



Gustavo Garcia: Convenção da OIT trata de tema já abordado pela lei

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, de 1982, dispõe sobre o *término da relação de trabalho por iniciativa do empregador*.

Essa norma da OIT foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 68/1992 e promulgada pelo Decreto 1.855/1996.

Não obstante, o Decreto 2.100/1996 tornou público que a Convenção 158 deixou de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997, por ter sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada por esta em 20 de novembro de 1996.

Discute-se, entretanto, se essa denúncia, em si, é constitucional, matéria ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625-3).

O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES), ao realizar controle *incidental* de constitucionalidade, chegou a aprovar a Súmula 42, assim prevendo:

“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 (*cheks 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” (Arg Inc nº 0000570-31.2016.5.17.0000: acórdão referente à Súmula nº 42 disponibilizado no Caderno Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho nº 2153 às páginas 216/221, no dia 23 de janeiro de 2017, considerando-se publicado em 24 de janeiro de 2017).

Não obstante, o Pleno do TRT da 17ª Região, em sessão realizada em 1º de fevereiro de 2017, decidiu, por maioria absoluta, *suspender os efeitos* da referida Súmula 42^[1].

Apesar da mencionada controvérsia a respeito da constitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, cabe analisar, de forma técnica e jurídica, as consequências da despedida sem os requisitos nela previstos^[2].

Primeiramente, é relevante esclarecer que, nos termos do art. 1º da Convenção 158 da OIT, deve-se dar efeito às suas disposições *por meio da legislação nacional*, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos (ou seja, convenções e acordos coletivos), laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Observa-se, com isso, que nem todas as suas previsões são imediatamente aplicáveis, podendo algumas



delas depender de regulamentação interna.

De todo modo, merece destaque o art. 4º da Convenção 158 da OIT, ao dispor que não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma *causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço*.

Exige-se, portanto, a *justificação* do término da relação de emprego, cabendo ao empregador fundamentar a despedida do empregado com base em motivo *subjetivo*, isto é, disciplinar (art. 7º da Convenção 158 da OIT), ou *objetivo*, assim considerado o de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análoga (arts. 13 e 14 da Convenção 158 da OIT).

Nesse contexto, não se admite a despedida do empregado sem adequada justificativa, ou seja, não se permite a *dispensa sem justa causa* (quando ausente motivo disciplinar) e *arbitrária* (quando ausente motivo objetivo, de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga).

Além disso, em conformidade com o art. 8º, item 1, da Convenção 158 da OIT, o trabalhador que considerar *injustificado* o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra este perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.

Logo, no caso do Brasil, o empregado que não concordar com a sua despedida, considerando-a sem justificativa idônea, naturalmente, tem assegurado o acesso à justiça e o direito de propor ação perante a Justiça do Trabalho, em consonância com o art. 5º, inciso XXXV, e o art. 114 da Constituição da República. Permite-se, ademais, que o trabalhador submeta a sua demanda à Comissão de Conciliação Prévia (art. 625-D da CLT).

Ainda assim, o art. 10 da Convenção 158 da OIT prevê que se os organismos mencionados em seu art. 8º chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, *em virtude da legislação e prática nacionais*, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a reintegração do trabalhador, *terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada*.

Portanto, mesmo que a dispensa seja considerada injustificada, vale dizer, sem justa causa e arbitrária, a própria norma internacional indica que deve ser observada a legislação nacional a respeito da matéria, pois nem sempre a consequência será a reintegração do empregado, podendo haver a previsão de indenização.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no art. 7º, inciso I, estabelece como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a proteção da relação de emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa, *nos termos de lei complementar*, que preverá *indenização compensatória*, dentre outros direitos”.

Sendo assim, conforme o art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, inciso I, da Constituição da República, *fica limitada a proteção nele referida*



ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei 5.107/1966.

Desse modo, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, até a promulgação da referida lei complementar (o que ainda não ocorreu), em regra, ficou limitada à indenização de 40% calculada sobre os depósitos na conta vinculada do FGTS do empregado.

Nesse sentido, na atualidade, segundo o art. 18, § 1º, da Lei 8.036/1990, na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, a importância igual a 40% do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Em consonância com o sistema jurídico brasileiro, a rigor, o empregado tem direito à *reintegração* quando é titular de alguma estabilidade ou garantia de emprego (como nos casos de dirigente sindical, membro da CIPA, gestante, empregado acidentado, etc.) ou quando a dispensa é discriminatória (art. 4º da Lei 9.029/1995)[3].

Como se pode notar, ainda que se defenda a vigência da Convenção 158 da OIT, passando-se a exigir do empregador a justificativa idônea (de ordem subjetiva ou objetiva) para o término da relação de emprego, a consequência da *despedida arbitrária ou sem justa causa*, segundo o sistema jurídico em vigor, quando não há estabilidade, garantia de emprego, nem dispensa discriminatória, é o pagamento da indenização compensatória de 40% sobre o FGTS ao empregado (além do saque dos depósitos da conta vinculada, conforme art. 20, inciso I, da Lei 8.036/1990, e demais verbas rescisórias previstas em lei).

Trata-se de conclusão resultante da interpretação sistemática do ordenamento jurídico e não de preferência doutrinária ou ideológica.

A dispensa fundada em motivo subjetivo envolvendo o empregado, de ordem disciplinar, isto é, a *despedida por justa causa*, ou mesmo por culpa recíproca, já é disciplinada pela legislação trabalhista, como se observa nos arts. 483 e 484 da CLT e no art. 18, § 2º, da Lei 8.036/1990.

Espera-se, assim, que a lei complementar sobre a proteção da relação de emprego confira tratamento mais adequado a respeito do tema, estabelecendo a disciplina e as consequências, de forma específica, da *despedida sem justa causa e arbitrária* (sem motivos de ordem disciplinar nem objetiva) e da *despedida sem justa causa, mas não arbitrária* (ou seja, decorrente de fatores econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos).

[1] Disponível em: <<http://www.trt17.jus.br/principal/comunicacao/noticias/conteudo/934-trt-es-suspende-efeitos-da-sumula-42>>.

[2] Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 685-692.



[3] Cf. Súmula 443 do TST: “Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

Date Created

06/02/2017