

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na ordem jurídica brasileira? Sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras

Will the Brazilian Federal Supreme Court reinstate the Convention no. 158 of the International Labor Organization (ILO) in the Brazilian legal order? On a possible turnaround, through international law, of Brazilian labor laws

Daniel Damasio Borges

Sumário

I. DOSSIÊ ESPECIAL: HISTORY OF INTERNATIONAL LAW.....	1
EDITORIAL	8
What does it mean to apply history in international law studies?	8
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
SUR LA NATURE DU DROIT ISLAMIQUE.....	14
Hocine Benkheira	
ISLAMIC SHARI'A LAW, HISTORY AND MODERNITY: SOME REFLECTIONS	25
Suleiman A. Mourad	
THE (UN)PRACTICAL SECULARIZATION PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND RELIGION AS SOCIAL REALITIES.....	33
Douglas de Castro	
BRAZILIAN LITERATURE ON INTERNATIONAL LAW DURING THE EMPIRE REGIME. OR THE DIFFUSION OF INTERNATIONAL LAW IN THE PERIPHERIES THROUGH APPROPRIATION AND ADAPTATION.....	50
Airton Ribeiro da Silva Júnior	
NATURAL, POSITIVO, ROMANO E UNIVERSAL? INVESTIGAÇÃO SOBRE O DIREITO DAS GENTES EM TOMÁS DE AQUINO	68
Rafael Zelesco Barretto	
II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS	97
VINCULAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: UMA DISCUSSÃO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO COM BASE NO CONCEITO DE AMARTYA SEN SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	99
Natalia Mascarenhas Simões Bentes e Yasmim Salgado Santa Brígida	
A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E A PROTEÇÃO CONFERIDA AO APÁTRIDA: ALINHAMENTO BRASILEIRO AO PADRÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS	122
Pedro Henrique de Faria Barbosa e Sylvio Loreto	
E SE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) RESTABELECE A VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO N. 158	

DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA? SOBRE UMA POSSÍVEL REVIRAVOLTA, PELA VIA DO DIREITO INTERNACIONAL, DAS LEIS TRABALHISTAS BRASILEIRAS 138

Daniel Damasio Borges

JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA SOBRE CASOS BRASILEIROS E POLÍTICAS PÚBLICAS: REFLEXÕES ACERCA DE POSSÍVEIS INFLUIÇÕES 165

Rafael Osvaldo Machado Moura

CREATING BRIDGES BETWEEN INTERNATIONAL RELATIONS THEORY AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: CONSTRUCTIVISM AND THE ROLE OF BRAZIL IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS 179

Ismael Francisco de Souza, Luciana Rocha Leme e Erick da Luz Scherf

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA ARGENTINA E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DO CASO LUIS MUIÑA (“REGRA 2x1”) 199

Emilio Peluso Neder Meyer e Jessica Holl

A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA: UMA MEDIDA AINDA NECESSÁRIA. 219

Natália Caye Batalha Boeira

O ACORDO DE ESCAZÚ E O ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL.....252

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro e Bruno Amaral Machado

DOS POVOS NATIVOS AO SURGIMENTO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: INFLUÊNCIAS DOS DISCURSOS JURÍDICOS, RELIGIOSOS E MÉDICOS PARA A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL.....267

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa e Robson Antão de Medeiros

ASPECTOS JURÍDICOS DA PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA NA OMC: COMPREENDENDO SUTILEZAS DE UM DELICADO ENLACE..... 291

Camilla Capucio

PATH TO JUDICIAL ACTIVISM? THE USE OF “RELEVANT RULES OF INTERNATIONAL LAW” BY THE WTO APPELLATE BODY307

Mariana Clara de Andrade

LEVEZA E PESO NA MEDIAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL: O CONTEÚDO JURÍDICO DO ACORDO CORPORATIVO MEDIADO E SUA INCORPORAÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO324

Henrique Lenon Farias Guedes

JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E AS DIFICULDADES DE EXECUÇÃO DE SENTENÇAS INTERNACIONAIS NO BRASIL.....	344
Nevitton Vieira Souza	
O DEVER DE COOPERAÇÃO NOS CONTRATOS DE VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS: PRESUPOSTOS TEÓRICOS E REPERCUSSÕES PRÁTICAS DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA PARA A APLICAÇÃO DA CISG	358
Angelo Gamba Prata de Carvalho	
A DIMENSÃO JURÍDICA DO IMPERIALISMO NA (DES)ORDEM GLOBAL CAPITALISTA: UMA ANÁLISE COM BASE NA CRÍTICA MARXISTA AO DIREITO INTERNACIONAL E ÀS RELAÇÕES POLÍTICO-ECONÔMICAS DE DOMINAÇÃO E DEPENDÊNCIA.....	380
Thomaz Delgado De David, Maria Beatriz Oliveira da Silva e Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra	
A PARTICIPAÇÃO DE BRASIL E ESTADOS UNIDOS NA FORMULAÇÃO DAS REGRAS MULTILATERAIS DO COMÉRCIO AGRÍCOLA	402
Vera Thorstensen, Vivian Daniele Rocha Gabriel e Alebe Linhares Mesquita	
A GALÁXIA LEX E A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO TRANSNACIONAL	441
Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza e Jéssyka Maria Nunes Galvão	
HAS THE ABILITY OF TRUTH COMMISSIONS TO RECOMMEND AMNESTY BEEN EFFECTIVE IN ENHANCING PERPETRATOR COOPERATION?	453
Jeremy Sarkin	
A CONCEPTUAL PAPER ON THE POLICY-FRAMEWORK THAT MIRRORS THE DYNAMIC LINK BETWEEN HUMAN SECURITY, SOCIAL PROTECTION AND SAFETY NETS, AND FOOD AND NUTRITIONAL SECURITY: THE CASE OF THE “GULAYAN SA PAARALAN PROGRAM”, THE PHILIPPINES	478
Renato Lagapa Base	
INCENTIVISING SMALLHOLDER FARMER LIVELIHOODS AND CONSTRUCTING FOOD SECURITY THROUGH HOME-GROWN SCHOOL FEEDING: EVIDENCE FROM NORTHERN GHANA	491
Clement Mensah	
POLICY COHERENCE IN THE IMPLEMENTATION OF THE 2030 AGENDA FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT: THE BRAZILIAN SCHOOL FEEDING PROGRAMME CASE STUDY	506
Mariana Werlang Girardi	

E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na ordem jurídica brasileira? Sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras*

Will the Brazilian Federal Supreme Court reinstate the Convention no. 158 of the International Labor Organization (ILO) in the Brazilian legal order? On a possible turnaround, through international law, of Brazilian labor laws

Daniel Damasio Borges**

* Recebido em: 22/08/2018

Aprovado em: 15/10/2018

As pesquisas que resultaram neste artigo foram financiadas pela FAPESP, por meio de uma bolsa de pesquisa no exterior. Por esse motivo, o autor gostaria de agradecer a referida fundação pelo apoio e as instituições universitárias que lhe acolheram: Collège de France, École de Droit de la Sorbonne e Instituto Universitário Europeu de Florença. A redação do artigo foi concluída no Instituto de Estudos Avançados de Nantes, França. Assim, o autor também gostaria de deixar consignada a sua gratidão ao Instituto, ao propiciar excelentes condições de trabalho aos seus pesquisadores-residentes (“fellows”). Por fim, há de se registrar o afastamento de minhas atividades docentes que me foi concedido pela UNESP, o que permitiu que o autor realizasse pesquisas nas referidas instituições estrangeiras.

** Professor Associado de Direito Internacional Público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, campus Franca. Doutor em Direito pela Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne (prêmio de melhor tese defendida em 2011 na Escola Doutoral de Direito Internacional Público e Europeu da Universidade Paris I) e Livre-Docente em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). Foi pesquisador visitante na École de Droit de la Sorbonne, Collège de France e no Instituto Universitário Europeu de Florença (2015-2016). Atualmente, é pesquisador-residente (“fellow”) do Instituto de Estudos Avançados de Nantes, França (2018-2019). E-mail: daniel.damasio@unesp.br.*** Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1952), Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1954). Atualmente é professor titular da Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: sylvioloreto@uol.com.br

RESUMO

A Convenção n. 158 da OIT sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador versa sobre um assunto particularmente polêmico: os limites à livre-iniciativa do empresário em nome da proteção do emprego. Essas discussões em torno do significado jurídico da Convenção n. 158 podem ser revividas com a conclusão do julgamento pelo STF da ação direta de inconstitucionalidade acerca da denúncia desse tratado internacional. Com efeito, perfila-se a formação de uma maioria no STF pela procedência da ação, o que poderá significar a reentrada em vigor da Convenção 158 na ordem jurídica brasileira. Nesse artigo, discutem-se quais seriam os efeitos jurídicos para as relações trabalhistas brasileiras decorrentes dessa reentrada em vigor. Para avaliar tais efeitos, fez-se uma revisão bibliográfica sobre o tema, com especial ênfase ao direito comparado, além de se recorrer aos relatórios dos órgãos da OIT que fiscalizam o cumprimento dessa convenção. Duas repercussões da Convenção 158 sobressaem: a) a afirmação do direito do empregado de apenas ser demitido por um motivo válido; e b) o direito dos empregados de terem os seus representantes consultados antes de serem efetuadas demissões coletivas. Este artigo procura, assim, esmiuçar de que modo esses dois direitos deveriam ser interpretados pelas jurisdições trabalhistas brasileiras, sublinhando a grande contribuição da Convenção n. 158 para uma proteção mais efetiva do emprego no direito do trabalho brasileiro.

Palavras-chave: Denúncia de tratado. Organização Internacional do Trabalho (OIT), Direitos sociais fundamentais. Proteção do emprego.

ABSTRACT

The Convention n. 158 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer regulates a very controversial matter: the limits that are imposed on free enterprise in order to protect employment. These discussions about the legal meaning of the Convention 158 may be revived when the Brazilian Supreme Court concludes its judgment about the constitutionality of the denunciation of this treaty. In fact, most judges seem to consider the denunciation unconstitutional. If this judgment is confirmed, this will mean the re-entry into force of the Convention 158. This paper discusses the legal effects of this reentry into force. In our study, we use bibliographical review, with a special reference to comparative law, and the reports of the ILO bodies which supervise the application of the Convention 158. In particular, two legal rights arise from the Convention: a) the right of the employees to not be dismissed without a valid reason; and b) the right of the employees to be consulted, through their representatives, before collective dismissals. This paper analyses how these rights should be interpreted by the Brazilian domestic jurisdictions and highlights the contribution of the Convention 158 to the effective protection of employment in Brazilian law.

Keywords: Treaty denunciation. International Labour Organization. Fundamental social rights. Employment protection.

1. INTRODUCTION

Poucos tratados causaram, no Brasil, tantas polêmicas como a Convenção n. 158 da OIT de 1982 sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador. Deveras, duas ações diretas de inconstitucionalidade envolveram a referida convenção: a) a primeira impetrada por uma entidade sindical patronal quando da sua ratificação¹, questionando a compatibilidade de suas disposições com a Constituição Federal de 1988 — a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3 (ADI 1480-3)²; e b) a segunda ajuizada por uma confederação

sindical de trabalhadores³ e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), as quais arguíram a inconstitucionalidade de sua denúncia — a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1625-3 (ADI 1625-3)⁴.

A temática versada pela Convenção é particularmente conducente a um debate acalorado. Ela tangencia, de um lado, a livre iniciativa — princípio base da organização da economia de mercado —, porquanto ela circunscreve a liberdade do empresário de escolher os seus colaboradores em suas atividades e, portanto, limita a sua autonomia em organizar a produção de bens e serviços no seio de sua empresa⁵. E, de outra parte, ela visa à proteção da segurança no emprego e o direito ao trabalho — um dos direitos mais importantes assegurados pelo Estado social. Não surpreende, assim, que as polêmicas em torno do tema não se restrinjam ao direito brasileiro. Os limites impostos aos empresários, a título da realização dos direitos sociais, sempre suscitaram muitas discussões nos diferentes modelos de Estado social no mundo ocidental, em que se busca harmonizar a liberdade de iniciativa com a melhoria das condições de vida da classe trabalhadora⁶.

Após mais de 20 anos do início da ADI 1625-3⁷, uma maioria de ministros do STF, conforme se verá detalhadamente mais adiante, tende a se formar no sentido de considerar inconstitucional a denúncia da Convenção 158 da OIT. Caso essa maioria se confirme, todas as discussões em torno do alcance e significado jurídicos da Convenção 158 para a ordem jurídica brasileira serão revividas.

em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

3 Trata-se da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG).

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 1625-3/DF União Federal. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento ainda pendente. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>>.

5 Nesse sentido, há, sem dúvida, uma importante limitação ao poder diretivo do empresário. Sobre essa noção, v. especialmente MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 99-104.

6 Apenas a título ilustrativo, pode-se mencionar o exemplo francês. Durante o governo do primeiro-ministro conservador Dominique de Villepin (2005-2007), aprovou-se a lei do novo emprego (“nouvelle embauche”), que derogava o princípio do direito do trabalho francês da justificação da demissão. A aprovação da lei conduziu a grandes manifestações contrárias de estudantes e trabalhadores, o que acabou levando ao recuo do governo. DOCKÈS, Emmanuel. *Le juge et les politiques d’emploi. Droit social*, n. 9/10, p. 3-9. Sep./Out. 2007.

7 Essa demanda teve início no ano de 1997.

1 Trata-se da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 1480-3/DF. Pleno. (medida liminar). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível

Este artigo pretende justamente contribuir para esse debate. Em um primeiro momento, procurar-se-á demonstrar a inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158, dada a ausência da prévia aquiescência congressual. Mais do que isso, tal inconstitucionalidade tem por corolário o restabelecimento da vigência da Convenção 158 no direito brasileiro (*Parte I*).

Se tal entendimento prevalecer no STF, nada mais natural que se rediscuta o alcance e o significados jurídicos da Convenção n. 158 da OIT para o direito brasileiro. A nosso juízo, a Convenção 158 será um ponto de inflexão na evolução recente da legislação trabalhista brasileira, dando uma feição bem mais favorável ao trabalhador na disciplina jurídica do despedimento. Ela estabelece direitos importantes ao trabalhador nessa questão, muito embora ela não detalhe o modo pelo qual eles deverão ser exercidos. Essa ausência de detalhamento não é, contudo, um óbice dirimente para a sua plena aplicabilidade no Brasil (*Parte II*).

1. A INCONSTITUCIONALIDADE DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO N. 158 E O SEU COROLÁRIO: O RESTABELECIMENTO DA VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO N. 158 DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Em menos de nove meses após a promulgação pelo Brasil da ratificação da Convenção n. 158⁸, o Presidente da República editou, em 20 de dezembro de 1996, o Decreto n. 2.100. Nos termos do breve decreto, o Presidente da República tornava público que deixará de vigorar para o Brasil a Convenção n. 158 da OIT tendo em vista que o Governo brasileiro a denunciou e notificou formalmente a OIT sobre tal ato.

O Decreto n. 2.100 de 20 de dezembro de 1996, bem como a nota do Governo brasileiro à OIT sobre a denúncia da Convenção n. 158 foram realizados sem consulta ao Congresso Nacional. A bem dizer o caráter unilateral da denúncia em apreço foi fiel à tradição brasileira nessa seara.

Na história republicana, os diferentes chefes de Estado têm denunciado os tratados internacionais sem pedir a prévia aquiescência do Congresso Nacional. O

presidente Arthur da Silva Bernardes (1922-1926) assim o fez, quando da denúncia brasileira ao Pacto da Liga das Nações⁹. Àquela ocasião, o consultor jurídico do Itamaraty, Clóvis Beviláqua, escreveu um célebre arrazoado, sustentando a tese de que o chefe do Poder Executivo poderia denunciar um tratado sem ouvir o Congresso Nacional¹⁰.

A prática presidencial abrangeu, também, as Convenções da OIT, a exemplo dos decretos presidenciais que tornaram públicas as denúncias da Convenção n. 4, relativa ao trabalho das mulheres à noite¹¹ e da Convenção n. 110 concernente às condições de emprego dos trabalhadores de fazendas¹².

Tal modo de proceder foi, apenas, contestado judicialmente na ADI 1625-3. Daí a sua grande relevância para o direito público brasileiro. Com efeito, conforme se demonstrará a seguir, identifica-se clara tendência do STF considerar inconstitucional a denúncia unilateral, por parte do Presidente da República, de um tratado (1.1). Tal entendimento nos parece ter como consequência lógica a ripristinação da Convenção n. 158 da OIT (1.2).

1.1. A afirmação do papel do Congresso Nacional a respeito da denúncia de um tratado internacional

Até o presente momento, seis ministros já se manifestaram na ADI 1625-3¹³.

8 BRASIL. Decreto n. 1.855 de 10 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm>.

9 Em 1926, Bernardes decidiu pela retirada do Brasil da Liga das Nações. Essa decisão foi motivada pela frustração do Governo brasileiro em alcançar um dos seus principais objetivos de sua política externa: obter o status de membro permanente do Conselho da Liga das Nações. GARCIA, Eugênio Vargas. *O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926): vencer ou não perder*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2000.

10 BEVILÁQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações: parecer de 5 de julho de 1926. *Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, v. 2, (1913-1934), p. 357-374, 2009.

11 BRASIL. Decreto n. 1.534 de 30 de março de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1534.htm>.

12 BRASIL. Decreto n. 67.499 de 6 de novembro de 1970. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-67499-6-novembro-1970-409055-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

13 São eles os ministros Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Teori Zavascki e Rosa Weber. O voto do ministro Joaquim Barbosa encontra-se disponível no seguinte site: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-joaquim-barbosa.pdf>. Os votos dos ministros Maurício Corrêa, Ayres Britto e Teori Zavascki

O ministro-relator, Maurício Corrêa, afirmou: se for reconhecida ao Presidente da República a atribuição de unilateralmente denunciar um tratado, ele teria o poder de derogar, sem o aval do Congresso Nacional, um ato normativo com força de lei¹⁴.

Para Corrêa, esse entendimento seria contrário ao Princípio da Legalidade (art. 5º, inciso II da CF), segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ademais, asseverou Corrêa, a CF de 1988 estatui que todas as leis “lato sensu” devem passar pelo escrutínio do Congresso Nacional, inclusive no caso das medidas provisórias. Nesse sentido, concluiu Corrêa, tanto a atividade legislativa positiva quanto a negativa estão submetidas ao juízo definitivo dos representantes do povo.

Por essas razões, Corrêa entendeu que a aquiescência congressual era indispensável no caso da denúncia de um tratado internacional. Todavia, ponderou Corrêa, não se podia, a partir desse entendimento, concluir pela inconstitucionalidade total do Decreto n. 2.100 de 20 de dezembro de 1996. A esse respeito, Corrêa lembrou que a denúncia já havia produzido efeitos perante a OIT, em virtude da nota do governo brasileiro que notificava essa organização internacional sobre a denúncia.

Para Corrêa, o problema do decreto em apreço centrava-se nos seus efeitos produzidos internamente, devendo a revogação definitiva da eficácia da Convenção 158 da OIT ser submetida ao Congresso Nacional. Com fulcro nessa fundamentação, Corrêa julgou em parte procedente a ação direta de inconstitucionalidade, atribuindo ao Decreto impugnado interpretação conforme ao artigo 49, inciso I, da CF de 1988, e determinando que a denúncia da Convenção n. 158 condicionasse ao referendo do Congresso Nacional, sem o qual tal denúncia não produz eficácia plena.

O ministro Carlos Britto, sem maiores considerações, acompanhou o voto do ministro relator.

foram obtidos por cópias extraídas dos autos, após pedido feito ao STF pela advogada Ana Carolina A. Caputo Bastos, a quem agradecemos muito pela sua gentileza de nos franquear acesso a eles. Não foi autorizada a extração de cópias do voto da ministra Rosa Weber. O ministro Dias Toffoli pediu vistas dos autos e o julgamento da ação ainda está pendente. Para maiores informações, v. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>>.

14 O ministro Maurício Corrêa faz referência aqui, evidentemente, ao entendimento tradicional do STF de que os tratados, de um modo geral, têm status hierárquico de lei ordinária no ordenamento jurídico nacional.

O ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, apresentou um voto mais longo, em que desenvolveu alguns dos argumentos já trazidos por Maurício Corrêa. Sob esse aspecto, Barbosa reforçou: a CF de 1988 não admite nenhum ato com força de lei em que o Parlamento não tenha algum tipo de intervenção. Aliás, acrescentou Barbosa, uma das características marcantes da CF de 1988 é justamente a de fortalecer o Congresso Nacional.

Barbosa procurou, também, rebater a fundamentação desenvolvida por Clóvis Beviláqua em seu célebre parecer. Para Beviláqua, a aprovação pelo Poder Legislativo de um tratado internacional contendo uma cláusula de denúncia seria uma delegação congressual ao Poder Executivo, para que ele aplicasse tal cláusula. Nesse sentido, o ato de denúncia seria meramente administrativo e representaria a execução do tratado¹⁵.

Barbosa rechaçou essa linha de argumentação, afirmando que não se pode deduzir da simples referência, no texto do tratado, à possibilidade de denúncia, uma delegação tão relevante. Para Barbosa, a tese de Beviláqua sugere uma delegação não específica, sem prazo e sem condição, o que seria totalmente incompatível com o direito constitucional brasileiro.

Barbosa realçou ainda o conteúdo da Convenção 158, a qual estabelece direitos sociais. Nessa linha de raciocínio, permitir que o Presidente da República a denuncie isoladamente seria lhe outorgar o poder de reduzir o nível de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

Fundado nesses argumentos, Barbosa não se contentou em acolher parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade. Tampouco utilizou a técnica da interpretação conforme para matizar a inconstitucionalidade do Decreto impugnado. Ao contrário, Barbosa concluiu pela declaração da inconstitucionalidade por completo do Decreto n. 2.100/1996. Para Barbosa, o vício de inconstitucionalidade do Decreto impugnado é muito

15 “Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o modo de ser o mesmo denunciando; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, portanto, numa de suas cláusulas, se acha consignado o direito de o dar por extinto”. BEVILÁQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações: parecer de 5 de julho de 1926. *Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, v.2, (1913-1934), p. 357-374, 2009. p. 356.

claro, de modo a não admitir gradações. Sem o sufrágio congressional, o Decreto em apreço é inconstitucional em seu todo.

Barbosa disse que o corolário da declaração de inconstitucionalidade do Decreto impugnado seria a manutenção em vigor do decreto de promulgação da Convenção n. 158. Barbosa reconheceu, contudo, que a denúncia permaneceria válida no plano internacional, haja vista a nota de denúncia enviada pelo governo brasileiro à OIT.

A ministra Rosa Weber acompanhou o ministro Joaquim Barbosa, no sentido de considerar plenamente procedente a ADI 1625-3¹⁶.

O ministro Teori Zavaski, por seu turno, adotou uma posição singular. Na mesma linha dos votos acima descritos, Zavaski invocou o Princípio da Legalidade. Sob a égide desse princípio, não se admite que o Poder Executivo possa, isoladamente, inovar no plano do direito doméstico e alterar a situação jurídica dos indivíduos, ao revogar normas internas. Nada mais lógico, assim, que o Congresso Nacional seja chamado a dar a sua anuência quando da denúncia de um tratado.

Zvaski ponderou, contudo, que a denúncia unilateral dos tratados correspondia a uma longa prática brasileira, que havia compreendido, inclusive, as Convenções da OIT. Essa longa prática do Poder Executivo beneficiar-se-ia, ainda, de “certa indiferença” dos demais poderes constituídos. Assim, concluiu Zavaski, a indispensabilidade da anuência congressional deveria ser, apenas, prospectiva, em nome da segurança jurídica. Por esses motivos, Zavaski jugou impropriedade a ação direta de inconstitucionalidade em apreço.

O único ministro a se declarar favoravelmente ao poder do Presidente da República de denunciar unilateralmente o tratado foi o ministro Nelson Jobim. Jobim retomou, com poucas alterações, os argumentos aduzidos por Beviláqua, notadamente a preeminência do Presidente da República na condução da política externa brasileira.

Da descrição acima, depreende-se que cinco ministros do STF já se manifestaram pela indispensabilidade do sufrágio congressional em se tratando da denúncia de um tratado internacional. Quatro ministros defenderam

16 Conforme já dito, não tivemos acesso ao voto da Ministra Rosa Weber. Todavia, há uma breve referência à posição da ministra no voto do ministro Teori Zavaski.

que esse entendimento conduziria à inconstitucionalidade, ainda que parcial, do Decreto n. 2.100/1996.

O argumento central favorável à aquiescência congressional, quando da denúncia do tratado, foi, sem dúvida, a natureza normativa desse ato jurídico internacional. Tal ênfase reflete a evolução recente dos tratados internacionais e do direito interno. O crescente número de tratados e dos temas por eles versados pôs em causa o papel do Parlamento como *locus* privilegiado da ação legislativa dos Estados¹⁷. Temas que outrora eram disciplinados, exclusivamente, por normas internas fazem parte, hoje, do objeto de tratados internacionais¹⁸. Conforme afirma Evelyne Lagrange, os anglo-saxões forjaram uma bela expressão — “*legislation by treaty*” —, para significar que a função diplomática se tornou uma das funções normativas do Estado¹⁹.

As próprias Convenções da OIT são disso uma eloquente ilustração. Questões trabalhistas eram, antes da criação da OIT, consideradas do domínio exclusivo do Estado e debatidas, exclusivamente, nos parlamentos nacionais²⁰. Atualmente, as principais questões do direito do trabalho são temas de discussões em uma organização internacional e de regulação por parte do direito internacional público.

É precisamente a dimensão normativa dos tratados internacionais em âmbito interno que constitui uma das principais justificativas para a participação dos Parlamentos no processo de ratificação dos tratados²¹. Deveras, se os tratados produzem efeitos normativos internos, não se pode prescindir da anuência congressional,

17 “Dès lors, c’est évidemment le législateur national qui voit sa compétence principale d’élaboration des normes totalement modifiée par cette tendance des Etats à régler conjointement les champs les plus variés de l’activité humaine”. TOURARD, Hélène. *L’internationalisation des constitutions nationales*. Paris: L.G.D.J., 2000. p. 113.

18 Segundo Hélène Tourard, a internacionalização pode ser definida como a submissão ao direito internacional de uma relação ou de uma instituição jurídica antes regida pelo direito interno. TOURARD, Hélène. *L’internationalisation des constitutions nationales*. Paris: L.G.D.J., 2000. p. 1.

19 LAGRANGE, Evelyne. L’efficacité dans l’ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées. *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, Nijhoff, v. 356, 2012. p. 491.

20 VALTICOS, Nicolas. *Droit international du travail*. Paris: Dalloz, 1983. p. 3-28.

21 RIESENFELD, Stefan A.; ABBOTT, Frederick. “Foreword”. In: RIESENFELD, Stefan; ABBOTT, Frederick (Ed.). *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*. Hague: Kluwer Academic Publishers, 1994. p. 1-18.

sob pena de esvaziar o Poder Legislativo de sua função clássica e principal: a de elaborar leis²². Nos países em que o Parlamento tem diminuta participação no processo de ratificação, como no Reino Unido, os tratados não têm qualquer efeito na ordem jurídica interna e não alteram a legislação nacional²³.

No Brasil, como se sabe, o STF tem reiteradamente entendido que os tratados internacionais fazem parte da ordem jurídica nacional na qualidade de leis ordinárias. O precedente desse entendimento foi o Recurso Extraordinário n. 71.154 de 4 de agosto de 1971, o qual versou sobre a vigência na ordem jurídica brasileira da Convenção de Genebra da lei uniforme sobre o cheque. Na espécie, questionou-se se a Convenção de Genebra, uma vez ratificada e promulgada, teria plena vigência na ordem jurídica nacional ou se seria necessário aprovar

22 “No direito constitucional clássico, a elaboração da lei cabe ao Poder Legislativo, que é, pelo menos parcialmente, de caráter representativo. De fato, a lei, em sua substância, é a expressão da vontade nacional, manifestada pelos representantes, que se identifica com a vontade geral, ou seja, com os imperativos da Razão”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 59.

23 No sistema constitucional britânico, o poder de celebrar e ratificar tratados constitui uma prerrogativa exclusiva da Coroa, exercida pelo primeiro-ministro ou ainda pelo ministro das relações exteriores ou da pasta que trate do tema do tratado. Desse modo, a ratificação de um tratado não necessita da aprovação do Parlamento britânico. Desde 1924, adota-se a prática conhecida como a regra de Ponsonby (“Ponsonby Rule”), nome do subsecretário de Estado para as relações exteriores que a iniciou. Nos termos dessa prática, o Poder Executivo, antes de ratificar o tratado, apresenta-o ao Parlamento, durante o período de 21 sessões e compromete-se a debetê-lo com os parlamentares. Tal prática de apenas informar o Parlamento foi recentemente modificada pela lei sobre a Reforma Constitucional e Governança de 2010 (Constitutional Reform and Governance Act 2010). Nos termos da lei, uma vez apresentado o tratado ao Parlamento, esse último poderá aprovar uma resolução no sentido de rejeitá-lo, o que impedirá o Primeiro-ministro e o seu gabinete de ratificá-lo. A recente reforma constitucional reforçou, sem dúvida, o papel do Poder Legislativo quanto aos tratados, visto que ele tem tradicionalmente uma função formal e passiva nessa seara. A reforma em apreço não condicionou, contudo, a ratificação do tratado à explícita aprovação do Parlamento britânico. Essa característica do sistema constitucional britânico guarda estreita relação com o dualismo por ele abraçado. Uma vez ratificado o tratado, ele não é considerado parte integrante do ordenamento jurídico nacional britânico. As disposições do tratado apenas serão aplicadas, pelas jurisdições nacionais, na exata medida em que elas sejam reproduzidas em um ato legislativo interno. Essas características do direito britânico não favorecem a proteção dos direitos previstos nas Convenções da OIT. BORGES, Daniel Damasio. *A aplicação das convenções internacionais sobre os direitos sociais relacionados à saúde e ao trabalho na ordem jurídica brasileira: contribuição ao estudo do impacto do direito internacional sobre as políticas sociais brasileiras*. Tese (Doutorado de livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 92-99.

uma nova lei reproduzindo os seus termos e condições.

O ministro Oswaldo Trigueiro reconheceu que não há cláusula constitucional expressa sobre a eficácia imediata, em âmbito interno, dos tratados ratificados e promulgados no Brasil. Ela estaria, contudo, implícita na Constituição. A aprovação do tratado, sublinhou Trigueiro, obedece a um processo muito similar ao da elaboração das leis: o Congresso Nacional deve aprovar o tratado antes de ele ser ratificado. Se o órgão que elabora as leis e aprova os tratados é o mesmo — o Congresso Nacional —, não há necessidade de ele reafirmar os termos do tratado, em um novo diploma legal. Não seria razoável, concluiu Trigueiro, condicionar a validade interna do tratado à dupla manifestação do Congresso Nacional. Por esses motivos, o ministro Oswaldo Trigueiro estimou que a Convenção de Genebra estava plenamente vigente na ordem jurídica brasileira e revogava as disposições em contrário da legislação ordinária brasileira. O voto de Trigueiro foi acompanhado por todos os demais ministros do STF²⁴. Em síntese, o reconhecimento do caráter normativo no plano doméstico dos tratados está estreitamente relacionado à participação congressual no processo de sua ratificação.

O mesmo raciocínio nos parece aplicável, *mutatis mutandis*, à denúncia de um tratado. Tal como a ratificação de um tratado, a denúncia de tal instrumento internacional significa importante alteração legislativa interna, porquanto as normas nele enunciadas não mais regerão as relações sociais em território brasileiro. A denúncia de um tratado sem a aquiescência parlamentar importaria, assim, em grave prejuízo às atribuições legislativas do Congresso Nacional, visto que ocorreria importante alteração legislativa sem a sua participação.

Os ministros Maurício Corrêa, Carlos Britto, Teori Zvaski, Joaquim Barbosa e Rosa Weber nos parecem ter corretamente salientado os efeitos normativos internos da denúncia dos tratados, ao considerarem obrigatória a prévia anuência congressual quando da denúncia de um tratado.

Todavia, conforme dissemos, há nuances relevantes entre os posicionamentos dos quatro ministros. Para o ministro Zvaski, esse entendimento teria, apenas, efeito

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE n. 71.154. Tribunal Pleno. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília. 4 de agosto de 1971. p. 5-9. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896118/recurso-extraordinario-re-71154-pr>>.

prospectivo e não abrangeria a Convenção n. 158. Os fundamentos trazidos pelo ministro não nos afiguram persuasivos. A longa prática brasileira de denúncias de tratados unilaterais e a certa indiferença dos demais poderes constituídos não são argumentos fortes. No direito constitucional brasileiro, há longa tradição da sobreposição do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, a ponto de destituir o Parlamento de sua principal competência: a de legislar. Não se deve olvidar os longínquos períodos autoritários que marcaram a história política brasileira — em especial a ditadura militar (1964-1985)²⁵. Essa triste história há de ser superada e não servir de argumento em defesa de uma segurança jurídica que prestigia soluções autoritárias.

Os votos dos ministros Maurício Corrêa, Carlos Brito, Joaquim Barbosa e Rosa Weber não poupam a Convenção n. 158, ao julgarem inconstitucional o decreto de sua denúncia. A divergência entre eles diz respeito, exclusivamente, ao alcance dessa declaração de inconstitucionalidade: parcial por meio do uso da técnica da “interpretação conforme” — no entendimento dos dois primeiros —; ou total — na leitura dos dois últimos.

O posicionamento que nos parece o mais adequado é o do ministro Joaquim Barbosa e da ministra Rosa Weber. Com efeito, a técnica da “interpretação conforme” não é aplicável ao caso. Classicamente, esse expediente é utilizado quando o ato normativo, cuja constitucionalidade é questionada, admite diferentes leituras. Nesses termos, o STF admite a constitucionalidade do ato normativo, sob a reserva de que a sua interpretação seja aquela que o STF considere compatível com a Constituição²⁶.

Ora, no caso do Decreto n. 2.100/1996, não pairam dúvidas em relação ao seu sentido e propósitos. Redigido de modo breve, o Decreto “torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção n. 158 [...]”. Assim, ele publica a revogação, na ordem jurídica interna brasileira, da vigência

da Convenção n. 158. Nos termos em que foi formulado, não há como interpretar o Decreto de outra maneira: ele exclui do direito nacional a Convenção n. 158.

Portanto, diante do teor do Decreto, ele é, em seu todo, inconstitucional, porquanto realiza função normativa sem a anuência congressual. A esse respeito, convém lembrar que o STF tem reiteradamente decidido que o ato normativo revocatório realiza, também, função normativa²⁷. Aliás, não poderia ser de outro modo, já que a revogação de leis modifica o teor das leis vigentes, alterando os direitos e obrigações dos indivíduos.

Seja, porém, como for, a divergência entre, de um lado, os ministros Joaquim Barbosa e Rosa Weber e, de outro, Maurício Corrêa e Carlos Brito não nos afigura decisiva.

Ainda que esses últimos tenham acolhido apenas parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade, Corrêa pôs em destaque o aspecto do Decreto n. 2.100/1996 que lhe parecia inconstitucional: os seus efeitos na ordem doméstica, qual seja, a revogação da vigência da Convenção n. 158 sem o referendo congressual²⁸.

A bem dizer, a fundamentação de Corrêa nos parece inexata. Os efeitos no plano doméstico do Decreto — a revogação da vigência da Convenção n. 158 — não é *um* de seus aspectos. Ao contrário, constitui, como vimos, o seu único escopo. O Decreto sob análise contém tão somente um artigo: justamente aquele que torna pública a revogação da Convenção n. 158. Não está aqui presente o requisito essencial da inconstitucionalidade parcial: a circunstância de o ato normativo impugnado estar dividido em diferentes partes, as quais podem ser consideradas isoladamente²⁹. Por esses motivos, assiste razão ao ministro Joaquim Barbosa, o qual não se contentou em declarar o Decreto em apreço parcialmente inconstitucional.

Como quer que seja, os votos de Corrêa e de Carlos Brito sugerem, claramente, a ideia de que a inconstitu-

25 Conforme observa Clèmerson Merlin Clève, durante os períodos de exceção no Brasil — como durante o Estado Novo (1937-1945) e a ditadura militar (1964-1985) —, atribuiu-se ao Poder Executivo o poder de legislar. Daí, conforme afirma Clève, a profunda desconfiança que desperta no Brasil instrumentos jurídicos como os decretos-leis e as medidas provisórias. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 153-156.

26 RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição. A lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de interpretação legislativa*, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009.

27 V., por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 748-3/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de julho de 1992. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/454101/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-12-02-2007>.

28 V. especialmente os parágrafos 18 a 22 do voto do ministro Maurício Corrêa.

29 Sobre a distinção entre inconstitucionalidade total e parcial, v. especialmente CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48-49.

cionalidade parcial do Decreto n. 2.100/1996 impede a revogação, na ordem jurídica brasileira, da Convenção n. 158. Nesse ponto, impende realçar o efeito repristinatório de tal declaração de inconstitucionalidade.

1.2. O efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996

Nos termos do art. 2º, §3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942), salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

A princípio, não se admite, assim, no direito brasileiro, a repristinação: a restabelecimento do vigor de uma lei em virtude da revogação de uma outra lei que havia suprimido a vigência da primeira. A proibição da repristinação refere-se, assim, ao processo de modificações legislativas ao longo do tempo. Ela esclarece e restringe, assim, os efeitos jurídicos da revogação de um diploma legislativo, determinado que ela não importa na reentrada em vigência de leis que tenham sido elas próprias revogadas pelo referido diploma legislativo.

A proibição da repristinação, contudo, não há de ser confundida com o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei. Conforme afirma Clèmerson Merlin Clève, no direito brasileiro, o diploma legislativo inconstitucional é nulo e não simplesmente anulável. Por esses motivos, prossegue Clève, a decisão do STF que declara uma lei inconstitucional atinge todos os efeitos engendrados por tal lei, inclusive no tocante à revogação por ela produzida de outros atos legislativos. Por conseguinte, conclui Clève, a declaração da inconstitucionalidade de uma dada lei implica a reentrada em vigor dos atos legislativos que tenham sido por ela revogados³⁰.

Tal efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade tem sido amplamente reconhecido pela jurisprudência do STF, com lastro no raciocínio acima exposto³¹.

30 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48-49.

31 V., em especial: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 3.148-1/TO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758656/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3148-to>>. Em seu voto,

O reconhecimento do efeito repristinatório da ação direta de inconstitucionalidade impõe-se, com muito mais razão, no caso do Decreto n. 2.100/1996. Conforme já dito alhures, a revogação produzia pelo referido decreto não é uma das repercussões por ele produzidos, mas a sua única repercussão. Assim, tal repercussão do Decreto deverá cessar, após a declaração de inconstitucionalidade desse diploma normativo, na linha da jurisprudência do STF. Caso não se entendesse desse modo, atribuir-se-iam efeitos jurídicos muito significativos a um ato normativo declarado inconstitucional.

Portanto, a reentrada em vigor da Convenção n. 158 da OIT nos parece ser o corolário da declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996.

Entre os votos acima citados, apenas o ministro Joaquim Barbosa faz referência explícita à reentrada em vigor no plano doméstico da Convenção n. 158. Contudo, essa ausência de referência não nos parece determinante, visto que a questão central colocada ao STF foi a constitucionalidade ou não do Decreto n. 2.100/1996. Os ministros não são obrigados a tratar de modo exaustivo de todos os efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade, salvo se provocados.

Tampouco a divergência acerca da inconstitucionalidade total ou parcial nos parece relevante. Conforme dito acima, os ministros que votaram pela inconstitucionalidade parcial deixaram claro que tal declaração tornava sem efeitos, no plano da ordem jurídica doméstica, o Decreto n. 2.100/1996.

Em síntese, parece-nos que já existem quatro votos no STF — Maurício Corrêa, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Rosa Weber — que resultam na reentrada em vigor, na ordem jurídica brasileira, da Convenção n. 158.

Objetar-se-á que a denúncia da Convenção 158 já foi consumada no plano internacional, uma vez que ela foi oficialmente comunicada pelo Governo brasileiro à OIT, não estando mais tal Convenção em vigor para o Brasil na ordem jurídica internacional. De fato, do ponto de vista da ordem jurídica internacional, a Convenção n. 158 da OIT não é mais vigente para o Brasil.

Essa circunstância não constitui, todavia, um obstáculo intransponível ao reconhecimento da vigência, na perspectiva do *direito interno* brasileiro, da Convenção n. 158.

o ministro Celso de Mello reproduz a fundamentação exposta por Clèmerson Merlin Clève.

O descompasso entre a vigência nacional e internacional de um tratado já foi claramente admitido pelo STF no conhecido litígio sobre o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul. Segundo a alta jurisdição brasileira, a entrada em vigor na ordem jurídica interna brasileira de um tratado internacional está subordinada à edição do decreto de promulgação³² por parte do Presidente da República. Na ausência do decreto de promulgação, o tratado não é aplicável à ordem jurídica brasileira, ainda que seja vigente para o Brasil na ordem jurídica internacional. Foi precisamente esse o caso do Protocolo em apreço. Por conseguinte, na espécie, o STF reconheceu que o Protocolo vigorava internacionalmente para o Brasil, sem que, por isso, a sua vigência no plano doméstico fosse admitida³³.

Não se deve olvidar, também, que as normas da OIT encorajam os Estados a ratificarem as suas convenções³⁴

32 Na definição de Hildebrando Accioly, a promulgação é o “ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o Governo de um Estado afirma ou atesta a existência do tratado, com o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão, e ordena sua execução dentro dos limites da competência estatal”. Para Accioly, a promulgação tem duas funções: registrar a regularidade do tratado e lhe conferir caráter obrigatório. ACCIOLY, Hildebrando. *Promulgação do Tratado de Comércio e Navegação Brasil-Chile, de 1973: ausência do respectivo decreto: conceito de promulgação de tratados*. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1952-1960)*. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5. p. 219-224.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8279-4*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de junho de 1998. Disponível em: <www.stf.jus>. Para uma apreciação crítica da jurisprudência do STF, v. especialmente MAGALHÃES, José Carlos de. *O STF e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 18-20. Para uma crítica do sistema brasileiro de internalização de normas internacionais, v. especialmente DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86-147.

34 Em um artigo particularmente inovador para o direito internacional público — o artigo 19, §5º, alíneas “b” e “c” —, a constituição da OIT prescreve o seguinte: “b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza; c) os Estados-Membros darão conhecimento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho das medidas tomadas, em virtude do presente artigo, para submeter a convenção à autoridade ou autoridades competentes, comunicando-lhe, também, todas as informações sobre as mesmas autoridades e sobre as decisões que estas houverem tomado”. Estabelece-se, assim, a obrigação dos Estados-membros de submeterem as Convenções da OIT aos órgãos internos responsáveis pela ratificação dos tratados internacionais. Decerto, tal disposição não prevê a obrigação de rati-

e a não as denunciar. É esse precisamente o sentido da cláusula-padrão sobre a denúncia dos tratados inserida em grande parte das Convenções da OIT³⁵.

Tal cláusula-padrão restringe o período durante o qual os Estados-pares poderão efetuar a referida denúncia. A cláusula prescreve que os Estados-membros poderão, apenas, denunciar a convenção que tenham ratificado ao fim de um período de 10 (dez) anos, contados a partir da entrada em vigor inicial da convenção em foco. Ainda nos termos de referida cláusula, a denúncia não terá efeito senão um ano depois de registrada na Repartição Internacional do Trabalho³⁶.

Portanto, as Convenções da OIT não se restringem a prever um período de aviso prévio — o qual constitui o lapso temporal entre a comunicação formal da denúncia e a produção de seus efeitos jurídicos³⁷. Pelo contrá-

ficar as Convenções da OIT. Todavia, de toda sorte, esse artigo da Constituição da OIT encoraja os Estados membros a assim proceder. No caso do direito brasileiro, o artigo 19 da Constituição da OIT impõe ao Presidente da República a obrigação de apresentar ao Congresso Nacional a convenção aprovada pela Conferência internacional do Trabalho. Isso distingue sobremaneira as convenções da OIT dos demais tratados internacionais. Segundo Haroldo Valladão, após a assinatura ou adoção do texto de um tratado internacional, o Presidente da República não tem, como regra geral, o dever de enviá-lo ao Congresso Nacional, podendo entender que tal envio não é oportuno ou conveniente. VALLADÃO, Haroldo. *Submissão ao Congresso Nacional de Convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho*. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores do Itamaraty. (1961-1971)*. Brasília, Senado Federal, 2002. v. 6. p. 25-26.

35 Segundo Kelvin Widdows, essa cláusula-padrão foi, pela primeira vez, encampada pela Convenção n. 26 de 1928 concernente à instituição de métodos de fixação de salários mínimos. Após essa convenção, as Convenções da OIT passaram a ter tal cláusula-padrão. WIDDOWS, Kelvin. *The denunciation of International Labour Conventions*. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 1052-1063, Oct. 1984.

36 Essa cláusula-padrão está inserida na Convenção n. 158 da OIT: “Artigo 17. 1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de 10 (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 1 (um) ano após a data de seu registro. 2. Todo Membro que tiver ratificado essa Convenção e que, no prazo de um ano após a expiração do período de 10 (dez) anos, mencionado no parágrafo precedente, não fizer uso do direito de denúncia previsto neste artigo ficará obrigado por mais um período de 10 (dez) anos, e, sucessivamente, poderá denunciar essa Convenção no fim de cada período de 10 (dez) anos, nas condições previstas neste artigo”.

37 A estipulação desse lapso temporal é frequente nos tratados internacionais, de um modo geral. CHRISTAKIS, Théodore. *Dénonciation ou retrait dans le cas d'un traité ne contenant pas de dispositions relatives à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait : commentaire de l'article 56 de la Convention de Vienne de 1986 sur*

rio, elas estipulam uma disciplina mais rígida sobre essa questão, trazendo uma limitação adicional à soberania estatal: a estipulação de um período durante o qual a denúncia não é admitida.

Independentemente da denúncia ou da ratificação da Convenção da OIT, os órgãos da OIT mantêm as suas atribuições de exercer a vigilância sobre as legislações e práticas nacionais trabalhistas que dizem respeito às convenções aprovadas por essa organização internacional. É o que prevê o artigo 19, §5, alínea “e” da Constituição da OIT, ao estipular a obrigação dos Estados membros de informar a OIT sobre o estado de sua legislação e prática relativamente à questão tratada nas Convenções da OIT, ainda que elas não tenham sido ratificadas.

Em síntese, na perspectiva do direito da OIT, a reentrada em vigor no plano doméstico da Convenção n. 158 não apresenta qualquer tipo de problema. Pelo contrário, tal reentrada em vigor favorece a aplicação, no direito doméstico, de uma convenção internacional aprovada por essa organização internacional. Nessa ordem de ideias, tal reentrada em vigor contribui para que as finalidades da OIT sejam cumpridas, porquanto aplicação de tais convenções contribui para o objetivo de realização da justiça social previsto na constituição dessa organização internacional³⁸.

2. A REENTRADA EM VIGOR DA CONVENÇÃO N. 158 NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E OS SEUS EFEITOS SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Caso o Decreto n. 2.100/1996 seja efetivamente considerado inconstitucional pelo STF³⁹ e seja reconhe-

le droit des traités. In : CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre (Org.). *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 2011-2014.

38 Para Jean-Michel Bonvin, a função principal da OIT é justamente a de elaborar convenções internacionais sobre o trabalho. Daí o título de sua obra: “a OIT, estudo sobre uma agência produtora de normas”. BONVIN, Jean-Michel. *L'Organisation internationale du travail: étude sur une agence productive de normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

39 É interessante observar que o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região chegou a antecipar-se à conclusão do julgamento pelo STF, ao editar a súmula n. 42. Nos termos da referida súmula: “INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um

ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF.” Contudo, após reações negativas da edição da súmula, o TRT recuou e suspendeu a eficácia da Súmula até a decisão final do STF.

Dois efeitos da Convenção n. 158 sobressaem nas relações trabalhistas brasileiras: a imposição ao empregador do dever de justificar o término da relação de emprego, quando essa última ocorrer por sua iniciativa (2.1.); e a imposição ao empregador do dever de consultar os representantes dos trabalhadores quando o término da relação de emprego se der por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos (2.2.). Essa dupla obrigação, conforme se verá adiante, trará importantes mudanças para a disciplina do despedimento no Brasil.

2.1. A imposição do dever ao empregador de justificar o despedimento

A principal disposição da Convenção n. 158 da OIT é, sem dúvida, o seu artigo 4º, o qual tem a seguinte redação:

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

Como escreve a Comitê de especialistas da OIT, tal artigo impõe, ao empregador, a obrigação de apresentar

ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois Poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF.” Contudo, após reações negativas da edição da súmula, o TRT recuou e suspendeu a eficácia da Súmula até a decisão final do STF.

40 Sobre o assunto, v. MAGANO, Octávio Bueno. Convenção n. 158 da OIT. In: BAPTISTA, L. O.; Fonseca, J. R.. F. (Coord.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 351-358; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. A responsabilidade do Brasil perante a OIT em face da não-aplicação da Convenção 158. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 25, n. 96, p. 105-113, 1996; e CASELLA, Paulo Borba. A Convenção n. 158 da OIT: as relações entre o direito interno e direito internacional. *Revista Ltr. Legislação do Trabalho*, v. 60, p. 900-909, 1996, e SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: Ltr, 2002.

justificativas válidas, quando ele põe fim à relação de emprego com o seu empregado⁴¹.

O Comitê de especialistas da OIT elucida quais seriam as justificativas que podem ser consideradas válidas para o término da relação de emprego, nos termos do artigo 4º. Em relação à capacidade do trabalhador prevista nesse artigo, ela pode assumir duas formas: a) falta de qualificação ou de aptidão profissional para a realização de determinadas tarefas; e b) insuficiência no exercício da profissão que não resulte de má vontade do trabalhador ou ainda de uma doença ou um ferimento de que o trabalhador sofra. No que respeita ao comportamento do trabalhador, o Comitê de especialistas da OIT dividiu-o em duas categorias: a) má execução das tarefas para as quais o trabalhador foi contratado, como a negligência ou a desobediência às ordens legítimas do empregador; e b) as diversas formas de comportamento reprovável do trabalhador, como a indisciplina, a violência, a perturbação da tranquilidade no ambiente de trabalho.

Em relação à essas duas hipóteses relativas à capacidade ou comportamento do trabalhador, o artigo 7º da Convenção confere-lhe o direito de se defender contra as repreensões que lhe são dirigidas, antes que a demissão seja levada a efeito⁴². O Comitê de especialistas da OIT salienta a importância da adoção de medidas mais brandas antes que a demissão seja efetivada, como a advertência ao trabalhador sobre a sua conduta inadequada ou a má qualidade de seu trabalho⁴³.

Quanto às necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, a que faz alusão o artigo 4º, o Comitê de especialistas da OIT afirma que elas compreendem razões de natureza econômica, técnica, estrutural ou análogas. A compressão da mão-

-de-obra de uma empresa por motivos econômicos ou tecnológicos, por exemplo, amolda-se a essas razões⁴⁴.

A Convenção n. 158 não se restringe a impor a obrigação, ao empregador, de justificar o despedimento. Ela prevê, também, o remédio jurídico quando da violação dessa obrigação. Segundo o seu artigo 8º da convenção em apreço, o trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá direito de recorrer a um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro. De acordo com o artigo 9º, os organismos mencionados no artigo 8º estarão habilitados para examinar as causas alegadas para justificar o despedimento e todas as demais circunstâncias ligadas ao caso, bem como para se pronunciar sobre o despedimento ser ou não justificado.

O artigo 10º, por sua vez, estabelece quais medidas tais organismos poderão adotar, caso conclua que a demissão ocorreu por um motivo não considerado válido:

Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

O artigo 10º da Convenção n. 158 esteve no cerne da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3 (ADI 1480-3)⁴⁵. Na espécie, requereu-se a suspensão

41 “The need to base termination of employment on a valid reason is the cornerstone of the Convention’s provisions. The adoption of this principle removes the possibility for the employer to unilaterally end an employment relationship of indeterminate duration by means of a period of notice or compensation in lieu thereof”. *PROTECTION* against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995. p. 30.

42 Nos termos desse artigo, esse dever apenas não será imposto ao empregador na eventualidade de não ser razoável que se lhe faça essa exigência.

43 *PROTECTION* against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995. P. 37-38.

44 A Convenção n. 158 toma o cuidado de prever um elenco exemplificativo de razões que não podem ser admitidas como motivo válido para demitir um trabalhador: a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho; b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade; c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes; d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social; e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade; e f) a ausência temporária do trabalho por motivo de lesão ou de doença. V. os artigos 5º e 6º da Convenção em apreço.

45 BORGES, Daniel Damasio. O direito ao trabalho: reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o di-*

liminar da aplicação da Convenção n. 158 da OIT, em virtude de sua alegada inconstitucionalidade. Na época do julgamento, diferentes decisões de primeira instância da Justiça do Trabalho haviam assegurado, com base no aludido artigo 10º da Convenção, o direito à reintegração em caso de demissões ocorridas sem motivo válido.

Dois ordens de inconstitucionalidade foram aduzidas pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em seu pedido de liminar. A primeira de natureza formal, a qual diz respeito ao conjunto da Convenção n. 158. Segundo o STF, o inciso I do artigo 7 da Constituição Federal reserva às leis complementares a temática da proteção da relação de emprego. Com efeito, nos termos desse inciso, assiste aos trabalhadores o direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, *nos termos de lei complementar* (grifos nossos). Por esse motivo, essa temática não poderia ser disciplinada por um tratado internacional, o qual teria status de lei ordinária na ordem jurídica brasileira.

Sob o aspecto material, o ponto central foi precisamente o aludido artigo 10º da Convenção 158. Em particular, foi objeto de censura a possibilidade de se ordenar a reintegração do trabalhador, caso ele tenha sido demitido sem um motivo válido para tanto. Tal reintegração contrariaria a opção constitucional pela indenização como remédio jurídico na hipótese de demissão sem motivo válido. Sublinhou-se, a esse respeito, a alusão explícita do texto constitucional à “indenização compensatória” (art. 7º, inciso I da CF de 1988).

No julgamento do pedido de liminar, o STF não chegou a suspender a eficácia da Convenção, mas reduziu, substancialmente, o seu alcance jurídico para as relações trabalhistas brasileiras.

No voto que prevaleceu no julgamento, o ministro Celso de Mello Para Celso de Mello, a Convenção n. 158 seria meramente uma “proposta de legislação” a qual estabeleceria, apenas, certas diretrizes gerais na disciplina da proteção da relação de emprego. Para que tais diretrizes fossem concretizadas, seria indispensável a ulterior intervenção legislativa a qual detalhasse essas diretrizes e lhes atribuisse efeito. E tal intervenção legislativa, ressaltou Celso de Mello, deveria se dar, necessariamente, por leis complementares, na forma como a Constitui-

ção assim prevê. Tratados internacionais não poderiam fazê-lo, uma vez teriam *status* de leis ordinárias.

Por esses motivos, Celso de Mello concluiu que a Convenção n. 158 não teria caráter autoaplicável, contrariamente ao que haviam decidido diferentes juízes de trabalho de primeira instância. Por esses motivos, a única interpretação constitucionalmente admissível da Convenção n. 158 seria a de considerá-la não autoaplicável.

Além do mais, Celso de Mello entendeu que a única forma de reparação constitucionalmente válida para a demissão sem motivo válido seria a indenização, o que excluiria a reintegração aludida no art. 10º da Convenção 158. Por conseguinte, a Convenção n. 158 deveria ser, apenas, interpretada no sentido de assegurar a indenização.

Após esse acórdão sobre o pedido da liminar, a Convenção n. 158 foi denunciada pelo governo brasileiro. A ação direta de inconstitucionalidade foi, então, extinta, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Naturalmente, sendo a denúncia considerada inconstitucional e sendo reconhecida a repriminção da Convenção 158, revivam-se as discussões da ADI 1.480-3. Novamente, colocam-se as questões da constitucionalidade da Convenção 158, de sua autoaplicabilidade e de suas repercussões para o direito do trabalho brasileiro.

Sobre a ausência de autoaplicabilidade da Convenção 158, o ministro Celso de Mello pôs ênfase no modo pelo qual as suas disposições foram formuladas, as quais seriam demasiadamente genéricas para serem consideradas aplicáveis, sem o detalhamento de uma legislação ulterior.

A redação dos artigos da Convenção 158 não nos parece ser o critério determinante dessa questão, tanto mais porque tais artigos não são homogêneos em seu grau de precisão.

Em sua influente obra sobre a aplicação das Convenções da OIT pelos tribunais nacionais, Virginia Leary demonstrou que o caráter autoaplicável ou não de suas disposições varia de um ordenamento jurídico ao outro, em função das características de cada qual⁴⁶. Entre tais

46 “A treaty is self-executing if municipal courts can apply it immediately and without further implementing acts, to individuals. [...] The criteria for determining whether a provision is self-executing or directly applicable are not the same in each country and much confusion exists concerning the classification of provisions in this regard. A treaty provision may well be considered self-executing in one jurisdiction and not in another”. LEARY, Virginia. *International*

reito internacional dos direitos humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 579-599. Todavia, a posição que aqui defendemos difere, substancialmente, do artigo mencionado, especialmente no que se refere às repercussões da Convenção n. 158 para a ordem jurídica brasileira.

predicados, sobrelevam o papel reconhecido ao Poder Judiciário na aplicação e interpretação de tratados que versam sobre direitos de indivíduos, a articulação entre direito interno e direito internacional e a presença de normas jurídicas nacionais que já disciplinam a temática versada pelo tratado. Esses predicados são mais importantes na apreciação do caráter autoaplicável ou não dos tratados que a formulação mais genérica ou mais precisa das disposições neles previstas⁴⁷.

Claudia Sciotti-Lam chega a uma conclusão muito similar em sua monografia sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos nas ordens jurídicas nacionais. Segundo Sciotti-Lam, as convenções sobre direitos humanos não podem trazer, em seu texto, todas as implicações do reconhecimento dos direitos que são nelas previstos. Segundo Sciotti-Lam, tais convenções, para serem aplicadas, dependem das estruturas da ordem jurídica doméstica em que elas serão inseridas⁴⁸.

labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems. Genebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1982. p. 39.

47 V. especialmente LEARY, Virginia. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems.* Genebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1982. p. 96-116. A análise de outros autores sobre a mesma questão vai no mesmo sentido: v., por exemplo, FORTEAU, Mathias. The role of the international rules of interpretation for the determination of direct effect of international agreements. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (Ed.). *The interpretation of international law by domestic courts: uniformity, diversity, convergence.* Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 96-112; AKANDJI-KOMBE, Jean-François. De l'invocabilité de sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne : après l'arrêt Gisti-FAPI du Conseil d'État du 11 avril 2012. *Droit social*, n. 11-12, p. 1014-1026, Nov./Déc., 2012. Em sua obra acerca da eficácia jurídica das convenções internacionais sobre as pessoas de direito privado, Evelyne Lagrange chega à seguinte conclusão: "En quatrième lieu, la clarté, la précision, la conditionnalité — tous ces critères de l'applicabilité directe généralement admis — ne sont pas vraiment des qualités intrinsèques du traité. En pratique, ce sont d'abord des qualités relatives au système juridique dans lequel le traité s'insère. L'applicabilité directe est affaire d'appréciation concrète de ce que peut le juge en l'état du droit interne. Une norme conventionnelle apparaîtra au juge interne d'une précision suffisante pour qu'il l'applique lui-même si l'ordre juridique interne comporte déjà les éléments d'un régime juridique qui favorise son applicabilité 'instantanée' ou s'il a été déclaré, au moment de la ratification, que l'Etat était en mesure de l'appliquer". LAGRANGE, Evelyne. L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Nijhoff, v. 356, 2012. p. 491.

48 SCIOTTI-LAM, Claudia. *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne.* Bruxelles: Bruylant, 2004. p. 442.

No que concerne especificamente à aplicabilidade das Convenções da OIT na ordem jurídica brasileira, deve-se lembrar que elas versam, precipuamente, sobre direitos humanos reconhecidos pelo direito internacional público⁴⁹ e sobre os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal de 1988⁵⁰. Acerca das normas sobre essas matérias, a Constituição Federal de 1998 determina que elas terão aplicabilidade imediata (art. 5º, par. 1º, da CF de 1988). Desse modo, a realização dos direitos fundamentais não pode ficar na dependência de legislação ulterior que esclareça melhor o alcance e significado dessas normas. Caso a aplicação de tais normas suscite dúvidas e ambiguidades, impõe-se a utilização de todos os métodos admitidos pela ordem jurídica brasileira para superá-las.

Em especial, é oportuna a referência ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de direito brasileiro e o art. 9º da CLT. Eles respaldam o uso da analogia, dos costumes e do direito comparado para suprir as eventuais insuficiências das Convenções da OIT em trazer todos os elementos necessários para torná-las aplicáveis.

À vista dessas considerações, não nos parece correto o referido posicionamento do STF em negar aplicabilidade à Convenção n. 158 por ela supostamente trazer apenas diretrizes gerais para a temática por ela versada. Tal posicionamento contraria, frontalmente, o mandamento da autoaplicabilidade das normas sobre direitos fundamentais e ignora as diferentes técnicas reconhecidas pelo direito brasileiro para esclarecer o sentido e alcance de normas que sejam muito genéricas.

Tampouco nos parece decisiva a objeção fundada na reserva constitucional à lei complementar, prevista no inciso I do art. 7º da CF de 1988. Contrariamente ao que ocorria na época do julgamento da medida liminar da ADI 1480-3, consagrou-se no STF o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm, no mínimo, status supralegal⁵¹. A Convenção

49 V. a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

50 Os direitos sociais, inclusive os que tratam sobre o trabalho, estão inseridos no título II da CF de 1988, o qual tem por título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". V. os arts. 6º, 7º e 8º da CF de 1988.

51 V., por exemplo, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. p. 1144.

158 faz parte desse tipo de tratados, porquanto disciplina o direito ao trabalho, reconhecido pelo direito internacional dos direitos humanos. Sendo assim, ser-lhe-ia reconhecida, ao menos, esse *status* normativo.

Partindo dessa premissa, não nos parece congruente negar aos tratados sobre direitos humanos a possibilidade de tratar sobre temas que a Constituição reserva às leis complementares. A reserva constitucional de lei complementar proíbe, apenas, as leis ordinárias de disciplinar sobre determinados assuntos. Ela não alcança, assim, tipos normativos que têm *status* hierárquico privilegiado, como os tratados sobre direitos humanos. Se os tratados sobre direitos humanos são considerados superiores às leis complementares e, portanto, suscetíveis de derrogá-las, eles podem, em consequência, versar sobre os temas reservados pela Constituição a essas leis.

Portanto, a Convenção n. 158 deve ser considerada autoaplicável e a reserva constitucional à lei complementar não impede que tal autoaplicabilidade lhe seja reconhecida⁵².

Isso não significa dizer, naturalmente, que as decisões de primeira instância da justiça do trabalho, as quais pautaram a ADI 1480-3, estejam corretas, ao reconhecerem aos empregados o direito à reintegração com fulcro na Convenção 158⁵³.

Sob esse aspecto, o voto do ministro Celso de Mello vai na direção correta: a Constituição de 1988 foi explícita em sua preferência pela indenização como forma de reparação ao trabalhador que tenha sido despedido sem motivo válido. Não nos parece necessário discutir se a reintegração, como forma geral de reparação aos demitidos sem motivo válido, seria ou não compatível com a

Constituição de 1988. Basta constatar que a inequívoca preferência constitucional deve ser prestigiada⁵⁴. Ela é plenamente compatível com o artigo 10º da Convenção n. 158 da OIT. Aliás, diferentes Estados que ratificaram a Convenção 158 – a exemplo de França e Espanha – adotam a mesma solução, sem que isso suscite qualquer censura por parte dos órgãos da OIT que fiscalizam o cumprimento de suas convenções⁵⁵. É essa solução, além disso, que prevalece no direito comparado, ao menos nos países que são membros da OCDE⁵⁶.

Contudo, ao contrário do que afirma Celso de Mello, a indenização prevista no artigo 10º do Ato das Disposições Provisórias da Constituição não é a indenização a que faz jus o trabalhador por força do artigo 10º da Convenção 158 da OIT.

As diferenças entre ambas as disposições são substanciais. As disposições transitórias da Constituição apenas obrigam o empregador a pagar quarenta por cento dos valores depositados em seu FGTS, quando ele for demitido sem justa causa. Como se sabe, a justa causa, prevista no artigo 482, disciplina situações em que o contrato de trabalho é rescindido por falta grave do empregado. Assim, o empregador apenas será exonerado do pagamento dessa indenização quando o próprio empregado der causa à rescisão do contrato de trabalho.

Por conseguinte, todo empregado faz jus a essa indenização quando do despedimento, salvo em situações muito especiais em que ele próprio pode ser considerado culpado por esse ato. Não se cuida aqui de uma sanção à obrigação do empregador de justificar o tér-

52 Em defesa da autoaplicabilidade, v. também Silva, Walküre Lopes Ribeiro da e Maior, Jorge Luiz Souto. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. In: BAPTISTA, Luís Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. *Direito internacional: doutrinas essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1275-1295.

53 A bem dizer, essa leitura não é restrita a essas decisões de primeira instância. Em seu voto dissidente, o ministro Carlos Velloso afirmou que a Convenção n. 158 atribui ao trabalhador um novo direito fundamental não previsto na Constituição de 1988: a possibilidade de se ver reintegrado ao emprego caso ele seja despedido sem motivo válido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 1480-3/ DF. Pleno. (*medida liminar*). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

54 Tal inequívoca preferência constitucional torna-se, ainda, mais saliente se compararmos o texto da Constituição de 1988 com o das constituições anteriores. Quando fala sobre a proteção do emprego, o artigo 7º, inciso I da CF de 1988, não fala em estabilidade, contrariamente aos textos constitucionais anteriores. Com efeito, tanto a Constituição de 1967, tal como emendada em 1969, como a de 1946 e a de 1937 fazem alusão à estabilidade: respectivamente, em seus artigos 165, 167 e 137. Ao contrariar a tradição constitucional brasileira e não mencionar a estabilidade, a Constituição de 1988 demonstra, mais uma vez, que é a indenização, e não a reintegração, a solução constitucional preferida para os casos em o empregado é demitido sem motivo válido.

55 BORGES, Daniel Damasio. *A aplicação das convenções internacionais sobre os direitos sociais relacionados à saúde e ao trabalho na ordem jurídica brasileira: contribuição ao estudo do impacto do direito internacional sobre as políticas sociais brasileiras*. Tese (Doutorado de livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 29-58.

56 OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>. p. 82

mino da relação de emprego por sua iniciativa. Trata-se, na verdade, de uma indenização pela simples perda do emprego, a qual apenas não será devida se o empregado causou ele próprio o seu despedimento.

A indenização do art. 10º da Convenção da OIT, por seu turno, refere-se a uma hipótese bem diferente. Ela corresponde à forma de reparação de um direito previsto no art. 4º da Convenção 158: o direito do trabalhador à continuidade na relação de emprego, a qual apenas poderá ser interrompida se houver motivos válidos para tanto. Motivos válidos, realça-se, que vão muito além da justa causa do direito brasileiro, conforme observado acima.

A Convenção 158 atribui, assim, ao trabalhador o direito de não ser demitido sem motivo válido e a correspondente indenização em caso de violação a esse direito. Ambos constituem uma substancial contribuição da Convenção 158 à ordem jurídica brasileira, pois os trabalhadores brasileiros não possuem tais direitos no direito positivo atual.

Diante dessa constatação, outras indagações surgem: quais seriam os motivos válidos para a demissão do trabalhador e de qual modo eles deveriam ser interpretados? E, ainda: de que modo tal indenização deveria ser calculada, já que a própria Convenção n. 158 não estipula o *quantum* a ser pago ao trabalhador?

No tocante à primeira ordem de indagações, conforme visto, o artigo 4º traz quais seriam os motivos válidos para o despedimento: a capacidade ou o comportamento do trabalhador e as necessidades de funcionamento da empresa. O Comitê de especialistas da OIT, conforme visto acima, ajuda-nos a elucidar em maiores detalhes esses conceitos.

Decerto, nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais que incorporaram as Convenção 158, as legislações nacionais trazem, com frequência, maiores elementos para elucidar os motivos válidos para o despedimento. Esse é notavelmente o caso das demissões justificadas pelas necessidades de funcionamento da empresa — as quais compreendem as razões de natureza econômica, tecnológica ou técnicas ou análogas.

As legislações nacionais de cada Estado modificam-se com frequência nessa seara, dando contornos bem diferentes à caracterização desse motivo de demissão. Na Espanha, por exemplo, as jurisdições trabalhistas foram muito criticadas em razão de sua rigidez em reco-

nhecer determinadas situações econômicas como motivo suficiente para as demissões. Em especial, haveria um grande grau de insegurança jurídica sobre a projeção no futuro da hígidez financeira das empresas. Por esses motivos, a lei espanhola n.3/2012 definiu com maior precisão a caracterização das situações que seriam justificativas válidas às demissões: a diminuição durante três trimestres consecutivos dos níveis de receitas e de vendas das empresas relativamente aos trimestres do ano anterior⁵⁷. Em sentido similar, a lei francesa n. 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 fixou balizas mais objetivas para a aferição de motivos econômicos suficientemente fortes para justificar demissões, a exemplo do número de trimestres de diminuição de encomendas e de faturamento das empresas⁵⁸.

57 Os sindicatos espanhóis chegaram a questionar a compatibilidade dessa mudança legislativa com a Convenção n. 158 perante a OIT. Antes da referida mudança, o Estatuto dos Trabalhadores atribuía às jurisdições trabalhistas o poder de decidir se as demissões eram razoáveis tendo em vista o objetivo de preservar a competitividade da empresa. Essa disposição era muito criticada pelos empresários, porquanto dava margem a diferentes interpretações, o que causaria uma ingerência excessiva dos tribunais na gestão das empresas. Daí a ideia de fixar-se um critério mais objetivo para definir as justificativas econômicas válidas de uma demissão. Para os sindicatos, essa alteração legislativa violava a Convenção n. 158 da OIT. O Comitê da OIT, criado para apreciar essa reclamação dos sindicatos espanhóis, não lhes deu razão. Para o Comitê, mesma com a reforma, os tribunais espanhóis continuavam competentes para: a) apreciar a validade das razões da demissão e as circunstâncias do caso; e b) determinar se as demissões foram efetivamente motivadas pelas razões aduzidas pelo empregador. Tais poderes das jurisdições espanholas seriam suficientes para o cumprimento das disposições da Convenção n. 158. *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Spain of the Termination of Employment Convention, submitted under article 24 of the ILO Constitution by the Trade Union Confederation of Worker's Committees and the General Union of Workers*. International Labour Office, Genebra, 13 de junho de 2014, GB.321/INS/9/4, § 263. Sobre essas mudanças da legislação trabalhista espanhola, v. especialmente PUEBLA, Eduardo Martín. La réforme du marché de travail espagnol et les juges. *Revue de droit du travail*, n. 5, p. 350-357, Mai. 2015.

58 V. o art.1233-3 do Código de Trabalho francês: “Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d’une suppression ou transformation d’emploi ou d’une modification, refusée par le salarié, d’un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment: 1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l’évolution significative d’au moins un indicateur économique tel qu’une baisse des commandes ou du chiffre d’affaires, des pertes d’exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l’excédent brut d’exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. Une baisse significative des commandes ou du chiffre d’affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l’année précédente, au moins égale à : a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés; b) Deux tri-

Como se sabe, esses critérios inexistem na legislação brasileira, o que outorgaria à Justiça do trabalho brasileira o poder de decidir quais seriam essas situações econômicas. É preciso reconhecer que uma interpretação demasiadamente rígida dessas noções poderia levar a um engessamento exagerado da atividade econômica, forçando empresas a manterem os seus empregados em circunstâncias financeiras muito adversas ou ainda as constringendo a manter em seu seio uma mão-de-obra ociosa.

Convém ressaltar que a Convenção n. 158 não refrenda essa leitura rígida. Nos termos do artigo 9º, § 3º, da Convenção n. 158, quando os motivos da demissão são analisados pela instância competente do Estado-parte para conhecer de uma reclamação trabalhista, tal instância deverá estar habilitada para examinar se o término da relação de emprego foi realmente devido às necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço — alegadas pelo empregador. Contudo, ressalva o parágrafo, a fixação dos limites dos poderes das jurisdições trabalhistas, para decidir se tais necessidades são suficientes para justificar o despedimento, ficará a cargo de cada Estado-parte. A Convenção 158 não impõe, portanto, a obrigação de Estados-partes de exercerem um controle estrito sobre as motivações econômicas alegadas pelos empregadores para justificar as demissões. Assim, cada Estado é livre para determinar se as jurisdições trabalhistas terão mais ou menos poderes para apreciar se as razões econômicas aduzidas pelos empregadores são substanciais o bastante para justificar as demissões⁵⁹.

mestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés; c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ; d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ; 2º A des mutations technologiques ; 3º A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;4º A la cessation d'activité de l'entreprise. La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise [...]”.

59 “Where workforces’ reductions are concerned, the employer must therefore clearly have a valid reason within the meaning of Article 4 of the Convention. But it is left to each country to determine whether the extent to which the impartial bodies before which appeals may be brought against termination of employment should be empowered to review the employer’s judgment as to operational requirements, that is, the extent to which they are to be empowered to decide whether the reasons, which are valid by their nature, are sufficiently important to justify the termination of employment”. PROTECTION against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recom-

Em sua aplicação no caso brasileiro, essa flexibilidade da Convenção 158 deve ser mantida, sendo vedado às jurisdições trabalhistas aprofundar-se, demasiadamente, na gestão das empresas. Não é da alçada da Justiça trabalhista impor a sua própria visão de como a mão-de-obra da empresa deve ser administrada em situações de crise econômica ou que demandam uma reformação dos processos de produção. Isso seria consagrar o poder dos juízes de substituírem as suas próprias visões a dos empresários na gestão da atividade econômica e a consagração da economia dirigida pelo Poder Judiciário, o que não se coaduna com o princípio constitucional da livre-iniciativa. É mais adequado que o Poder Judiciário se circunscreva a apreciar se a demissão faz parte do rol de repostas razoáveis a tais situações, adotando-se por parâmetro o modelo de um empresário prudente e responsável⁶⁰.

A esse respeito, as convenções e recomendações da OIT não são insensíveis à necessidade das empresas de terem uma organização de sua mão-de-obra eficiente e produtiva. A recomendação n. 166 da OIT de 1992 sobre o término da relação de emprego por iniciativa do empregador faz a seguinte ressalva: a imposição de obrigações ao empregador nas demissões motivadas por razões econômicas não se deve dar em prejuízo da organização eficiente da empresa⁶¹. A Convenção n. 122 da OIT sobre a política de emprego⁶², a qual guarda estreita pertinência temática com a Convenção n. 158, estabelece a obrigação dos Estados-partes de adotarem “uma política ativa com vista a promover o pleno emprego, *produtivo* e livremente escolhido”⁶³.

mendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995. p. 81.

60 Uma leitura mais flexível da análise das justificativas alegadas pelos empregadores para fundamentar as demissões prevalece no direito de trabalho inglês, por exemplo. Em contraposição, no direito do trabalho francês, os juízes tradicionalmente exercem um controle mais rigoroso sobre os motivos alegados pelos empregadores quando da demissão. Contudo, mesmo no direito francês, esse maior rigor foi posto em causa por recentes modificações legislativas, a exemplo da lei 2016-1088 de 8 de agosto de 2016. Sobre essas diferenças, v. FIORENTINO, Allison. *La rupture du contrat de travail en droit anglais: droit comparé anglais et français*. Presses universitaires d’Aix-Marseille: Aix-en-Provence, 2008. p. 373.

61 V. o artigo 19 da referida recomendação.

62 Essa convenção foi ratificada e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n. 66.499 de 27 de abril de 1970.

63 “Artigo 1º. 1 - Com vista a estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, elevar os níveis de vida, corresponder às necessidades de mão-de-obra e resolver o problema do desemprego e do subemprego, cada Membro deverá declarar e aplicar, como objectivo essencial, uma política activa com vista a promover o pleno

A Convenção n. 158 não nos parece, assim, autorizar a imposição, aos empregadores, da obrigação de não demitirem se a empresa estiver em dificuldades financeiras ou ainda se houver mão-de-obra ociosa. Tal interpretação, ademais, contrariaria, frontalmente, o princípio da livre iniciativa, um dos princípios constitucionais da organização econômica. Claro está que o empresário deve exercer a sua atividade empresarial em conformidade com a sua função social. Mas tal função não nos prece abranger a de incorrer prejuízos para manter a mão-de-obra da empresa intacta ou ainda a de manter empregados que não são mais necessários para o processo de produção. A Convenção n. 158 valida a motivação econômica como uma das razões válidas para o despedimento. Conforme observa Bernardo da Gama Lobo Xavier, uma empresa não é uma grilheta arrastada pelo empresário e nem uma agência de emprego dos seus trabalhadores⁶⁴. Seria desproporcional e, portanto, excessivo impor apenas ao empresário a obrigação de resguardar o emprego de seus funcionários. Tal tarefa incumbe, precipuamente, ao Estado, por meio de uma política econômica e social que vise ao pleno emprego⁶⁵. Ademais, conforme se verá no próximo item, outras obrigações, que não a manutenção do emprego a todo custo, impõem-se aos empregadores nas demissões por motivação econômica, o que permite que a função social da empresa seja cumprida.

Assim, se não for interpretada de modo excessivamente rígida, a Convenção n. 158 valida plenamente a motivação econômica como justificativa para os despedimentos. Parece-nos que a Justiça trabalhista deverá ter especial cuidado em analisar essa motivação econômica, de modo a não se esmiuçar excessivamente na gestão das empresas.

Quanto à determinação da quantia exata da indenização prevista no artigo 10º da Convenção n. 158 da OIT, os parâmetros do direito comparado nos parecem

emprego, produtivo e livremente escolhido. 2 - Esta política deverá procurar garantir: a) Que haverá trabalho para todas as pessoas disponíveis e que procuram trabalho; b) Que esse trabalho será tão produtivo quanto possível; c) Que haverá livre escolha de emprego e que cada trabalhador terá todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar um emprego que lhe convenha e de utilizar, neste emprego, as suas qualificações e os seus dons, independentemente da sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social”.

64 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *O despedimento coletivo no dimensionamento da empresa*. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. p. 406-407.

65 V. o art. 1º da Convenção n. 122 da OIT sobre a política de emprego.

ser de grande valia. Em seu extenso estudo sobre a legislação de proteção ao emprego de seus Estados membros, a OCDE afirmou que a indenização média prevista para as demissões sem motivo válido corresponde à quantia de 6 (meses) de salário por vinte anos de tempo de serviço na empresa. O mesmo estudo demonstra que os valores são muito heterogêneos entre os países, o que lhes atribui um maior ou menor rigidez no mercado de trabalho.⁶⁶

Diante da ausência de normas nacionais e internacionais que estabeleçam rigorosamente o montante dessa indenização, não nos afigura despropositado adotar essa média internacional para esse cálculo. Desse modo, não se faria uma opção nem por normas que estabeleçam um número demasiadamente elevado, nem por normas que fixem um montante muito reduzido. Adotar tal média seria mais prudente, visto que o legislador nacional não fez nenhuma opção explícita por nenhuma das duas soluções. Além do mais, optar por um valor demasiadamente elevado poderia trazer efeitos contraproducentes, como a segmentação do mercado de trabalho⁶⁷.

66 “Adequately high and predictable compensation orders in the case of unfair dismissal — over and above the amounts due for notice periods and as ordinary severance pay — are probably as effective in protecting workers against arbitrary behaviours as reinstatement orders. At the same time, a preference of courts for compensation in their choice of remedies guarantees a minimum certainty to employers about potential costs. Among OECD and key emerging economies, the highest typical compensation (in terms of months of former pay) for unfair dismissal of an employee with 20 years of job tenure can be found in Sweden (32 months), Italy (estimated at 21 months), China (20 months), Portugal (17.5 months) and France (16 months). These amounts appear particularly high if compared with the OECD average, which is close to six months. By contrast, very low compensation, beyond ordinary severance pay and/or advance notice, is typically ordered in Estonia and Poland as well as Brazil and Saudi Arabia”. OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>. p. 80.

67 Leis muito severas de proteção ao emprego podem conduzir a efeitos colaterais indesejáveis, especialmente à chamada segmentação do mercado de trabalho. Nesse quadro, haveria uma divisão do mercado do trabalho: os trabalhadores do mercado formal e que dispõem de contratos de trabalho por tempo indeterminado estariam protegidos das flutuações econômicas em virtude das altas indenizações previstas em casos de demissões sem motivo válido, ao passo que os trabalhadores do mercado informal e que dispõem de formas precárias de contratação laboral — como os contratos temporários — arcaiam praticamente sozinhos com os custos dessas flutuações. Em Portugal, cuja legislação em matéria de despedimento é particularmente rígida, utiliza-se, com excessiva frequência, os contratos de trabalho temporários, além de se recorrer ao trabalho autônomo — conhecidos como “recibos verdes” — em situações que corre-

Objetar-se-á, sem dúvida, que a ausência de normas nacionais detalhando a aplicação da Convenção n. 158 engendrará uma grande insegurança jurídica. Deveras, é possível que decisões judiciais muito conflitantes surjam a partir da aplicação da Convenção n. 158. São dignas de menção, aliás, as decisões de primeira instância dos anos noventa que asseguravam o direito à reintegração com base na Convenção n. 158, o que nos parece ser, conforme dito, um grande equívoco.

Esses riscos não invalidam, porém, a premência em se assegurarem os direitos previstos na Convenção n. 158. Conforme dito, ela trata de direitos fundamentais, cuja aplicabilidade deve ser assegurada imediatamente, o que lhes dá prioridade sobre os eventuais riscos de sua aplicação.

Tais riscos são, ademais, perfeitamente contornáveis. Os recursos às instâncias trabalhistas superiores serão, certamente, bastante úteis para uniformizar a jurisprudência nacional sobre os parâmetros para a aplicabilidade da Convenção n. 158.

A própria existência de decisões judiciais divergentes sobre o tema pode desatar o nó político que impede a aprovação de leis que elucidam o sentido e alcance das disposições da Convenção n. 158. Tais decisões serão, certamente, um fator de pressão para que o Congresso Nacional possa, enfim, cumprir o inciso I do art. 7 da Constituição Federal de 1998 e regulamentar, por meio de lei complementar, a proteção ao emprego⁶⁸.

spondem na verdade ao trabalho assalariado. A OCDE chamou a atenção para os riscos de tal segmentação. V. especialmente: OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>. p. 68-69. De toda sorte, cabe enfatizar que a excessiva rigidez da legislação trabalhista não decorre do princípio da justificação da demissão, mas do detalhamento de sua aplicação, a exemplo da fixação dos valores das indenizações extremamente elevados em caso de demissões sem motivo válido.

68 No caso do direito ao aviso prévio proporcional, passaram-se décadas sem a regulamentação do inciso XXI, do artigo 7º (“aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”). Foi apenas quando o STF julgou procedente o mandado de injunção n. 1090. Nesse julgamento, os ministros decidiram que eles próprios estabeleceriam a regra de proporção a ser observada entre o aviso prévio e o tempo de serviço na empresa, em face da omissão do legislador em assim o fazer. Eles fizeram alusão a vários critérios do direito comparado nos debates sobre essa determinação. Antes, contudo, que os ministros chegassem a um consenso, foi aprovada a lei n. 12.506 de 11 de outubro de 2011, a qual, enfim, regulamentou o inciso XXI do artigo 7º da CF de 1988. Assim, a possibilidade de o próprio STF substituir-se ao legislador ao regulamentar essa questão parece ter sido decisiva para que o Poder Legislativo não mais se omitisse em regulamentar essa

A importância da Convenção 158 não se restringe, ademais, à imposição da obrigação do empregador de justificar as demissões. Ela abrange, também, na imposição de uma outra obrigação: o dever do empregador de negociar com as instâncias representativas antes dos termos das relações de emprego nos despedimentos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos.

2.2. O dever de consultar do empregador de consultar os representantes dos trabalhadores nos despedimentos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos

Conforme visto anteriormente, um dos motivos válidos para o despedimento consiste naqueles de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga (tais motivos, no direito comparado, são, geralmente, reagrupados pela denominação de despedimento por motivos econômicos)⁶⁹. Nessas situações, a Convenção 158 traz, também, uma outra disposição muito importante, que tem amplas repercussões para a disciplina do despedimento. Cuida-se do artigo 13º da Convenção 158:

1. Quando o empregador prever termos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos;

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos; b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

questão. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção 1090*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 6 de fevereiro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus>.

69 V., por exemplo: DALMASSIO, Raphaël. *Essai sur le concept de licenciement économique. Étude comparée des droits français et italien*. Paris: LGDJ, 2009.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinada do total do pessoal.

Conforme se depreende da leitura do artigo acima citado, os empregadores deverão consultar os representantes dos trabalhadores quando do despedimento motivado por razões econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas. Segundo a Comissão de especialistas da OIT, as consultas não têm nem o sentido de mera informação às entidades representativas dos trabalhadores, nem a conotação de decisão conjunta entre os empregadores e tais entidades. Para a Comissão da OIT, os pontos de vista expressados durante as consultas fazem parte do processo de tomada de decisão em relação às demissões. As consultas, prossegue o Comissão, devem ser organizadas de tal modo a permitir que elas exerçam alguma influência sobre a decisão. Por conseguinte, impõe-se ao empregador a obrigação de agir de boa-fé e de modo transparente, fornecendo às entidades representativas dos trabalhadores todas as informações pertinentes e permitindo-lhes expressar a sua visão sobre o assunto. Desse modo, conclui a Comissão da OIT, as consultas devem ser uma oportunidade para o estabelecimento de um diálogo, o que será benéfico para a manutenção de um clima de harmonia entre empregados e empregadores⁷⁰.

Conforme se depreende da leitura do artigo 13º, consultas têm dois objetivos: a) evitar ou reduzir ao máximo o número de demissões; e b) minorar os impactos sociais das demissões.

Em relação à primeira finalidade, as consultas devem ter por objeto verificar a possibilidade de medidas alternativas à demissão serem adotadas. O artigo em apreço não faz explícita referência ao conteúdo de tais medidas. A recomendação n. 166 da OIT, por sua vez, traz um extenso rol de possíveis atos nesse sentido, *inter alia*: restrições à admissão de novos empregados, redução do número de funcionários de modo escalonado, formação e reciclagem de mão-de-obra, aposentadoria

antecipada de funcionários, redução de horas extras e da jornada de trabalho. A referida recomendação traz ainda uma importante ressalva: tais medidas alternativas serão adotadas sem prejuízo do funcionamento eficaz da empresa⁷¹.

Quanto às ações para atenuar os impactos sociais das demissões, a Recomendação n. 166 traz, também, alguns exemplos, como a assistência na busca de um novo emprego e cursos de formação e de reciclagem profissional para os empregados demitidos⁷².

Nos termos do parágrafo segundo supracitado, a aplicação dessa obrigação poderá ser limitada àqueles casos em que o número de demissões atingir um certo limiar, seja ele calculado em números absolutos, seja ele fixado em percentual dos empregados de uma determinada empresa. De fato, nessas situações, as legislações trabalhistas estabelecem números e percentuais diferentes, para que a obrigação de consulta prévia seja exigida⁷³.

No Brasil, o caso Embraer⁷⁴ foi um precedente muito importante. Na espécie, o TST entendeu que as demissões coletivas devem ser precedidas pela prévia negociação com o respectivo sindicato. Para respaldar tal entendimento, o TST valeu-se, precipuamente, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da valorização do trabalho e do emprego (art. 1º, IV; 6º e 170, VIII, da CF), da função socioambiental da propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III da CF) e da intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI da CF). Por conseguinte, deduziu-se desses princípios constitucionais essa obrigação de prévia negociação.

Conquanto o acórdão tenha se fundado fundamentalmente em princípios constitucionais, a Convenção 158 não esteve ausente na decisão do TST. Em seu voto, o ministro Maurício Godinho Delgado afirmou que a Convenção 158 enuncia princípios gerais de direito do trabalho, os quais deveriam ser considerados a título do art. 8º da CLT⁷⁵.

71 V. os artigos 19 e 22 da referida recomendação.

72 V. o artigo 19 da referida recomendação.

73 Para um panorama dessas legislações dos Estados membros da OCDE: v. OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>.

74 O caso versou sobre a demissão de mais de 4.200 trabalhadores da Empresa Embraer em consequência do agravamento da crise econômica internacional em 2008.

75 O art. 8º da CLT referenda a utilização dos princípios e normas

70 PROTECTION against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995. p. 105.

Após o célebre acórdão do caso Embraer, o TST, em diferentes acórdãos, elucidou as situações de demissão em massa, em que seria aplicável a obrigação de prévia negociação com os sindicatos. Fundado em considerações do direito comparado e de direito internacional do trabalho, o TST estimou que não se pode considerar como sendo demissão coletiva o despedimento de empregados que não extrapola a rotatividade normal de mão-de-obra de uma empresa que se encontra inserida na economia de mercado. Para a caracterização da demissão coletiva, elucida a alta jurisdição trabalhista, faz-se indispensável a presença de um fato de ordem econômica, tecnológica ou estrutural e alheia à pessoa do emprego, o qual dê causa a um conjunto de demissões⁷⁶.

A disciplina da demissão coletiva demonstra, assim, que a jurisprudência é capaz de fixar critérios para a interpretação das disposições da Convenção 158, sem que seja indispensável uma legislação ulterior que detalhe a sua aplicação.

Como se sabe, a obrigatoriedade da prévia negociação nas hipóteses de demissões coletivas foi posta em causa pela recente reforma trabalhista — lei n. 13.547 de 2017 —, a qual equiparou as demissões coletivas às individuais. Nos termos da nova redação do art. 477-A da CLT:

as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Ao estabelecer que as demissões coletivas devam ter o mesmo tratamento jurídico que as demissões individuais, o artigo em tela almejou suprimir a obrigação específica que se impõe aos empregadores na primeira hipótese: a prévia negociação com os sindicatos. No tocante à autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de acordo ou convenção coletiva, convém ressaltar que tal exigência não figura nem na Convenção 158, nem no acórdão do TST do caso Embraer. O que

gerais de direito, principalmente do direito do trabalho. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *TST-RODC-309/2009-000-15-00.4*. Rel.: Ministro Maurício Godinho Delgado. Acórdão de 10 de agosto de 2009. Disponível no site www.tst.jus.br

76 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário n.º TST-RO-147-67.2012.5.15.0000*. Rel.: ministra Maria de Assis Calsing. Acórdão de 15 de abril de 2013. Disponível no site www.tst.jus.br. Em sentido similar, v. também BRASIL. *Recurso Ordinário n. TST-RO-6155-89.2014.5.15.0000*. Brasília, 22 de fevereiro de 2016. Relator: Min. Maria de Assis Calsing.

a Convenção e o mencionado acórdão impõem consistência na obrigação de prévia negociação de boa-fé com o sindicato.

De toda sorte, a supressão dessa obrigação pela lei n. 13.547 de 2017 não deve ser reconhecida, contrariamente ao que fez o presidente do TST em recente julgamento⁷⁷. Em primeiro lugar, tal ato normativo é uma lei ordinária, ao passo que a Constituição de 1988 reserva às leis complementares a disciplina da proteção da relação de emprego (art. 7º, inciso I da CF de 1988). A disciplina das demissões coletivas consiste em um dos modos mais importantes de proteção da relação de emprego, porquanto tais demissões afetam um conjunto apreciável de trabalhadores. Não há, assim, como tratar desse assunto por meio de uma lei ordinária.

Ademais, reconhecida a reprimenda da Convenção 158 e a sua natureza de direito fundamental, as disposições de tal tratado terão, ao menos, *status* supralegal, na linha da jurisprudência recente do STF. Desse modo, é inviável que uma lei ordinária contrarie a Convenção 158, suprimindo direitos que são assegurados aos trabalhadores.

As vantagens da disciplina da Convenção 158 devem ser aqui assinaladas. A Convenção, conforme dito, reconhece a necessidade de a empresa se adaptar às flutuações da economia e às mudanças tecnológicas que diminuem a necessidade da mão-de-obra. Conforme dito, não há, em absoluto, a imposição da obrigação do empregador de manter o emprego em situações de crise econômica ou ainda se a evolução técnica reduzir as necessidades de mão-de-obra da empresa.

Sob esse aspecto, ela é muito mais flexível que certas leis brasileiras que disciplinam determinados setores

77 Na espécie, o então presidente do TST, Ives Gandra da Silva Martins Filho, cassou a medida liminar deferida pela Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul no sentido suspender a demissões de professores sem justos motivos de um estabelecimento privado de ensino superior. Entre os argumentos aduzidos por Martins Filho, figura exatamente a Lei da Reforma Trabalhista. Segundo Martins Filho, “assim, impedir instituição de ensino de realizar demissões nas janelas de julho e dezembro, louvando-se exclusivamente no fato do número de demissões realizadas, ao arripio da lei e do Princípio da Legalidade, recomenda a intervenção da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, ocasionalmente exercida pela Presidência do TST, para restabelecer o império da lei e impedir o dano irreparável que sofrerá a entidade de ensino, cerceada no gerenciamento de seus recursos humanos, financeiros e orçamentários, comprometendo planejamento de aulas, programas pedagógicos e sua situação econômica”. TST, *Correição Parcial ou Reclamação Correccional (88) N.º 1000393-87.2017.5.00.0000*, decisão de 5 de janeiro de 2018, disponível em www.tst.jus.br

da atividade econômica. Esse é, notavelmente, o caso da Lei n. 9.956 de 12 de janeiro de 2000, que proíbe o funcionamento de bombas de autosserviço nos postos de abastecimento de combustíveis. Ela visa a resguardar o emprego dos frentistas, diante dos avanços tecnológicos que permitem que os consumidores abasteçam os seus veículos sem a assistência desses profissionais. No mesmo sentido, diferentes leis municipais⁷⁸ impõem a presença dos cobradores de ônibus, ainda que o surgimento dos bilhetes de transporte eletrônico tenha a tornado desnecessária e antieconômica.

Tais leis brasileiras constituem uma excessiva intervenção na livre iniciativa, ao dizer explicitamente de que modo dever ser organizada a prestação de determinados serviços. Os objetivos sociais que as permeiam são de duvidosa eficácia, visto que ela preserva empregos obsoletos, em vez de preparar e qualificar os empregados nessas atividades a exercerem outras profissões que sejam demandadas no mercado de trabalho.

Há de ser considerar, ademais, o efeito muito pernicioso dessas leis para a produtividade da organização econômica. No caso dos cobradores de ônibus municipais, os recursos economizados com a extinção desse cargo poderiam ser utilizados para diminuir o valor das passagens de ônibus ou ainda para a construção de novos corredores de ônibus. Tais economias reverteriam, assim, para o conjunto da população, especialmente os usuários de transporte público⁷⁹. Do mesmo modo, as economias geradas pela automação dos postos de combustíveis induziriam à diminuição dos preços dos combustíveis.

78 É o caso, por exemplo, da lei do município de São Paulo n. 13.207 de 9 de novembro de 2001. Em recente julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a considerou contrária à Constituição do Estado de São Paulo. Entre os motivos de tal entendimento, figurou o vício formal de ela ter sido proposta pelos legisladores municipais. Para a alta jurisdição paulista, a lei versa sobre tema tipicamente administrativo, o que reservaria a iniciativa de sua propositura ao chefe do Poder Executivo municipal. V. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2126725-44.2016.8.26.0000*. Relator: Des. Péricles Piza. Brasília, 7 de junho de 2007. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>.

79 Segundo a Prefeitura de São Paulo, os cobradores arrecadam por ano cerca de R\$ 300 milhões de reais, ao passo que os custos decorrentes de seus salários e demais encargos chegam a R\$ 900 milhões de reais. Para extinguir a função de cobrador, as empresas de ônibus estariam dispostas a reaproveitar os cobradores em outras funções, como motoristas, assistentes administrativos e borracheiros, e criar um programa de demissões voluntárias. “Para pôr fim aos cobradores, Doria estuda tarifa mais cara em dinheiro”. In: Folha de São Paulo, 6 de fevereiro de 2017, disponível em www.folha.com.br.

Em oposição a essas leis brasileiras, a Convenção n. 158 autoriza, claramente, a adoção de técnicas de produção que redundam em demissões. Em contrapartida, sensível aos impactos sociais que essas demissões causam, ela impõe aos empregadores a obrigação de previamente negociar com os representantes dos trabalhadores antes que elas sejam efetivadas. No bojo dessa negociação, como precisa o art. 13 da Convenção, podem ser acordadas tanto medidas que diminuem o número de demitidos — como programas de antecipação de aposentadoria e programas de demissão voluntária —, quanto ações que ajudam os demitidos a se reinserem no mercado de trabalho — como, por exemplo, por meio de programas de requalificação profissional custeados pelo empregador.

A negociação coletiva prevista pelo art. 13º da Convenção 158 torna, assim, menos abrupta e traumática as demissões motivadas por melhorias tecnológicas e por outras causas econômicas. Tal negociação é importante para mitigar socialmente os efeitos das demissões e torná-las mais bem aceitas pelo conjunto dos trabalhadores. À falta de disposições análogas no direito brasileiro, recorresse-se a medidas legislativas de alto custo econômico e duvidosa eficácia social, a exemplo das normas que proíbem a automação dos postos de gasolina. Se os impactos sociais da automação não forem considerados, cria-se um contexto favorável à aprovação de leis que a inviabiliza, em prejuízo da otimização da alocação dos recursos e da produção de bens e serviços mais baratos para os consumidores.

Na Grã-Bretanha, segundo nos relata Hugh Collins, a disciplina do despedimento por motivos econômicos, notadamente a estipulação de indenizações aos trabalhadores prevista no “Redundancy Payments Act” de 1965, tem precisamente por finalidade reduzir as resistências às mudanças na organização produtiva e permitir o uso de novas tecnologias que implicam na diminuição de mão-de-obra. Ao conferir direitos específicos aos trabalhadores demitidos nessas situações, busca-se, de algum modo, compensá-los por arcar com os custos dessas mudanças⁸⁰. Conforme salienta Collins,

80 “It was probably with this objective in mind that the Redundancy Payments Act 1965 was first introduced in Britain. Compensation for economic dismissal was designed not to improve job security, but rather to reduce resistance to change. The underlying aim of government was to increase the international competitiveness of domestic industry by providing guidance on suitable inducements to remove restrictive working practices, and to promote the use of new technologies”. COLLINS, Hugh. *Justice in dismissal: the law of*

a reestruturações empresariais que resultam em maior eficiência da atividade produtiva suscitam questões de justiça distributiva: os trabalhadores que perdem seus empregos devem, de algum modo, ter algum benefício decorrente dessa maior produtividade, o que justificaria as indenizações a serem pagas pelos empresários⁸¹.

A própria experiência brasileira demonstra que é possível suavizar os efeitos sociais decorrentes das reorganizações produtivas que engendram um considerável número de demissões. Antes mesmo do caso Embraer, empresários e trabalhadores, em setores em que os sindicatos são fortes, conseguiram chegar a um acordo para minimizar as repercussões das demissões em massa. Nesses casos, os acordos não decorreram de uma obrigação legal dos empregadores de negociar em casos de demissões coletivas, mas da própria força dos sindicatos, em setores como o bancário e metalúrgico, em fazer valer a sua oposição a essas demissões. Em particular, foram negociados Programas de Demissão Incentivada (PDIs), os quais asseguram aos trabalhadores condições mais vantajosas ao optarem pelo desligamento da empresa⁸².

termination of employment. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 165.

81 “When an employer improves productivity by reducing labour costs through economic dismissals, then it may be argued that those workers who have sacrificed their jobs should partake of some of the benefits to general welfare derived from superior productivity. The case for severance payments thus rests upon a fair distribution of the benefits of business reorganization by compelling the employer to relinquish some of those profits to those who stand to lose the most”. COLLINS, Hugh. *Justice in dismissal: the law of termination of employment*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 157.

82 A importância desses programas foi reconhecida pelo ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 590.415: “30. Os planos de demissão incentivada (PDIs) surgiram na década de oitenta, como recurso pelo qual as empresas procuraram sobreviver aos efeitos da globalização, optando pela redução de custos com pessoal como alternativa emergencial para tornarem-se mais competitivas. A categoria dos bancários foi uma das mais afetadas por tais medidas. Em 1986, era formada por 978.000 trabalhadores. Em 2003, contava com apenas 398.098 empregados. 31. Diante da inevitabilidade da dispensa de um grande número de trabalhadores, os PDIs possibilitam, ao menos, reduzir a repercussão social das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da mera dispensa por decisão do empregador. As demissões coletivas, ao contrário, geram greves, comoção, desemprego e oneração do seguro social”. No acórdão desse recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a transação extrajudicial, na qual se prevê a adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja a quitação ampla e irrestrita das obrigações trabalhistas da empresa, caso tal transação esteja prevista em acordo coletivo. BRASIL. *Recurso Extraordinário 590.415*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 de abril de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

Assim, bem consideradas essas questões, a aplicação do art. 13º da Convenção da OIT representaria apenas a extensão ao conjunto dos trabalhadores brasileiros de uma prática que já é corrente nos ramos da atividade econômica em que os sindicatos possuem maior poder de negociação.

Por conseguinte, as obrigações previstas pelo art. 13º da Convenção 158 permitem que as empresas cumpram a sua função social e contribuam para atenuar os efeitos das demissões.

Mais uma vez, não se defende tornar as empresas “agências de emprego” ou uma “grilheta” arrastada pelos empresários, para retomar as expressões irônicas de Bernardo da Gama Lobo Xavier⁸³. Não há dúvidas de que as empresas devam se adaptar às flutuações econômicas e às melhores técnicas, tanto mais em um contexto econômico caracterizado pela acirrada competição internacional. Sem essa adaptação, dificilmente empresas sobrevivem em longo prazo, o que acarreta a perda de emprego e de renda de seus empregados.

Todavia, tais adaptações têm com frequência alto custo social e o artigo 13º da Convenção 158, ao impor uma negociação entre capital e trabalho, propicia que tais custos sejam mais bem repartidos. Por esses motivos, tal disciplina torna as demissões em massa, os quais sempre difíceis de serem implementadas, mais bem aceitas pelo conjunto dos trabalhadores e pela sociedade⁸⁴.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão do julgamento sobre a constitucionalidade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT pode significar, sob vários aspectos, um ponto de inflexão para o direito brasileiro.

Ponto de inflexão, ao primeiro lugar, para o direito brasileiro das relações exteriores, ao reforçar o papel do

83 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *O despedimento coletivo no dimensionamento da empresa*. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. p. 406-407.

84 Raphaël Dalmassio chama-nos a atenção para a essa função da disciplina das demissões por causas econômicas: ao impor uma série de obrigações ao empregador, ela torna mais aceitável esse ato de gestão empresarial. Segundo Dalmassio, “[...] ce droit sert également les intérêts des employeurs, leur permettant, sous certaines conditions strictes, de rompre de manière acceptable juridiquement et socialement les contrats de travail de salariés innocents”. DALMASSIO, Raphaël. *Essai sur le concept de licenciement économique. Étude comparée des droits français et italien*. Paris: LGDJ, 2009. p. 17.

Congresso Nacional nessa seara. Deveras, condicionar a denúncia dos tratados à aquiescência congressual colocará fim à longa prática do chefe do Poder Executivo em agir isoladamente no encaminhamento dessa questão. E representará um avanço para o Estado democrático de direito no Brasil, pois impedirá que o Presidente da República possa revogar como uma “canetada”, como se diz prosaicamente, atos normativos internacionais que têm no Brasil, no mínimo, o valor de lei ordinária.

Ponto de inflexão, em seguida, para o direito do trabalho brasileiro, o qual destoará das recentes modificações legislativas aprovadas pelo Congresso Nacional. A Convenção n. 158 assegura aos trabalhadores dois direitos da fundamental importância: a) o de não ser demitido sem um motivo válido; e b) o de ser consultado, por meio de seus representantes, em caso de demissões coletivas.

Tais direitos modificarão, em muito, a fisionomia do direito do trabalho brasileiro, em que prevalece a ampla liberdade dos empresários no ato de demissão. Tais direitos não servem, apenas, para expandir os direitos dos trabalhadores, mas também para legitimar o despedimento, submetendo-lhe a um regime jurídico que o torne mais aceitável tanto para os trabalhadores quanto para a sociedade de um modo geral. Tais direitos representam, também, a consolidação do Estado social à brasileira, por meio da imposição de obrigações às empresas para que elas cumpram a sua função social.

Essa reviravolta no direito do trabalho brasileiro, por meio do direito internacional público, atesta a relevância, cada vez maior, das normas jurídicas internacionais para disciplinar questões que outrora eram do domínio reservado dos Estados. De fato, há uma notável expansão das matérias regidas pelo direito internacional público, o que realça o papel normativo dos tratados em âmbito interno.

Essa abertura do direito brasileiro ao direito internacional, certamente, contribuirá para o seu aperfeiçoamento. Quaisquer que sejam as contingências políticas das mudanças no Poder Executivo e no Poder Legislativo, as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil significam que determinados parâmetros mínimos em matéria de trabalho, acordados internacionalmente, devem ser respeitados. Cumpre, agora, às jurisdições nacionais explorar as múltiplas potencialidades do uso do direito internacional público como alavanca para a melhoria das relações trabalhistas no Brasil.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Promulgação do Tratado de Comércio e Navegação Brasil-Chile, de 1973: ausência do respectivo decreto: conceito de promulgação de tratados. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty (1952-1960)*. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5.

AKANDJI-KOMBE, Jean-François. De l'invocabilité de sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne : après l'arrêt Gisti-FAPI du Conseil d'État du 11 avril 2012. *Droit social*, n.11-12, p. 1014-1026, Nov./Déc., 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações: parecer de 5 de julho de 1926. *Parecer dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, v.2, (1913-1934), p. 357-374, 2009.

BONVIN, Jean-Michel. *L'Organisation internationale du travail: étude sur une agence productive de normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

BORGES, Daniel Damasio. *A aplicação das convenções internacionais sobre os direitos sociais relacionados à saúde e ao trabalho na ordem jurídica brasileira: contribuição ao estudo do impacto do direito internacional sobre as políticas sociais brasileiras*. Tese (Tese de livre-docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BORGES, Daniel Damasio. Fundamentos do direito internacional social: o papel do direito internacional público nas políticas sociais. In: DUARTE NETO, José Duarte (Ed.). *Temas de direito público*. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2013. p. 75-90.

BORGES, Daniel Damasio. O direito ao trabalho: reflexões em torno da superação de uma clássica distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 579-599.

BORGES, Daniel Damasio. Sobre o controle jurisdicional da política externa: notas acerca do caso Battisti no STF. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, p. 221-244, 2014.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. A responsabilidade do Brasil perante a OIT em face da não-aplicação da Convenção 158. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 25,

n. 96, p. 105-113, 1996.

BRASIL. *Decreto n. 1.534 de 30 de março de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1534.htm>.

BRASIL. *Decreto n. 1.855 de 10 de abril de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm>.

BRASIL. *Decreto n. 67.499 de 6 de novembro de 1970*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-67499-6-novembro-1970-409055-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. Recurso Extraordinário 590.415. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 de abril de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. *Recurso Ordinário n. TST-RO-6155-89.2014.5.15.0000*. Brasília, 22 de fevereiro de 2016. Relator: Min. Maria de Assis Calsing.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1480-3/ DF*. Pleno. (*medida liminar*). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.148-1/TO*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758656/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3148-to>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1625-3/DF União Federal*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento ainda pendente. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 748-3/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de julho de 1992. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/454101/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-doude-12-02-2007>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1480-3/ DF*. Pleno. (*medida liminar*). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível em: <[https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf)

[inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1625-3/DF União Federal*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento ainda pendente. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 748-3/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de julho de 1992. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/454101/pg-1-secao-1-diario-oficial-da-uniao-doude-12-02-2007>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.148-1/TO*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758656/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3148-to>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1480-3/ DF*. Pleno. (*medida liminar*). Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8279-4*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 de junho de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 71.154*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Brasília, 4 de agosto de 1971. p. 5-9. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896118/recurso-extraordinario-re-71154-pr>>.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *TST-RODC-309/2009-000-15-00.4*. Rel.: Ministro Maurício Godinho Delgado. Acórdão de 10 de agosto de 2009. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário n.º TST-RO-147-67.2012.5.15.0000*. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing. Brasília, 15 de abril de

2013. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

CASELLA, Paulo Borba. A Convenção n. 158 da OIT: as relações entre o direito interno e direito internacional. *Revista Ltr. Legislação do Trabalho*, v. 60, p. 900-909, 1996.

CHRISTAKIS, Théodore. Dénonciation ou retrait dans le cas d'un traité ne contenant pas de dispositions relatives à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait : commentaire de l'article 56 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités. In : CORTEN, Olivier; KLEIN, Pierre (Org.). *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 2011-2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLLINS, Hugh. *Justice in dismissal: the law of termination of employment*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALMASSIO, Raphaël. *Essai sur le concept de licenciement économique. Étude comparée des droits français et italien*. Paris: LGDJ, 2009.

DOCKÈS, Emmanuel. Le juge et les politiques d'emploi. *Droit social*, n. 9/10, p. 3-9. Sep./Out. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIORENTINO, Allison. *La rupture du contrat de travail en droit anglais: droit comparé anglais et français*. Presses universitaires d'Aix-Marseille: Aix-en-Provence, 2008.

FORTEAU, Mathias. The Role of the International Rules of Interpretation for the Determination of Direct Effect of International Agreements. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (Ed.). *The interpretation of international law by domestic courts: uniformity, diversity, convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 96-112.

GARCIA, Eugênio Vargas. *O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926): vencer ou não perder*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2000.

LAGRANGE, Evelyne. L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Nijhoff, v. 356, 2012.

LEARY, Virginia. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. Genebra: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O STF e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O STF e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGANO, Octávio Bueno. Convenção n. 158 da OIT. In: BAPTISTA, L. O.; Fonseca, J. R. F. (Coord.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 351-358.

MAGANO, Octávio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

MORO JÚNIOR, Antônio Aparecido. O trabalho decente no contexto de elevação dos direitos sociais à condição de direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 71-93, jul./dez. 2011.

OECD Employment Outlook 2013. Employment Outlook 2013. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-en>.

PROTECTION against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995.

PROTECTION against unjustified dismissal: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva: International Labour Office, 1995.

PUEBLA, Eduardo Martín. La réforme du marché de travail espagnol et les juges. *Revue de droit du travail*, n. 5, p. 350-357, Mai. 2015.

RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição. A lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009.

RIESENFELD, Stefan A.; ABBOTT, Frederick. "Foreword". In: RIESENFELD, Stefan; ABBOTT, Frederick (Ed.). *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*. Hague: Kluwer Academic Publishers, 1994. p. 1-18.

- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2126725-44.2016.8.26.0000*. Relator: Des. Péricles Piza. Brasília, 7 de junho de 2007. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>.
- SCIOTTI-LAM, Claudia. *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruxelles: Bruylant, 2004.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. In: BAPTISTA, Luís Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. *Direito internacional: doutrinas essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1275-1295.
- SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego: análise crítica em face das normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: Ltr., 2002.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção 1090*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 6 de fevereiro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus>.
- TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: L.G.D.J., 2000.
- VALLADÃO, Haroldo. Submissão ao Congresso Nacional de Convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores do Itamaraty. (1961-1971)*. Brasília, Senado Federal, 2002. v. 6. p. 25-26.
- VALTICOS, Nicolas. *Droit international du travail*. Paris: Dalloz, 1983.
- WIDDOWS, Kelvin. The denunciation of International Labour Conventions. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 1052-1063, Oct., 1984.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *O despedimento coletivo no dimensionamento da empresa*. Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.