

A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A DISPENSA DO TRABALHADOR

*Sergio Pinto Martins**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Convenção nº 158 da OIT; 2.1. Introdução; 2.2. Classificação da Convenção 158 da OIT; 2.3. Constitucionalidade; 2.4. Aplicabilidade; 2.5. Causas para a dispensa; 2.6. Causas injustificáveis; 2.7. Procedimento prévio; 2.8. Recurso contra o término da relação; 2.9. Aviso prévio; 2.10. Indenização e seguro-desemprego; 2.11. Ônus da prova; 2.12. Dispensa coletiva; 2.13. Notificação à autoridade competente; 3. A Convenção 158 da OIT e a União Européia; 3.1. As diretivas; 3.2. Espanha; 3.3. França; 3.4. Itália; 4. Conclusão.

1. Introdução

Para tratarmos do tema Convenção nº 158 é mister verificar em primeiro lugar sua constitucionalidade. Em seguida serão analisadas sua aplicabilidade e seu conteúdo.

2. A Convenção 158 da OIT

2.1. Introdução

Foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, em junho 1982, a Convenção 158 que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, sendo que até 1995 apenas 24 dos 173 Estados-membros da OIT a ratificaram¹. Na aprovação da Convenção 158 os delegados brasileiros, inclusive o patronal, não votaram a favor da sua aprovação. Os representantes dos governos presentes à Conferência não assinam a convenção, que é firmada apenas pelo presidente do Plenário da Conferência.

* Juiz do TRT da 2ª Região e professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD – USP).

¹ Os países que ratificaram a referida norma internacional são: Suécia, Iugoslávia, Espanha, Venezuela, Nigéria, Chipre, Malavi, Zaire, Camarões, Gabão, Iêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia e Herzegovia, Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia.

Entrou em vigor a Convenção 158 da OIT, no âmbito internacional, em 23 de novembro de 1985.

Foi a referida norma internacional complementada pela Recomendação 166, de 1982, na qual são previstas diversas regras, como sobre conveniência da adoção de medidas para evitar as dispensas, participação da autoridade competente para tentar conseguir as soluções.

Em 30 de junho de 1988, com a Mensagem 261 de 1988, foi encaminhado o texto da Convenção 158 da OIT ao Congresso Nacional, com parecer favorável do Poder Executivo. No sistema brasileiro, as normas internacionais são aprovadas definitivamente pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, que é utilizado para instrumentalizar resoluções do Congresso Nacional em determinadas situações, como as previstas no art. 49 da Constituição. É promulgado pelo Presidente do Senado, publicado no órgão oficial do Congresso Nacional, não sendo passível de sanção pelo Presidente da República. A Convenção 158 da OIT foi aprovada pelo Decreto legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992.

Foi depositada na OIT em 5 de janeiro de 1995, tendo vigência doze meses após essa data (art. 16, 3, da Convenção 158), isto é, a partir de 5 de janeiro de 1996.

Consiste a ratificação no “ato pelo qual o Poder Executivo, devidamente autorizado pelo órgão para isso designado na lei interna, confirma um tratado ou declara que este deve produzir seus devidos efeitos”.²

A *vacatio legis* da convenção da OIT tem por finalidade: a- nos países que adotam o dualismo jurídico, para que adotem a legislação ou regulamentação pertinente; b- nos países que adotam o monismo jurídico, para que divulguem o texto da norma internacional no idioma adotado pelo país, adotando, se for o caso, as medidas legais para complementação das normas da convenção que não são auto-alicáveis.

Foi promulgada a Convenção 158 por intermédio do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, tendo por fundamento o inc. IV do art. 84 da Constituição, que determina ao presidente da República promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos para a sua fiel execução. O objetivo do decreto de promulgação é que todos tenham conhecimento do conteúdo do tratado e também saibam a partir de que momento este passa a ter validade na ordem interna do País, pois a norma legal só passa a ter vigência depois de publicada no Diário Oficial (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil).

² Accioly, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1956, vol I, p. 574.

A vigência da norma internacional poderia ser entendida de três formas: 1) a partir de 17 de setembro de 1992, quando entrou em vigor o Decreto legislativo nº 68/92; 2) a partir de 5 de janeiro de 1996, quando expirou o prazo de doze meses após o depósito da norma internacional na OIT; 3) a partir de 11 de abril de 1996, quando foi publicado o Decreto nº 1.855.

Somente com o decreto de promulgação é que se pode dizer que a Convenção tem vigência, isto é, ela tem vigência a partir de 11 de abril de 1996. Dispensas ou outras situações que ocorreram antes desta data não são alcançadas pela Convenção 158 da OIT. No mesmo sentido o entendimento da Seção Especializada em Dissídios Individuais e Coletivos do TRT da 2ª Região (Ac SDC nº 000257/96-A, Proc. TRT SP 0279/96-A, Rel. Juiz Floriano Corrêa Vaz da Silva, DJ SP, II, 19.06.96, pp. 35/6).

Foi republicada a Convenção n 158 em 26 de setembro de 1996 por ter saído com incorreções.

Por fim, foi a referida norma internacional denunciada pelo Brasil em 20 de novembro de 1996, quando foi registrada na OIT. A denúncia só terá eficácia a partir de doze meses após aquela data, ou seja 20 de novembro de 1997. O Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996 tornou pública a denúncia pelo Brasil da Convenção 158 da OIT.

É mister verificar, ainda, se a Convenção 158 da OIT tem aplicabilidade e se não se conflita com a Constituição.

2.2. Classificação da Convenção 158 da OIT

As convenções da OIT podem ser classificadas de três formas: a- auto-aplicáveis, que não necessitam de regulamentação e podem ser observadas de imediato após serem ratificadas; b- de princípios: que fixam apenas regras gerais, necessitando de lei interna para que efetivamente possam ser aplicadas; c- promocionais, que especificam determinados objetivos e estabelecem programas para sua consecução, os quais devem ser atendidos pelos Estados que as ratificam mediante providências sucessivas, a médio e longo prazo.³

A Convenção 158 da OIT é uma norma internacional de princípios. É o que se observa do seu art. 1º, no qual se verifica a menção de que os efeitos das suas disposições serem determinados pela legislação nacional e de acordo com a prática nacional. O art. 10

³ Süssekind, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 30.

determina regras sobre os organismos que irão examinar a dispensa, remetendo o intérprete à legislação e prática nacionais. O art. 12, 1, emprega também a expressão “em conformidade com a legislação e prática nacionais” para o fim de regular a indenização por término de serviços e outras medidas de proteção dos trabalhadores. Outros artigos também o fazem: o art. 13, b, que dispõe que “em conformidade com a legislação e a prática nacionais” oferecerá aos representantes de trabalhadores oportunidade de fazer consultas; o art. 13, 3, que informa que os representantes dos trabalhadores reconhecidos de acordo com a legislação e práticas nacionais; o art. 14.1, que também usa a mesma expressão “em conformidade com a legislação e a prática nacionais”; o art. 14, 2, que determina que a legislação nacional poderá estabelecer regras para o fim do § 1º do mesmo artigo. O uso da expressão legislação nacional revela que a norma internacional é do tipo da convenção que trata de princípios, pois remete o intérprete à legislação interna de cada país.

A primeira norma da OIT que tratou de terminação da relação de trabalho foi a Recomendação 119. Na Conferência Internacional de 1981 foi incluído o tema terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador. Na Conferência Internacional de 1982 foram adotadas a Convenção 158 e a Recomendação 166, que substituíram a Recomendação 119.

2.3. Constitucionalidade

Argumenta-se que a Convenção 158 da OIT contraria o inc. I do art. 7º da Constituição, que especifica que lei complementar irá tratar da proteção da relação de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, prevendo também indenização compensatória. Como as convenções da OIT são recepcionadas no nosso sistema jurídico com hierarquia de lei ordinária e não de lei complementar, desde que ratificadas, estaria violado o referido preceito constitucional.

Na doutrina são encontrados entendimentos a favor ou contra a constitucionalidade da referida norma internacional. Arnaldo Süssekind afirma que é constitucional a Convenção 158 da OIT.⁴ Octavio Bueno Magano ensina que a dispensa arbitrária ou sem justa causa só pode ser disciplinada por lei complementar, conforme inciso I do art. 7º da Constituição. Entende que a Convenção 158 dá prioridade à reintegração, porém a lei complementar pode prever o pagamento de indenização, dizendo que o Decreto nº 1.855/96 é inconstitucional.⁵ Arion Sayão Romita assevera que a única forma de regular a

⁴ Süssekind, Arnaldo. A compatibilidade entre a Convenção OIT 158 e a Constituição brasileira, in *LT*: 60-03/332.

⁵ Magano, Octavio Bueno. Artigo publicado na *Folha de São Paulo*, de 20.4.96.

matéria prevista no inciso I, do art. 7.º da Constituição é por lei complementar, o que não corre com a Convenção 158.⁶

Raimundo Cerqueira Ally leciona que a Convenção 158 só terá eficácia plena com a lei complementar de que trata o inciso I, do art. 7.º da Constituição, pois vários de seus dispositivos remetem sua regulação para a legislação ordinária ou simplesmente não traçam regras efetivas para a sua aplicação, porém não a entende inconstitucional.⁷

Entendo que a Convenção 158 da OIT não é inconstitucional, pois não colide com o inciso I do art. 7.º da Constituição, em razão de que o art. 10 da referida norma internacional remete o intérprete à legislação e prática nacionais. Verifica-se que a legislação de cada país é que irá determinar: a- a reintegração do empregado no emprego; b- o pagamento de indenização; ou c- outra reparação apropriada. O próprio sistema adotado pelo inciso I do art. 7.º da Constituição exclui a estabilidade, determinando que a lei complementar irá prever indenização compensatória pela dispensa arbitrária. Isso quer dizer que o nosso sistema jurídico não determina a reintegração do empregado ou a estabilidade absoluta de o empregador não poder dispensar o empregado, mas protege a dispensa abusiva por meio de pagamento de indenização. Dessa forma, o empregado não terá, portanto, direito a reintegração, mas a pagamento de indenização, remetendo o intérprete do art. 10 da Convenção 158 à legislação ordinária de cada país, que irá tratar do tema. Se a própria norma internacional determina que a “legislação e práticas nacionais” é que irão estabelecer a reintegração ou pagamento de indenização, o inc. I do art. 7.º da Lei Maior apenas confirma tal orientação, especificando que o nosso sistema prevê pagamento de indenização e não de reintegração, salvo nos casos da Lei nº 9.029/95. A indenização da despedida pode ser entendida em nosso país como a do FGTS ou da indenização de 40%, pois, enquanto não for promulgada a lei complementar de que trata o inciso I do art. 7.º, da Lei Magna, o percentual da indenização sobre os depósitos do FGTS passa a ser de 40% (art. 10, I, do ADCT). Se o Estado, portanto, entender de determinar o pagamento de indenização e não reintegração, inexistirá direito a estabilidade. A legislação brasileira não assegura direito a estabilidade, mas ao regime do FGTS. Apenas em determinadas questões especiais poder-se-á falar em estabilidade (membro da CIPA, gestante etc.). Assim, não se pode considerar a Convenção 158 da OIT inconstitucional, pois não se atrita com o inc. I do art. 7.º da Constituição, sendo que este apenas confirma a orientação da norma internacional, posto que as convenções da OIT apenas fixam “os princípios de ordem geral, entregando-se ao legislador nacional o encargo de dispor sobre as particularidades de cada assunto, pois, a experiência diplomática revela que é mais fácil o acordo nos pontos gerais do debate

⁶ Romita, Arion Sayão. Efeitos da ratificação da Convenção 158 da OIT sobre o Direito brasileiro, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, março 1996, nº 5/96, texto 2/11028, p. 77.

⁷ Ally, Raimundo Cerqueira. A Convenção 158 da OIT e a Constituição do Brasil, in *LTr* 60-06/783-5.

do que nos detalhes por meio dos quais se chega à execução prática dos princípios”.⁸ A norma internacional não desce a detalhes, pois cada país tem as suas peculiaridades e especificidades, sendo impossível estabelecer normas fixas e uniformes por meio das convenções da OIT.

Se entendermos que a Convenção 158 da OIT é uma convenção de princípios, poder-se-ia dizer que depende de lei complementar para entrar em vigor, porém não é inconstitucional, que não é o nosso pensamento nesse aspecto, tanto que ela pode ser regulada pelas próprias partes, por meio de acordo ou convenção coletiva.

O STF concedeu liminar em medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade para estabelecer a inconstitucionalidade dos arts. 4º a 10 da Convenção 158, em razão da necessidade de lei complementar para tratar da matéria (art. 7., I, da Constituição).⁹ Ficaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. A ementa é a seguinte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10º, I DO ADCT/88 – REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) – CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS

⁸ Russosmano, Gilda. *Os conflitos espaciais de leis no plano das relações trabalhistas*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1964, p. 139.

⁹ STF, Pleno, ADI-MC 1480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 4.9.97, DJ 18-05-2001, p. 429, EMENT. VOL-02031-02 PP-00213.

- POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. – É na Constituição da República, e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas, que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. – No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. – O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE

NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. *TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.* – O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. *LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.* – A Convenção 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Art. 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em conseqüência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção 158/OIT (Arts. 4º a 10).

2.4. Aplicabilidade

O art. 1º determina que a legislação nacional e a prática nacional é que irão dar efeito às suas disposições, exceto se essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais. Isso quer dizer que a referida norma internacional poderá ser implementada pela negociação coletiva entre os envolvidos, por dissídio coletivo ou laudo arbitral. Por ser a Convenção 158 da OIT uma norma de princípios, pode ser, portanto, complementada pela lei ou prática nacionais, por negociação coletiva, pela sentença normativa em dissídio coletivo ou por laudos arbitrais, podendo ter em alguns de seus artigos alguma norma dispositiva ou aplicativa. Trata-se de forma de flexibilização da execução da norma internacional, em virtude das diferenças regionais que possam existir em cada país. A tendência será, talvez, a repetição das determinações da Convenção 158 da OIT nas normas coletivas, como já estão fazendo alguns sindicatos.

Nota-se que a Convenção 158 observa a soberania de cada país, que pode adotar seus procedimentos ou outros mais benéficos, pois remete o intérprete à legislação e práticas nacionais.

Na prática, a arbitragem não tem sido utilizada para a solução de dissídios trabalhistas no Brasil. Apesar de haver previsão nos §§ 1º e 2º do art. 114 da Constituição, a arbitragem não vem sendo utilizada para a solução dos dissídios coletivos.

Dispõe o art. 2º da Convenção 158 da OIT que ela se aplica a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas. Logo, observa-se tal orientação tanto em relação ao empregador pessoa jurídica como pessoa física. A expressão toda a pessoa empregada deve ser conjugada com a outra expressão “todas as áreas de atividade econômica”. Isto quer dizer que a Convenção se aplica a todo empregador pessoa física ou jurídica que exercer atividade econômica. O próprio art. 2.1 da Convenção 155, que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores, mostra a referida interpretação anteriormente mencionada, ao dizer que “a presente Convenção aplica-se a todos os trabalhadores das áreas de atividade econômica abrangidas”. Não se aplica, portanto, aos empregados domésticos e aos funcionários públicos, pois seus empregadores não exercem atividade econômica. Ademais, o parágrafo único, do art. 7º da Constituição, quando trata dos direitos dos empregados domésticos, não faz remissão ao inciso I do mesmo artigo, justamente porque não se poderá falar em reintegração de empregado doméstico no emprego, dada a relação peculiar desse tipo de contrato, que é desenvolvida no âmbito familiar, em que inexistente atividade econômica do empregador doméstico. A Convenção 158 da OIT não contém determinação como a contida no art. 3º da Convenção 155 que determina que “a expressão ‘áreas de atividade econômica’ abrange todas as áreas em que existam trabalhadores empregados, inclusive a administração pública”. A Convenção 154, que trata

do fomento à negociação coletiva, também faz menção no art. 1º, 2, às forças armadas e à polícia e o item 3 afirma que a legislação nacional poderá estabelecer normas para aplicação à administração pública de seus dispositivos. Assim, se a Convenção 158 da OIT não foi expressa quanto à aplicação à administração pública, não poderá ser a ela observada, pois não exerce atividade econômica. Entretanto, em relação às empresas públicas que explorem atividade econômica e às sociedades de economia mista, aplica-se a Convenção 158 da OIT, pois tais empresas devem observar as regras de Direito Privado, inclusive de Direito do Trabalho (§1º do art. 173 da Constituição).

O art. 2º, 2, da Convenção 158 declara que todo membro poderá excluir da totalidade algumas de suas disposições as seguintes categorias de pessoas empregadas. Isso quer dizer que o próprio país decidirá como bem entender. O certo seria dizer que todo membro poderá excluir da total *ou de* algumas de suas disposições as seguintes categorias de pessoas empregadas, como posteriormente foi retificado em 26.9.96: *a)* os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa. Aqui também a tradução mais certa deveria ser os trabalhadores *com um* contrato de trabalho de duração determinada; *b)* os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável; *c)* os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração. Nossa legislação já tem preceito para ser adequado à referida Convenção, que seria o art. 443, que trata do contrato de trabalho de prazo determinado e uma de suas espécies que é o contrato de experiência de 90 dias, prevendo que o primeiro não poderá ser superior a dois anos e o segundo a 90 dias (art. 445 e seu parágrafo único da CLT). Nos casos de contratos de prazo determinado, as partes já sabem de antemão quando o pacto termina, não sendo o caso de se falar em término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, mas sim por advento do transcurso do tempo, daí porque não se aplica a norma internacional em comentário. Não há, porém, uma determinação expressa de exclusão das regras da Convenção 158 na nossa legislação, pois as normas da CLT são anteriores à edição da citada norma internacional.

O art. 2º, 3, determina que “deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista nesta Convenção”. O certo seria de elidir, de eliminar ou suprimir a proteção prevista na citada convenção. No nosso ordenamento jurídico, se houver uma tentativa de burlar a aplicação da legislação trabalhista aplica-se o art. 9º da CLT, que considera que qualquer ato tendente a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas é considerado nulo.

No art 2º, 4, também deveria ser feita a correção de tradução de consulta das organizações, para consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores inte-

ressadas. No art. 2º, 5, o mesmo pode-se dizer em que a consulta prévia deve ser feita às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas e não *das* organizações. No final do art. 2º, 6, o mais correto seria usar o termo “se propõe” aplicar a presente convenção e não “tenciona” a aplicar.

2.5. Causas para a dispensa

As causas para a dispensa do empregado podem ser divididas em: *a)* subjetivas, que dizem respeito à capacidade ou ao comportamento do trabalhador; *b)* objetivas, concernentes à empresa e são relacionadas a motivos econômicos, financeiros, tecnológicos, estruturais etc.

O art. 4º estabelece as causas para a dispensa do obreiro: *a-* capacidade do empregado, que é a aptidão do empregado para o exercício da função ou do serviço que lhe foi determinado, compreendendo inclusive inadequação técnica a novos equipamentos, trabalho deficiente, negligente, a incapacidade do empregado para o trabalho; *b)* comportamento do empregado: é uma causa justificada para dispensa, que remete o intérprete ao nosso art. 482 da CLT, que trata da justa causa para a dispensa. Pode-se dizer também que compreende o inadequado cumprimento das tarefas ajustadas; *c)* necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. Não há definição na Convenção 158 dessas questões. A Recomendação 119 da OIT entende que necessidade de funcionamento quer dizer excedente de mão-de-obra ou a redução de número de cargos por motivos econômicos ou técnicos, ou em casos de caso fortuito ou força maior.¹⁰ Poderiam ser aqui incluídas as hipóteses de fechamento de estabelecimento, de reforma estrutural da empresa, que constitui igualmente motivo justo para a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, como também questões de natureza técnica, operacional, econômica e financeira, que são previstas para a dispensa do cipeiro (art. 165 da CLT) e podem ser aplicadas por analogia para outras situações.

A Convenção 158 da OIT não proíbe a dispensa do trabalhador, apenas garante que o trabalhador não pode sofrer dispensa sem motivação, não assegurando, portanto, estabilidade absoluta, como prevê a CLT para quem tem dez anos de empresa e não era optante do FGTS (art. 494 da CLT e ss.). Não preconiza, portanto, o art. 4º estabilidade absoluta, apenas limita o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado, exigindo que a dispensa seja justificada. Se a norma internacional proibisse a dispensa,

¹⁰ *Proteccion contra el despido injustificado*, Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª Reunion, 1995, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p. 45.

estaria impossibilitando o exercício da livre iniciativa (art. 170 da Lei Maior) por parte do dono da empresa, que não poderia demitir nem mesmo em épocas de crise. Isso quer dizer que a empresa pode adotar as modificações que entender necessárias para adaptar-se à realidade econômica, às modificações decorrentes de plano econômicos ou da globalização. Importante observar, como o faz Arnaldo Süssekind, 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”.¹¹

Assim, parece que o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado não restou modificado, apenas terá de motivar a dispensa e pagar a indenização correspondente. Nada impede, porém, que outros direitos sejam estabelecidos por lei ordinária federal, que é a natureza da Convenção 158 da OIT, pois o art. 7º da Constituição não é exaustivo, mas meramente exemplificativo e permite que sejam instituídos outros direitos por lei ordinária, prevendo, portanto, apenas garantias mínimas ao trabalhador.

Há julgado que analisou a matéria da seguinte maneira:

“Convenção 158 da OIT – Readmissão – Indenização – Diante das dispensas injustificadas ou, não sendo esta possível, o pagamento de uma indenização, tudo conforme a legislação interna de cada um dos Estados acordantes. Vê-se, pois, que o diploma simplesmente traduz o princípio básico e universal de toda nulidade, ou seja, a recondução das partes ao mesmo estado em que se encontravam antes do ato considerado nulo e, não sendo possível restaurar o status quo ante, prevê a sua substituição pela reposição das perdas e danos, coisas tais já há muito consagradas no direito brasileiro (Código Civil, arts. 145 e 158). Contudo, tratando-se das relações de trabalho, a mesma Convenção remete a recondução ao trato que lhe dispensa as normas internas de cada país. Conclui-se assim que, embora cominando nulidade às dispensas injustas, a Convenção 158 da OIT não garante a readmissão, na medida em que a recondução das partes ao estado anterior é algo que diz respeito exclusivamente aos ordenamentos jurídicos internos ou às práticas nacionais de cada país conveniente. No que tange à readmissão, o direito brasileiro não contempla de forma genérica, senão apenas em situações especialmente previstas, como sejam as referentes à estabilidade decenal legal (CLT, art. 492), às estabilidades chamadas de provisórias ou à estabilidade ou garantia de emprego prevista na lei, no contrato individual ou coletivo ou, ainda, em sentença normativa. Fora dessas situações especiais, não há no direito interno atual, ao qual a Convenção 158 expressamente remete a definição da matéria, qualquer possibilidade de readmissão ou reintegração. Para tanto, ainda pende

¹¹ Süssekind, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 1995, vol. I, p. 642.

de regulamentação o inciso I do art. 7º da Constituição da República de 1988, que é a única norma interna, de origem heterônoma e genérica, capaz de autorizar a readmissão. Padecendo de amparo legal a readmissão pelas normas internas brasileiras, a questão agora passa a se centrar na indenização que, nos termos expressos da Convenção 158, também é matéria afeta ao ordenamento jurídico de cada país. Neste aspecto, o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é expresso ao prever a indenização de até quatro vezes a porcentagem disposta no art. 6º, caput e parágrafo primeiro da Lei 5.107/66, atual Lei 8.036/90. Conclui-se, pois, nos dois pontos ora em análise -readmissão e indenização - A Convenção 158 da OIT é absolutamente inócua frente ao ordenamento jurídico nacional” (TRT da 3ª, 2ª T., RO 10.046/96, Rel. Juiz Carlos Eduardo Ferreira, j. 10.12.96, DJ MG 18.2.97, p. 3).

2.6. Causas injustificáveis

O art. 5 da norma internacional em comentário trata das causas que não poderão ser consideradas justificadas para a dispensa do empregado. Não se considera causa justificada para a dispensa: a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho. Trata-se de proteção contra atos anti-sindicais praticados pelo empregador. Nossa legislação indica alguns atos de proteção anti-sindical: o inc. VIII, do art. 8º, da Constituição veda a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, inclusive como suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. O § 3º do art. 543 da CLT tem a mesma orientação, estendendo-a ao empregado associado. A Súmula 222 do TST também garante a mesma hipótese ao associado. O Comitê de Liberdade Sindical entende que “em certos casos em que, na prática, a legislação nacional permite aos empregadores, sob a condição de que paguem a indenização prevista em lei nos casos de despedida injustificada, despedir um trabalhador, inclusive quando o motivo real da despedida é a sua filiação a um sindicato ou a sua atividade sindical, deve-se concluir que a mesma legislação não concede proteção suficiente contra os atos de discriminação anti-sindical mencionados no Convênio nº 98”;¹² b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade. O art. 11 da Constituição estabelece que nas empresas que possuem mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. O representante dos trabalhadores mencionado na Conven-

¹² Recopilación. Ginebra: OIT, nº 208, p. 77.

ção 158 pode ser a referida pessoa como outra que represente os trabalhadores ou tenha atuado nessa condição; c- a apresentação de queixa ou participação de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou o fato de o trabalhador recorrer perante as autoridades administrativas competentes. Seria a hipótese do empregado ajuizar ação trabalhista em face do empregador, para reivindicar os seus direitos e por esse motivo ser dispensado; d- a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social. A Lei nº 9.029, de 13.4.95, proíbe a prática discriminatória para efeito de acesso ou manutenção de emprego por motivo de raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Determina o art. 4º da Lei nº 9.029 que se houver o rompimento do contrato de trabalho por ato discriminatório, o empregado pode optar entre: 1- a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais; ou 2- a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais; e- a ausência do trabalho durante a licença-maternidade. A nossa legislação já prevê, no caso, a garantia de emprego para a gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT), sendo que a licença-maternidade é de 120 dias (art. 7º, XVIII, da Constituição).

O art. 165 da CLT já dispõe que considera-se dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

O art. 6º dispõe que a ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada para o término da relação de trabalho. O art. 476 da CLT já determina que em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício. Não pode, portanto, o obreiro ser dispensado nesse período, pois o seu contrato de trabalho está suspenso. O mesmo se observa no caso do empregado acidentado, em que este tem garantia de emprego desde a cessação do auxílio-doença acidentário até um ano após essa data, conforme art. 118 da Lei nº 8.213.

Nada impede que a legislação nacional estabeleça outros motivos injustificáveis para a dispensa do trabalhador, diversos dos previstos nos arts. 5º e 6º da norma internacional em comentário.

2.7. Procedimento prévio

O art. 7º da Convenção 158 da OIT dispõe que o trabalhador, para ser dispensado, deve ser previamente avisado do motivo pelo qual está se caracterizando o término do

seu contrato, podendo se defender das acusações ou terá direito de recorrer a um tribunal do trabalho para apreciar a injustiça ou a falta de motivação de sua dispensa.

A interpretação da expressão utilizada no art. 7º “a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade” permite que a empresa dispense o empregado e este se socorra da Justiça do Trabalho para discutir a dispensa. O art. 853 da CLT prevê o procedimento relativo ao inquérito para apuração de falta grave para a dispensa do empregado que tem dez anos de empresa e não era optante do FGTS, disposição também utilizada para a dispensa do dirigente sindical (parte final do §3º do art. 543 da CLT). A empresa poderá se utilizar, se o desejar, de inquérito administrativo para determinar a dispensa do empregado, seja com base em motivo disciplinar ou até por motivo técnico, econômico ou financeiro. Entretanto, “nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa, por norma regulamentar” (S. 77 do TST).

Seria possível também criar na empresa uma espécie de comissão de fábrica de modo a verificar as causas da dispensa do trabalhador, assegurando-lhe a oportunidade de defesa àquele. O próprio departamento de pessoal da empresa poderia ouvir o empregado antes de ser dispensado, para verificar o que o obreiro tem a dizer.

A empresa deve, portanto, ter um sistema de controle do desempenho e do comportamento do empregado, acompanhando a sua vida funcional, o que pode ser feito numa espécie de ficha de registro de empregados ampliada, num controle de avaliação de desempenho, ou outra forma que a empresa julgar adequada, visando evitar qualquer dispensa arbitrária.

Ao se tratar da dispensa, deve-se determinar qual o pessoal que será atingido, podendo ser previsto o período em que as dispensas irão ocorrer. Para tanto, deverá haver a possibilidade de que outras alternativas possam ser empregadas, como de redução de salários e da jornada, possibilidade de os empregados dispensados serem os primeiros a ser reaproveitados em casos de contratações, concessão de férias coletivas, incentivos às aposentadorias voluntárias ou às saídas espontâneas.

2.8. Recurso contra o término da relação

No texto da Convenção 158 faltou se colocar o art. 8º, pois não se faz menção a tal questão.

O art. 8º já permite ao trabalhador que se sentir prejudicado com a dispensa se socorrer de órgão neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma

junta de arbitragem ou um árbitro. O empregado também poderia se socorrer de arbitragem privada ou de comissão de fábrica instituída por esse fim para apurar a razão da sua dispensa, desde que seja acordado com o empregador esse meio para a referida apuração. Pode, também, o empregado se socorrer da Justiça do Trabalho, como já se verifica do art. 114 da Constituição, que define a competência daquele órgão para dirimir controvérsias entre trabalhador e empregador a respeito da relação de emprego. Isso quer dizer que o empregado não precisa se socorrer apenas do empregado, podendo observar outros tipos de formas de solução dos conflitos, como a arbitragem, a mediação etc.

Reza o art. 8º, 3, que pode-se considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término do contrato de trabalho. Isso também já existe no nosso ordenamento jurídico, que é o prazo de prescrição contido no inciso XXIX, do art. 7º da Constituição de 1988.

O art. 10 da Convenção 158 estabelece que se os organismos que irão examinar a dispensa do trabalhador “chegarem à conclusão de que *o término da relação de trabalho é justificado* e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a *readmissão* do trabalhador, terão a *faculdade* de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada”. A tradução correta do espanhol envolve o uso da palavra *injustificado* e não justificado como constou do texto, como foi retificado em 26/9/96. Da mesma forma a tradução do francês *licenciement* não significa término da relação de trabalho, mas despedida, e *pouvoir*, quer dizer poder e não *faculdade*. Usa-se ainda a palavra *readmissão*, quando na verdade a tradução do francês foi feita de forma errada, que menciona *réintégration*, isto é, reintegração, que não se confunde com *readmissão*. Verifica-se que a legislação de cada país é que irá determinar: a) a reintegração do empregado no emprego; b) o pagamento de indenização; ou c) outra reparação apropriada. O sistema adotado pelo inciso I do art. 7º da Constituição exclui a estabilidade, determinando que a lei complementar irá prever indenização compensatória pela dispensa arbitrária. Isso significa que o nosso sistema jurídico não determina a reintegração do empregado, mas protege a dispensa abusiva por meio de pagamento de indenização. Dessa forma, o empregado não terá, portanto, direito a reintegração, mas a pagamento de indenização, remetendo o intérprete do art. 10 da Convenção 158 à legislação ordinária de cada país, que irá versar sobre o tema. Se a própria norma internacional determina que a “legislação e práticas nacionais” é que irão estabelecer a reintegração ou pagamento de indenização, o inciso I, do art. 7º, da Lei Maior apenas confirma tal orientação, especificando que o nosso sistema prevê pagamento de indenização e não de reintegração, salvo nos casos da Lei nº 9.029/95 e de empregados estáveis. A indenização da despedida pode ser entendida em nosso país como a do FGTS ou da multa de 40%, pois, enquanto não for promulgada a lei complementar de que trata o inciso I, do art. 7º, da Lei Magna, o percentual da indenização

do FGTS passa a ser de 40% (art. 10, I, do ADCT). Entretanto, a nossa norma constitucional não faz distinção em dispensa arbitrária ou sem justa causa, dizendo que a indenização se aplica às duas hipóteses. Se o Estado, portanto, entender de determinar o pagamento de indenização e não reintegração, inexistirá direito a estabilidade. A legislação brasileira não assegura direito a estabilidade, mas ao regime do FGTS. A Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e de Recomendações da OIT já afirmou que “o art. 10, tal como está redigido, dá preferência à anulação da despedida e à readmissão, como meios de reparação da terminação injustificada, porém sugere mantendo-se flexível, já que prevê outras vias de reparação em função dos poderes do organismo neutro (....) O texto especifica, ademais, que em caso que se pague uma indenização, esta deverá ser adequada”.¹³

Logo, a legislação nacional ou a prática utilizada no país poderá, segundo a Convenção 158 da OIT, adotar: *a)* o retorno do empregado ao emprego; *b)* uma indenização adequada; *c)* ou outra reparação adequada.

A reintegração será feita, de acordo com a nossa legislação, nos casos de: empregado estável com mais de dez anos de empresa e não-optante do FGTS; b- estabilidade prevista em norma coletiva, regulamento de empresa ou do próprio contrato de trabalho; c- garantia de emprego prevista na Constituição ou na lei ordinária, como de dirigente sindical (art. 8º, VIII, da Constituição), grávida (art. 10, II, b, da Lei Maior), cipeiro (art. 10, II, a, da Lei Magna e art. 165 da CLT), acidentado (art. 118 da Lei nº 8.213/91), nos casos de discriminação contidos na Lei nº 9.029 e em outros casos de estabilidade provisória, inclusive as previstas em normas coletivas. Nos casos de empregados estáveis a reintegração é feita com base no art. 496 da CLT. Nos demais casos a indenização será a indenização de 40% do FGTS e o pagamento das verbas rescisórias, levantamento do FGTS e liberação do seguro-desemprego. Dependendo do caso poder-se-á utilizar da regra do art. 496 da CLT e converter o direito de reintegração em pagamento de indenização, que ficará a critério do juiz e não da parte, mormente se verificada a incompatibilidade na reintegração.

O art. 10 menciona que se os organismos que irão examinar a dispensa do trabalhador “chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada”. Não estão os nossos organismos judiciais habilitados a anular a dispensa e determinar a reintegração dos empregados no emprego, salvo nas hipóteses da existência de garantia de em-

¹³ Protección contra el despido injustificado, Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª Reunión, Informe III - Parte 4-b, Ginebra, OIT, 1995, p. 91, ítem 19.

prego ou estabilidade, como as mencionadas anteriormente. A indenização de que trata o art. 10 tem de ser interpretada sistematicamente em consonância com a determinada no art. 12. Dependerá, também, daquilo que for estabelecido pela legislação e práticas nacionais. No momento a indenização é a do FGTS mais a indenização de 40%. Não será possível ao juiz fixar indenização por responsabilidade civil, com fundamento no art. 159 do Código Civil, justamente pelo fato de não se tratar de indenização do Direito Civil, nem haver responsabilidade civil, mas trabalhista. Se amanhã o legislador instituir outra indenização, ou até mesmo esta for prevista na norma coletiva, o juiz irá aplicá-la. Do contrário, não poderá arbitrar outra indenização, pois não há previsão legal nesse sentido.

2.9. Aviso prévio

Prevê o art. 11 o direito a um prazo de aviso prévio razoável, a não ser que o empregado seja culpado de uma falta grave de tal natureza que não seria razoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

Na nossa legislação já existe um prazo razoável de aviso prévio, que é previsto no inciso XXI do art. 7º da Constituição, sendo de pelo menos 30 dias, podendo a lei ordinária estabelecer o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, norma essa que até o momento inexistente. Os arts. 487 a 491 da CLT versam sobre o aviso prévio. Nada impede que o aviso prévio seja concedido de forma indenizada, pois o empregado também terá tempo para procurar novo emprego e receberá a remuneração correspondente a trinta dias, em que não vai trabalhar. De um modo geral, as faltas graves já são indicadas no art. 482 da CLT. Se no decorrer do aviso prévio o empregado cometer qualquer falta das consideradas pela lei como justas para a rescisão do contrato de trabalho, perde o obreiro o direito ao restante do respectivo prazo (art. 491 da CLT).

No aviso prévio o empregador além de comunicar deverá justificar por que está dispensando o empregado.

2.10. Indenização e seguro-desemprego

Menciona o art. 12 o pagamento de indenização e de seguro-desemprego de acordo com a lei e práticas nacionais. A indenização é o percentual de 40% do FGTS (art. 10, II, a, do ADCT). Para os empregados que não têm tempo anterior à opção ao FGTS, há pagamento de indenização conforme os arts. 477 e seguintes da CLT. Nos casos em que houver discriminação temos as regras do art. 4º da Lei nº 9.029 que prevê reintegração ou pagamento em dobro da remuneração do período. O seguro- desemprego já está previsto na Lei nº 7.998/90.

Faz referência o art. 12, a, que poderá haver uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do montante do salário, pagáveis diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído por meio de cotizações *dos empregadores* e não dos empregados, como consta da tradução do texto. Tal indenização, envolvendo tempo de serviço, é feita no nosso sistema por meio de um fundo, que é o FGTS, havendo o pagamento da indenização de 40%. Nada impede, porém, que a legislação nacional adote outra indenização, além das previstas, com a finalidade de punir o empregador pela dispensa injustificada ou até aumente as indenizações já previstas em nossa lei. Entretanto, entendo que não pode ser aplicada a indenização contida no art. 186 do Código Civil, pois se trata de prejuízo ou questão decorrente de responsabilidade de Direito Civil e não de Direito do Trabalho. Para tanto, já existem as indenizações previstas na legislação trabalhista. Só se poderá falar em nova indenização, se a legislação estabelecer e não se aplicar por analogia o art. 186 do Código Civil, pois a perda do emprego não pode ser equiparada ao dano do Direito Civil, que pressupõe dolo ou culpa.

Benefícios por velhice e por invalidez nossa legislação já prevê, respectivamente nos arts. 48 a 51 da Lei nº 8.213 (aposentadoria por idade) e nos arts. 42 a 47 da Lei nº 8.213 (aposentadoria por invalidez).

O art. 12, 3, esclarece que no caso de término da relação de emprego devido a falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados no § 1º, item a, do mesmo artigo. A nossa legislação já prevê que havendo justa causa não são devidos: o aviso prévio (art. 487 da CLT), 13º salário (art. 3º da Lei nº 4.090/62), férias proporcionais (parágrafo único do art. 146 da CLT), levantamento do FGTS (art. 20, I, da Lei nº 8.036), indenização de 40% do FGTS (§1º do art. 18 da Lei nº 8.036) e seguro-desemprego (art. 3º da Lei nº 7.998/90).

Do exame do art. 12 da norma internacional verifica-se que ficam excluídos das suas aplicações os contratos de prazo determinado, nos casos de morte, aposentadoria e pedido de demissão do obreiro, pois a Convenção 158 da OIT trata de término injustificado da relação de emprego por iniciativa do empregador.

2.11. Ônus da prova

O art. 9º, 2, a, indica que o “peso da prova” da dispensa injustificada caberá ao empregador. No nosso sistema a tradução mais correta seria usar a expressão “ônus da prova”, que, portanto, caberá ao empregador a respeito da causa justificada para a dispensa, conforme interpretação do art. 818 da CLT, no sentido de que quem alega deve

provar. Aplica-se o princípio da continuidade da relação de emprego, como se verifica na orientação da Súmula 212 do TST. Assim, como regra, o empregado é sempre dispensado. O pedido de demissão e a dispensa com justa causa devem ser provados pelo empregador, pois um empregado comum, que precisa do trabalho para sobreviver, não iria normalmente pedir demissão ou ser dispensado com justa causa.

Dispõe o art. 9º, 3, que nos casos em que houver alegação de motivo para o término da relação de emprego de questões relacionadas a necessidade de funcionamento da empresa, questões financeiras ou econômicas, o empregador poderá dispensar o empregado. Podem ser tais situações apuradas por prova pericial, para indicar se estas questões existem ou não e o juiz então irá decidir.

2.12. Dispensa coletiva

Se o empregador for fazer uma dispensa coletiva, a nossa legislação não prevê critério para tal fim, de maneira a proibi-la ou de determinar certas providências para a sua apuração. A dispensa coletiva poderá ser, porém, disciplinada em acordo, convenção coletiva, ou dissídio coletivo, como permite o art. 1º da Convenção 158 da OIT.

Não há um conceito de dispensa coletiva na nossa legislação. O TRT da 2ª Região já entendeu que dispensa coletiva é a que o número de trabalhadores dispensados excede o parâmetro habitual de rotatividade da mão-de-obra da empresa (Proc. 444/92-A, Ac. 921/92-P, Rel. Wilma Araújo Vaz da Silva).

O art. 13 da Convenção 158 da OIT apenas explicita que se o empregador prever termos da relação de trabalho (a expressão está no plural, enquanto em outros dispositivos da norma internacional está no singular) por motivos econômicos, estruturais ou análogos: a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos. Os representantes dos trabalhadores poderão ser os pertencentes à comissão de fábrica, delegados sindicais ou outros que tenham sido eleitos pelos trabalhadores. Trata-se de mera informação ao sindicato, não sendo condicionada à aprovação do sindicato dos trabalhadores. Assim, o empregador deverá comunicar aos representantes dos trabalhadores que forem reconhecidos pela legislação nacional o motivo da dispensa dos empregados. O ideal seria que essa comunicação fosse feita ao sindicato, até para que pudesse ser negociada; b) de acordo com a legislação e prática nacionais será oferecida aos representantes dos trabalhadores, o mais breve possível, uma oportunidade para a realização de consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para

atenuar as conseqüências adversas de todos os términos em relação aos trabalhadores afetados, proporcionando, por exemplo, a possibilidade de se conseguir novos empregos. Nossa legislação não estabelece um critério para esse fim, nem que a dispensa seja feita de acordo com uma cifra ou porcentagem em relação aos empregados das empresas. Poderiam ser adotados critérios, até especificados em convenções coletivas em que a dispensa deveria ser feita em relação aos trabalhadores que tivessem um número menor de encargos familiares, prestigiando o empregado casado, o que tem mais antigüidade na empresa etc.

É de se destacar que não há sanção pelo descumprimento da Convenção 158 da OIT, pois nos seus dispositivos não há tal previsão. Não se poderia aplicar multa administrativa por analogia às contidas na CLT ou em outra legislação, pois a multa deve ser específica. Poderá, porém, a DRT aplicar multa se por acaso a empresa não observar o aviso prévio, a indenização pertinente, o fornecimento do seguro-desemprego, etc, pois aí está sendo descumprido um preceito específico da legislação, em que já há penalidade específica para o descumprimento da norma. A única sanção existente na da Convenção 158 pelo seu descumprimento, que não é uma sanção administrativa, é a reintegração no emprego ou o pagamento de indenização.

2.13. Notificação à autoridade competente

A legislação e a prática de cada país poderá prever que a dispensa por parte do empregador com fundamento em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, importará na necessidade de se notificar o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos dos contratos, o número e as categorias dos trabalhadores que serão afetados e o período durante o qual serão efetuadas essas cessações (art. 14, I). Nossa legislação não trata do assunto. Assim, é possível dizer que, num primeiro momento, a autoridade competente será o Delegado Regional do Trabalho, embora nossa lei não determine que haja a notificação a essa autoridade e que, por enquanto, não precisa ser feita. A comunicação à autoridade competente será, porém, meramente informativa, podendo haver mediação dessa autoridade para a solução do conflito.

Nada impede também que se dê cumprimento ao art. 14 da Convenção 158 por meio de normas coletivas e sentenças normativas, pois estas poderiam prever a necessidade da comunicação à DRT da dispensa, o número e as categorias dos trabalhadores afetados e o período em que seriam efetuadas.

A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do § 1º do art. 14 àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total de

pessoal (art. 14, 2). Nota-se que a legislação nacional pode ou não adotar tal critério, sendo que não há legislação nacional prevenindo tal questão. Nesse caso o que a nossa legislação prevê, no âmbito da previdência social, é o art. 93 da Lei nº 8.213, que reza que a empresa com 100 ou mais empregadas está obrigada a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência. O § 1º prevê que a dispensa de trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. O art. 429 da CLT disciplina a necessidade da empresa admitir um certo número de menores, na condição de aprendizes.

O Relatório da OIT sobre a Convenção 158 esclarece que “o art. 14 da Convenção não menciona o papel que poderia corresponder à autoridade competente perante a qual foi apresentada a notificação. Portanto, o instrumento deixa a cada país a inteira liberdade para decidir o uso que se dará da notificação apresentada” (item 290 do relatório).

3. A Convenção 158 da OIT e a União Européia

3.1. As diretivas

As Diretivas 75/129 da Comunidade Econômica Européia, de 17 de fevereiro de 1975 e 92/56, de 24 de junho de 1992, tratam de harmonizar as suas determinações com a norma internacional da OIT, tendo aplicação obrigatória nos países membros.

As diretivas prevêem procedimentos prévios de consulta às representações de trabalhadores, visando a possibilidade de acordo para evitar ou atenuar as conseqüências das dispensas, porém de acordo com as disposições internas de cada país. Há também um procedimento para as dispensas coletivas, que deve ser implementado num prazo de 30 dias a contar da notificação da autoridade pública.

3.2. Espanha

Na Espanha já existiam regras sobre as dispensas coletivas por decisão do empregador. O Estatuto dos Trabalhadores teve alterações determinadas pela Lei nº 11/94, de 19 de maio de 1994, que alterou o art. 51. Define dispensa coletiva como a decorrente de causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção, quando em um período de noventa dias a extinção dos contratos de trabalho afetar pelo menos: *a)* 10 trabalhadores em empresas que tenham menos de 100 empregados; *b)* 10% do número de trabalhadores da empresa naquelas que possuam

entre 100 e 300 trabalhadores; c) 30 trabalhadores nas empresas que empreguem 300 ou mais trabalhadores. Entende-se também como dispensa coletiva a que afetar a totalidade do pessoal, sempre que o número de atingidos for superior a cinco. Considera-se que existem as causas para a possibilidade da dispensa coletiva quando a empresa tiver de superar situações econômicas adversas, compreendendo, por exemplo, a organização da produção. Os representantes dos trabalhadores terão prioridade para permanecer na empresa. A indenização devida pela empresa pelas dispensas corresponderá a 20 dias de salários por ano de serviço até o máximo de 12 prestações, reduzida para 40% do valor nas empresas com menos de 25 trabalhadores.

3.3. França

Lei francesa de 1975 autoriza a dispensa “por motivo econômico de ordem conjuntural ou estrutural”. A Lei de 1989 definiu dispensa econômica como “a efetuada por um empregador por um ou muitos motivos não inerentes à pessoa do empregado resultante de supressão ou transformação do emprego ou de modificação substancial do contrato de trabalho, decorrente das dificuldades econômicas ou transformações tecnológicas” (Código do Trabalho, art. L. 321-1).

As dispensas na França são de três formas: a) as individuais, tratadas pela Lei de 1973; b) as coletivas, que dependem de entendimentos; c) as pequenas dispensas coletivas, que envolvem de dois a nove empregados.

Nas dispensas econômicas há um procedimento mediante plano de dispensas, com a reunião dos representantes de pessoal, a participação de um perito contábil, pago pela empresa, visando esclarecer questões técnicas referentes à situação econômica da empresa. As medidas adotadas podem envolver a redução da jornada, trabalho em tempo parcial, conversão da dispensa em suspensão do contrato de trabalho, num período de 4 a 10 meses, com pagamento de 65% dos salários pelo Fundo Nacional de Emprego.

O Conselho de *Prud'hommes* apenas verifica a regularidade dos processos, garantindo as indenizações pertinentes para a falta de motivo real para a dispensa ou a ausência de motivos econômicos ou estruturais na empresa.

3.4. Itália

A Lei nº 223, de 23 de julho de 1991, teve reflexos das diretivas da União Europeia e da Convenção 158. Luisa Galantino mostra que as dispensas coletivas submetem-se

a um procedimento sindical, judicial e público. O procedimento sindical tem por objetivo fazer uma norma coletiva para resolver as questões relativas às dispensas. O controle judicial tem por finalidade verificar se houve impugnações ao tipo de procedimento na redução de pessoal, anulando os procedimentos incorretos. O Estado intervém por meio de ação preventiva e promoção de medidas de natureza previdenciária.

4. Conclusão

Vigente a Convenção 158 da OIT, recomenda-se que o empregador, ao dispensar o empregado, indique quais são os motivos dessa dispensa, sob pena de o trabalhador vir a juízo discutir a questão. Se o empregador indicar que o empregado está sendo dispensado em decorrência da sua capacidade de trabalho, de necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço ou por justa causa, com fundamento no art. 482 da CLT, não haverá a hipótese de reintegração, desde que os motivos estejam devidamente provados. De outro lado, caso não haja prova sobre a questão, o empregado tem direito ao pagamento da indenização, pois o inc. I, do art. 7º, da Constituição exclui o direito de reintegração, prevendo apenas o pagamento de indenização, que no nosso sistema jurídico é o pagamento do aviso prévio, do levantamento dos depósitos do FGTS e da indenização de 40%.

O empregado só terá direito a reintegração quando: *a)* fizer jus a estabilidade decenal, por não ser optante do FGTS; *b)* gozar de estabilidade ou garantia de emprego determinada em norma coletiva, regulamento de empresa ou no contrato de trabalho; *c)* tiver garantia de emprego de dirigente sindical (art. 8º, VIII, da Constituição), for diretor de cooperativa (art. 55 da Lei nº 5.764/71), cipeiro (art. 165 da CLT), membro do conselho curador do FGTS (§ 9º do art. 3º da Lei nº 8.036/90) ou do Conselho Nacional de Previdência Social (§ 7º do art. 3º da Lei nº 8.213), sofrer acidente de trabalho ou doença profissional (art. 118 da Lei nº 8.213/91) ou nos casos de discriminação especificados na Lei nº 9.029/95.

A Convenção 158 não regula o pedido de demissão do empregado e as hipóteses de extinção do contrato de trabalho por falecimento do trabalhador ou aposentadoria. Admite, porém, a existência da dispensa por falta grave.

O departamento de seleção e treinamento das empresas ou empresas especializadas em tal mister terão papel muito importante, pois será fundamental admitir a pessoa certa, para que não haja problemas para efeito do desligamento do trabalhador em razão de incompatibilidade ou de outras circunstâncias que ocorram na empresa.

A lei ordinária ou complementar poderá estabelecer outros critérios diversos dos mencionados anteriormente, de modo a complementar as disposições da Convenção 158 da OIT, ou até mesmo estabelecendo critérios específicos para o fim de se observar a dispensa do trabalhador.

Muitos dos dispositivos da Convenção 158 já são plenamente aplicáveis e outros necessitam ainda de complementação, como nas hipóteses que já indiquei, porém posso dizer que a citada norma internacional não é inconstitucional, pois não se atrita com o inc. I do art. 7º da Constituição. O art. 1º do Decreto nº 1.855 determina que a norma internacional deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém, porém o que se observa é que nem todas as normas contidas na Convenção 158 são auto-aplicáveis, como acontece, por exemplo, com os arts. 13 e 14.

Muitas disposições da Convenção 158 poderão ser implementadas por acordo ou convenção coletiva, que poderá atender às particularidades de cada setor ou empresa, sendo que a lei pode, ao determinar uma situação geral, não atender a tais situações.

