

## A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT SOBRE O TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR\*

Hugo de Carvalho Coelho

Procurador do Estado do Rio de Janeiro (aposentado)

A promulgação da Convenção nº 158, acompanhada da publicação de seu texto (Decreto nº 1.855, de 10.04.96), reacendeu discussão em torno de sua executibilidade, reavivando, também a questão da necessidade de ser editada a regulamentação do art. 7º, I, da Constituição de 1988.

Uma corrente, da qual faço parte, considera-a um tratado multilateral de princípios, que necessita, em seu todo, de regulação interna pelo país que a adote; outra preconiza ser instrumento internacional auto-executável, ou seja, que basta por si para ter força obrigatória; e, uma terceira, capitaneada pelo ilustre Ministro Arnsperg, considera existirem na indigitada Convenção normas **self-executing**, de aplicação imediata, e normas **non-self-executing**, que dependem da aprovação da lei complementar de que cogita o art. 7º, I, da Constituição Federal.

2. Ante a entrada em vigor da Convenção nº 158, em 11.04.96, cabe verificar se todas ou algumas de suas normas adquiriram força obrigatória no plano interno, ou seja, se é inteiramente auto-executável; se tem normas que se bastam por si mesmas, e outras não; ou se necessita toda ela de regulação para que tenha aplicação no plano interno.

3. Veja-se, em primeiro lugar, que as Convenções da OIT, ao contrário dos tratados-contratos, que vinculam apenas os Estados signatários, são **tratados multilaterais que**, depois de aprovados pela Assembléia Geral da OIT e firmados pelo Presidente e pelo Secretário Geral da Conferência, **ficam abertos à adesão de qualquer Estado-membro da Organização.**

A adesão se dá pela **ratificação**, ato complexo que, no Brasil, submete-se às seguintes fases: (1) envio da Convenção ao Congresso Nacional para que a aprove, ou não; (2) se aprovada, depósito na Repartição Internacional do Trabalho-RIT; e (3) promulgação e publicação de seu texto no órgão oficial.

---

(\*) Exposição feita no Seminário "A Convenção nº 158 da OIT", realizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

O Brasil ratificou a Convenção nº 158, pois, aprovada pelo Congresso Nacional em 16 de setembro de 1992 (Decreto Legislativo nº 68, de 1992) e depositada perante o Diretor-Geral da RIT em 05 de janeiro de 1995, veio a ser promulgada pelo Decreto nº 1.855, de 10.04.96, publicado no DOU do dia seguinte.

4. Esses atos, apesar de importarem em vigência no plano interno, podem não originar força obrigatória, o que acontece quando se está diante de um instrumento de princípios não auto-executável, como o é a Convenção nº 158.

ARNALDO SUSSEKIND (in: **Convenções da OIT**, LTr, 1994, p. 30), à vista da natureza de suas normas, classifica as **Convenções** em:

a) **auto-aplicáveis** - quando suas disposições não requerem regulamentação complementar para sua aplicação pelos Estados que as ratificarem;

b) **de princípios** - quando sua efetiva aplicação depende de lei ou outros atos regulamentares pelos países que as ratificarem, ressalvada a hipótese de norma pré-existente;

c) **promocionais** - quando fixam determinados objetivos ou estabelecem programas a serem atendidos pelos Estados que as ratificarem, mediante providência de médio e longo prazos.

5. O art. 1º da Convenção nº 158 determina que **se deverá dar efeito às suas disposições através da legislação nacional, contratos coletivos, laudos arbitrais, sentenças judiciais ou por outra forma de acordo com a prática nacional.**

Esse dispositivo mostra, a toda evidência, ser a Convenção nº 158 um instrumento internacional de princípios, que se dirige aos Estados-membros que a ratifiquem **para que regulem a matéria segundo as práticas que adotem.** É Convenção não-auto-executável, sem aplicação imediata, pois a efetividade de **todas as suas normas foi, por ela própria, condicionada à regulação pelo País que a ratificar:** o que será cumprido pela lei, por contratos coletivos, por sentenças judiciais ou por outra forma, segundo a prática nacional.

6. No Brasil, por força do disposto no art. 7º, I, da Constituição Federal, a única possibilidade de regular a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, é através de **lei complementar.** Agora, o que se contiver na Convenção nº 158, que não se refira à dispensa do empregado, poderá ser regulado por lei ordinária, ou até mesmo por instrumento resultante de negociação coletiva (CLT, art. 611) ou por sentença normativa (Constituição Federal, art. 114, § 2º).

7. O art. 1º da Convenção nº 158, repita-se, não deixa margem a dúvidas de que a necessidade de regulação dirige-se à toda a convenção e não apenas a esse ou aquele dispositivo, o que equivale a dizer não ter ela normas auto-executáveis.

Adaptando-se ao raciocínio o magistério de MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (**Curso de Direito Constitucional**, 21ª ed., Saraiva, p. 177), contém a Convenção em apreço, isso sim, normas **não-auto-executáveis condicionadas**, que, ao símile do Direito Constitucional, são as que, embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas a uma lei posterior que precise seus elementos integrantes, e **normas não-auto-executáveis incompletas**, que, mesmo não tivessem sido condicionadas, necessitariam da regulação para se tornarem perfeitas e, portanto, exequíveis.

8. Essa necessidade de regulação veio, recentemente, a ser afirmada pela Comissão de Peritos da OIT, quando tratou dos métodos de aplicação da Convenção nº 158:

*"El artículo 1 del Convenio establece que 'deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudo arbitral o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional' El artículo 1 se aplica a todas las disposiciones recogidas en el Convenio." (Protección contra el Despido Injustificado, OIT, Ginebra, 1995, p. 10, nº 23 - meu o destaque em negrito)".*

E, a seguir:

*"Por su parte, el Convenio concede al Estado que lo ratifica la posibilidad de elegir entre los distintos métodos de aplicación conforme a la práctica nacional, habida cuenta de las diferencias nacionales en cuanto a la manera de regular las relaciones entre los empleadores y trabajadores, dejando así una gran flexibilidad en cuanto a las fórmulas de aplicación del instrumento. Si una o varias disposiciones del Convenio no se aplicaron o se aplicaron de manera incompleta por vía de convenios colectivos, sentencias judiciales o otros métodos, todo Estado que haya ratificado el Convenio tiene la obligación de ponerlas en práctica por vía legislativa." (Ob. cit., pp. 10 e 11, nº 24 - meu o destaque em negrito).*

Assim, também na interpretação da própria OIT, todos os dispositivos da Convenção necessitam de regulação, não havendo normas que sejam bastante por si mesmas.

9. As seguintes observações devem ser destacadas, para o exame das disposições da Convenção nº 158.

9.1 As normas emanadas de uma Convenção quando se transformam em lei interna adquirem a condição de lei ordinária. Decisão do Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma (Resp 74.376 - DJU, Seção I, de 27.11.95, p. 40.887) decidiu que o **tratado internacional situa-se no mesmo nível hierárquico da lei ordinária**. Não podem, assim, as normas das Convenções da OIT se sobrepor à Constituição.

ARNALDO SUSSEKIND (ob. cit., p. 38), reafirmando opinião emitida em seu **Direito Internacional do Trabalho**, mostra que, se a "eficácia advém do sistema constitucional, parece lógico concluir-se que a norma internacional não poderá afrontar preceitos da própria Carta Magna".

A seguir, o ilustre jurista invoca as opiniões de CARLOS MAXIMILIANO, para quem, sendo "a Constituição a lei suprema do país... contra a sua letra ou espírito não prevalecem tratados ou quaisquer atos diplomáticos" (**Comentários à Constituição Brasileira**, Freitas Bastos, vol. I, p. 142), e de PONTES DE MIRANDA, que assevera: "o tratado que legisla sobre matéria de direito público interno ou provado, ou que constitui negócio jurídico, precisa da completa observância do Direito Constitucional" (**Comentários à Constituição de 1967**, 2ª ed., Rev. dos Tribs., 1970, vol. III, p. 334).

Arremata com precedente do Supremo Tribunal Federal, que acolheu representação do Procurador-Geral da República para afirmar a ineficácia de algumas normas da Convenção nº 110 da OIT, sobre condições de emprego dos trabalhadores nas plantações, por se atriarem com disposições da Constituição no momento da ratificação.

9.2. Voltemos à opinião de ARNALDO SUSSEKIND (**Convenção da OIT**, p. 30), já referida anteriormente, quando nos mostra que há uma "Convenção de Princípios" quando sua efetiva aplicação depende de lei ou de outros atos regulamentares pelos países que as ratificarem, **ressalvada a hipótese de norma pré-existente**.

Assim, se no país já existe norma em vigor que se preste a dar efetividade a princípios não auto-executáveis de uma Convenção da OIT, passam eles, a ter eficácia plena.

A maioria das normas da Convenção nº 158, para se tornarem eficazes, dependem da edição de lei complementar; outras, no entanto, que não necessitam de regulação em lei complementar, já encontram leis ordinárias pré-existentes, que lhes dão efetividade. Exemplos: o direito de o trabalhador despedido recorrer a um tribunal do

trabalho (art. 8º, 1); o direito a um prazo de aviso prévio comunicando a futura dispensa (art. 11).

9.3 O art. 7º, I, da Carta de 1988, afastou de nosso ordenamento a estabilidade tradicional, ou absoluta, prevista nos arts. 492 a 500 da CLT, inclinando-se pela garantia de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, a ser regulada em lei complementar, que preverá, dentre outros direitos, a indenização compensatória.

E, desde logo, no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu, como compensação pela despedida arbitrária ou sem justa causa, até a promulgação da lei complementar regulamentadora, o pagamento de importância equivalente a 40% do valor existente da conta do FGTS do empregado.

Outros direitos permaneceram. Assim, o aviso prévio (cujo prazo passou a ser de, no mínimo, 30 dias - CF, art. 7º, XXI), as férias proporcionais (acrescidas de 1/3 - CF, art. 7º, XVII) e o décimo terceiro salário proporcional (CF, art. 7º, VIII, e Lei nº 4.090/62, art. 1º, § 3º).

10. Vistos estes aspectos, podemos concluir que: (I) ainda não adquiriram eficácia por falta da lei complementar exigida pelo art. 7º, I, da Lei Maior, todos os dispositivos da Convenção nº 158 que se referem às restrições à despedida arbitrária ou sem justa causa, individual ou coletiva, e à exclusão de categorias de empregados e de empresas que podem ser excepcionadas de suas regras; (II) há dispositivos, como já se demonstrou alhures, que já adquiriram eficácia plena por terem encontrado legislação reguladora pré-existente; e (III) outros existem que por contrariarem disposição constitucional em vigor, ainda que transitória, só poderão ter eficácia quando o dispositivo permanente vier a ser regulamentado de forma diferente.

Nesse último caso, encontra-se, a meu ver, o art. 4º da Convenção nº 158 que quer que a despedida do trabalhador só possa ocorrer ante uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. É que, apesar de o corpo permanente da Carta de 1988 (art. 7º, I) também consagrar a teoria da despedida motivada, com ênfase para a reparação por indenização compensatória, por enquanto, pelo art. 10, I, do ADCT, permanece em nosso ordenamento jurídico-trabalhista o direito potestativo de despedir, mediante liberação dos depósitos existentes na conta do FGTS, mais 40%.

11. Repito que a Convenção nº 158 já entrou em vigor no plano internacional e no plano interno. Mas, neste último, a grande maioria de suas normas necessitam de regulamentação para que ad-

quiram efetividade. É que, em alguns de seus aspectos, a legislação já existente foi recepcionada, mas, quanto à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, a regulação, por exigência constitucional, terá de vir através de lei complementar. Lei complementar essa que, levando em conta a necessidade de modernização e competitividade das empresas, notadamente em face da globalização da economia, e também o interesse dos empregados em ter dificultada a possibilidade de perda do emprego, deverá, em meu modo de ver, regular o assunto de acordo com os parâmetros seguintes, os quais, em consonância com nosso Direito Constitucional, se extraem do referido instrumento internacional:

I) manter a proteção contra a despedida imotivada, com reintegração no emprego para a hipótese de estabilidade provisória do eleito para cargo de direção ou representação sindical, na forma prevista no art. 8º, VIII, da Constituição;

II) estabelecer para os demais trabalhadores a garantia por pagamento de indenização de antiguidade, à qual se somariam outros direitos, tais como os já existentes: liberação do FGTS, aviso prévio, 13º salário proporcional, férias proporcionais, e criar outros como, por exemplo, o pagamento pela empresa, durante certo período, de parte do plano de saúde e/ou de plano de complementação de aposentadoria, continuidade do pagamento da contribuição previdenciária quando o empregado despedido estiver próximo de completar as condições para se aposentar pelo INSS, etc.;

III) substituir o percentual de 40% do FGTS pela indenização de antiguidade, que poderia passar a ser paga em dobro a partir de determinado número de anos de serviços prestados pelo empregado ao mesmo empregador (não perder de vista que a indenização por despedida - CLT, art. 477 - sempre funcionou como elemento inibidor de despedidas sem justa causa; o sistema do FGTS foi que proporcionou maior rotatividade da mão-de-obra);

IV) excluir do sistema indenizatório as micro-empresas, bem como outras de porte maior de setores que utilizam grande massa de mão-de-obra não qualificada e onde é normal a rotatividade de empregados (como, por exemplo, a construção civil), mantendo para elas o sistema previsto no art. 10 do ADCT e art. 18, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

V) excluir os empregados contratados por prazo determinado, os empregados domésticos e os funcionários públicos;

VI) estabelecer período probatório para os contratados por pra-

zo indeterminado, durante o qual não haverá direito à indenização por despedida;

VII) criar mecanismos de informação para as despedidas coletivas por motivos econômicos ou tecnológicos, a partir de determinado percentual de empregados da empresa a serem atingidos pela medida.

12. Para finalizar chamo a atenção para o fato de que a Convenção nº 158, ao contrário do que algumas pessoas vêm propalando, não determina a reintegração do trabalhador dispensado sem justo motivo, pois seu art. 10 estabelece como alternativas ao retorno do empregado ao emprego, **o pagamento de indenização ou outra reparação apropriada** e nossa Constituição em vigor **prioriza o pagamento de indenização** como garantia contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa, tendo a lei regulamentadora que seguir essa direção.

À vista disso, não podem os juízes do trabalho determinar a reintegração de trabalhadores no emprego, a não ser em caso de estabilidade provisória prevista na própria Constituição ou na hipótese de remanescente estabilidade tradicional adquirida antes de outubro de 1988.

Se há juízes do trabalho que vêm deferindo reintegração de trabalhadores com base na Convenção nº 158, o ato deve ser atacado com recurso judicial próprio, não só por estar fundado em norma sem eficácia jurídica, mas, principalmente por sua inconstitucionalidade, já que despreza o disposto no art. 10, I, do ADCT que, como já se viu, admite o direito de despedir imotivadamente mediante o pagamento de 40% do valor dos depósitos do FGTS.