabalho, comunga da mesma opinião a respeito do art. 10 da Convenção:

“Ora, a previsão da 'indenização adequada', tal como a 'indenização compensatória' do art. 7º, I, da Constituição Brasileira, exclui, se adotada, a reintegração do trabalhador como fórmula de reparação da despedida injustificada ou arbitrária”.

(in: **Parecer** - 01/96, de 23.01.96).

Mais adiante, no mesmo texto, conclui o renomado juslaboralista, que “a indenização em caso de despedida arbitrária, adotada como regra, exclui a reintegração, que seria o corolário jurídico da despedida sem justa causa do empregado com direito à estabilidade” (ob. citada).

Sussekind elenca três situações, apenas, onde, em perfeita consonância com a Convenção nº 158, caberia a reintegração do empregado arbitrária ou injustamente demitido. Quando:

a) tiver direito à estabilidade decenal, do art. 492 da CLT, adquirida antes da vigência da Constituição de 05 de outubro de 1988;

b) estiver amparado pela estabilidade ou garantia de empre-

go, estipulada em Convenção, acordo coletivo, sentença normativa, regulamento de empresa ou no próprio contrato de trabalho;

c) enquadrar-se numa das hipóteses de estabilidade provisória prevista na Carta Magna e na legislação infraconstitucional (dirigente sindical; diretor de cooperativa na empresa onde trabalha; representante de categoria, grupo ou ramo profissional em tribunal do trabalho, conselho de previdência social, conselho curador do FGTS ou colegiado de outros órgãos públicos; gestante, cipeiro, acidentado (cf. nossas **Instuições de Direito do Trabalho**, São Paulo, Ltr, 15ª ed., vol. 1, pp. 643-46 e NEI FREDERICO CANO MARTINS, **Estabilidade Provisória no Emprego**, São Paulo, Ltr, 1995).

A essas situações ainda acrescentaríamos a readmissão prevista no art. 4º, I, da Lei nº 9.029, de 13.04.95, que trata da proibição de práticas discriminatórias no âmbito da relação de trabalho.

Dessarte, tirante as situações extravagantes já mencionadas, qualquer demissão tida por injusta, nos termos da Convenção nº 158, traduzir-se-á em indenização compensatória, que, hoje, cinge-se à multa de 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (art. 10, I do ADCT), até a promulgação da lei complementar regulamentadora do art. 7º, I, da Carta Magna.

A igual conclusão chega MARCIO YOSHIDA ao discorrer sobre o tema (in: **Revista Ltr**, 60-06/789):

“Vale dizer que os dispositivos da Convenção nº 158 se remetem à legislação do Estado-membro que, em não autorizando o direito à reintegração nas dispensas arbitrárias, implicará o pagamento de indenização.

No Brasil é certo que são restritas as hipóteses de garantia de emprego, elencadas, aliás, pelo próprio legislador constituinte, sendo também exato afirmar que já existe indenização compensatória em razão de dispensas arbitrárias prevista no art. 10, inciso I, do ADCT, que se traduz no levantamento dos depósitos do FGTS acrescidos de multa de 40%.

Assim sendo, é crucial que os dispositivos da Convenção nº 158, recepcionados pela legislação brasileira, necessariamente devem ser aplicados dentro dos limites impostos pelos arts. 7º, inciso I, e 10 do ADCT da Carta Magna”.

Nessa linha, também o festejado ARION SAYÃO ROMITA (in: **Efeitos da Ratificação da Convenção nº 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro**):

“Não há dúvida, porém, de que a corrente doutrinária mais acreditada apóia o entendimento de que a Constituição em vigor exclui a possibilidade de reintegração: **já que o art. 7º, I, manda a lei complementar prever indenização compensatória, implicitamente veda a estabilidade absoluta como regra geral (só a admite nas hipóteses taxativamente enumeradas: dirigente sindical, gestante e diretor da CIPA)**”.

Alguns mais açodados, insistimos, poderão depreender que a promulgação da Convenção nº 158 substituirá a lei complementar como norma regulamentadora do indigitado art. 7º, I, da CF. Há, mesmo, quem sustente que o princípio da hierarquia queda-se à predominância da norma mais favorável, concluindo que uma Convenção mais favorável ao trabalhador preferiria à lei maior interna.

Data venia, trata-se de verdadeira heresia jurídica.

O Constituinte de 1988, ao determinar que a regulamentação do art. 7º, I, se desse por meio de lei complementar, quis, na verdade, escolher, dentre as espécies legais previstas, aquela modalidade que, pelo próprio **quorum** qualificado, ostenta posição hierárquica privilegiada e, portanto, à altura da relevância que a matéria desafia.

Perfeito o escólio do renomado constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho (in: **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed., 1990, p. 185):

“A Constituição enuncia claramente em muitos de seus dispositivos a edição de lei que irá complementar suas normas relativamente a esta e àquela matéria. **Fê-lo por considerar a especial importância dessas matérias**, frisando a necessidade de receberem um tratamento especial. Só nessas matérias, só em decorrência dessas indicações expressas, é que cabe a lei complementar” (destacamos).

SAYÃO ROMITA espanca definitivamente qualquer dúvida sobre a **questão** (art. citado):

“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 complementar, que tem previsão constitucional específica: CF, arts. 59, II, e 69”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem prejuízo das conclusões que aqui chegamos, aliás compartilhadas por renomados e respeitados juristas, é de se reconhecer a existência de corrente minoritária entendendo de forma diversa e fomentando acirrada polêmica nos meios jurídicos.

No âmbito da Justiça do Trabalho algumas decisões vêm desafiando a boa razão jurídica e reintegrando empregados demitidos, sem justa causa, sob a fundamentação de que a Convenção nº 158 seria a norma regulamentadora do art. 7º, I, da CF e, em alguns casos, esposando o entendimento de que a Convenção teria derogado o próprio art. 7º, I, em face do princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

O recrudescimento dessa discussão vem, inclusive, preocupando as autoridades governamentais que já pensam em denunciar a própria Convenção nº 158, perante a OIT, entendendo que, a perder a controvérsia, tal fato representará autêntica **captis diminuccio** para o Brasil, em relação aos demais países do MERCOSUL, tendo em vista que na América do Sul apenas Brasil e Venezuela aderiram ao indigitado tratado multilateral.

Não obstante essa intensa polêmica que grassa no mundo trabalhista, mormente pela inusitada circunstância de que o Direito do Trabalho e seu ordenamento peculiar, sempre que instados por situações inovadoras, provocam naqueles que ali operam compreensível e justificada sede de Justiça Social, algumas conclusões podem ser tiradas:

- a) a promulgação da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho, através do Decreto nº 1.855, de 10.04.96, não trouxe nenhuma nova forma de estabilidade ao emprego, além daquelas extraordinárias já previstas na legislação vigente.
- b) A promulgação da Convenção nº 158 não criou obrigatoriedade de motivação nas rescisões unilaterais de contrato de trabalho, por iniciativa do empregador.
- c) a dispensa dos chamados empregados públicos, independentemente de serem admitidos por concurso público, igualmente prescinde de motivação prévia.
- d) Inobstante a desnecessidade de motivação dos servidores mencionados no item c, não poderá o administrador público dispensar servidores arbitrariamente por retaliação, perseguição ou discriminação, sob pena de nulidade.

Por derradeiro, cumpre o registro de que encontra-se em trâmite, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3, interposta pela Confederação Nacional do Transporte - CNT -, e a Confederação Nacional da Indústria, objetivando a retirada do mundo jurídico dos arts. 4º a 10 da Convenção nº 158 da OIT, sob o fundamento de estarem em conflito com o preceituado nos arts. 7º, I, da Parte Permanente e 10, I, do ADCT, da Constituição Federal.

Importante ressaltar que, ao apreciar o pleito de suspensão liminar dos citados artigos, assim se pronunciou a Suprema Corte:

“Impõe-se destacar que, na matéria, registra-se ampla controvérsia doutrinária (.....).

A existência desse dissídio doutrinário justifica a prévia requisição de informações aos órgãos estatais de que emanaram o Decreto Legislativo nº 68/92 e o Decreto nº 1.855/96.

Prestadas tais informações, o pedido de suspensão cautelar de eficácia nos atos ora impugnados será submetido à apreciação do Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal”.

(Ministro Celso de Mello, pub. D.O. de 02.08.96).

Mais importante ainda é o fato de que, iniciado o julgamento da ADIN, em plenário, o Ministro Celso de Mello, relator, apresentou seu voto indeferindo a liminar sob o fundamento de que **“as normas impugnadas aparentemente não introduzem no ordenamento jurídico brasileiro disciplina com ele conflitante, possuindo, em sua maioria, caráter meramente programático”**.

De tudo que aqui se tratou, particularmente no tocante à Convenção nº 158, e a se confirmar a posição que já vem se desenhando no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade já mencionada, certamente teremos na decisão da mais elevada Corte um poderoso efeito irradiador, a se espalhar por todos os demais tribunais do País, devolvendo, assim, a Convenção à sua verdadeira dimensão, qual seja indicando caminhos a serem adotados pelo legislador, e, dessa forma, impedindo que esse importante instrumento de proteção acabe se tornando, pelo uso incorreto, em verdadeira arma contra o trabalhador.