

**ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
UNIBRASIL – FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL**

KELLY PAULINE BARAN

**A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO
TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2013

KELLY PAULINE BARAN

**A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO
TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em
Assessoramento na Jurisdição Trabalhista da
Unibrasil – Faculdades Integradas do Brasil.

Orientador Professor Doutor Luiz Eduardo Gunther.

CURITIBA

2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Coordenação da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho, pela excelente oportunidade de estudo, reflexões e contato com profissionais e estudiosos da seara juslaboral durante o curso de especialização. Agradecimentos especiais ao orientador Desembargador Luiz Eduardo Gunther, que com a maestria de sempre, conduziu a pesquisa e indicou os caminhos e soluções possíveis, ainda que, na maioria das vezes não alcancemos soluções definitivas, mas acumulemos dúvidas e indagações,

Por um mundo onde sejamos socialmente iguais, humanamente diferentes e
totalmente livres.
(Rosa de Luxemburgo)

Sumário

RESUMO.....	v
INTRODUÇÃO.....	1
1 A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL	3
1.1 O PROCEDIMENTO DE RATIFICAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS PELO BRASIL E O STATUS NORMATIVO DAS CONVENÇÕES.....	4
1.2 DIPLOMAS JURÍDICOS E NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO.....	12
1.3 AS CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	16
2 A PROTEÇÃO AO TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL	20
2.1 O PODER POTESTATIVO DO EMPREGADOR NAS DISPENSAS ARBITRÁRIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
2.2 REGRAS PARA A DISPENSA INDIVIDUAL E COLETIVA NA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT	28
2.3 O DIREITO AO TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL	33
3 EFICÁCIA FORMAL OU MATERIAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT	40
3.1 PROCEDIMENTO DE RATIFICAÇÃO E DENUNCIA SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	40
3.2 A EFICÁCIA VINCULADA AO SEU CONTEÚDO NORMATIVO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

RESUMO

CONVENÇÃO Nº 158 OIT. EFICÁCIA FORMAL E MATERIAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO. A pesquisa tem como objetivo estudar a possibilidade de se aplicar a Convenção nº 158 da OIT ao Direito do Trabalho brasileiro sob a perspectiva de validade formal, bem como de eficácia material, em decorrência de tutelar o direito fundamental ao trabalho. Tratando-se de norma de direito internacional do trabalho, inicialmente aborda-se como referida regra pode ser recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e, após, especificamente volta-se o estudo sob o conteúdo normativo Convenção nº 158. Verifica-se também que a denúncia à referida convenção não pode ser considerada válida sob a ótica formal, bem como sob a perspectiva de constitucionalidade. Estuda-se, ainda, quais as alterações que a convenção pode trazer ao direito do trabalho, proporcionando maior equilíbrio entre as partes de uma relação laboral, pois flexibiliza o direito potestativo do empregador no ato de dispensa. Aborda-se, por fim, como o direito ao trabalho pode ser considerado um direito humano fundamental, cuja eficácia pode ser implementada por meio das convenções da OIT que tratem dos direitos humanos, independentemente de ratificação por parte do Estado-membro.

INTRODUÇÃO

Muitos embates doutrinários e jurisprudenciais são vivenciados a respeito da problemática em se aplicar as normas de direito internacional. Tal discussão se perfaz na seara de se apreender sobre a natureza dessas normas enquanto fonte de direito, sua abrangência e vinculação e ainda, sua aplicabilidade, no que se refere à sua eficácia e efetividade no direito interno brasileiro.

Esse trabalho concentra-se em estudar a possível eficácia da Convenção nº 158, da Organização Internacional Trabalho, enquanto fonte formal do Direito ou ainda, enquanto importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador.

Para tanto, será necessário debruçar sob várias perspectivas. Inicialmente como as normas de direito internacional, de modo genérico, passam a produzir efeitos jurídicos no Brasil, ou seja, o processo de internalização das referidas normas e seu status normativo, trata-se de uma pesquisa sobre os aspectos formais de validade de uma norma internacional.

Destaca-se que essa questão jurídica está longe de se chegar a um consenso, cuja doutrina brasileira encontra-se bastante dividida e cujas tendências tentarão ser apresentadas nesta pesquisa.

Após, pretende-se estudar especificamente as normas internacionais do trabalho, verticalizando a análise sobre o funcionamento da OIT e seus atos oficiais, em especial as Recomendações e as Convenções, que possuem conteúdo normativo vinculante.

Num segundo momento do trabalho monográfico, estudar-se-á o objeto da Convenção nº 158, na perspectiva de limite ao poder potestativo do empregador de dispensar os empregados, bem como quanto ao regramento para as possíveis dispensas coletivas.

Delimitado o conteúdo da referida convenção, constatação elementar de que se trata do direito do empregado ao trabalho, à continuidade do seu trabalho, frente ao poder potestativo do empregador. Nesse sentido, buscar-se-á apontar o direito ao trabalho enquanto um direito humano fundamental, seja na perspectiva de direito

social (prestacional), seja no sentido de se evitar abusos (direito individual do trabalhador).

O que se pretende é enfatizar que a Convenção nº 158 da OIT possui como objetivo primordial proteger um direito fundamental do trabalhador.

E, por fim, no último capítulo, a tentativa será demonstrar como o referido instituto normativo produz eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Seja porque o procedimento de denúncia da ratificação encontra-se eivada de vícios, estes em caráter formal (procedimento) e em caráter material (conteúdo da Convenção não viola a Constituição Federal, ao contrário, lhe confere eficácia).

E mais importante ainda, há uma tentativa, nesta pesquisa, em buscar a eficácia da Convenção nº 158, da OIT, pelo seu conteúdo normativo, ou seja, por se tratar de regra que confere efetividade ao direito fundamental e humano ao trabalho.

Nessa perspectiva, a presente pesquisa buscará abordar os aspectos de validação formal da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho, relativos aos procedimentos de ratificação e internalização, bem como sob o viés de validade material, ou seja, de eficácia da norma, considerando o seu conteúdo jurídico, de proteção ao direito fundamental ao trabalho.

1 A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL

De início, importante tecer conceitos iniciais a respeito de validade, eficácia e legitimidade das normas jurídicas em geral, sob cujo tema recai forte polêmica, desde a sua conceituação.

Nesse sentido, expõe Alice Monteiro de Barros que “eficácia jurídica é a possibilidade de aplicação da norma, no caso da convenção internacional, no território nacional. Já efetividade é a eficácia social”, ou seja, a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais. Ela reflete a proximidade entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.¹

Por outro lado, de um modo genérico, sob a ótica da teoria da norma, Norberto Bobbio afirma que:

o problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.²

Nesse mesmo sentido, Rizzatto Nunes enfrenta a questão de validade e eficácia das normas, explicando que a eficácia diz respeito a ocorrência concreta do que está prescrito na norma jurídica, seja pela obediência, seja pela aplicação de sanção decorrente da sua violação.³

Entretanto, muitas normas não são autoaplicáveis, porque dependem de complementação, de modo que a eficácia deveria então ser compreendida como a possibilidade de produção de efeitos concretos, pois inevitavelmente possuem eficácia jurídica.⁴

De acordo com Maria Helena Diniz, “o problema da eficácia da norma jurídica diz respeito à questão de se saber se os seus destinatários ajustam ou não seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, isto é, se

¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 92-93.

² BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2008. p. 47.

³ NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estado do Direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.

⁴ *Idem*.

cumprem ou não seus comandos jurídicos”⁵, ou seja, se trata da mensuração fática de aplicabilidade de uma determinada norma jurídica válida formalmente.

Constata-se, desse modo, que os termos eficácia e efetividade das normas jurídicas são empregados de maneira diversa, a depender de sua análise específica ou genérica. Por vezes, eficácia se liga à ideia de validade formal territorial das normas, por vezes, ao aspecto de aplicação e recepção prática. De outro lado, a efetividade também pode ser concebida como mecanismo de se aferir a real recepção das normas.

1.1 O PROCEDIMENTO DE RATIFICAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS PELO BRASIL E O STATUS NORMATIVO DAS CONVENÇÕES

Nunes explica que os tratados internacionais, para serem celebrados e possuírem vigência em âmbito geral, passam por diversas fases formais, tais como a negociação, a assinatura, a ratificação, promulgação e publicação.⁶

Concebe-se como tratado todo acordo de vontade escrito entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, com abrangência determinada pela Convenção de Viena, divididos em duas espécies, o tratado aberto, que permite a entrada de outros membros e o tratado fechado, no qual não é permitida a adesão de outros sujeitos.⁷

Já as convenções não são subscritas pelos representantes dos países, são autenticadas pelo presidente da Conferência e depois aprovadas por 2/3 dos representantes estendendo-se aos Estados-Membros.⁸

Especificamente no Direito Internacional do Trabalho predominam as convenções abertas, com conteúdo uniforme e protetivo ao trabalho, como enfatiza Vólia Bomfim Cassar:

que a finalidade dessas convenções é a de “uniformizar os direitos sociais entre os múltiplos países e organismos internacionais, para garantir, de forma holística, um mínimo existencial e, com isso, assegurar vantagens trabalhistas mínimas, impedindo a redução dessas garantias, sob o

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 424.

⁶ NUNES, R. *Op. Cit.* p. 132.

⁷ BARROS, A. M. *Op. Cit.* p. 91.

⁸ *Idem.*

argumento da necessária diminuição dos custos empresariais, para maior concorrência no mercado internacional⁹

Luciano Martinez ainda complementa explicando que a convenção é um tratado internacional que, como qualquer outro documento, exige ratificação para fins de exigibilidade. Por meio de tais convênios, são fixados referenciais, princípios e comportamentos mínimos que devem ser observados pela legislação interna pelos Estados-Membros, gerando dupla obrigação para estes: 1) cumprir e aplicar as disposições neles insertas; e 2) aceitar os mecanismos de supervisão e controle internacional, segundo procedimentos adotados pela própria OIT.¹⁰

Logo, finda a Conferência que aprova uma norma internacional do trabalho, inicia-se o processo de submissão às autoridades nacionais competentes de cada um dos Estados-Membros, para se manifestem sobre a conveniência ou não em se ratificar a norma internacional, sendo que após a comunicação ao Escritório Internacional do Trabalho, o processo de ratificação da convenção deve ocorrer dentro dos próximos doze meses.¹¹

Assim, para que essas convenções possam ser aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro precisam ser incorporadas na legislação interna, pois o Brasil, pelo entendimento majoritário, adota a teoria monista,

De acordo com Cassar, a depender de qual teoria se adote, pode se alterar a posição hierárquica dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, ou seja, há uma dificuldade em se saber se o direito internacional público e o interno são dois ordenamentos independentes (dualista) ou se são dois ramos de um mesmo sistema jurídico (monista).¹²

A teoria dualista, que foi defendida por Carl Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti, pregava que a ordem jurídica interna e o direito internacional seriam dois sistemas rigorosamente independentes e juridicamente autônomos, de modo que a validade de uma norma doméstica não se condicionaria à sua sintonia com a ordem internacional.¹³

Celso D. de Albuquerque Mello aponta que o estudo de Heinrich Triepel foi o primeiro sobre a matéria, enfatizando que essa independência decorre de três

⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 81.

¹⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80.

¹¹ *Idem*.

¹² CASSAR, V. B. *Op. Cit.* p. 81.

¹³ *Ibidem*. p. 82.

diferenças existentes nas ordens jurídicas. A primeira seria o fato de que na ordem internacional o Estado é o único sujeito de direito enquanto que na ordem interna o homem também é sujeito de direito.¹⁴

A segunda diferença é que o direito interno é resultado da vontade de um Estado, enquanto que o direito internacional tem como fonte a vontade coletiva dos Estados, que é manifestada nos tratados. E, por fim, a terceira diferença é que a estrutura da ordem jurídica interna está pautada num sistema de subordinação enquanto que a ordem jurídica internacional pauta-se na coordenação, pois é a comunidade internacional uma sociedade paritária.¹⁵

Porém, a corrente dualista, apesar de seguida por vários países e autores italianos, foi muito criticada, por várias razões, destacadas por Mello:

a) o homem também é sujeito internacional, uma vez que tem direitos e deveres outorgados pela ordem internacional; b) o direito não é produto da vontade nem de um Estado, nem de vários Estados. O voluntarismo é insuficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional; c) Kelsen observa que coordenar é subordinar a uma terceira ordem; assim sendo, a diferença entre as duas ordens não é de natureza, mas de estrutura, isto é, uma simples “diferença de grau”; d) o DI consuetudinário é normalmente aplicado pelos tribunais internos sem que haja qualquer transformação ou incorporação; e) quanto à escola italiana, que sustenta que o DI dirige apenas ao Estado e não ao seu direito interno, podemos endossar a opinião de Rolando Quadri, que observa não ser “possível dissociar o Estado do seu ordenamento”; f) pode-se acrescentar a observação de P. Paone de que o dualismo no DI está sempre ligado à sua concepção como sistema privatístico.¹⁶

De outro lado, defensor da teoria monista, Hans Kelsen afirma que:

dois complexos de normas do tipo dinâmico, como o ordenamento jurídico internacional e um ordenamento jurídico estadual, podem formar um sistema unitário tal que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, porque contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade. A norma fundamental do ordenamento superior é, neste caso, também o fundamento de validade do ordenamento inferior¹⁷

Assim, na hipótese de conflitos entre as normas, Kelsen propunha que a solução seria a supremacia de uma ordem normativa sobre a outra, dando-se

¹⁴MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 109.

¹⁵*Ibidem*. p. 109-110.

¹⁶*Ibidem*. p. 110-111.

¹⁷KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.p. 369.

preferência de que a norma do direito internacional fosse a superior e a norma interna, a submissa, evitando-se assim, a permanência de conflitos entre normas internas e internacionais.

Mello também critica a teoria monista com primazia do direito interno, afirmando que tal teoria nega a existência do próprio direito internacional como um direito autônomo, independente, reduzindo-o a um simples direito estatal.¹⁸

Enfatiza ainda que se a validade dos tratados internacionais dependesse das normas constitucionais que estabelecem o seu modo de conclusão, toda modificação na ordem constitucional por um processo revolucionário deveria acarretar a caducidade de todos os tratados concluídos na vigência do regime anterior.¹⁹

Para Mello, deve prevalecer a teoria monista com primazia do direito internacional, utilizando-se como principal argumento de que “uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um “processo” de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo;”²⁰

A questão, portanto, se resume em definir se prevalece a teoria monista ou dualista em relação as ordens jurídicas, de modo que a teoria monista não há independência, mas interdependência entre as normas interna e internacional, já para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas seriam independentes.²¹ E ainda, definir em quais parâmetros tal teoria seria aplicável no Brasil.

Esclarece Arnaldo Sussekind que, ainda que se utilize a teoria monista, seria prudente que a aplicação das normas ratificadas pelo Estado sejam regulamentadas por normas – leis ou regulamentos – internas destinados a torná-los executáveis. “É que o tratado, sobretudo o que dispõe sobre direitos do cidadão, nem sempre é self-executing.”²²

Dentre tais teorias, ainda surgiram várias teorias denominadas “teorias conciliadoras” entre a monista e a dualista. Porém, tais teorias acabam por afirmar a

¹⁸ MELLO, C. D. A. *Op. Cit.* p. 110.

¹⁹ *Ibidem*, p. 111.

²⁰ *Ibidem*, p. 112.

²¹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 63.

²² *Ibidem*. p. 64.

primazia do direito internacional ao admitirem a responsabilidade internacional do Estado quando o seu direito interno viola a ordem jurídica internacional.²³

Cassar enfatiza que no Brasil essas teorias monista e dualista tiveram outras vertentes, com defensores de uma corrente dualista extremada e outra moderada, bem como um monismo radical e outro relativizado.²⁴

“O dualismo extremado defende a necessidade de edição de lei para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional, o que não ocorre na prática brasileira.”²⁵ Já o moderado dispensa a necessidade de edição da lei, porém, requer um procedimento formal de internalização.

No outro vértice, para a autora, a teoria monista extremada defende a existência de um único sistema jurídico, no qual um deles seria superior ao outro, ou o internacional ou o nacional. E por fim a teoria monista relativizada defende a equiparação entre os dois sistemas jurídicos normativos.²⁶

Cassar, entretanto, afirma que o Supremo Tribunal Federal adota o sistema monista nacionalista, qual seja, de que a Constituição Federal possui supremacia sobre os tratados e convenções internacionais.²⁷ Enfatiza-se, porém, que tal discussão diz respeito genericamente aos tratados e convenções internacionais, sem enfoque aos que versem sobre direitos humanos, ainda.

Para se entender qual teoria é aplicada no Brasil, portanto, deve-se analisar o procedimento quanto à ratificação, que é um ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno.

Diante dessa obrigatoriedade de incorporação do direito internacional no direito interno é que Mello afirma que a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria dualista.²⁸

Flávia Piovesan explica que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 84, VIII, determina que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. E, por sua vez, o art. 49 prevê que é do Congresso Nacional a

²³MELLO, C. D. A. *Op. Cit.* p. 112.

²⁴CASSAR, V. B. *Op. Cit.* p. 82-83.

²⁵*Ibidem.* p. 83.

²⁶*Ibidem.* p. 84.

²⁷*Ibidem.* p. 88.

²⁸MELLO, C. D. A. *Op. Cit.* p. 119.

competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.²⁹

Trata-se, portanto, de um ato complexo, que envolve a vontade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, sendo que o primeiro celebra o acordo internacional e o segundo aprova mediante decreto legislativo.

De acordo com Sussekind, o Decreto de Promulgação é “adotado em nosso país desde o Império, é condição essencial para a eficácia jurídica da convenção no território nacional, pois a lei, e obviamente o tratado normativo, só vige entre nós depois de oficialmente publicada.”³⁰

Esse processo de aprovação do tratado internacional pelo Congresso sofreu recente alteração ao texto constitucional, trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º ao art. 5º da CF, conferindo novo status constitucional às normas de direitos humanos:

Art. 5º (...)

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em decorrência dessa alteração textual, várias discussões surgiram no que se refere à hierarquia das normas do direito brasileiro. A primeira diz respeito à submissão ou não das emendas constitucionais ao controle de constitucionalidade. E outra ainda mais relevante, trata-se sobre a análise hierárquica das normas de direito internacional que versem sobre direitos humanos no contexto sistemático que tem como centro a dignidade da pessoa humana.

Ou seja, resolver um conflito entre normas de direito interno e internacional que tenham como fundamento os direitos humanos requer uma ponderação sobre o aspecto formal de ratificação previsto na Constituição Federal, mas principalmente sobre o critério material, de conteúdo normativo, com proteção à pessoa humana.

Em sentido mais formalista, Francisco Rezek defende a paridade entre normas de direito internacional que tutelem direitos humanos e a ordem constitucional interna, fundamentando-se no art. 49, I combinado com art. 84, VIII da Constituição da República, afirmando que “o caráter especial vem a justificar o

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 104.

³⁰ SUSSEKIND, A. *Op. Cit.* p. 73.

status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos”³¹

Sussekind afirma que nas raras hipóteses de conflito entre norma interna e internacional, esta perderá a eficácia se a norma internacional entrar em conflito com a norma constitucional, devendo prevalecer sempre a Constituição.³²

É a tendência que se observa considerando as decisões do Supremo Tribunal Federal, de modo que Pedro Lenza afirma que

deverão surgir duas espécies do gênero tratados e convenções internacionais: a) aqueles sobre direitos humanos e b) aqueles que não tratam sobre direitos humanos. Os primeiros se dividem em a.1) tratados sobre direitos humanos aprovados pelo quórum e observância de turnos das emendas constitucionais, tendo a equivalência destas; e a.2) os que não seguiram essa formalidade, sendo, segundo o STF, supralegais.³³

Já Piovesan preceitua que a definição quanto à hierarquia entre as normas de direito internacional de direitos humanos e o ordenamento jurídico interno depende do princípio da norma mais favorável, cujo valor central é a dignidade da pessoa humana, valor fundamental do sistema constitucional.³⁴

Para Piovesan, há quatro correntes doutrinárias acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que se posicionam: “a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.”³⁵

Assim, a hierarquia é extraída do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, de modo que todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade.³⁶

Enfatiza ainda que a exigência do quórum qualificado é apenas para garantir um status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos sob o aspecto formal, pois “na hermenêutica emancipatória dos direitos há que se imperar

³¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

³² SUSSEKIND, A. *Op. Cit.* p. 74.

³³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 555

³⁴ PIOVESAN, F. *Op. Cit.* p. 120.

³⁵ *Ibidem.* p. 127.

³⁶ *Ibidem.* p. 128.

uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana”.³⁷

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado afirma que “a alteração interpretativa deve ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso.”³⁸ Ou seja, havendo um conflito aparente entre regras internacionais e regras jurídicas internas, deve prevalecer a regra e interpretação mais favoráveis à pessoa humana à quem se destina a tutela, enfatizando-se o princípio do não retrocesso, inerente aos Direitos Humanos.³⁹

Para Piovesan, portanto, é possível que o sistema brasileiro albergue tratados de direitos humanos recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e conteúdo essencialmente constitucional, ou seja, apenas materialmente constitucionais e os tratados que, além da recepção de conteúdo materialmente constitucional, foram aderidos formalmente à Constituição Federal, pelo quórum de sua aprovação.⁴⁰

A consequência de tal diferenciação é que os “tratados apenas materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.”⁴¹

De forma semelhante, albergando-se no art. 5º, §2º, da CF, Luiz Eduardo Gunther afirma que os tratados que assegurem direitos e garantias individuais firmados pelo Brasil estão em nível constitucional. “Significa dizer que hierarquia não há entre direitos e garantias oriundos de tratados e daqueles provenientes das normas constitucionais, o que se pode ilair da própria Constituição.”⁴²

Esse entendimento mais moderno pressupõe que uma norma internacional que tenha como conteúdo direitos e garantias individuais do homem, independentemente de ratificação formal, trata-se de fonte material de direito e deve ter status constitucional em decorrência da sua temática. Porém, tal norma poderia ser objeto de denúncia.

³⁷ PIOVESAN, F. *Op. Cit.* p. 128.

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 154.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ PIOVESAN, F. *Op. Cit.* p. 139.

⁴¹ *Idem.*

⁴² GUNTHER, Luiz Eduardo. *Normas da OIT e Direito Interno*. Curitiba: (s. n.), 2000. Dissertação. 272 p. Curitiba. Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. p. 235.

1.2 DIPLOMAS JURÍDICOS E NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO

No século XX, “a constitucionalização e a internacionalização dos direitos sociais, e dentro destes os trabalhistas, se configuram e consolidam.”⁴³ A partir de então, de acordo com Héctor-Hugo Barbagelata, o direito do trabalho tentou instaurar uma espécie de progresso universal e contínuo na legislação trabalhista e da previdência.⁴⁴

Barbagelata destaca ainda que “a Grande Guerra, com os enormes sacrifícios exigidos às populações de um grande número de países, proporcionou a seu modo, a recepção das exigências pelos congressos sindicais.”⁴⁵

Foi por meio da Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores, nas Conferências de Berna a partir de 1914 que se evidenciou a necessidade de que o Tratado da Paz deveria consubstanciar os princípios fundamentais de proteção ao trabalho humano e que a opinião mundial estava conscientizada sobre a necessidade de criação de uma entidade com atribuições próprias referente à internacionalização das normas de direito do trabalho.⁴⁶

A Organização Internacional do Trabalho foi criada pelo Tratado de Versalhes, em 1919, com a missão de padronizar as condições sociais de trabalho em âmbito internacional que, de acordo com Gunther, “era algo que os reformadores de classe média, os partidos e os sindicatos de esquerda queriam havia muito tempo.”⁴⁷

De acordo com o preâmbulo de Constituição da OIT, o objetivo precípua da sua criação é contribuir para a paz social com base na justiça social. Barbagelata menciona que, em seu texto original constava que a Sociedade das Nações tinha por objetivo estabelecer a paz universal sob as novas condições que se procurava instaurar. Já a nova redação prevê que a paz universal e permanente só pode ser embasada na justiça social.⁴⁸

⁴³ BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *A evolução do pensamento do Direito do Trabalho*. Trad. Sidnei Machado. São Paulo: LTr, 2012. p. 86.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Ibidem*.p. 89.

⁴⁶ SUSSEKIND, A. *Op. Cit.* p. 99.

⁴⁷ GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.p. 33.

⁴⁸ BARBAGELATA, H. V. *Op. Cit.* p. 91.

Como as condições humanas de trabalho se mostram como a base da questão social mundial, sem dúvidas, a criação da OIT foi essencial para consolidar que o trabalho não se trata de mera mercadoria e reafirmar a dignidade da pessoa humana.

Gunther destaca o preâmbulo da Parte XIII do Tratado de Versalhes, que trouxe as razões fundamentais de criação da Organização Internacional do Trabalho:

- a) a Sociedade das Nações tem por objetivo a paz universal, porém tal paz pode unicamente basear-se na justiça social;
- b) existem no mundo condições de trabalho que implicam, para grande número de pessoas, a injustiça e a miséria, situações que põem em perigo a paz e a harmonia universais, pelo que é urgente melhorar as condições de trabalho;
- c) a não observância por uma nação qualquer de um regime de trabalho realmente humano, é um obstáculo aos esforços dos povos desejosos de melhorar as condições de vida de seus trabalhadores.⁴⁹

Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schimidt também enfatiza que a Constituição da OIT é o seu principal diploma jurídico, dotada de 40 artigos e datada de 1919, já sofreu emendas e disciplina a organização da OIT, seu funcionamento, além da elaboração, da adoção, da aplicação e do controle das normas internacionais do trabalho.⁵⁰

Sérgio Pinto Martins destaca que “o estudo do Direito Internacional do Trabalho passa a assumir especial importância com o Tratado de Versalhes, de 1919. (...) É composta de três órgãos: a Conferência ou Assembleia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.”⁵¹

A Conferência se trata do órgão deliberativo, que se reúne anualmente em Genebra para discutir temas sobre o direito do trabalho, adotando novas normas e revisando as existentes, bem como para aprovar políticas gerais, programas de trabalho e orçamento da OIT.⁵²

Esclarece Amauri Mascaro Nascimento, que é o Conselho de Administração que exerce a função executiva. Trata-se de um órgão tripartite, composto de

⁴⁹ GUNTHER, L. E. *A OIT...* p. 35.

⁵⁰ SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. *Breves Anotações sobre as Convenções Fundamentais da OIT*. No Prelo.p. 1.

⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p. 77.

⁵² MARTINEZ, L. *Op. Cit.* p. 79

representantes governamentais, dos empregadores e dos empregados, responsável pela elaboração e pelo controle das políticas e programas da OIT.⁵³

Gunther enfatiza que o “tripartismo é a base institucional da OIT”. Significa que os representantes governamentais, de empregadores e de trabalhadores participarão dos planos e programas de modo isonômico, viabilizando a aplicação prática dos seus acordos.⁵⁴

A Repartição Internacional do Trabalho assegura o funcionamento dos respectivos serviços técnicos e burocráticos, mantendo-se, para tanto, delegações permanentes por todo mundo, ou seja, descentralizando determinadas atividades em vários domínios.⁵⁵

A Conferência Internacional do Trabalho pode adotar diferentes atos, sem cunho normativo, a depender do objetivo e natureza. Bem explica Gunther que esses atos são adotados

para responder a questões surgidas em seu seio e que justifiquem a sua intervenção. Esses outros atos melhor se adaptam a problemas que se propõem a enfrentar e que podem não justificar, ou não justificam, ainda, seja aprovada uma Convenção ou, mesmo, uma Recomendação a respeito. Denominam-se esses atos de Declarações ou de Resoluções, de alcance atualmente pouco preciso.⁵⁶

Observa-se, portanto, que as Resoluções possuem objetivo de orientação, são pautas valiosas que se destinam a orientar os Estados e a OIT, sobre matéria de sua competência, bem como algumas servem como princípios para os órgãos de fiscalização da OIT.⁵⁷

Essas Resoluções podem se dar no âmbito interno da OIT, que se denominam atos auto normativos, aprovados pela Conferência Internacional do Trabalho quem quórum simples, são juridicamente vinculantes internamente, sendo desnecessário o consentimento dos Estados membros, dizem respeito ao funcionamento da própria entidade.⁵⁸

E ainda tem-se as Resoluções Externas da OIT, classificadas assim pelo critério da exclusão, todas aquelas que não se revestirem de conteúdo normativo de

⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 . p. 95

⁵⁴ GUNTHER, L. E. *A OIT...* p. 42.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 46.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 54.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

regulação interna. “Constituem fontes de direito internacional, dependendo de reconhecimento formal, sendo instrumentos capazes de gerar certas obrigações aos Estados-membros, conforme estabelecido no tratado constitutivo da entidade”.⁵⁹

Já as Declarações da OIT contribuem para a geração dos princípios gerais do direito, como a Declaração de Filadélfia (1944) sobre os fins e objetivos da OIT e a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1988).⁶⁰

Schmidt afirma que a Declaração de Filadélfia encontra-se anexa à Constituição da OIT, tendo revisado seus primordiais princípios, tais como:

- a) o trabalho não é uma mercadoria;
- b) a liberdade de expressão e de associação é essencial para o progresso constante;
- c) a pobreza, em qualquer lugar, constitui um perigo para a prosperidade de todos;
- d) a luta contra a necessidade deve prosseguir-se com incessante energia em cada nação e mediante um esforço internacional contínuo e concertado, no qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, cooperando em pé de igualdade com aqueles dos governos, participem de livres discussões e decisões de caráter democrático, para promover o bem comum.⁶¹

Entretanto, tais atos, embora decorrentes da Conferência Internacional do Trabalho, não se afiguram como normas formais do Direito Internacional, em decorrência da ausência de previsão normativa em sua constituição sobre o alcance e efeitos dessas regras.

Assim, considerando o importante conteúdo desses atos, bem como normalmente resultam de destacados debates na Conferência, Gunther afirma a necessidade de alteração do art. 19 da Constituição da OIT, para conferir formalmente status e reconhecimento como norma internacional do trabalho.⁶²

⁵⁹ GUNTHER, L. E. *A OIT...* p. 55.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ SCHMIDT, M. H. F. M. *Op. Cit.* p. 2.

⁶² GUNTHER, L. E. *A OIT...* p. 55.

1.3 AS CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A elaboração de normas internacionais do trabalho é a primordial função da OIT, as quais se materializam nas Convenções e Recomendações editadas após aprovação na Conferência Internacional do Trabalho.

Schmidt nomina tais normas como “instrumentos promocionais”, considerando o impacto que podem causar em termos de progresso econômico e social aos Estados membros.⁶³

No que se refere à estrutura normativa da OIT, as propostas de convenções e recomendações são levadas à discussão e deliberação da Conferência Internacional do Trabalho e que para sejam aceitas são necessários dois terços dos votos presentes, quando então o Diretor-Geral da Repartição remete a cada um dos Estados-Membros uma cópia do instrumento normativo.⁶⁴

Desde logo é prudente esclarecer que as recomendações possuem papel acessório às convenções. Dentre suas características, destaca-se que i) contribui para a criação de uma consciência comum para que posteriormente se adote uma convenção a respeito dessa matéria; ii) serve de complemento à convenção, porém, sem seu caráter obrigatório; e iii) quando há diversidade de casos, bem como as práticas variam entre os países, impossibilitando a criação de uma norma vinculativa padronizada, as recomendações servem como parâmetros para a legislação local sobre referida matéria.⁶⁵

A professora Schmidt confere uma definição plena às recomendações, como se observa:

Já as recomendações – em número de 198 – prescindem de ratificação, simplesmente orientando a política, a legislação ou a prática nacionais. Podem elas abarcar em si determinado tema (por exemplo, em matéria de cooperativismo, não existindo Convenção a respeito, as Recomendações 127 ou 193 se completam) ou complementar/precisar disposições de Convenção (por exemplo, a Recomendação 35, em relação à Convenção 29, ambas sobre o trabalho forçado).⁶⁶

⁶³SCHMIDT, M. H.F. M. *Op. Cit.* p. 4.

⁶⁴SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 21.

⁶⁵GUNTHER, L. E. *A OIT...* p. 50-51.

⁶⁶SCHMIDT, M. H. F. M. *Op. Cit.* p. 5.

A adoção de uma norma internacional do trabalho cria obrigações tanto para a OIT quanto para os Estados membros, pois cada um deles deve submeter às autoridades nacionais todas as Convenções e todas as Recomendações adotadas, com vistas à ratificação das primeiras.

Em decorrência de tal ratificação, a OIT examinará o cumprimento das obrigações dos Estados e garantirá a aplicação de referidas normas por meio de um sistema de controle aperfeiçoado e integrado por especialistas independentes.

Já com relação às convenções especificamente, Nascimento as define como:

normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais.⁶⁷

A iniciativa para a convenção é diversa, pode partir de um Estado-Membro da OIT, de uma organização sindical, de uma Conferência Regional ou outra possibilidade.⁶⁸

É importante destacar que cada um dos Estados-Membros deve submeter a convenção à aprovação da autoridade competente no prazo máximo de um ano a contar do encerramento da sessão da Conferência.⁶⁹

Além de ser criada a norma jurídica internacional, devidamente aprovada pela Conferência Internacional e, após a ratificação da convenção, cada Estado-membro “se compromete a submeter-se a ele, nascendo desde esse momento a obrigatoriedade da norma, contanto que se tenham cumprido as condições estipuladas no ato-regra.”⁷⁰

Esclarece-se que, conforme já abordado, a ratificação é o ato formal por meio do qual cada Estado-membro decide adotar uma convenção internacional, incorporando-a ao seu ordenamento jurídico interno.

Após ratificada, a OIT exerce controle sobre o cumprimento das convenções, de modo que os Estados devem apresentar um relatório sobre as medidas adotadas no sentido de executar as disposições nela contidas.⁷¹

⁶⁷ NASCIMENTO, A. M. *Op. Cit.* p. 97.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ GUNTHER, L. E. *A OIT...*p. 49.

⁷⁰ RODRIGUES, Américo Plá *apud* GUNTHER, L. G. *Normas...*p. 50.

⁷¹ NASCIMENTO, A. M. *Op. Cit.* p. 98.

Tal controle de relatórios é realizado principalmente pela Comissão de Peritos, que se trata de um órgão permanente, cuja função primordial é apurar se os atos normativos da OIT foram objeto de adequada atenção pelos Estados-membros, ou seja, se observaram as obrigações de comportamento que lhe são exigidos.⁷²

Gunther ainda destaca que o controle quanto ao cumprimento das normas editadas pela OIT pode ser feito por meio de queixas e reclamações pelas organizações profissionais de trabalhadores ou associação patronal.⁷³

Não se deve confundir as convenções aprovadas pela OIT com as Recomendações. As primeiras são instrumentos que criam obrigações jurídicas ao serem ratificadas e, portanto, constituem autênticas fontes formais de direito. Já as recomendações não são ratificadas, pois apenas sinalizam pautas para orientar a ação nacional e para a legislação e prática nacionais, de modo que atuam apenas como fontes materiais de direito no ordenamento brasileiro.⁷⁴

Sussekind ainda esclarece que mesmo as convenções não ratificadas pelos países-membros se tratam de fonte material de direito, pois ainda assim servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa nacional.⁷⁵

Já as convenções ratificadas, de acordo com Gunther, “constituem os respectivos estados na obrigação de as aplicar, conformando a sua legislação e prática aos princípios nela constantes, ficando tal aplicação sujeito a controle”⁷⁶, controle há pouco enfatizado.

Com relação ao objeto das convenções, de um modo geral, versam sobre os direitos fundamentais do trabalhador, sobre a política social global, o desenvolvimento dos recursos humanos, as relações coletivas e individuais do trabalho, condições gerais e especiais para o trabalho, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho, sobre trabalho do menor, da mulher, sobre seguridade social, igualdade de direitos, regulamentações profissionais, trabalhador imigrante e administração do trabalho.⁷⁷

Celso D. de Albuquerque Mello aponta as seguintes características das convenções:

⁷² GUNTHER, L. E. *A OIT...*p. 57.

⁷³ *Ibidem.* p. 58..

⁷⁴ *Ibidem.*, p. 51.

⁷⁵ SUSSEKIND, A. *Direito Internacional...*p. 181.

⁷⁶ GUNTHER, L. E.. *Normas ...*p. 120.

⁷⁷ SUSSEKIND, A. *Direito Internacional...* p. 192.

a) são dotadas de uma instituição. Elas não são precedidas de negociações diplomáticas, mas de uma discussão no meio de assembleia que é semelhante aos parlamentos; b) a Conferência Internacional tem uma representação tripartite; c) as convenções e recomendações são aprovadas por 2/3 e devem ser submetidas às autoridades nacionais competentes no prazo de 12 a 18 meses; d) Scalle afirmava que as convenções não tinham aspecto contratual, mas que eram “bis internacionais”. As convenções são textos “quase legislativos” ou “pré-legislativos”, como tem sido afirmado; e) as convenções e recomendações formam o Código Internacional do Trabalho; f) as normas são elaboradas com flexibilidade e podem levar em consideração as diferenças de condições econômicas; g) há variedade nos métodos de aplicação; h) às vezes as convenções têm alternativas; i) às vezes permitem derrogações temporárias; j) a recomendação é feita quando não há condições para a convenção; k) as línguas para as convenções são francês e inglês.⁷⁸

Observa-se, portanto, que as convenções editadas pela OIT tem se mostrado excelentes iniciativas de uniformizar os direitos mínimos dos trabalhadores, cuja adesão e incorporação pelos Estados-membros é fundamental para garantir a eficácia dos direitos fundamentais dessa classe produtiva.

⁷⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Vol. II 12. ed. São Paulo: Renovar, 2000. p. 884.

2 A PROTEÇÃO AO TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 O PODER POTESTATIVO DO EMPREGADOR NAS DISPENSAS ARBITRÁRIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O empregador tem poder de direção sobre seus empregados que, por sua vez, têm o dever de obediência, podendo o empregador dirigir, fiscalizar e controlar a prestação de serviços e, inclusive, punir os seus subordinados.

Diante desse poder de direção, o empregador pode comandar, escolher e controlar os meios de produção em sua empresa. O poder de direção se desdobra em três modos: o poder diretivo, que se “constitui na capacidade do empregador em dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando os objetivos da empresa”; o poder disciplinar, que é o poder de impor punições; e o poder hierárquico ou de organização, podendo o empregador determinar a estrutura econômica e técnica de sua empresa⁷⁹.

Esses poderes decorrem da celebração do contrato de trabalho entre empregador e empregado, tendo em vista que o primeiro tem sob sua responsabilidade a organização e a disciplina do trabalho, características próprias do instituto da subordinação jurídica.

Ressalta-se que o poder disciplinar tem por finalidade a manutenção da ordem no ambiente de trabalho e se traduz na capacidade do empregador de aplicar sanções, que podem ser: advertência, suspensão e dispensa por justa causa. Nesse sentido, não se olvida que, de acordo com o direito brasileiro, o empregador detém o poder potestativo de dispensa do seu empregado.

Potestativo é aquele direito que não depende da anuência do destinatário. É uma espécie de direito subjetivo. O direito de rescindir de forma unilateral o contrato de trabalho enquadra-se, pois, nesse conceito.⁸⁰

Diante desse esclarecimento, tem-se que o termo “pedido de demissão” é errado, na medida em que o empregado não pede a demissão ao empregador, este

⁷⁹ CASSAR, V. B. *Op. Cit.* p. 266.

⁸⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na Legislação Trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: LTr, 2000.p. 165.

simplesmente se sujeita a vontade do empregado de demitir-se, sem necessidade de anuência por parte do empregador⁸¹, ou seja, ambas as partes possuem o direito potestativo de encerrar o contrato de trabalho.

Há quem defenda que, mesmo sendo a rescisão unilateral um direito subjetivo do tipo potestativo, o agente ao incorrer em abuso de direito torna o ato nulo e sujeito a reparação dos prejuízos eventualmente causados à parte prejudicada. Dessa forma, leciona Dallegrave Neto que “(...) o empregador que despedir o empregado sem que esteja presente em seu ato interesse legítimo subjacente, provocará abuso de direito de rescisão unilateral”⁸².

Esclarece ainda o autor que essa dispensa sem interesse legítimo não se confunde com a dispensa sem justa causa. Dessa forma, o direito potestativo não é absoluto, estando sujeito a limitações. Uma dessas limitações pode ser encontrada no sistema da Convenção nº 158 da OIT.

Ressalta Leonardo Wandelli, que a proibição da despedida abusiva não é antagônica ao reconhecimento do direito de despedir como potestativo, eis que, como salientado, este não é absoluto.⁸³

Além da abusividade inerente ao ato de dispensa arbitrária, há casos em que o direito potestativo do empregador é ainda mais abusivo, quando não é exercido de forma legítima ou quando exercido em desacordo com as leis.⁸⁴

Dentro desses limites, o empregador tem o direito potestativo de dispensar seus empregados, no entanto, salientando que “em nome da liberdade e autonomia da vontade estimulamos o desemprego, a miséria e a fome”.⁸⁵

Em relação ao direito potestativo do empregador, defende-se a ideia de que o empregado teria direito ao trabalho, decorrente do dever, socialmente imposto a todos, de trabalhar. O direito ao posto de trabalho é uma reivindicação dos trabalhadores, condizente com suas necessidades, bem como uma reação ao entendimento de que é dada absoluta liberdade ao empregador de terminar o

⁸¹ DALLEGRAVE NETO, J. A. *Op. Cit.* p. 165.

⁸² *Ibidem.* p. 166.

⁸³ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva: O Direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.* São Paulo: LTr, 2004.p. 333-337.

⁸⁴ *Ibidem.*p . 340.

⁸⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa.* Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: Malheiros Editores: 1996. p. 42.

contrato de trabalho quando assim o quiser, estimulado pela conduta liberal do Estado, que acentua a ideia de autonomia da vontade.⁸⁶

A Constituição Federal de 1988 consagrou o valor do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República, isso quer dizer que o Estado existe em função da pessoa humana, sendo sua finalidade precípua, não podendo ser utilizado como mero objeto para alcançar o querer alheio. Nesse diapasão, a empresa não pode se desenvolver desvinculada de sua função social de valorizar o trabalho e a dignidade humana.⁸⁷

Dinaura Godinho Pimentel Gomes afirma que o acesso ao trabalho é um direito fundamental, são suas as palavras:

Vive-se numa sociedade de trabalho e sem este não há possibilidade de ser satisfeito a maioria dos cidadãos o direito à vida com dignidade. Desse modo, o alcance dos apontados objetivos depende da atuação positiva, séria e transparente do Estado, de promoção, incentivo e planejamento, implantação de sérias políticas públicas, para se garantir e realizar o direito fundamental de acesso ao trabalho, os direitos dos empregados, além de se resguardar a manutenção das relações de emprego contra as despedidas arbitrárias, decorrendo daí a retaguarda de próprio regime democrático.⁸⁸

Para promoção da dignidade humana, faz-se necessário facilitar o acesso ao trabalho e, também, tornar efetiva a garantia à manutenção do emprego adquirido. No ordenamento vigente, assegura-se ao empregado somente o direito a receber uma indenização, o aviso prévio e outras verbas rescisórias. O mais importante que é manter o emprego, continua no arbítrio do empregador. Disso resulta insegurança ao empregado, refletindo na sua vida familiar e pessoal.⁸⁹

Defende Gomes que não é possível o exercício de direito potestativo pelo empregador, diante do disposto nos artigos 1º, inciso III e 170 da Constituição da República, que estabelecem a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional e objetivo da ordem econômica, para que se compatibilize valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.⁹⁰

⁸⁶ MANUS, P. P. T. *Op. Cit.* p. 43.

⁸⁷ RESENDE, Renato de Sousa. A Centralidade do Direito ao Trabalho e a Proteção Jurídica ao Emprego IN PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.p. 91.

⁸⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Dignidade da Pessoa Humana, no Mundo do Trabalho, à Luz da Constituição Federal de 1988 IN VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland *Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois: Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.p. 51.

⁸⁹ *Ibidem.* p. 59.

⁹⁰ *Ibidem.* p. 60.

O direito potestativo estaria, para a referida autora, incrustado na cultura brasileira, “ainda submetida aos reflexos de um sistema escravagista que perdurou, institucionalmente, até o ano de 1988”.

Wandelli ensina que todos os sistemas produzem vítimas, mas que não proporciona critério para afirmar que a negatividade proporcionada pela vítima seja produto de uma injustiça. Afirma o autor que isso é denominado “banalidade do mal”.⁹¹ Esclarece que o tema da banalização da despedida injusta se baseia no pensamento de *Hannah Arendt*, no que tange à banalização do mal no regime totalitarista nazista.

Pretende o autor explicar a simplicidade envolvida na proibição da dispensa arbitrária e, também, “a brutalidade da injustiça e os riscos que sua não coibição encerra”⁹² e o quanto isso se encontra institucionalizado e aceito plenamente pela sociedade.

Questiona Wandelli se o próprio sistema estabelece os critérios necessários para a proibição da dispensa arbitrária, e, nesse sentido, constata-se um silêncio da doutrina e jurisprudência a tal respeito. Afirma se tratar do “tema da descartabilidade das pessoas trabalhadoras pelo sistema, refletindo-se no interior do próprio sistema jurídico”. A banalização da dispensa injusta seria o processo de silenciamento das injustiças que se tornaram visíveis dentro do sistema.⁹³

Também Suguiimatsu defende a existência da banalização da dispensa sem justa causa, nos seguintes termos:

O contexto atual – de um modelo econômico precarizante, inspirado em ideias neoliberais – denuncia verdadeira banalização da despedida injusta, o que permite desencadear um processo de “vitimização do trabalhador” pelo abuso de direito do empregador. O predominante silêncio da jurisprudência e da doutrina trabalhistas quanto à coibição dessa forma de despedida reforça essa banalização (...)⁹⁴

A banalização envolve a diminuição da indignação diante de injustiças e, também, acaba por mobilizar pessoas a servirem na execução, tendo em vista que

⁹¹ WANDELLI, L. V. *Op. Cit.*, p. 88.

⁹² *Ibidem*. p. 91.

⁹³ *Ibidem*. p. 92.

⁹⁴ SUGUIMATSU, Marlente T. Fuverski. Relação de Emprego e (des)proteção Contra a Despedida Arbitrária ou sem Justa Causa: o art. 7º, I, da Constituição IN VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland. *Direito Constitucional do Trabalho Vinte anos Depois*: Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008. p. 178.

retira o lado trágico da injustiça. Dessa forma, um sistema que é extremamente injusto e desigual se passa por justo e serve de modelo que as empresas seguem.⁹⁵

Nessa mesma linha, os métodos pessoais de cada pessoa de tolerar o sofrimento no emprego, diante das pressões constantes por mais produtividade e diante das ameaças constantes de desemprego ou inadequação, produzem uma negação do sofrimento próprio e, conseqüentemente, do sofrimento alheio, o que gera uma tolerância e insensibilidade diante das injustiças que ocorrem no meio laboral. Essa insensibilidade acaba se tornando necessária para suportar as injustiças institucionalizadas pelas empresas.⁹⁶

A ameaça constante de demissão e de precarização das relações de emprego gera medo, o que reforça o ciclo de aceitação e ausência de indignação ante as injustiças, como o aumento do ritmo e a geração de condições insatisfatórias de trabalho, fazendo com que os empregados neguem seu próprio sofrimento como forma de sobrevivência no emprego.⁹⁷

Assim, concluindo suas ilações sobre o assunto, Wandelli destaca que, se o trabalho, mesmo que seja alienado, é a principal fonte de suporte de uma cidadania efetiva, o ato de rompimento da relação de emprego por ato do empregador é ainda mais relevante para um universo jurídico em que se tem constitucionalmente assegurados direitos fundamentais, do que a doutrina que concebe a dispensa apenas tendo em vista a existência ou não do poder patronal de dispensar.⁹⁸

Deve-se atentar que a relação empregatícia não é efêmera, tem uma pretensão de perdurar no tempo. O contrato de trabalho é, portanto, um contrato de trato sucessivo, que pressupõe uma vinculação que se prolonga.

Inicialmente essa questão era vista com ressalvas, diante da possibilidade de se entender o contrato de trabalho como uma forma de escravidão. Mais tarde, no entanto, a questão se inverteu, o perigo real passou a ser a insegurança no emprego, a estabilidade e não mais o risco de servidão, já que o desejo de segurança é um traço típico do homem contemporâneo expressado segurança social no século XX.⁹⁹

⁹⁵WANDELLI, L. V. *Op. Cit.* p. 95.

⁹⁶*Ibidem.* p. 100.

⁹⁷*Ibidem.*p. 105.

⁹⁸*Ibidem,* p. 125.

⁹⁹RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho.*3 ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000. p. 239.

Plá Rodriguez alerta para o fato de que tudo aquilo que contribui para a conservação da fonte de trabalho é um benefício para o trabalhador, para empresa e para a sociedade como um todo, pois aumenta o lucro e melhora o clima social das relações entre as partes.¹⁰⁰

O trabalhador tem uma preocupação muito grande com sua permanência no trabalho, com relação à sua estabilidade, pois a privação do trabalho significa, para a maioria, a privação de sua fonte de renda alimentar. Dessa forma, o trabalhador deseja que sua relação de trabalho tenha continuidade indefinida, por ser meio de sobrevivência sua e de sua família, e por proporcionar filiação à Previdência social e gozar dos benefícios oferecidos e para efeitos de aposentadoria.¹⁰¹

Martins leciona que “a manutenção do contrato de trabalho é, até mesmo, questão social do trabalhador, de subsistência”, de modo que:

Há necessidade da continuidade do contrato de trabalho para se interpretar sistematicamente os artigos 6º, 170 e 193 da Constituição. Não se trata apenas da garantia de emprego, do já conquistado, mas de que todos tenham a possibilidade de ter um emprego, num sentido amplo. O inciso IV, do artigo 7º da Lei Magna, ao tratar do salário mínimo, dispõe que este é destinado a atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família. Daí por que é preciso a continuidade da relação laboral como forma de subsistência do obreiro, de assegurar seu sustento próprio e também o de sua família. Traz a continuidade do contrato de trabalho a segurança econômica ao empregado, que pode contar com o pagamento de salário no curso do tempo e assumir prestações para o sustento de sua família.¹⁰²

Com as lições do supracitado autor, conclui-se que é de suma importância a continuidade do contrato de trabalho, tendo em vista ser necessária para que o empregado tenha uma segurança mínima, em sua vida e em seus gastos, a segurança de estar empregado e assim se manter ao longo do tempo, desde que cumpra suas funções e cumpra o contrato de trabalho.

Com a segurança do trabalhador em seu emprego, este passará a trabalhar mais tranquilo, e o empregador, ao longo do tempo, passa a contar com empregados cada vez mais experientes, conhecedores das técnicas da empresa e já treinados, não havendo necessidades de gastos pelo empregador com testes e treinamento de novas pessoas.¹⁰³

Prosseguindo em sua incursão sobre o assunto, destaca Martins:

¹⁰⁰ RODRIGUES. A. P. *Op. Cit.* p. 240.

¹⁰¹ MARTINS, Sergio Pinto. *A Continuidade do Contrato de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.p. 130.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Ibidem.* p. 138.

É desejável que o empregado permaneça no emprego até quando for possível, enquanto a empresa existir, pelas questões sociais que encerra. O desempregado também não paga contribuições à Previdência Social, tendo o Estado de despender recursos adicionais para sustentá-lo com base no seguro-desemprego, criando uma situação social, pois os ativos devem sustentar os inativos. Não compra o desempregado produtos, sendo que as empresas deixam de vendê-los e podem também dispensar seus empregados por falta de pedidos.¹⁰⁴

Assim, a manutenção do emprego, para o autor, é uma questão importante não só para o empregado, mas também para toda a sociedade. Isso ocorre, pois o Estado deixa de ter gastos com as pessoas desempregadas, que não contribuem para a Previdência Social, mas de seus benefícios desfrutam, e mantém a saúde do mercado, tendo em vista que, quanto mais pessoas empregadas houver, mais consumidores comprarão os produtos das empresas, e, conseqüentemente, haverá um maior consumo de seus produtos.

Desenvolvendo essa temática, Luiz de Pinto Pedreira da Silva aponta a posição doutrinária unânime em relação à importância do princípio da continuidade da relação de emprego, que tutela a tendência de permanência do contrato de trabalho:

Toda a doutrina está de acordo quanto à grande importância da continuidade, seja do ponto de vista jurídico ou do econômico-social. Ela é benéfica para ambos os sujeitos da relação empregatícia: para o trabalhador porque lhe proporciona segurança econômica, pois, como sabe que o contrato e, com ele, a conseqüente percepção de salário, durará, pode gozar de alguma tranquilidade quanto ao sustento seu e de sua família, assim como à permanência no ambiente de trabalho e no convívio com os seus colegas; ao empregador porque lhe possibilita dispor de mão de obra experimentada, evitando-lhe trabalho e despesas com recrutamento de novos empregados, o ensino de ofícios a este, formação profissional, treinamento (...).¹⁰⁵

Observa-se que diante dos benefícios trazidos por um contrato duradouro, algumas empresas atribuem um prêmio por fidelidade ou antiguidade aos empregados que estão a um longo tempo no serviço.

¹⁰⁴ MARTINS, S. P. *A continuidade...* p. 138.

¹⁰⁵ SILVA, Luiz de Pinto Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.p. 146.

A antiguidade é uma consequência importante do princípio da continuidade. É nela que a continuidade se concretiza. É a antiguidade a duração do serviço prestado a determinada empresa, configura-se em uma circunstância de fato.¹⁰⁶

Eneida Melo Correia de Araújo afirma tratar-se de um princípio universal do Direito do Trabalho, em razão do qual a regra é a celebração entre as partes de um contrato por prazo indeterminado, que trazem uma perspectiva de “continuidade, de inserção e de possibilidade de profissionalização do trabalhador”.¹⁰⁷

Importante ponderação a respeito do tema faz Araújo, nos seguintes termos:

Observe-se que o contrato de trabalho tem, como uma de suas características, o trato sucessivo, ou seja, não se esgotar em prestação única. E a continuidade das prestações das partes dá ensejo a uma situação de superioridade que um sujeito detém em relação ao outro, caracterizadora do poder diretivo do empregador (...) Ademais, a continuidade da relação jurídica atende aos postulados universais consagrados pelo Direito Internacional: o de direito ao emprego, o de dignidade do trabalhador e o de segurança.

Acrescente-se que o empregador também é beneficiado com a celebração de contrato sem determinação de prazo. O profissional mais antigo tende a produzir melhor e em maior quantidade. Por sua vez, a permanência no emprego conduz à formação de laços de ordem pessoal, capazes de atingir patamares mais amistosos nas diversas interrelações que se estabelecem no interior da empresa, entre empregado e empregador, entre os trabalhadores e entre esses e os representantes sindicais ou de comitês.¹⁰⁸

Constata-se que o principal fundamento do princípio da continuidade da relação de emprego é a proteção do empregado, tendo em vista que este depende de seu emprego para viver com dignidade e segurança, e tendo em vista que a indefinição de prazo traz benefícios para o empregado, para o empregador e para a sociedade como um todo.

¹⁰⁶ SILVA, L. P. P. *Op. Cit.* p. 158.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As Relações de Trabalho: uma perspectiva democrática*. São Paulo: LTr, 2003.p. 189.

¹⁰⁸ SILVA, L. P. D. *Op. cit.* p. 191.

2.2 REGRAS PARA A DISPENSA INDIVIDUAL E COLETIVA NA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

Não pretende a Convenção nº 158 da OIT estabelecer qualquer forma de estabilidade, que é uma qualidade adquirida pelo empregado pelo decurso do tempo, prestando serviço para um mesmo empregador.¹⁰⁹

Nas lições de Henrique: “o espírito da convenção funda-se, antes de mais nada, na manutenção do emprego, enquanto posto de serviço socialmente considerado; enquanto oferta de emprego”.¹¹⁰

Aduz o autor ainda que a estabilidade busca a garantia do emprego em âmbito individual, enquanto que a Convenção “está calcada no maior número possível de empregos”.¹¹¹

Renato de Souza Resende, por sua vez, defende que a proteção contra o desemprego deve ocorrer de duas formas: “com o alargamento do Direito do Trabalho àqueles que estão excluídos de sua proteção, e, por outro lado, assegurar àqueles que se encontram sob a égide da proteção social a sua permanência”.¹¹²

Essa proteção deve ocorrer pois o desemprego é maléfico e tem ampla repercussão social. Com isso, traz prejuízos individuais, familiares e sociais, repercutindo, inclusive, na criminalidade. Ainda, pois o trabalhador dispensado tem perda de sua capacidade produtiva com o passar do tempo e pode não conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho.¹¹³

O arbitrário não pode ser considerado como direito. No direito comum, a arbitrariedade, a concessão de direito potestativo a uma das partes em detrimento da outra, sempre gerou repúdio. Assim, a dispensa arbitrária se encontra nessa zona de repulsa.¹¹⁴

Comungando do mesmo entendimento, frisa Maciel:

Ora, a referida Convenção não proíbe a demissão, mas exige que ela seja justificada, e esse princípio da proteção ao emprego é consagrado, por ser o emprego um direito social que importa na impossibilidade de seu término

¹⁰⁹ HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Introdução IN VIANA, Marcio Túlio. *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996.p. 17.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 18.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² RESENDE, R. S. *Op. Cit.* p. 105.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ HENRIQUE, C. A. J. *Op. Cit.*, p. 18.

por arbítrio, vestígio de costumes usados por empresários de uma época que já passou.¹¹⁵

Deve-se entender que os enunciados da Convenção 158 não são engessados, cuja redação poderá ser adequada em cada país membro, desde que não haja alteração dos seus objetivos e preceitos maiores.

Dentre esses, observa-se inicialmente, no que diz respeito aos interesses individuais (dispensa única), que a convenção preserva os contratos por prazo determinado, de modo que os termos da convenção somente se aplicam aos contratos que não tenham predeterminação de término.

A mais significativa das alterações da referida convenção, que pretende-se frisar, é que flexibiliza justamente o caráter puramente potestativo da dispensa. O seu artigo quarto estabelece que

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.

Ou seja, a dispensa passaria a ser somente na modalidade motivada, mas não somente as causas motivadoras da justa causa, que são gravíssimas. Podendo decorrer da prática da atual necessidade da empresa de serviço qualificado.

Importante salientar que o artigo sétimo da referida convenção ainda estipula que, quando a dispensa for motivada em decorrência de comportamento ou desempenho do empregado, primeiramente deve-se dar à ele a oportunidade de se defender das acusações.

A convenção ainda preceitua que o empregado deve ter um tempo hábil para recorrer da sua dispensa a um tribunal neutro, como uma junta de arbitragem, cujo ônus da prova quanto aos fatos ensejadores da dispensa correriam por conta do empregador.

Henrique questiona qual seria o motivo de resistência pelos empresários a uma garantia de manutenção do emprego, se mantidas as condições que levaram à contratação, se, para o empregador, pouco importa quem presta a atividade, desde que se produza o resultado esperado.¹¹⁶

¹¹⁵ MACIEL, José Couto. *Comentários à Convenção 158 da OIT: Garantia no Emprego*. São Paulo: LTr: 1996, 2. ed. atual. p. 9.

¹¹⁶ HENRIQUE, C. A. J. *Op. Cit.* p. 18.

Vale transcrever as considerações de Henrique quanto à evidente desproporção que o direito potestativo de uma parte em detrimento da outra gera: “já se afirmou que o fato da dispensa de um empregado, numa empresa de médio porte, representaria uma perda mínima da força de trabalho, enquanto, sob a ótica do empregado, sua dispensa equivale à perda total do emprego”.¹¹⁷

Maciel afirma, com respaldo, que urge recuperar a figura do trabalhador, colocando a economia como meio e o homem como meta. A rotatividade da mão-de-obra não representa somente uma necessidade da empresa, mas muito mais do que isso. É, em si, uma negação do contrato que se lança no tempo. Com isso, a obtenção de um emprego não representa mais para o empregado uma segurança, pois, a qualquer momento, ele sabe que poderá ser dispensado.¹¹⁸

Assim, Henrique defende que o empregado passa a se tornar dependente, sob a ótica psicológica, do empregador, vendendo, dessa forma, não só a sua força de trabalho, mas a sua cidadania.¹¹⁹ Para esse autor:

A conduta empresarial sustenta-se, pois, numa escravidão mascarada onde paga-se menos do que se compra, não apenas no que se refere ao valor criado mas também em termos de liberdade do trabalhador. Compra-se a segurança da prestação do operário e a sua (do operário) insegurança.¹²⁰

Dessa forma, tem-se o direito potestativo do empregador em detrimento do empregado, a desproporcionalidade em conceder ao empregador a possibilidade de agir arbitrariamente, mas em tese dentro da legalidade, enquanto ao empregado só cabe torcer para manter seu emprego, gera uma forma de escravidão velada, em que o empregado é dependente do empregador, sem poder recorrer à Justiça por seus direitos enquanto o contrato de trabalho vige, sob pena de ser dispensado arbitrariamente.

A Convenção nº 158 retira do empregador esse direito potestativo de dispensar o empregado, sem, contudo, dele retirar qualquer parcela de seu poder diretivo. O empreendimento passa a ser visto no que tem de social, enquanto gerador de empregos.¹²¹

¹¹⁷ HENRIQUE, C. A. J. *Op. Cit.* p. 19.

¹¹⁸ MACIEL, J. C. *Op. Cit.* p. 11.

¹¹⁹ HENRIQUE, C. A. J. *Op. Cit.* p. 20.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *Idem.*

Mas novamente salienta-se que a Convenção nº 158 da OIT não tem o propósito de ressuscitar o antigo regime da estabilidade decenal nem desapropriar totalmente o empregador de seu poder empregatício. A sua finalidade seria a de introduzir certo equilíbrio de forças entre as partes, reduzindo as arbitrariedades que comumente acometem as relações empregatícias.¹²²

Importante ponderação fazem as autoras quanto ao benefício trazido pela Convenção em análise:

Em outras palavras, ao contrário do que insistem em afirmar os porta-vozes das elites empresariais, a Convenção leva o trabalhador a vestir-se com as roupas da empresa, exercendo suas atividades de tal forma que possa garantir a manutenção do posto de trabalho, apesar dos descabros e descomandos econômicos que possa praticar o empregador.¹²³

Constata-se que a Convenção nº 158 traz ao empregado uma tranquilidade de que poderá manter sua fonte de renda alimentar e, no entanto, não retirou do empregador seu poder diretivo, apenas seu poder arbitrário de dispensar.

Outro viés também importante da Convenção 158, da OIT diz respeito às dispensas coletivas, ou também denominada demissões em massa, “aquela cujo número de trabalhadores dispensados extrapola o parâmetro habitual de rotatividade de mão-de-obra da empresa”¹²⁴.

Tal diploma internacional, conforme já exposto, trouxe duas espécies de motivações para a dispensa de empregados, a primeira diz respeito às causas ligadas à pessoa do empregado, cujo comportamento é inadequado ou cujo desempenho é insuficiente. Outra possibilidade diz respeito à causas internas ou externas que impactam diretamente do sistema produtivo, obrigando a empresa a reajustá-la à nova situação econômica e, por consequência, importam na extinção de postos de trabalho.

Essas últimas circunstâncias podem gerar as denominadas dispensas coletivas, que dispõem de uma regulamentação específica na Convenção nº 158, da OIT, em seus artigos 13 e 14.

¹²² PIRES, Rosemary de Oliveira; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. *A globalização do desemprego: o “Ocupe Wall Street” (OWS), os protestos na Europa e o alerta da OIT*. In: Revista Trabalhista Direito e Processo. n. 40. Ano. 10. São Paulo: LTr, 2011. p. 156.

¹²³ *Ibidem*. p. 157

¹²⁴ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *As dispensas coletivas diante da Convenção OIT nº 158*. In: Revista de Direito do Trabalho. N. 94. São Paulo: LTr, 1996. p. 65.

Referidos dispositivos fixam a necessidade de comunicação prévia da empresa para a representação de trabalhadores, quanto à sua intenção de promover dispensas coletivas, em decorrência das suas dificuldades econômicas, ou ainda em face de reformas estruturais, tecnológicas ou análogas.¹²⁵

Disso deve resultar tratativas entre as partes para se tentar chegar a uma solução menos drástica aos trabalhadores, de modo a atender às expectativas, ainda que parcialmente, de ambas as partes (empregador e sindicato dos empregados).

Além da comunicação ao sindicato, tais dispositivos ainda preceituam a obrigatoriedade de se comunicar o Ministério do Trabalho, informando-lhe dados essenciais sobre a dispensa coletiva, como necessidade, prazo, duração, número de trabalhadores e à que categoria pertencem.

Nessa situação, a autoridade deve requisitar maiores informações, bem como mediar uma eventual negociação coletiva entre a empresa e o sindicato dos trabalhadores.¹²⁶

Mauad sintetiza o objetivo primordial da Convenção nº 158 no que diz respeito às dispensas coletivas:

A Convenção n. 158 tem o grande mérito de outorgar às partes envolvidas (empresas e sindicatos profissionais) maior responsabilidade quanto às dispensas coletivas de trabalhadores. Não se trata de problema específico da empresa, mas de toda a sociedade, em face da gravidade e das consequências que advêm deste mal de final de século chamado desemprego.¹²⁷

Gunther enfatiza que os Tribunais brasileiros, por ocasião da crise financeira em 2008, que ocasionou dispensas coletivas no Brasil, enfrentaram tal embate jurídico, destacando dois casos importantes.

Um deles, analisado pela 15ª Região e depois julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, reconheceu a distinção normativa entre as dispensas meramente individuais e as dispensas coletivas, sendo estas impactantes em campo social, econômico e familiar, ou seja, de maiores repercussões. Referido julgado firmou,

¹²⁵ MAUAD, M. J. L. *Op. Cit.* p. 67.

¹²⁶ *Ibidem.* p. 69.

¹²⁷ *Ibidem.* p. 73.

para o futuro, que serão nulas as dispensas que não prescindam de anterior e regular negociação coletiva.¹²⁸

Sem dúvidas, a Convenção Coletiva, também no que se refere às dispensas coletivas, é um excelente instrumento, devido à sua eficácia normativa, de combate aos abusos do poder econômico, da livre iniciativa e, primordialmente, do poder potestativo do empregador.

Conferir eficácia à Convenção nº 158 da OIT, portanto, é seguir em ruma à efetivação da democracia, à valorização do ser humano enquanto cidadão e de valorização do trabalho enquanto elemento vital à sociedade.

2.3 O DIREITO AO TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Direitos humanos são “o conjunto de direitos que torna possível a existência da pessoa humana e seu pleno desenvolvimento”¹²⁹ Seu papel é preservar a dignidade humana e torná-la valor supremo da vida social.¹³⁰

Para Vecchi, os direitos humanos são marcados pela historicidade, se configurando como:

(...) direitos históricos, fruto de lutas e conquistas da humanidade na busca pelo reconhecimento e proteção da pessoa humana em todas as situações em que possam estar presentes seja a opressão, seja a exclusão, o medo ou a discriminação, enfim, todas as formas e maneiras de vilipêndio ao ser humano.¹³¹

Piovesan leciona que os direitos humanos são reivindicações morais e, nessa qualidade, “nascem quando devem e podem nascer”¹³². Destaca a autora a historicidade dos referidos direitos e sua concepção contemporânea, fruto do

¹²⁸ GUNTHER. L. E. *A OIT...* p. 90.

¹²⁹ CORRÊA, Marcos José Gomes. *Direitos Humanos: Concepção e Fundamentos*. n PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Direitos Humanos: Fundamento, proteção e implementação*, vol2Curitiba:Juruá.p. 23.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹³¹ VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Contrato de Trabalho & Eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais de Primeira Geração*. Curitiba: Juruá, 2009.p. 149.

¹³² PIOVESAN, Flávia. *Direito ao Trabalho e Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional* IN PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.p. 4.

movimento no sentido de internacionalizar os direitos humanos, surgido no pós guerra como resposta às atrocidades do nazismo, que foi introduzida pela Declaração Universal de 1948 e confirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

No contexto de pós-guerra houve um esforço para reconstruir o valor da pessoa humana enquanto fonte do direito e tornar os direitos humanos “como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”. Tendo em vista ser questão de interesse internacional, fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deveria ficar restringida ao domínio do Estado.¹³³

Pode-se diferenciar o termo direitos humanos de direitos fundamentais, tendo em vista estarem ou não em uma ordem constitucional. Assim, diz-se que os direitos humanos são inalienáveis, tendo sua origem na natureza humana, não estando adstritos a uma ordem constitucional. E, por sua vez, os direitos fundamentais seriam aqueles direitos humanos positivados, em consonância comum a determinada ordem constitucional.¹³⁴

Portanto, direitos humanos são aqueles direitos históricos, aquelas reivindicações morais, que buscam a proteção da pessoa humana e a promoção de sua dignidade, fruto das lutas da humanidade em busca de proteção da pessoa humana pelo simples fato de sua condição de pessoa humana.

Concluindo suas ilações sobre a questão conceitual dos direitos humanos, afirma Vecchi: “(...) os direitos humanos são históricos, são exigências éticas, estão abertos à historicidade e são pré-positivos, embora busquem positividade nos ordenamentos jurídicos, bem como que são condição de legitimidade dos ordenamentos estatais (...)”¹³⁵.

A concepção contemporânea dos direitos humanos é marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Os direitos humanos seriam universais, pois a condição de pessoa humana é o único requisito para ser titular desses direitos e todas as pessoas possuem dignidade inerente, são dotadas de valor intrínseco. Seriam, ainda, indivisíveis, tendo em vista que são interdependentes.

¹³³ PIOVESAN, F. *Direito ao...* p. 4.

¹³⁴ VECCHI, I. D. *Op. Cit.* p. 151.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 156

Assim, quando um dos direitos econômicos, sociais e culturais é violado, os direitos civis e políticos também o são e vice-versa.¹³⁶

No entanto, Aranha questiona até que ponto é possível afirmar que os direitos humanos são universais sem implicar imposição unilateral da sociedade ocidental. O Direito, ao longo da história, esteve ao lado do mais forte. Assim, o direito seria um instrumento para disfarçar a relação entre o mais forte e o mais fraco, não sendo seu fundamento, portanto, a dignidade, mas sim a dominação.¹³⁷

Dessa forma, os direitos humanos buscam subverter a lógica acima descrita, para superar os mecanismos de dominação. Busca-se defender de forma ostensiva os mais fracos. Enquanto a dominação é fundamento do Direito, a dignidade é fundamento dos direitos humanos.¹³⁸

A afirmação dos direitos humanos fundamentais foi reforçada no plano internacional com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Seu artigo XXIII é de especial relevância ao tema ora em estudo, tendo em vista estabelecer que: “todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (...)”.¹³⁹

Tendo em vista as mudanças históricas pelas quais os direitos humanos fundamentais passaram ao longo dos anos, é possível afirmar a existência de pelo menos três gerações ou dimensões de direitos. No entanto, vale ressaltar que esses direitos não se alternam, mas são cumulativos e complementares.¹⁴⁰

Os direitos fundamentais se encontram em constante processo de transformação. A teoria dimensional dos direitos humanos fundamentais aponta para sua cumulatividade e complementaridade, mas também para sua unidade e indivisibilidade.¹⁴¹

Os direitos humanos de primeira dimensão são direitos do indivíduo frente ao Estado. São direitos de defesa, que estabelecem um limite à intervenção do Estado na esfera de autonomia individual. Assim, são direitos negativos, pois estabelecem

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direito ao...* p. 7.

¹³⁷ ARANHA, Guilherme Arruda. Direitos Humanos e Dignidade IN PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Direitos Humanos: Fundamento, proteção e implementação*, vol2. Curitiba: Juruá.p. 13.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹³⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*, 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.p. 59-60.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 54.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 55.

um não-fazer por parte do Estado. Alguns exemplos de direitos de primeira geração são o direito à vida, à liberdade, à propriedade, bem como as liberdades de expressão coletiva, oriundos da Revolução Industrial.¹⁴²

Na sequência, diante da constatação de que o simples não-fazer do Estado não era suficiente, foi a ele atribuído comportamento ativo na realização da justiça social. Os direitos de segunda dimensão tratam, pois, de outorgar ao indivíduo direitos a um fazer do Estado para realizar a justiça social. Englobam, além dos direitos positivos, as liberdades sociais. Assim, englobam mais do que apenas direitos de cunho prestacional. Os direitos dos trabalhadores, como direito às férias e limitação da jornada de trabalho, bem como a liberdade de sindicalização e o direito à greve são alguns exemplos de direitos dessa ordem.¹⁴³

Os direitos de terceira dimensão, ou direitos de solidariedade ou fraternidade, buscam a proteção de grupos humanos, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa, muitas vezes indefinida e indeterminável. São exemplos de direitos de terceira dimensão o direito à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, ao desenvolvimento, entre outros.¹⁴⁴

Essas três gerações de direitos humanos representam uma gama de conquistas da pessoa humana e são relacionadas ao lema da Revolução Francesa, ou seja, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade). No entanto, tendo em vista o caráter histórico desses direitos, novos direitos são tidos como essenciais e há autores que defendem outras gerações.¹⁴⁵

Nesse sentido é a lição de Sarlet, que alerta para a existência de uma tendência em se admitir uma quarta dimensão de direitos fundamentais.¹⁴⁶

Bonavides ensina que esses direitos correspondem “à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”. São eles: direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo.¹⁴⁷

A noção de direitos fundamentais é indissociável da noção de Constituição e Estado de Direito.

¹⁴²SARLET, I. W. *Op. Cit.* p. 55

¹⁴³*Ibidem.* p. 56

¹⁴⁴*Ibidem.* p. 58.

¹⁴⁵VECCHI, I. D. *Op. Cit.*, p. 158.

¹⁴⁶SARLET, I. W. *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁴⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 571.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagrou a íntima vinculação entre Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais ao estabelecer, em seu artigo 16, que uma sociedade em que a garantia dos direitos não fosse assegurada e a separação dos poderes não fosse determinada, seria uma sociedade sem Constituição. Assim, “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional”.¹⁴⁸

A questão dos direitos humanos no constitucionalismo do Brasil foi tratada pela primeira vez com a devida relevância na Constituição de 1988, que trouxe algumas inovações quanto ao tema.

Uma das inovações trazidas pela Constituição de 1988 foi a posição dos direitos fundamentais em seu texto, que estão expostos logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que é mais lógico, tendo em vista que os direitos fundamentais se perfazem em parâmetro hermenêutico e são os valores superiores da ordem constitucional e jurídica.¹⁴⁹

Outra inovação é a terminologia utilizada, substituindo o termo “direitos e garantias individuais” por “direitos e garantias fundamentais”, e, ainda, a reserva de capítulo próprio para tratar desses direitos.

Sarlet aduz que, possivelmente, a maior inovação é a disposição, no artigo 5º, § 1º da Constituição, de que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, deixando de ser normas meramente programáticas. Além disso, a inclusão desses direitos no rol de cláusulas pétreas, digna de nota.¹⁵⁰

Na divisão clássica dos direitos fundamentais, portanto, os direitos de defesa, na acepção de Robert Alexy, requerem uma abstenção do Estado frente à liberdade dos indivíduos, enquanto que os direitos prestacionais, assim denominados os direitos sociais, requerem a prática de atos concretos por parte do Poder Público.

Entretanto, Daniel Rosa Correia vislumbra um problema de eficácia das normas no que diz respeito à essa tradicional divisão, enfatizando que:

A discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais suscita duas ordens de questões. A primeira se circunscreve ao vácuo produzido nesta seara em razão de omissões legislativas e à dificuldade de combatê-la por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis (mandado de injunção,

¹⁴⁸ SARLET, I. W. *Op. Cit.* p. 70.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 79.

¹⁵⁰ *Idem*.

ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental). A segunda se refere à problemática encontrada na imposição judicial, ao administrador público, de obrigações tendentes a efetivar direitos fundamentais sociais.¹⁵¹

Assim, a concretização dos direitos ainda denominados tradicionalmente como prestacionais, além dos limites jurídicos impostos pelo princípio da separação dos poderes e pela discricionariedade administrativa, envolve problemas de natureza econômica que não se fazem presentes de maneira tão acentuada nos direitos de defesa.

Wandelli ensina, porém, que nem toda necessidade fundamental se reveste de natureza de direito fundamental, ou seja, nem só de necessidades básicas vivem os direitos fundamentais, em resumo:

Conclui-se, por tais razões, que a) nem todas as necessidades específicas podem ser imediatamente transladadas para o discurso jurídico na forma de direitos subjetivos, ao passo que b) nem todos os direitos fundamentais são expressões diretas de necessidades. Mas c) a normatividade jurídica se submete a um marco geral de satisfação ótima das necessidades. Bem assim, como consequência da assertiva anterior, d) uma necessidade que corresponda aos critérios já definidos atua como fundamento, *prima facie*, de sua exigibilidade jurídica, transferindo a carga argumentativa para a sua não exigibilidade jurídica. A par disso, e) embora nem todos os direitos fundamentais se reportem diretamente a necessidades, quando este for o caso, como se dá no direito do trabalho, a normatividade das necessidades preenche materialmente os direitos fundamentais que lhes dizem respeito.¹⁵²

Assim, Wandelli defende que não se deve reduzir o papel fundamentador das necessidades nos chamados direitos sociais. Aduz que os direitos econômicos, sociais, culturais são alvo de restrições promovidas por formulações teóricas, em contrapartida, cada vez mais contestadas, que lhes negam a aptidão para a produção de efeitos jurídicos mediante incidência direta sobre as situações concretas,¹⁵³

O autor ainda destaca que o direito ao trabalho se constitui como um direito fundamental como um todo, pois reflete um conjunto de posições jurídicas definitivas e adscriptas a um dispositivo de direito fundamental e relacionadas entre si.¹⁵⁴

¹⁵¹ CORREIA, Daniel Rosa. *A concretização judicial de direitos fundamentais sociais e a proteção do mínimo existencial*. No Prelo. p. 04.

¹⁵² WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho Fundamentação e Exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012. p. 136-137.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 235

¹⁵⁴ *Ibidem*. p. 238.

Isso ocorre com o direito ao trabalho, que transcende uma noção de um feixe de conteúdos e posições jurídicas parcelas que justamente lhe conferem o elemento essencial para a sua efetividade, ainda que, de acordo com o autor, não possa lograr de um significado totalmente abstrato.¹⁵⁵

¹⁵⁵WANDELLI, L. V. *O Direito ...* p. 238.

3 EFICÁCIA FORMAL OU MATERIAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

3.1 PROCEDIMENTO DE RATIFICAÇÃO E DENUNCIA SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para que a Convenção possa ter vigência na ordem interna, após sua ratificação, é necessária a sua vigência em âmbito internacional, conforme anteriormente abordado. A entrada em vigor no campo internacional da Convenção nº 158 foi na data de 23 de novembro de 1985. Assim, um dos requisitos para entrar em vigor no Brasil foi preenchido.¹⁵⁶

O Poder Executivo submeteu, então, a Convenção ao Congresso Nacional, que aprovou o seu texto. Foi publicado o Decreto Legislativo n.º 68 no Diário Oficial da União, mas o texto da Convenção foi publicado somente no Diário do Congresso Nacional. Com essas etapas preenchidas, o Brasil ratificou a Convenção 158 e comunicou à OIT, que a registrou em 5 de janeiro de 1995.¹⁵⁷ Porém, somente entraria em vigor 12 meses após a data do registro de sua ratificação, conforme já exposto, ou seja, em 05 de janeiro de 1996.

Cumprindo o procedimento, para que o mandamento internacional obrigue enquanto lei interna, foi necessária a sua promulgação, que se deu pelo Decreto 1.855 de 10 de abril de 1996. A Convenção foi publicada então no Diário Oficial da União de 11 de abril de 1996, incorporando-se ao direito positivo brasileiro, situada no mesmo plano de validade das leis infraconstitucionais naquela ocasião.¹⁵⁸

Após a aprovação pelo Congresso Nacional do texto da Convenção nº 158 da OIT, pelo Decreto Legislativo n. 68 de 1992, a mensagem n. 261/88, do Poder Executivo, que aprovava a referida Convenção, recebeu parecer do deputado Francisco Benjamin na Comissão de Constituição e Justiça, pela suspensão da

¹⁵⁶ ROMITA, Arion Sayão. *Despedida Arbitrária e Discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.128.

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 127

¹⁵⁸ *Idem*.

análise de seu texto, tendo em vista que a lei complementar a que faz referência o artigo 7º, inciso I da Constituição¹⁵⁹ ainda não tinha sido editada.¹⁶⁰

No entanto, o Relator deputado Hélio Bicudo entendeu que não havia óbice à sua aprovação, eis que seu texto não violava a Constituição, muito pelo contrário, vinha a tratar de garantias nela previstas. A Comissão de Conciliação e Justiça opinou, por unanimidade, pela “constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa da Convenção, entendendo, dessa forma que desnecessária seria a Lei Complementar para garantir a proteção ao emprego”.¹⁶¹

Corroborando com esse entendimento, a Comissão de Trabalho opinou de forma unânime pela aprovação do texto. Seu relator, deputado Lysâneas Maciel afirmou que “o conteúdo da Convenção corresponde ao mandamento constitucional”.¹⁶²

Afirma Romita, que “não há dúvida de que a Convenção 158 se acha definitivamente incorporada à ordem jurídica interna do Estado brasileiro, pois já se concluiu o procedimento de sua solene recepção pelo sistema de direito positivo interno do Brasil”. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que, “aprovada a Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive quanto à possibilidade de modificação da legislação interna”¹⁶³.

Ainda nas lições de Romita, no sistema brasileiro, conforme disposição constante do artigo 49, inciso I e artigo 84, inciso VIII, da Constituição, a executoriedade doméstica dos tratados exige um determinado caminho, que foi seguido no caso em exame: a aprovação pelo Congresso Nacional e a subsequente promulgação executiva do texto constante da Convenção.¹⁶⁴

Diante disso, tem-se para esse autor, que o sistema brasileiro não se adapta à teoria monista pura, segundo a qual bastaria mera ratificação do tratado para a sua incorporação ao ordenamento nacional; nem tão pouco à teoria dualista pura,

¹⁵⁹“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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

¹⁶⁰ MACIEL, José Couto. *Garantia no Emprego já em Vigor*. São Paulo: LTr, 1994.p. 121.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ ROMITA, A. S. *Op. Cit.* p. 129.

¹⁶⁴ *Ibidem*. p. 136.

segundo a qual é necessária a edição de lei para a incorporação do ato internacional ao direito interno, tema já abordado anteriormente.

Prosseguindo em sua incursão quanto à questão da constitucionalidade dos tratados aprovados na ordem interna, Mello Filho faz importante observação:

Havendo constitucionalidade implícita no ato de aprovação dos tratados, não se pode cogitar de incompatibilidade da Convenção n. 158 com os princípios e dispositivos da Constituição Federal de 1988, uma vez que houve a sua aprovação, ratificação e promulgação. Contrariamente, a Convenção 87, também da OIT, que trata da autonomia sindical, em que pese se constitua em reclamo dos juristas pátrios e da própria sociedade, não pode ser ratificada, pois é incompatível com a ordem constitucional vigente, em especial com o artigo 8º, II e IV da Carta Política. Somente através da reforma constitucional é que se pode cuidar de sua aprovação no território nacional.¹⁶⁵

A Convenção nº 158, para Mello Filho, foi automaticamente recepcionada ao ordenamento jurídico brasileiro, já que a Constituição, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, não exclui outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Isso para os autores que defendem que a norma internacional é inferior à norma constitucional.

Fato é que a aplicação da Convenção nº 158 às questões trabalhistas causou grande discussão doutrinária, protestos dos empresários e acabou levando à propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 1.480-3-DF).¹⁶⁶

Foi reconhecido, no despacho, o vínculo de pertinência temática. Esse vínculo foi erigido pela jurisprudência do STF como requisito objetivo qualificador da legitimidade ativa *ad causam* do autor da ação de inconstitucionalidade. Na sequência, o procedimento constitucional de incorporação dos tratados à ordem interna foi analisado.

O Poder Legislativo começou a se questionar se teria sido sensata a ratificação da Convenção nº 158. Como explica Romita, “formou-se no seio do Poder Legislativo a convicção de que seria necessário denunciar a Convenção nº 158, o que se realizou em 20 de novembro de 1996”.

¹⁶⁵ MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. A Convenção n. 158 e o Problema de sua Vigência IN VIANA, Marcio Túlio. *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996.p. 84.

¹⁶⁶ROMITA, A. S. *Op. Cit.* p. 126.

A denúncia de uma Convenção é o ato pelo qual o Estado que a ratificou declara que não tem mais interesse em respeitá-la. Somente após um ano do registro da denúncia é que esta se torna efetiva.¹⁶⁷

A Constituição da OIT não tem dispositivos que regulem a denúncia de suas Convenções. Depois de 1928, no entanto, as Convenções que foram adotadas pela OIT contêm disposição no sentido de que, após intervalo de 10 anos de sua vigência objetiva (que ocorre com duas ratificações), é possível a retratação.¹⁶⁸

O artigo 17, parágrafo 1º da Convenção 158 regula a sua denúncia, nos seguintes termos:

Artigo 7º, § 1º Todo membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente um ano após a data de seu registro.

Assim, como a OIT registrou a denúncia em 20 de novembro de 1996, a Convenção nº158 deixou de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997, com o Decreto n.º 2.100.¹⁶⁹

A denúncia da Convenção nº 158, no entanto, tem sido objeto de discussões doutrinárias quanto à sua validade. Romita aponta dois pontos que suscitam discussões: a não observância do prazo de dez anos de vigência da Convenção e a não autorização pelo Congresso Nacional para que o Poder Executivo a denunciasse. No entanto, o supracitado autor defende que esses motivos não podem ser causas de ineficácia da denúncia, tendo em vista que, segundo ele, a “denúncia da Convenção 158 pelo governo brasileiro é tecnicamente incensurável”.¹⁷⁰

Romita explica que o prazo de dez anos para que seja possível a denúncia, previsto na Convenção, conta-se da data de sua vigência objetiva, também chamada de vigência inicial, ou seja, da data em que ela entrou em vigor no plano internacional, que se deu em 23 de novembro de 1985. Assim, o Estado brasileiro,

¹⁶⁷ROMITA, A. S. *Op. Cit.* p.138.

¹⁶⁸*Idem.*

¹⁶⁹*Idem.*

¹⁷⁰*Ibidem.* p. 139.

que comunicou à OIT a denúncia em 20 de novembro de 1996, esperou prazo necessário para denunciar a Convenção.¹⁷¹

O Congresso Nacional não foi ouvido em nenhuma das denúncias de Convenções da OIT feitas até agora, não haveria motivos para ser diferente com relação à Convenção 158.¹⁷²

Romita prossegue afirmando que a denúncia das Convenções sempre foi feita, pelo Brasil, mediante ato unilateral do Poder Executivo, sem que houvesse intervenção do Poder Legislativo. Essa intervenção pelo Legislativo é dispensada, não se tratando de delegação de poderes, pois a denúncia “representa mera retratação do ato de submeter o texto da convenção internacional ao “referendo” do Congresso. Tudo se passa como se o Executivo jamais tivesse submetido o texto da convenção à aprovação do Congresso”.

A questão da denúncia pelo Executivo é antiga no Brasil e é presente em outros Estados. Trata-se, na realidade, de uma questão política. Não há disposição constitucional que trate da denúncia dos tratados. O Brasil segue a prática internacional de assegurar ao Presidente da República a tarefa de denunciar os tratados internacionais sem prévia autorização do Congresso Nacional.¹⁷³

Diverso é o posicionamento doutrinário de Sússekind, segundo o qual é injurídico admitir a revogação dos tratados internacionais por ato do Poder Executivo e, ainda, o decênio para a denúncia deve ser contado da vigência subjetiva da convenção.

O tratado lei – classificação na qual se encaixam as Convenções da OIT –, ou tratado normativo, é um ato regra ao qual os Estados membros da organização que o aprovou podem aderir. “É discutido e aprovado por uma assembleia de delegados dos Estados membros de determinada pessoa jurídica de direito internacional”¹⁷⁴

Difere do tratado contrato, que é sinalagmático e consensual, “gerando direitos e obrigações recíprocas para as partes nele determinadas”. É aprovado pelos Chefes de Estado das partes contratantes ou pelos plenipotenciários. O tratado contrato é celebrado pelo Presidente da República ou seus plenipotenciários

¹⁷¹ROMITA, A. S. *Op. Cit.* p. 140.

¹⁷²*Idem.*

¹⁷³*Ibidem.* p. 142.

¹⁷⁴SÜSSEKIND, Arnaldo. Denúncia dos Tratados, Especialmente de Convenções da OIT IN FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Presente e Futuro das Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.p. 219.

para só então ser submetido ao Congresso Nacional para homologação. Já o tratado lei é previamente submetido ao Poder Legislativo, cuja decisão, “exclusiva e definitiva, quando no sentido da aprovação, proporcionará a sua ratificação (art. 49, I)”¹⁷⁵.

Süssekind, defendendo a sua posição quanto a ser injurídico a revogação de convenção pelo Executivo, leciona:

Constitui princípio de Direito Internacional Público que os tratados cuja *denúncia* haja sido convencionada no próprio texto não poderão ser denunciados senão de acordo com o processo nele estabelecido e respectivas condições. Destarte, se a convenção internacional do trabalho estabelece as condições disciplinadoras da denúncia, torna-se necessária nova intervenção do órgão que a aprovou (Congresso Nacional, Parlamento ou Assembleia Legislativa), quando da ratificação, a fim de que o governo possa denunciá-la?

(...)

Entendemos, (...), em face do sistema constitucional de nosso país, a denúncia está condicionada à prévia deliberação do Congresso Nacional (parágrafo único do artigo 6º combinado com o art. 44, n. I, da Constituição)¹⁷⁶

No mesmo sentido, Süssekind destaca que os tratados internacionais de caráter normativo foram inseridos, pela Constituição de 1988, na categoria dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, parágrafo 2º.¹⁷⁷

A Convenção nº 158 prevê a sua denúncia, utilizando-se do termo membro ao afirmar quem pode denunciar. Essa expressão é correspondente a Estado e não a Governo. Neste compasso de argumentação, deve-se reproduzir as lições de Süssekind:

O Governo é quem pratica os atos administrativos que formalizam a denúncia do tratado normativo anteriormente ratificado, mas a eficácia jurídica do seu ato, a nosso ver, está condicionada à concordância de outro órgão estatal: o Congresso Nacional.¹⁷⁸

De forma mais clara, leciona Süssekind em outra obra:

Ora, as Convenções de caráter normativo da OIT, inclusive a 158, precisamente porque têm por finalidade a integração de suas normas na legislação dos países que as ratificam, atribuem a faculdade da denúncia ao *Membro* isto é, ao Estado e não ao respectivo *governo*. Destarte, a

¹⁷⁵ SUSSEKIND, A. *Denúncia*....p. 218.

¹⁷⁶ *Ibidem*..p. 219.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*.p. 221.

aprovação da Convenção 158 pelo Congresso Nacional brasileiro (Decreto Legislativo n. 68/92) não importou em autorizar o Poder Executivo a denunciar a correspondente ratificação se e quando lhe aprouvesse, porque, juridicamente, Estado e Governo são entidades distintas e os textos da OIT fazem nitidamente essa distinção.

Aliás, se as normas da convenção ratificada se incorporam à legislação nacional, conforme tem decidido reiteradamente o Colendo Supremo Tribunal Federal, afigura-se-nos que a revogação das respectivas normas, em virtude de denúncia efetivada pelo Presidente da República sem a manifestação do Congresso Nacional, afronta o sistema constitucional brasileiro.¹⁷⁹

Afirma, ainda, Sússekind, em defesa de seu posicionamento que: "por um incontroverso princípio de Direito, o ato jurídico complexo deve observar, na sua revogação, os mesmos procedimentos da sua aprovação". Na ordem jurídica brasileira, prevalece o entendimento de que as normas de tratado em vigor em âmbito internacional passam a integrar a legislação nacional quando de sua ratificação e início de sua vigência, de forma a revogar ou modificar as normas que dispuserem em contrário.¹⁸⁰

Assim, tem-se que, para Sússekind, não basta o ato do Executivo para que a denúncia de uma convenção seja validamente levada a termo. É necessária a concordância do Congresso Nacional, já que a convenção, além de ser inserida na categoria de direitos e garantias fundamentais, é inserida na legislação nacional, revogando e modificando as leis nacionais que disponham em contrário.¹⁸¹

Também Jorge Neto se posiciona contrariamente à denúncia por parte do Presidente da República de forma unilateral. Afirma: "o ato da denúncia em si, do ponto de vista político e histórico, denota um retrocesso nas relações do trabalho" e, na sequência conclui que: "permitir ao Sr. Presidente da República, que de forma unilateral denuncie a Convenção, significa verdadeira usurpação de competência legislativa e constitucional (...)".¹⁸²

Ainda, quanto ao tema, o *Manual de Educacion Obrera*, da OIT, estabelece que:

(...) *El Consejo de Administración ha manifestado supreocupación respecto y ha declarado que, cuandoungobiernoprojecte denunciar um convenio,*

¹⁷⁹ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional...* p. 156.

¹⁸⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional ...*p. 57.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² JORGE NETO, Francisco Ferreira.; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 135-137.

*seña de desear que antes de decidirse consultara debidamente a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores acerca de los problemas con que haya tropezado y de las medidas para resolverlos.*¹⁸³

Tem-se, no supracitado manual, que é recomendado aos Governos que consultem as organizações que representam os empregados e os empregadores, antes de iniciar o processo de denúncia, sobre os obstáculos que foram encontrados para aplicar as normas da Convenção, bem como sobre medidas possíveis para superar esses obstáculos.

Após tais esclarecimentos, mesmo pendente de julgamento a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, observa-se que a denúncia à Convenção nº 158 da OIT não foi absolutamente revestida de validade, resultando, na realidade, do apelo político e empresarial, sobrepondo-se à proteção jurídica do direito ao trabalho.

3.2 A EFICÁCIA VINCULADA AO SEU CONTEÚDO NORMATIVO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O direito ao trabalho, indubitavelmente se trata de um direito fundamental, cuja proteção alcança não só o Estado, mas também os particulares envolvidos em uma relação trabalhista.

Os direitos humanos fundamentais vinculam todos os poderes públicos e exercem sua eficácia vinculante, segundo Sarlet¹⁸⁴, também na esfera privada. Essa questão da eficácia privada, externa ou horizontal dos direitos fundamentais constitui um dos temas que suscita mais controvérsia no âmbito dos direitos fundamentais. Ficam excluídos dessa discussão àqueles direitos fundamentais direcionados exclusivamente ao Estado, como, por exemplo, o direito à assistência social e à previdência social. Também são excluídos aqueles direitos direcionados diretamente aos particulares, como o direito à indenização por danos morais no caso de abuso

¹⁸³ BRASIL. *Organização Internacional do Trabalho*. Las Normas Internacionales del Trabajo: manual de educación obrera. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1998. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/normes/documents/publication/wcms_088337>. Acesso: 28 nov. 2012.

¹⁸⁴ SARLET, I. W. *Op. Cit.* p. 399.

da manifestação do livre pensamento e os direitos dos empregados, que têm como destinatários os empregadores¹⁸⁵.

Esclarece Sabino que o sujeito vinculado à observância dos direitos fundamentais, historicamente, é o Poder Público, para a proteção dos indivíduos frente ao Estado. Não há dúvidas quanto a eficácia vertical dos direitos humanos, ou seja, a incidência dos direitos humanos naquelas relações que ocorrem entre o Estado e o particular. Nesse sentido, os direitos fundamentais são “direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado”¹⁸⁶.

No entanto, a eficácia vertical dos direitos fundamentais mostrou-se insuficiente, tendo em vista que muitas vezes não é o Estado quem viola esses direitos, mas sim particulares, em especial os que possuem poder econômico ou social. Assim, para proteger os direitos fundamentais tornou-se necessária a vinculação dos entes privados, o que se denomina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁸⁷.

Verifica-se, portanto, que os direitos humanos têm, inegavelmente, eficácia vertical, eis que buscam proteger a pessoa humana dos arbítrios do Estado. No mesmo sentido, deve-se buscar atingir a eficácia entre os contratantes (particulares) no que diz respeito aos direitos fundamentais do trabalho.

A doutrina liberal negava a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas. Com a superação dessa doutrina, pode-se afirmar a existência de duas doutrinas principais que dispõem sobre a eficácia dos direitos humanos no âmbito particular, são elas a teoria da eficácia direta e a teoria da eficácia indireta. Ambas essas teorias defendem a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações entre particulares¹⁸⁸.

Os pensadores da eficácia indireta ou mediata, que tem como um de seus principais defensores *Dürig*, defende que os direitos fundamentais precisariam ser recepcionados pelo direito privado para poderem ser aplicados. Assim, os direitos fundamentais influenciam a interpretação e aplicação do direito privado. Essa teoria

¹⁸⁵SARLET, I. W. *Op. Cit.* p. 401-402.

¹⁸⁶SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. In PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*, São Paulo: Atlas, 2010. p. 66.

¹⁸⁷*Ibidem*.p. 65.

¹⁸⁸VECCHI, I. D. *Op. Cit.* p. 167.

não nega a aplicação dos direitos fundamentais nas relações individuais, mas defende haver um limite a essa aplicação¹⁸⁹.

Já a doutrina que defende a eficácia direta ou imediata, liderada originalmente por *Nipperdeye Leisner*, defende que o direito privado não poderia ficar à margem da ordem constitucional, havendo uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, tendo em vista a força normativa da Constituição e a validade dos direitos fundamentais para toda a ordem jurídica¹⁹⁰.

Segundo Sabino, quando inexistir previsão legislativa sobre a aplicação de determinada norma de direito fundamental, sua aplicação deve ser direta nas relações privadas, tendo em vista a unidade do ordenamento jurídico, a força normativa da Constituição e a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁹¹

Igualmente, o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição estabelece que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, sem excluir os particulares de seu âmbito de aplicação, nem tão pouco afirma a Constituição que os direitos fundamentais vinculam apenas o Poder Público. Assim, deve-se aplicar de forma direta os direitos fundamentais nas relações privadas, até mesmo porque existem indivíduos e corporações que possuem poderes suficientes para violar direitos fundamentais com mais intensidade que o próprio Estado¹⁹².

Por outro lado, Sarlet argumenta que quando a relação jurídica se dá entre indivíduos em condições de relativa igualdade, o princípio da liberdade deve prevalecer. Assim, aceita-se a eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana possa estar ameaçada ou quando houver uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal. Nas demais relações entre particulares, defende a presença de ao menos a eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais. Dessa forma, as normas de direito privado não podem contrariar os direitos fundamentais, devendo aquelas ser interpretadas conforme os parâmetros axiológicos constantes das normas de direitos fundamentais.¹⁹³

¹⁸⁹ SABINO, J. F. M. L. *Op. Cit.*, p. 67.

¹⁹⁰ SARLET, I. W. *Op. Cit.* p. 404.

¹⁹¹ SABINO, J. F. M. L. *Op. Cit.* p. 70.

¹⁹² *Ibidem.* p. 71.

¹⁹³ SARLET, I. W. *Op. Cit.* p. 406.

No que se refere ao direito do trabalho especificamente, o contrato de trabalho pressupõe uma relação jurídica entre empregado e empregador, com a subordinação jurídica do primeiro, que se obriga a prestar serviço de forma não eventual e de forma remunerada e pessoal ao segundo. Essa relação é assimétrica, pois de um lado tem-se o empregado subordinado e do outro o empregador, que possui poder de direção, podendo, inclusive, punir o empregado que descumprir as obrigações do contrato¹⁹⁴.

O poder empregatício deve ser exercido nos limites da ordem jurídica, havendo necessidade, portanto, de se proteger os direitos humanos fundamentais nessas relações empregatícias¹⁹⁵.

Tendo em vista a subordinação do empregado ao empregador, bem como o poder de direção deste, que deve ser exercido dentro dos limites da ordem jurídica, necessário se faz a proteção dos direitos humanos nessas relações privadas, para que abusos não sejam cometidos pela parte mais forte dessa relação.

O conceito de direitos fundamentais decorre da evolução social. A sociedade determina o que é o bem maior a ser protegido. Assim, a evolução social é que determina a eleição de novas prioridades no campo do direito. Nesse sentido tem-se as lições de Manu¹⁹⁶: “passa-se da supremacia do direito de propriedade para o reconhecimento do direito do trabalho e sua colocação como direito fundamental”.

Os direitos fundamentais sociais especificamente direcionados aos trabalhadores são, em geral, diretamente aplicáveis e exigíveis perante os empregadores. No entanto, os direitos humanos fundamentais que não são específicos a determinados grupos suscitam questionamentos quanto à sua eficácia na relação de emprego. Vale ressaltar que a pessoa humana, ao ser empregado, não perde essa condição, necessitando de proteção de sua dignidade¹⁹⁷.

Dessa forma, os direitos humanos exigem uma proteção integral, pois a preocupação e proteção somente dos direitos sociais nas relações de trabalho acaba permitindo violações de direitos necessários para uma vida digna.

O tema ora em análise é de suma importância, tendo em vista que nas relações de trabalho os direitos humanos fundamentais possuem maior vulnerabilidade. Os direitos fundamentais previstos no artigo 7º da Constituição são

¹⁹⁴VECCHI, I. D. *Op. Cit.* p. 186.

¹⁹⁵*Idem.*

¹⁹⁶MANUS, P. P. T. *Op. Cit.* p. 64.

¹⁹⁷VECCHI, I. D. *Op. Cit.* p. 189-190.

aplicados às relações privadas, o que se discute é se outros direitos fundamentais, tradicionalmente dirigidos para proteger a pessoa frente ao Estado seriam aplicáveis nas relações de trabalho¹⁹⁸.

Ressalta-se que com a vinculação dos particulares à observância dos direitos humanos não se afasta a autonomia privada, tendo em vista que o poder de direção do empregador está baseado no direito de propriedade, que, da mesma forma, também não pode ser totalmente anulado¹⁹⁹.

Partindo-se, portanto, da teoria da eficácia imediata e vertical dos direitos fundamentais, cabe averiguar como a Convenção nº 158 pode ser concebida como instrumento de tutela de direitos fundamentais.

No que se refere aos direitos fundamentais enquanto gênero, destaca-se Vieira de Andrade, afirmando que

Em um mesmo direito fundamental podem-se encontrar combinados direitos a abstenções, direitos a prestações positivas, jurídicas ou materiais, direitos potestativos de interferir na esfera de outrem, os quais são dirigidos, na condição de sujeitos passivos, tanto ao legislador, à administração, ao judiciário ou a entidades privadas.²⁰⁰

Logo, como faz referência Wandelli, conceituar um direito fundamental enquanto direito civil e político ou econômico social e cultural diz respeito tão somente à classificação, pois ambos exigem tanto obrigações negativas como positivas, o que se diferencia é apenas o grau de exigibilidade de cada um deles.²⁰¹

Previamente abordado o direito ao trabalho enquanto um direito humano fundamental, resta definir que as normas internacionais do trabalho que possuem como objeto a continuidade da relação de emprego, tal qual dispõe a Convenção nº 158, trata-se de norma de eficácia a ser observada.

Schmidt, embora fazendo menção às convenções fundamentais do trabalho, preceitua sabidamente que a preocupação com os direitos fundamentais no mundo inteiro. “Esse foi o principal motor que moveu a OIT, em 1998, a eleger certas convenções como fundamentais, declarando que todos seus os Estados-Membros

¹⁹⁸ SABINO, J. F. M. L.. *Op. Cit.* p. 75.

¹⁹⁹ *Ibidem.* p. 76.

²⁰⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Apud.* WANDELLI, L. V. *O Direito Humano...*p. 237.

²⁰¹ WANDELLI, L. V. *O Direito Humano...*p. 237.

deveriam respeitá-las e aplicá-las de boa-fé, **independentemente de ratificação.**²⁰²(grifo original).

Assim, deve-se compreender que toda convenção, cujo conteúdo disciplinado seja a efetivação de um direito fundamental humano tem aplicabilidade imediata, independentemente de ratificação pelos Estados membros.

Alexandre Agra Belmonte define tais direitos fundamentais na dimensão do Direito do Trabalho, como

Os valores de que os trabalhadores necessitam, no relacionamento com o Estado e nas relações de trabalho, para uma existência digna ou qualitativa, mediante as garantias assecuratórias da integridade física, intelectual e moral, da cidadania, liberdade, igualdade, solidariedade e justiça.²⁰³

Nesse sentido, dificilmente pode-se trazer um rol taxativo acerca de quais seriam os direitos e garantias fundamentais ao trabalhador. Pode-se afirmar, inclusive, que o art. 7º, I, da Constituição Federal protege o empregado em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, o que pode ser compreendido plenamente como um direito social fundamental, incluso em classificação anteriormente abordada.

Partindo-se desse pressuposto e de que nenhuma norma constitucional é totalmente desconstituída de eficácia, entende-se, portanto, que a Convenção nº 158 da OIT é condizente com o texto constitucional em vigor, não impedindo a livre iniciativa, mas impondo-lhe limites que dizem respeito à função social do contrato e o valor do trabalho digno.

Trata-se de instituto com aplicação imediata, independentemente de ratificação, pois é mecanismo destinado a dar eficácia direta, mas relações privadas de trabalho subordinado, aos direitos fundamentais que estabelece.

²⁰²SCHMIDT, M. H. F. M. *Op. Cit.* p. 01.

²⁰³BELMONTE, Alexandre. Agra. *Os Direitos Fundamentais Juslaborais e a Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho.* Revista LTR suplemento trabalhista. N. 075. 2008. Ano. 44. p. 364.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira temática abordada neste trabalho foi sobre como sistema brasileiro se comporta no que diz respeito à aplicação das normas de direito internacional. Debateu-se a respeito das teorias monista e dualista, bem como seus desdobramentos em correntes mais radicais e, de outro lado, mais atenuantes.

A teoria monista defende que o direito internacional e interno são um único conjunto normativo, sem qualquer necessidade de procedimento formal de internalização da norma. Entretanto, tal sistema não é possível observar claramente no Brasil, de modo que a maioria doutrinária tende para a teoria dualista, ou seja, de que é necessária a ratificação e procedimento interno para conferir eficácia à norma internacional. Ainda, admitindo-se que o Brasil adota a teoria dualista, questiona-se qual seria o direito de maior valor normativo, o direito internacional ou o direito constitucional interno.

Apesar da maioria doutrinária e tribunais afirmarem que o Brasil é adepto da teoria dualista com centro constitucional (norma constituição interna superior à norma internacional), foi abordada a possibilidade de aplicação do direito internacional quando se trata de norma protetiva aos direitos humanos, enquanto temática central também da Constituição da República brasileira.

Uma vez recepcionada a norma internacional, constatou-se que seu status normativo depende do modo que foi internalizada, bem como de seu conteúdo, ou seja, se vinculado ou não aos direitos humanos. Fato é que uma regra de direito internacional que proteja direitos fundamentais possui lugar de destaque no direito interno brasileiro.

Essa pesquisa debruçou-se especificamente sobre as normas internacionais do trabalho, de modo que foi imprescindível estudar sobre o funcionamento da Organização Internacional do Trabalho e seus principais diplomas jurídicos: as Declarações, as Resoluções, as Recomendações e, principalmente, as Convenções. Ganhou destaque o instituto da Convenção, por inovar e vincular os Estados-membros da OIT.

Enquanto que as Declarações possuem conteúdo amplo e de princípios maiores, bem como as Resoluções podem disciplinar apenas questões internas da OIT e as Recomendações possuem caráter mais acessório, são as Convenções que

efetivamente promovem o direito humano do trabalho, inovando os ordenamentos jurídicos e vinculando os seus países-membros.

Esclarecido como as normas de direito internacional do trabalho são ratificadas e passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, bem como quais são essas normas específicas ao Direito do Trabalho, essa pesquisa passou a abordar sobre o direito do trabalho brasileiro no que diz respeito ao poder potestativo do empregador em dispensar.

Abordou-se uma doutrina crítica a esse direito potestativo, ou seja, sem que seja necessária qualquer justificativa ou anuência da outra parte – empregado, acarretando maiores desigualdades sociais e diminuindo o acesso ao trabalho digno.

Chama-se a atenção de como isso está arraigado na sociedade e é menosprezado pela cadeia jurídica, seja pela doutrina como também pelos tribunais, a que se denomina “banalidade do mal”, já que a continuidade da relação empregatícia é uma questão social, que interessa a toda população e estruturas da sociedade.

Sabendo-se que esse é um problema em destaque no ordenamento jurídico brasileiro e que as Convenções da OIT são normas que preceituam melhores condições às relações de trabalho, aborda-se então o conteúdo normativo da Convenção nº 158, que diz respeito à flexibilização do direito potestativo do empregador em dispensar empregados, seja retirando-lhe o caráter arbitrário do ato da dispensa individual do trabalhador, seja instituindo regras específicas quanto à dispensa coletiva.

Como a Convenção nº 158 protege o trabalhador em face do ato arbitrário do empregador, tem-se verdadeiro conteúdo de proteção ao direito fundamental ao trabalho. Assim, ainda foi necessário esclarecer o que seria direitos humanos e direitos fundamentais, bem como o direito ao trabalho se enquadra atualmente não só como um direito social, de caráter assistencialista pelo Estado, mas que deve ser protegido enquanto direito fundamental, com eficácia imediata e vertical, vinculando-se aos particulares, especificamente, aos empregadores.

Mas a eficácia plena de referida norma esbarra em questões formais. Seja a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que questiona se a Convenção seria contrária ao art. 7º, I da Constituição Federal, pois depende de lei para lhe conferir eficácia, bem como a denúncia realizada em face da Convenção.

Nesse sentido, é importante resgatar a teoria dualista com centro nos direitos humanos e não formalmente constitucionalista, para que se possa reconhecer a validade e legitimidade da Convenção, sem cogitar-se na sua inconstitucionalidade, até porque toda norma constitucional é dotada de alguma eficácia, ainda que pendente de lei.

Ainda assim, abordando-se o procedimento da denúncia à Convenção nº 158, pode-se verificar que não há consenso quanto à sua validade perante o ordenamento jurídico interno e externo, pois há quem defenda que referido ato não teve aprovação do Legislativo, bem como não respeitou o prazo de 10 anos de eficácia subjetiva em vigor.

De qualquer modo, ao conceber o conteúdo da Convenção nº 158 como de proteção ao direito fundamental ao trabalho e, portanto, como mecanismo de defesa dos direitos humanos, a eficácia dessa norma é fundamental e perfeitamente possível, principalmente considerando a teoria dualista com cerne nos direitos fundamentais.

De outro lado, mesmo concebendo-se a teoria dualista centrada na Constituição da República, não se pode afirmar que a Convenção nº 158 da OIT seja inconstitucional, uma vez que, dentre seus princípios e direitos sociais, encontra-se à proteção contra a dispensa arbitrária.

Nesse sentido, conferir validade à Convenção nº 158 significa efetividade dos direitos fundamentais, primordialmente do direito fundamental ao trabalho, cujo conteúdo normativo ainda necessita de maior exploração e abordagem no direito brasileiro, com vistas à lhe conferir o tratamento adequado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Guilherme Arruda. Direitos Humanos e Dignidade IN PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Direitos Humanos: Fundamento, proteção e implementação*, vol. 2. Curitiba: Juruá.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As Relações de Trabalho :uma perspectiva democrática*. São Paulo: LTr, 2003.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *A evolução do pensamento do Direito do Trabalho*. Trad. Sidnei Machado. São Paulo: LTr, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BELMONTE, Alexandre. Agra. *Os Direitos Fundamentais Juslaborais e a Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho*. Revista LTR suplemento trabalhista. N. 075. 2008. Ano. 44.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

CORRÊA, Marcos José Gomes. Direitos Humanos: Concepção e Fundamentos. In PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Direitos Humanos: Fundamento, proteção e implementação*, vol2 Curitiba: Juruá.

CORREIA, Daniel Rosa. *A concretização judicial de direitos fundamentais sociais e a proteção do mínimo existencial*. No Prelo

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na Legislação Trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: LTr, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira. Introdução IN VIANA, Marcio Túlio. *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Dignidade da Pessoa Humana, no Mundo do Trabalho, à Luz da Constituição Federal de 1988 IN VILLATORE, Marco Antônio

César; HASSON, Roland *Direito Constitucional do Trabalho Vinte Anos Depois: Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *Normas da OIT e Direito Interno*. Curitiba: (s. n.), 2000. Dissertação. 272 p. Curitiba. Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

JORGE NETO, Francisco Ferreira.; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, José Couto. *Comentários à Convenção 158 da OIT: Garantia no Emprego*. São Paulo: LTr: 1996, 2. ed. atual.

MACIEL, José Couto. *Garantia no Emprego já em Vigor*. São Paulo: LTr, 1994.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*. Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: Malheiros Editores: 1996.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MARTINS, Sergio Pinto. *A Continuidade do Contrato de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000..

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. As dispensas coletivas diante da Convenção OIT nº 158 . In: Revista de Direito do Trabalho. N. 94. São Paulo: LTr, 1996.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Vol. II 12. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. A Convenção n. 158 e o Problema de sua Vigência IN VIANA, Marcio Túlio. *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 .

NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estado do Direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao Trabalho e Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional IN PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Rosemary de Oliveira; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. A globalização do desemprego: o “Ocupe Wall Street” (OWS), os protestos na Europa e o alerta da OIT. In: Revista Trabalhista Direito e Processo. n. 40. Ano. 10. São Paulo: LTr, 2011.

RESENDE, Renato de Sousa. A Centralidade do Direito ao Trabalho e a Proteção Jurídica ao Emprego IN PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3 ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. *Despedida Arbitrária e Discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*, São Paulo: Atlas, 2010.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. *Breves Anotações sobre as Convenções Fundamentais da OIT*. No Prelo.

SILVA, Luiz de Pinto Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

SUGUIMATSU, Marlente T. Fuverski. Relação de Emprego e (des) proteção Contra a Despedida Arbitrária ou sem Justa Causa: o art. 7º, I, da Constituição IN VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland. *Direito Constitucional do Trabalho Vinte anos Depois: Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*, 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Denúncia dos Tratados, Especialmente de Convenções da OIT IN FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Presente e Futuro das Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Contrato de Trabalho & Eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais de Primeira Geração*. Curitiba: Juruá, 2009.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho Fundamentação e Exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva: O Direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.