2238-6114

REVISTA ELETRÔNICA



CONVENÇÃO 158 DA OIT

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
V.5 - n.48 - Março de 2016

Expediente

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO
CURITIBA - PARANÁ
ESCOLA JUDICIAL

PRESIDENTE
Desembargador ARNOR LIMA NETO

VICE-PRESIDENTE
Desembargadora MARLENE TERESINHA FUVERKI SUGUIMATSU

CORREGEDOR REGIONAL
Desembargador UBIRAJARA CARLOS MENDES

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2016/2017
Desembargador Arion Mazurkevic (Diretor)
Desembargador Cássio Colombo Filho (Vice-Diretor)
Juiz Titular Eduardo Milléo Baracat (Coordenador)
Juiza Titular Morgana de Almeida Richa (Vice-Coordenadora)
Desembargador Célio Horst Waldraff
Desembargador Archimedes Castro Campos Junior
Juiz Titular Leonardo Vieira Wandelli
Juíza Titular Ana Paula Sefrin Saladini
Juíza Substituta Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira
Juiz Substituto Thiago Mira de Assumpção Rosado
Juiz José Aparecido dos Santos (Presidente da AMATRA IX)

COMISSÃO DE EaD e PUBLICAÇÕES
Desembargador Cássio Colombo Filho
Juiz Titular Fernando Hoffmann
Juiz Titular Lourival Barão Marques Filho

GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA
Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador
Adriana Cavalcante de Souza Schio
Angélica Maria Juste Camargo
Eloina Ferreira Baltazar
Joanna Vitória Crippa
Juliana Cristina Busnardo de Araújo
Larissa Renata Kloss
Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima
Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio
Willians Franklin Lira dos Santos

COLABORADORES
Secretaria Geral da Presidência
Serviço de Biblioteca
Assessoria da Direção Geral
Assessoria de Comunicação Social

FOTOGRAFIAS E IMAGENS
Assessoria de Comunicação
Acervos online (Creative Commons)

APOIO À PESQUISA
Maria Ângela de Novaes Marques
Daniel Rodney Weidman Junior

SEÇÃO DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES DIGITAIS
Patrícia Eliza Dvorak

TRTPR

Edição temática
Periodicidade Mensal
Ano V – 2016 – n. 48

Carta ao leitor

Valorar valores é um exercício inerente a qualquer atividade humana. No âmbito jurídico, contudo, essa atividade se reveste de enorme importância, pois acarreta reflexos na compreensão acerca de limites a direitos e liberdades, como também na imposição de deveres e obrigações.

A valoração de valores é um trabalho complexo, pois possui diversas dimensões, desde econômica até cultural, passando pela política, jurídica, social e antropológica.

Reduzir a valoração de valores apenas à dimensão econômica simplifica demasiadamente as bases que devem nortear as principais escolhas acerca de nossas prioridades no contexto da busca do desenvolvimento pleno da sociedade organizada.

Assim, quando se trata de estabelecer limites ao ato do empregador de dispensar o empregado, não se pode confinar a discussão exclusivamente à sua dimensão econômica.

Mas é o que se normalmente faz.

Com efeito, o principal argumento apresentado pelos defensores de que esse ato não deve sofrer restrições é o de que acarretaria enorme prejuízo à atividade econômica, na medida em que, o sucesso desta, depende da imperiosa necessidade de que seus titulares disponham com ampla liberdade de todos os fatores de produção - dentre os quais a mão-de-obra.

Em prol da liberdade de dispensar, a esse, ainda, se acrescenta um outro argumento, de conteúdo socioantropológico, mas de comprovação duvidosa, de que a índole do trabalhador brasileiro não permitiria que se lhe garantisse o emprego, pois naturalmente o deixaria desinteressado e preguiçoso em relação ao trabalho.

Essa concepção passa ao largo de outra valoração sociológica importante que está relacionada à necessidade de subsistência digna do trabalhador - e seus reflexos na sociedade como um todo - que, via de regra, dispõe unicamente de seu trabalho para esse fim. Ou seja, a dispensa sem justa causa do empregado lhe retira essa fonte, colocando-o à margem daqueles que podem consumir e viver dignamente, impactando seriamente nas relações sociais de que participa.

A dimensão política do debate - indissociável da jurídica - encontra-se na ausência do Estado na proteção do emprego. Pode-se dizer que, nesse particular, como em muitos outros, o consenso neoliberal tem marcante influência no Brasil, ou seja, de gerar um Estado ausente e fraco.

A rigor, a atuação do Estado na proteção do empregado, dar-se-ia em duas frentes possíveis.

A primeira, através da regulamentação do art. 7º, I, da Constituição, através da edição da lei complementar que disciplinaria a proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e que até hoje não veio a lume.

A segunda, mediante a incorporação da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, o que sofreu inúmeras reviravoltas ao longo da história.

Esse debate é extremamente profícuo e atual.

O principal mérito do número 48 da Revista Eletrônica do TRT-PR, contudo, é propor o instigante debate em torno da "polêmica ainda não resolvida" acerca dos efeitos da Convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, conforme, feliz síntese do Desembargador Luiz Eduardo Gunther, que enfrenta o tema no artigo "A Convenção nº 158 da OIT no Brasil: uma polêmica não resolvida".

Ainda, instigado por essa mesma inquietação, o advogado Edson Antony Zangrande apresenta interessante texto sob o título "A Convenção 158 da OIT e a Problemática de sua Validade Frente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro".

Animado com esse debate, o professor Igor de Oliveira Zwicker enfrenta a questão da legalidade da denúncia da Convenção nº 158 da OIT e a aplicação do art. 7º, I, da Constituição, através do artigo que tem o título "A Polêmica em Torno da Denúncia da Convenção 158 da OIT e a Décima Sinfonia de Beethoven".

O tema relativo a proteção do emprego e a aplicabilidade do art. 7º, I, da Constituição é tratado, com extrema perscrutação, pelo juiz e doutorando Adriano Mesquita Dantas, no artigo intitulado "A Tutela Jurisdicional Efetiva e Específica no Direito Fundamental ao Trabalho: Instrumento de Controle Judicial das Despedidas Arbitrárias ou Sem Justa Causa".

A contribuição do doutor Natan Elkin para a Revista, através do artigo "Las normas internacionales del trabajo relativas al despido insjutificado" foi o de analisar o debate que existe no âmbito internacional sobre as normas relativas a dispensa sem justa causa do empregado, como também observar o papel central que a Convenção nº 158 e a Recomendação nº 166 continuam exercendo diante das dificuldades que encontram empresas e trabalhadores.

Por fim, a advogada e mestranda Susan Emily Iancoski Soeiro e o professor Marco Antônio Cesar Villatore desenvolveram interessante estudo sobre a relação entre a Convenção nº 158 da OIT e as dispensas coletivas, brindando-nos com o artigo intitulado "A Relevância da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho para Coibir Dispensas em Massa", incluído no acervo dessa prestigiosa Revista Eletrônica.

A Revista Eletrônica do TRT-PR cumpre, com o êxito, sua função de suscitar, democraticamente, o debate acadêmico sobre temas de inegáveis relevâncias jurídica e social.

Eduardo Milléo Baracat
Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba
Coordenador Acadêmico da Escola Judicial do TRT-PR (biênio 2016-2017)

Sumário

ARTIGOS

A Convenção Número 158 da OIT no Brasil: Uma Polêmica ainda não Resolvida - Luiz Eduardo Gunther 7

A Relevância sa Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho para coibir dispensas em massa - Susan Emily Iancoski Soeiro e Marco Antônio Cesar Villatore 35

A Polêmica em torno da Denúncia da Convenção 158 da OIT e a Décima Sinfonia de Beethoven - Igor de Oliveira Zwicker 47

A Tutela Jurisdicional Efetiva e Específica do Direito Fundamental ao Trabalho: Instrumento de Controle Judicial das Despedidas Arbitrárias ou sem Justa Causa - Adriano Mesquita Dantas 62

A Eficácia da Convenção nº 158, da OIT Vinculada ao seu conteúdo normativo de Proteção aos Direitos Fundamentais - Kelly Pauline Baran 94

A Convenção 158 da OIT e a Problemática de sua validade frente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro - Edson Antony Zangrande..... 104

Las Normas Internacionales del Trabajo Relativas al Despido Injustificado - Natan Elkin 121

Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: Manual de Formação para Juízes, Juristas e Docentes em Direito. Editado por Xavier Beaudonnet..... 153

SENTENÇAS

Sentença da 23ª Vara do Trabalho de Curitiba, publicada no DEJT 11/04/2014, Juíza do Trabalho Lorena de Mello Rezende Colnago. 168

SINOPSES

Comentários à Convenção 158 da OIT: garantia no emprego - Luiz Eduardo Gunther..... 183

Desemprego & desproteção - Luiz Eduardo Gunther..... 185

Teoria e prática da Convenção 158 - Luiz Eduardo Gunther..... 187

VÍDEOS

A Convenção 158 da OIT e a Ordem Jurídica Brasileira - Evento promovido pela Escola Judicial do TRT - 9ª Região 189

CÓDIGOS E LEIS

Decreto nº 1.855, de 10 de Abril de 1996. 196

Decreto nº 2.100, de 20 de Dezembro de 1996. 205

Convenção nº 158 da OIT 206

Convenção nº 144 da OIT 212

R119 - Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1963 (Núm. 119)..... 215

R166 - Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982 (Núm. 166)..... 219

R166 - Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982 (No. 166) - Português..... 226

Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la Terminación de la Relación de Trabalho..... 234

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN - 1.480-3 285

58Th Annual Meeting of the International Association of Judges – IAJ/UIM - Espanha 438

BIBLIOGRAFIA 589

A CONVENÇÃO NÚMERO 158 DA OIT NO BRASIL: UMA POLÊMICA AINDA NÃO RESOLVIDA

Luiz Eduardo Gunther

Sumário: **1 INTRODUÇÃO; 2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS AOS TRABALHADORES; 2 EMPREGO E TRABALHO, DISPENSA E DEPRESSÃO – PROTEÇÃO CONTRA O DESPEDIMENTO – CAUSAS INJUSTIFICADAS PARA A DISPENSA – UMA SÍNTESE DA CONVENÇÃO NÚMERO 158 DA OIT; 4 VIGÊNCIA DAS CONVENÇÕES DA OIT NOS ÂMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL – A COMPATIBILIDADE DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – A NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA PARA AS DISPENSAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS; 5 AS CONVENÇÕES DA OIT RATIFICADAS (OU NÃO) COMO FONTES DE DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE; 6 O PROCEDIMENTO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS NO BRASIL – O NOVO PARADIGMA DO STF A PARTIR DE 2008; 7 A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E OS QUESTIONAMENTOS SOBRE A REGULARIDADE DO DECRETO Nº 2.100/1996 – A ADIN 1.625-3, DE 2009; 8 UM ESTUDO PARA VIABILIZAR A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 7º, I, DA CF/88 – PROPOSTA ROLAND HASSON; 9 REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

A primeira versão rascunhada deste trabalho apresentava como subtítulo a frase "itinerário de uma morte anunciada". Por quê? Tratava-se de recordar naquele momento do livro Crônica de uma Morte Anunciada, de Gabriel García Márquez[1]. Na síntese possível da obra, conta-se a história do assassinato de

1 GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Crônica de uma morte anunciada**. Tradução de Remy Gorga Filho. Rio de Janeiro: Record, 2000.



Luiz Eduardo Gunther

Desembargador do Trabalho junto ao TRT da 9ª Região; Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Doutor em Direito do Estado pela UFPR; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, da Academia Paranaense de Direito do Trabalho, do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná e do Centro de Letras do Paraná; filiado à Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho – ALJT.

Santiago Nasar pelos dois irmãos Vicario, sem chance de defesa. No romance, quase todos os habitantes do lugarejo onde vive Santiago ficam sabendo do homicídio premeditado algumas horas antes (daí o título), mas não fazem nada de concreto para proteger a vítima ou impedir os algozes.

Pareceu muito forte a descrença em um final favorável à Convenção nº 158 da OIT em nosso País. Por isso a mudança do subtítulo para "uma polêmica ainda não resolvida". Existe, claramente, uma corrida de obstáculos a ser vencida. Mas o Brasil mudou, o Supremo mudou. Portanto, é possível pensar num futuro não muito distante na internalização efetiva da Convenção nº 158 da OIT.

Há, porém, uma notícia recente desanimadora: "o desemprego global vai atingir 202 milhões de pessoas em 2013"[2]. Isso significa que praticamente uma população equivalente a do Brasil estará desempregada no mundo neste ano.

Mas há outra informação ruim da OIT: cresceu o número de pessoas que desistiram de buscar um trabalho. Por causa da gravidade da crise, por causa do desemprego de longa duração, essas pessoas "decidiram não procurar mais emprego, e, portanto, não são contadas como desempregadas, mas como desanimadas"[3].

Talvez a Convenção nº 158 da OIT não seja a solução miraculosa para o problema do desemprego. Mas traz o tema para a agenda. Aquilo que os economistas chamam de "mercado de trabalho" somente pode ter algum equilíbrio quando houver uma relação civilizada entre trabalhadores e empregadores.

Trata-se de encarar o trabalho humano como um direito fundamental. E consequentemente o fenômeno da dispensa também.

Indaga Flávia Piovesan, a respeito dos primeiros precedentes do processo de internacionalização dos direitos humanos: "se na ordem contemporânea o tema da proteção aos direitos humanos surge como questão central (...), quais os precedentes históricos da moderna sistemática de proteção internacional desses direitos?"[4].

Sem dúvida, diz a autora, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho "situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos". A OIT, criada após a Primeira Guerra Mundial, "tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar". Neste início do século XXI, a OIT, com quase cem anos de idade (criada em 1919) e com quase duas centenas de Convenções Internacionais promulgadas (às quais os Estados-Membros podem aderir), continua se preocupando, em suas normativas, em assegurar mundialmente "um padrão justo e digno nas condições de trabalho"[5].

Nesse diapasão, considera-se importante o reconhecimento do direito ao trabalho e suas implicações quanto à terminação do emprego.

2 Desemprego em 2013 deve superar os 200 milhões: estimativa oficial da OIT bate o recorde mundial, de 2009. **Folha de São Paulo**. 23.01.2013. p. A13.

3 Idem.

4 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111.

5 Ibidem, p. 113.

Ao se analisar a Convenção nº 158 verifica-se que o princípio básico das normas da OIT nessa matéria é "proteger os trabalhadores contra a terminação injustificada do emprego". Embora não expressem claramente esse princípio, a Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo 23, I) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 6) reconhecem que "todos têm direito ao trabalho"[6].

Nos termos do Comentário Geral da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre o direito ao trabalho, "o reconhecimento desse direito exige que os Estados-Membros protejam os trabalhadores contra a dispensa injustificada"[7].

Tendo em vista o elevado número de ratificações do Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais (160 até 23.06.2009), considera-se importante a interpretação citada, pois pode proporcionar "aos tribunais de países que não ratificaram a Convenção nº 158, mas que são partes do Pacto, fundamento jurídico para o reconhecimento da proibição da dispensa injustificada"[8].

Dessa forma, pretende-se apresentar aos leitores um registro sobre o real significado da Convenção nº 158 da OIT no Brasil, o que se inicia pelo reconhecimento dos direitos humanos aos trabalhadores, passa pelo sentido do emprego e pela justificativa para dispensa do trabalhador até questões técnicas de grande alcance, como a vigência das Convenções, o valor que estas possuem como fonte de direito, o procedimento de internalização (hierarquia jurídica) e de denúncia, bem como a viabilidade de regulamentação do art. 7º, I, da CF/88.

2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITO HUMANOS AOS TRABALHADORES

Um dos temas mais importantes na área do Direito Internacional do Trabalho, e consequentemente das Convenções da OIT, é saber quais são os direitos humanos dos trabalhadores. Dito de outra maneira, quais Convenções da OIT versam sobre direitos humanos?

A importância desse assunto liga-se a um debate central sobre a ratificação de tratados. Se versam sobre direitos humanos podem ter hierarquia supralegal ou de emenda constitucional. Caso contrário, seu valor restringe-se ao de uma lei ordinária.

Nas palavras de Luciane Cardoso, "o reconhecimento dos direitos humanos aos trabalhadores impõe que o progresso social ande lado a lado com o progresso econômico, porque um não decorre necessariamente do outro"[9].

Em nível mundial, os direitos humanos encaixam-se perfeitamente na universalidade reclamada pela globalização. Se se mundializa o investimento, o comércio e a produção, como não mundializar os direitos? E que parte do

6 BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Tradução de Sieni Campos Traduções. Brasília: ANAMATRA/ALJT, 2011. p. 197.

7 Idem.

8 Idem.

9 CARDOSO, Luciane. Direitos humanos dos trabalhadores. In LAGE, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Org.). **O direito do trabalho e o direito internacional, questões relevantes**: homenagem ao professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005. (p. 68-74). p. 73.

Direito é ontologicamente universal, senão "os direitos humanos, entendidos como aqueles essenciais à pessoa humana como tal", onde quer que ela esteja, e "qualquer que seja o vínculo de nacionalidade, cidadania, domicílio ou residência que possa ter – ou não – com determinado Estado nacional?"[10].

Existe um importante elenco de direitos trabalhistas que são – sem dúvida – direitos humanos. O novo Direito do Trabalho pós-neoliberal deve fundar-se na "reconstrução do Direito Social sobre a base desses direitos trabalhistas que são direitos humanos – específicos e inespecíficos" – e que, enquanto tais, estão "supraordenados pelas normas internacionais e pela Constituição do legislador nacional"[11].

Desde a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, aprovada pela OIT em 1988, costuma-se crer que os quatro direitos incluídos nesse pronunciamento[12] são os únicos que devem ser respeitados em tempos de globalização. Isso, a todas as luzes, carece de fundamento jurídico, uma vez que todos os direitos humanos trabalhistas possuem o mesmo substrato e a mesma justificação jurídica[13].

Torna-se necessário, assim, apresentar uma relação de direitos humanos trabalhistas que decorrem dos seguintes instrumentos internacionais: Declaração Americana dos Direitos do Homem (1948), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), Protocolo de São Salvador (1988), Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Cidadãs, as Cartas Sociais Europeias (1961 e 1988) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981). Nesse catálogo podem ser mencionados os seguintes "Direitos Humanos Trabalhistas":

- liberdade de trabalho;
- proibição do trabalho forçado ou obrigatório;
- direito ao trabalho;
- proteção contra o desemprego;
- proteção contra a despedida;
- proibição da discriminação em matéria de emprego e ocupação;
- igualdade de remuneração por trabalho de igual valor;
- proibição da discriminação de pessoas com responsabilidades familiares;
- segurança e a higiene no trabalho;
- direito a condições justas, equitativas e satisfatórias do trabalho (a jornada máxima de trabalho, o descanso semanal remunerado, o descanso remunerado durante feriados e as férias periódicas pagas);

10 ERMIDA URIARTE, Oscar. Políticas laborales después del neoliberalismo. In OJEDA AVILÉS, Antonio et al. (Coord.). **Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI**. Perú: Ara Editores, 2009. (p. 405-425). p. 423.

11 Idem.

12 Dizem respeito aos seguintes princípios: a) da liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; b) da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) da abolição efetiva do trabalho infantil; e d) da eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

13 VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad. In OJEDA AVILÉS, Antônio et al (Coord.). **Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI**. Perú: Ara Editores, 2009. (p. 59-92). p. 76.

- direito a remuneração mínima;
- direito à promoção no emprego;
- direito à formação profissional;
- direito à informação e à consulta no seio da empresa;
- direito à informação e à consulta nos procedimentos de despedimento coletivo;
- direito à tutela dos créditos em caso de insolvência de seus empregadores;
- liberdade sindical;
- direito à proteção dos representantes dos trabalhadores e às facilidades para o exercício de suas funções;
- negociação coletiva;
- direito de greve;
- direito à seguridade social (à assistência médica; às prestações monetárias ou seguros de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice e outros casos; às prestações por acidentes de trabalho e enfermidades profissionais; às prestações de maternidade, etc.);
- proteção especial aos menores de idade, às mulheres trabalhadoras, aos trabalhadores migrantes e aos inválidos[14].

Essa relação adquire importância na medida em que permite esclarecer quando uma Convenção da OIT se ocupa de um direito humano e quando tem por objeto regular algum instituto ou tema das relações trabalhistas alheios a tal campo de incidência[15].

Pela exposição se vê como é ampla a incidência daquilo que se convencionou chamar de "Direitos Humanos dos Trabalhadores", não se restringindo apenas às Convenções da OIT ligadas à Declaração de 1998.

3 EMPREGO E TRABALHO, DISPENSA E DEPRESSÃO – PROTEÇÃO CONTRA O DESPEDIMENTO – CAUSAS INJUSTIFICADAS PARA A DISPENSA – UMA SÍNTESE DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

Há uma música muito conhecida no Brasil cujo título é "Me dê Motivo". Seu criador, o músico Tim Maia, diz lá pelas tantas "me dê motivo para ir embora". É disso que trata a Convenção nº 158 da OIT. Da justificativa para a dispensa. O empregado quer saber os motivos pelos quais está sendo dispensado. É insuficiente dizer que a despedida é sem justa causa (ou sem motivo). Parece que sempre por trás de uma dispensa há uma razão, uma justificativa.

Quando se fala em justificativa para a dispensa, deve-se refletir sobre o que significa o vocábulo "dispensa". De maneira ampla, seria possível entender a palavra *dispensa* como noção jurídica que compreende não apenas a rescisão unilateral do empresário por motivos disciplinares, mas "qualquer outra cessação unilateralmente imposta pelo empresário ao trabalhador, ainda que fundada em causa alheia ao descumprimento contratual deste"[16].

Não há qualquer controvérsia quando se afirma que, para a esmagadora maioria da população brasileira, o emprego garante a própria existência. Não se trata, apenas, de uma oportunidade de vender a força de trabalho, mas sobretudo de encontrar, no

14 Ibidem, p. 77-78.

15 Ibidem, p. 78.

16 BAYLOS GRAU, Antonio; PÉRES REY, Joaquín. **A dispensa ou a violência do poder privado**. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009. p. 25.

emprego, "vínculos sociais e, numa sociedade baseada na ideia de que o trabalho é algo que dignifica, autoestima". Nesse sentido, a dispensa do empregado representa mais do que "a iminência de dificuldades econômicas para ele e sua família". Por isso chamam os economistas "as conjunturas econômicas baixas de depressão", uma vez que, existindo, "anda em baixa também o moral da população"[17].

Parece, portanto, justo e razoável exigir-se do empregador "que dispense o empregado somente quando existem motivos para tanto". Considera-se, assim, que a atitude arbitrária de privar alguém do seu meio ou existência, "sem ao menos dar motivo para isso, sempre foi retrógrado, deselegante e imoral e é, definitivamente, também, no Brasil, ilegal"[18].

Como diz Dorothee Susanne Rüdiger, "a ratificação da Convenção nº 158 é, portanto, um ato político que representa um primeiro passo em direção à maior valoração do emprego"[19].

Encontra-se o empregado diante de uma situação semelhante a do cidadão diante do Estado. Tem a relação de trabalho um caráter existencial para quem trabalha. O Estado deve observar o princípio da legalidade "quando toma medidas que interferem nos direitos fundamentais dos cidadãos". Sendo análoga a situação do empregado diante da empresa, a dispensa, "em razão de suas consequências existenciais, deve obedecer a regras estatuídas por lei ou por normas coletivamente negociadas"[20].

O trâmite do processo elaborativo da Convenção nº 158 deu lugar, em sua época, a árduas discussões e negociações entre governos, empregadores e trabalhadores no seio da comissão respectiva da Conferência Internacional do Trabalho. Considerou-se, especialmente, que a aplicação de algumas de suas disposições podia implicar de fato uma verdadeira "inamovibilidade" no cargo. Finalmente, aceitas algumas disposições tendentes a atenuar esse risco, o instrumento foi aprovado pela Assembleia com a abstenção, entretanto, de quase a totalidade dos delegados empregadores[21].

Na lição de Eduardo Biacchi Gomes e Ronald Silka de Almeida, escudada em trecho do voto do Ministro Celso de Mello, proferido na ADIn 1.480-3-DF, os termos da Convenção nº 158 viriam a "regularizar" a regra inscrita no art. 7º, I, da Constituição, como "verdadeira fórmula de ponderação, que institucionalizou solução de caráter transacional destinada a conciliar posições contrastantes"[22].

Conforme o art. 4º da Convenção nº 158, só é possível a dispensa quando ocorre um motivo subjetivo ou um motivo objetivo. O

17 RÜDIGER, Dorothee Susanne. Motivos, procedimentos e efeitos da dispensa individual na Convenção nº 158 da OIT e no direito francês e alemão. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). (p. 1063-1079). p. 1077.

18 Idem.

19 Ibidem, p. 1079.

20 Ibidem, p. 1078.

21 MONTT BALMACEDA, Manuel. **Princípios de derecho internacional del trabajo de la OIT**. 2. ed. actual. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 236.

22 GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Convenção 158 da OIT e os instrumentos jurídicos de conciliação do direito internacional. In GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Coord.). **Conciliação**: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2012. (p. 861-873). p. 870.

motivo subjetivo decorre de comportamento faltoso do empregado e o motivo objetivo está vinculado ao empregador ou a empresa[23]. Trata-se de uma fórmula bastante aberta, garantindo sempre ao trabalhador o emprego, "salvo se houver uma motivação patronal do ato da dispensa". Por outro lado, garante sempre "a liberdade de dispensa por parte do empregador, exigindo-se apenas que o ato seja motivado"[24]. Para melhor entendimento, em resumo, "nem o empregado tem estabilidade nem o empregador tem liberdade ampla de dispensar o empregado: em qualquer hipótese, a dispensa vincula-se a um motivo ou justificativa"[25].

A proteção contra o despedimento não significa impedir que o empregador possa despedir os trabalhadores. Trata-se de estabelecer que o despedimento se realize com uma causa justificada, vale dizer, o empregador deve apresentar razões explicativas de que não é arbitrária a decisão de terminar a relação trabalhista. A proteção em favor do trabalhador no momento da dispensa se justifica com os mesmo argumentos do próprio Direito do Trabalho, com o acréscimo que sem essa especial proteção o Direito do Trabalho perderia efetividade. Assim, a justificação da causa que motiva a dispensa é a que se exige neste direito. Uma formulação mais precisa sobre as causas justificadas da terminação trabalhista foi desenvolvida pela OIT através da Convenção 158, de 1982, e sua Recomendação 166. Embora a Convenção não tenha recebido um número significativo de ratificações pelos Estados-Membros, isso não reduz sua importância para ilustrar o conteúdo da proteção contra o despedimento[26].

A Convenção define seu conteúdo como sendo a terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador, ficando excluídas as demais possibilidades (a renúncia do trabalhador ou o acordo entre trabalhador e empregador sobre a extinção do contrato trabalhista). A proteção contra a dispensa formulada pelos instrumentos internacionais de direitos humanos coincide com o âmbito de aplicação estabelecido pela Convenção 158 da OIT[27].

Apesar das estatísticas de desemprego nos países, o trabalho continua sendo "uma parte essencial da condição humana". Para muitos, isso representa a primária fonte de ingresso do qual depende a sobrevivência física. O trabalho é crucial para o desfrute dos "direitos de sobrevivência" como a alimentação, vestimenta ou moradia. O desemprego afeta o nível de satisfação de outros direitos humanos como o direito à educação, à cultura e à saúde. Por isso o reconhecimento da ideia de que "o trabalho é um elemento integral para a manutenção da dignidade e do auto respeito do indivíduo"[28].

As dispensas estão ligadas à pessoa ou à conduta do assalariado, de uma parte,

23 MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes. In AZEVEDO, André Jobim de; VILLATORE, Marco Antônio (Coord.). **Direito do trabalho**. XIV Jornada Luso-Hispano-Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010. (p. 23-48). p. 34.

24 Idem.

25 Idem.

26 CANESSA MONTEJO, Miguel F. La protección contra el despido en el derecho internacional. In OJEDA AVILÉS, Antonio et al. (Coord.). **Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI**. Perú: Ara Editores, 2009. p. 295.

27 Ibidem, p. 295.

28 Ibidem, p. 295.

e, de outra, se baseiam nas necessidades da empresa ou do serviço. Evidentemente devem ser consideradas "não as causas declaradas da dispensa, mas seus verdadeiros motivos; é ao juiz, quando julga, que compete buscar a verdade sob as aparências"[29].

Naturalmente que as denominadas "más razões" não podem justificar a dispensa. A Convenção nº 158 e a Recomendação 166 relacionam os motivos não válidos para a dispensa que implicam discriminação:

a) filiação sindical ou participação em atividades sindicais "fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho";

b) exercício de um mandato de representação dos trabalhadores (ou o fato de havê-lo solicitado);

c) raça, cor, sexo, estado civil, encargos de família, gravidez, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social;

d) idade, "salvo disposições legislativas e a prática nacional no que concerne a aposentadoria"[30].

A Convenção 158 e a Recomendação 166 também explicitam os motivos que não podem ser tidos como razoáveis para a despedida, pois decorrem do exercício de um direito pelo trabalhador:

a) licença-maternidade

b) falta por doença ou acidente (a Convenção orienta que a definição da falta temporária ao trabalho, quando um atestado médico é exigido, e toda limitação possível devem ser estabelecidas em âmbito nacional);

c) serviço militar ou cumprimento de outras obrigações[31].

Anote-se que é da Recomendação nº 166, de 1982, que trata também da cessação da relação de trabalho, o acréscimo da idade (sujeita a regras relacionadas com a aposentadoria), do serviço militar obrigatório "e outros deveres cíveis como razões não justificadas para a cessação"[32].

Os procedimentos que devem ser observados para a cessação da relação de trabalho e para o recurso contra a cessação são estabelecidos, também, pela Convenção. Para que o trabalhador não tenha que suportar sozinho o ônus da prova de que a cessação foi injustificada, a Convenção estabelece uma de duas possibilidades ou ambas: a) o ônus da prova da existência de uma razão válida recairá sobre o empregador; b) os organismos competentes devem ter poderes para chegar a uma conclusão tendo em conta as provas produzidas pelas partes e de acordo com as normas estabelecidas pela legislação e prática nacionais[33].

Determina a Convenção um razoável período de pré-aviso ou uma indenização como alternativa, a menos que o trabalhador seja culpado de falta grave, e uma indenização por cessação e/ou outras formas de proteção de rendimentos (seguro ou assistência de

29 SERVAIS, Jean-Michel. **Elementos de direito internacional e comparado do trabalho**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Prefácio e revisão técnica Estêvão Mallet. São Paulo: LTr, 2001. p. 218.

30 Ibidem, p. 219.

31 LEONARDI, Leonardo. **Resumos de normas internacionais de trabalho**. Tradução de Fernando M. Maurício de Carvalho. Lisboa: Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Interssindical Nacional/ Artes Gráficas Ltda., 1988. p. 38.

32 Ibidem, p. 38-39.

33 Ibidem, p. 39.

desemprego, ou outros benefícios da segurança social). A falta grave terá que ser de tal natureza que não seria razoável pedir ao empregador que continuasse a empregar o trabalhador durante o prazo de pré-aviso. Ainda, no caso de cessação injustificada da relação de trabalho, e se a decisão não puder ser alterada e/ou a reintegração do trabalhador não for praticável, será paga uma compensação adequada[34].

Finalmente, quando a cessação da relação de trabalho ocorre por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, disposições complementares referem-se à obrigação do empregador de "consultar os representantes dos trabalhadores e notificar a autoridade competente, tão cedo quanto possível, fornecendo a informação relevante"[35].

Parece evidente, diante do que se procurou explicitar, a importância da Convenção nº 158 da OIT para democratizar as relações de trabalho e trazer cidadania ao ambiente laboral.

4 VIGÊNCIA DAS CONVENÇÕES DA OIT NOS ÂMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL – A COMPATIBILIDADE DA CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – A NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA PARA AS DISPENSAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Aprovada em 1982 pela Conferência Internacional do Trabalho, a Convenção nº 158 foi admitida pelo Congresso Nacional por Decreto Legislativo em 1992 e promulgada por Decreto do Executivo Federal em abril de 1996. No mesmo ano, em dezembro, a Convenção foi denunciada pelo Brasil.

Trata-se, portanto, de registrar essa história, explicando a compatibilidade da norma internacional com o ordenamento jurídico brasileiro.

Considera-se, ainda, importante explicitar a fundamentação necessária para as dispensas individuais e coletivas. Quanto a estas, inclusive, o precedente do C. TST.

A Convenção nº 158, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, foi aprovada na 68ª Reunião da Conferência Internacional, em Genebra, no dia 22 de junho de 1982. Sua vigência internacional deu-se a partir de 23 de novembro de 1998.

No Brasil essa Convenção restou aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992. A promulgação ocorreu através do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Alguns meses após, em 20 de dezembro de 1996, efetivava-se a denúncia pelo Decreto nº 2.100.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso tornou público que deixaria de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1977, a Convenção da OIT nº 158, por ter sido "denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996"[36].

Em linguagem técnico-jurídica, o vocábulo "denúncia" significa que o país declara encerrado o compromisso anteriormente

34 Ibidem, p. 39.

35 Ibidem, p. 39.

36 **BRASIL**. Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção nº 158 da OIT relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. DOU de 23.12.96, p. 27860.

assumido de cumprir os dispositivos de um Tratado Internacional (como, por exemplo, a Convenção 158 da OIT).

Os fundamentos invocados pelo Governo brasileiro, para essa denúncia, direcionaram-se no sentido de que manter em rigor a adesão a essa norma internacional acarretaria perda de competitividade no cenário globalizado. Também justificou-se com uma certa "confusão jurídica" que estaria sendo gerada, devido às conflitantes decisões entre os Tribunais durante o curto espaço de tempo em que vigorou no País.

Na parte inicial de sua apresentação, o texto da Convenção invoca a Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, de 1963, salientando terem sido "registradas importantes novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange"[37].

Sob a perspectiva dessas novidades, considerou a Conferência Internacional do Trabalho oportuno adotar novas normas internacionais sobre a matéria, tendo em conta, de forma particular, os graves problemas detectados nessa área "como consequência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em grande número de países"[38].

O ponto central da Convenção refere-se à necessidade de uma justificação para "o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador". Esse término só pode ocorrer se houver "uma causa justificada", relacionada com a capacidade do trabalhador; ou "com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço" (artigo 4)[39].

Pode-se dizer que a aprovação da Convenção nº 158 pela Conferência Internacional do Trabalho, em 1982, representou uma espécie de segunda fase na intensa atividade normativa da OIT, que teve início após a Segunda Guerra Mundial. Com a ampliação da comunidade internacional e a diversidade das condições sócio-econômicas dos Estados-Membros, passou a OIT "a diminuir gradativamente as diferenças entre as Convenções e as Recomendações"[40].

Deixaram as Convenções de ser tão precisas para aproximar-se da flexibilidade das Recomendações, uma vez que passaram a tratar de temas cada vez mais abrangentes sob uma ótica mais genérica[41].

A flexibilidade da Convenção visa, nada mais, nada menos, do que "sua adaptação à ordem jurídica interna, de modo a permitir que esta consagre imediatamente determinados direitos"[42].

A vigência no âmbito internacional

37 MARTINS, Sergio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 694.

38 Idem.

39 Ibidem, p. 696.

40 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e eficácia da Convenção nº 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho e seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). (p. 1145-1164). p. 1157.

41 VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 109.

42 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 1157.

constitui pressuposto essencial para que uma Convenção da OIT, ratificada, possa ter eficácia em relação ao Estado que a ratificou. Não se confunde, assim, vigência internacional com vigência nacional. No âmbito da OIT, o início da vigência de cada Convenção, "quer no âmbito internacional, quer em relação a cada Estado que a ratificou, é previsto expressamente no diploma aprovado pela Conferência". Normalmente, estabelecem as Convenções que "a vigência internacional se inicia 12 meses após o registro de duas ratificações"[43].

Relativamente à vigência nacional, ou interna, o ato de internalização tem natureza complexa. Para que sejam incorporados ao ordenamento interno, no Brasil, os tratados, acordos e convenções internacionais "necessitam de prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo". Com a aprovação pelo Congresso Nacional, o Presidente do Senado promulga o Decreto Legislativo, que é publicado no Diário Oficial da União, "iniciando-se a partir daí os procedimentos cabíveis para a entrada em vigor do Tratado Internacional no nosso ordenamento jurídico". Essa fase, que ocorre perante o Poder Legislativo, "tem por finalidade atestar que o Ato Internacional já existe e que foram cumpridas todas as formalidades internas para sua celebração". Nesse momento o compromisso "internacionalmente firmado já é juridicamente exigível". Entretanto, "para que a norma se considere efetivamente promulgada, é indispensável sua publicação, dando conhecimento à população da sua existência"[44].

A Convenção nº 158 da OIT passou a ter vigência internacional em 23 de novembro de 1998, quando dois Estados-Membros a ratificaram, e esses atos foram registrados pelo Diretor-Geral da entidade[45]. Os dois primeiros Estados-Membros que ratificaram essa Convenção foram Espanha (26.04.1985) e Venezuela (06.05.1985). Até o momento registram-se 35 ratificações, incluindo, por exemplo, Austrália, França e Portugal.

Nos Estados-Membros da OIT que ratificaram a Convenção nº 158, considera-se imprescindível a existência de causas jurídicas relevantes, "fundadas em motivações de ordem técnica, econômica ou financeira, para a resilição unilateral do contrato de trabalho por ato do empregador"[46].

Como norma internacional do trabalho, também, emanada da OIT, cita-se a Recomendação nº 119, dispondo que nenhuma despedida deveria ocorrer "sem um justo motivo vinculado à aptidão ou à conduta do trabalhador, ou fundado sobre as necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço"[47].

Na medida em que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso I do artigo 7º, "protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária", sem dúvida

43 PRETTI, Gleibe. **Direito internacional do trabalho e convenções da OIT ratificadas pelo Brasil**. São Paulo: Ícone, 2009. p. 24-25.

44 Ibidem, p. 24.

45 MARTINS, Sergio Pinot. Op. cit., p. 630, 694, 701.

46 HENRIQUE, Virgínia Leite. Dispensa arbitrária ou sem justa causa (verbete). In SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). **Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 377.

47 Idem.

está a consagrar "direito social fundamental (topograficamente em primeiro lugar na ordem dos direitos fundamentais trabalhistas)". Leve-se em conta, ainda, que no §1º do art. 5º da nossa Carta Magna, o dispositivo constitucional assinalado "tem aplicação imediata"[48].

Um dos defensores mais ardorosos da eficácia da Convenção nº 158 da OIT é o Magistrado e Professor Jorge Luiz Souto Maior. Em decisão da qual foi relator, quando convocado perante o E. TRT da 15ª Região, argumentou que a Convenção nº 158 da OIT, de forma compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, impede que o empregador dispense seu empregado por represálias "ou simplesmente para contratar outro com salário menor". Ressalta, entretanto, que em caso de real necessidade a dispensa estaria assegurada. Relativamente à dispensa coletiva, seria necessária a justificativa em "necessidade do funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço", com base em "motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos". Supera esse julgado, também, eventuais dificuldades de apuração ou análise dos motivos alegados, invocando "como parâmetro legal a regra e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já dadas ao art. 165 da CLT"[49].

Em caso de grande repercussão nacional, envolvendo a empresa EMBRAER, o TRT da 15ª Região considerou ilícitas as resiliições contratuais em massa, fundamentando-se no malferimento da boa-fé objetiva e na abusividade do ato patronal diante da ausência de diálogo entre as partes, por meio de negociação coletiva, antes da realização das dispensas em massa. O C. TST, por sua Seção de Dissídios Coletivos, debruçou-se sobre "as consequências econômicas e sociais da dispensa de mais de 4000 trabalhadores". Não mereceu acolhimento a dispensa coletiva efetivada sem prévia negociação sindical. O Ministro Maurício Godinho Delgado, que redigiu o acórdão, salientou que embora mencionada lei complementar (art. 7º, I, da CF/88, "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar..."), "a Constituição delegou ao legislador infraconstitucional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária". A proteção ao trabalhador, prevista na Carta Magna, constituiria direito fundamental, com aplicação imediata, "impedindo a atuação do aplicador do Direito em sentido contrário ao seu conteúdo". Não pode a inércia do legislador, em regulamentar as consequências e sanções previstas na hipótese de dispensa coletiva, "impedir a aplicação de direitos previstos constitucionalmente" (art. 7º, I e outros), "tais como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, que são fundamentos da República". Os parâmetros que devem ser observados, à míngua de lei específica, extraem-se "de tratados internacionais do qual o Brasil seja parte e do direito comparado, como determinam o art. 4º da LICC e o art. 8º da CLT"[50].

Analisando esse acórdão, a doutrina

48 Ibidem, p. 378.

49 CAMPINAS. **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Proc. 00935.2002.088.15.00-3 – RO 15846/04-PATR). 6ª T. – Rel. Juiz Jorge Luiz Souto Maior. DOESP 07.05.2004.

50 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo ED-RODC nº 30.900 – 12.2009.5.15.00000. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Rel. Min Mauricio Godinho Delgado, DEJT, 04.09.2009.

constatou que "fixa a premissa para casos futuros, de observância da regra da Convenção nº 158 da OIT", no sentido de determinar seja a dispensa coletiva precedida de discussão ampla junto ao Sindicato que representa a categoria profissional, "buscando elidi-la ou ao menos encontrar um modo de minimizar seus efeitos nocivos". Determina, também, esse paradigmático julgado, antes referido: a) a prévia comunicação da intenção de despedir "a uma autoridade competente ou órgão criado para tal fim"; b) um prazo razoável entre o aviso e a dispensa, "para que os trabalhadores possam realmente buscar novos postos de trabalho". Por fim, a análise do fenômeno da dispensa coletiva leva em conta que "essa circunstância extrapola a esfera do trabalhador atingido, causando lesão social que, por isso mesmo, tem que ser coibida, na medida do possível, pelo Estado"[51].

Não é razoável imaginar que a Convenção nº 158, no momento em que estiver sendo aplicada no Brasil, ultrapassadas todas as dúvidas e recursos possíveis, possa ser uma panaceia, a pedra filosofal, a solução para todos os problemas nas relações de trabalho. Como diz Márcio Túlio Viana, "a Convenção 158 não fará milagres". Trata-se, segundo ele, apenas de uma das muitas "estratégias possíveis para enfrentar um mundo cada vez mais globalizado e (paradoxalmente) desigual". Por isso, "a Convenção só será útil se receber uma interpretação que a valorize"[52].

Nessa exposição mostrou-se um pouco o modo de compreender-se os termos da Convenção 158 e como ela repercutiu e poderá continuar repercutindo nas relações trabalhistas em nosso país.

5 AS CONVENÇÕES DA OIT RATIFICADAS (OU NÃO) COMO FONTES DE DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL – O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

As Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil obviamente constituem fontes formais de Direito.

A questão trazida a exame é o valor que as Convenções da OIT não ratificadas podem representar em nosso universo jurídico.

Avulta aí o papel do princípio da subsidiariedade, ainda pouco explorado em nosso Direito.

As Convenções da OIT possuem grande importância, não apenas porque constituem um marco de referência, mas também porque em alguns Estados integram sua legislação positiva, uma vez ratificadas. Independente de serem ou não ratificadas, no entanto, comportam uma grande vantagem, que é a de permitir estabelecer a existência de certas normas internacionalmente aceitáveis, posto que são produtos de um consenso adotado por uma Conferência Internacional, onde estão representantes de governos, de trabalhadores

51 SEVERO, Valdete Souto. Dispensa coletiva (Verbete). In SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). **Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 385.

52 VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção 158 da OIT. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho e da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). (p. 1119-1133). p. 1132.

e de empregadores de mais de 170 Países-Membros[53].

As políticas trabalhistas frente às crises não justificam o desmantelamento do regime tutelar criado pelo Direito do Trabalho. Devem significar, ao contrário, uma constante adaptação às dinâmicas mudanças da sociedade. Mas esse processo de mudança e adaptação não pode significar uma renúncia aos princípios gerais do Direito do Trabalho, nem um abandono às suas principais instituições, entre as quais a proteção contra a dispensa injustificada, que segue tendo vigência por razões de justiça social e de coexistência equilibrada entre os atores sociais[54].

A Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho aprovou um Enunciado especificamente sobre a aplicabilidade das Convenções da OIT. Trata-se do Enunciado nº 3, que se refere às Normas Internacionais como fontes do Direito, dividido em dois itens. O primeiro item possui a seguinte redação:

> I – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.[55]

O item II do Enunciado nº 3 amplia ainda mais as fontes do Direito do Trabalho no que diz respeito às normas da OIT:

> II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.[56]

Interpretando esse Enunciado,

53 HERNANDEZ ÁLVAREZ, Óscar. La protección del empleo en situaciones de crisis: características generales propias de um sistema de protección al empleo. In COSMÓPOLIS, Mario Pasgo (Coord.). **Actualidad del derecho del trabajo**. Perú: De Jure Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2009. (p. 87-106). p. 94-95.

54 Ibidem, p. 95.

55 **Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. Coordenadores Cláudio José Montesso, Maria de Fátima Coêlho Borges Stern, Leonardo Ely. São Paulo: LTr, 2008. p. 35.

56 Idem.

Francisco Antonio de Oliveira afirma que, de forma induvidosa, as normas originárias da Organização Internacional do Trabalho, como um todo, "constituem referencial por excelência para serem utilizadas como subsídios nas relações de trabalho". Em sua perspectiva, essas normas podem servir como estímulo à edição de leis e "contribuir para o desenvolvimento do país, quer sejam ou não ratificadas". Por isso, nada impede que a interpretação de lei nacional "leve em conta normas preceituais contidas nas Convenções, Recomendações, etc., desde que não haja norma em contrário"[57].

Ganha relevo, em muitos Estados, com fundamento na experiência europeia, "o chamado princípio da subsidiariedade, utilizado como guia da elaboração da Constituição da Europa, de 2004"[58].

Considera-se, pois, o princípio da subsidiariedade como reconhecidamente incidente no Direito Internacional Público. Dessa forma também é aplicável ao Direito Internacional do Trabalho. Pode-se, assim, considerar as normas internacionais em diversos níveis de análise institucional, tais como: "a perspectiva macroavaliativa da estrutura de instituições e das possibilidades decisórias das jurisdições nacionais até a microanálise de processos decisórios"[59].

Os tratados que compõem o Direito Internacional do Trabalho devem sempre ser levados em consideração, ratificados ou não. Na ausência de ratificações, o Direito Internacional do Trabalho, na verdade, constitui inspiração para que:

> legisladores elaborem seus textos, governos desenvolvam políticas públicas, sindicatos definam sua posição em negociações coletivas, empresas elaborem seus códigos de conduta e o Judiciário robusteça seus julgamentos.[60]

Quando, porém, as normas internacionais do trabalho recebem ratificações, "sua densidade é não apenas persuasiva, mas também jurídica". Desse modo suas publicações significam apenas "promover concretamente as obrigações assumidas pelo Estado no âmbito das relações internacionais"[61].

Recordou-se neste item o precedente da Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília, que, de forma pioneira, considera como fonte subsidiária do Direito do Trabalho as Convenções da OIT não ratificadas, inexistindo norma de direito interno regulando a matéria.

6 O PROCEDIMENTO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS NO BRASIL – O NOVO PARADIGMA DO STF A PARTIR DE 2008

Como os tratados são reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro? Qual é

57 OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentário às súmulas do TST**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 714.

58 ASSIS, Luís Fabiano de. Direito internacional do trabalho. In SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). **Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. (p. 362-366). p. 363.

59 Idem.

60 Idem.

61 Idem.

a diferença de tratamento entre aqueles que versam e os que não versam sobre direitos humanos?

A problemática acima relaciona-se à mudança de paradigma adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia dos tratados, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da EC 45/2004. É disso que se procura tratar aqui.

A Convenção da OIT equivale a um Tratado Internacional. Assim sendo, para sua internalização, os requisitos são os mesmos. Podem ser sintetizados em quatro fases: negociação; assinatura; *referendum*; ratificação e promulgação[62].

Na primeira fase (negociação) discutem-se as condições e os termos do tratado a ser celebrado, papel exercido pela União, no Brasil, através do Ministério das Relações Exteriores. A segunda fase (assinatura) compete privativamente ao Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/88) ou a pessoa por este indicado (denominado plenipotenciário). Na terceira fase, o ato é referendado pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/88). Sendo aprovado o projeto de decreto legislativo, o Presidente do Senado Federal o promulga, encaminhando-o para ser publicado no Diário Oficial da União. Na quarta fase, o Presidente da República o ratifica e promulga, expedindo o decreto executivo, que, "depois de publicado, internaliza o tratado internacional ao direito interno, com o status de lei ordinária federal"[63].

Versando sobre direitos humanos (§ 3º do art. 5º, acrescentado pela EC 45 à CF/88), o tratado aprovado por dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos seus membros, equivalerá a emenda constitucional[64].

Modificando sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2008, passou a entender que os Tratados e Convenções Internacionais que versem sobre direitos humanos "têm patamar supralegal (acima das leis ordinárias e complementares)". Entretanto, sendo a ratificação feita "com o quórum especial das emendas constitucionais - e apenas nessa hipótese -, alcançam status de emenda constitucional"[65].

Quando os Tratados Internacionais não versarem sobre direitos humanos, "ingressam no ordenamento jurídico pátrio na condição hierárquica equivalente à das leis ordinárias"[66].

Os tratados internacionais, na tradição brasileira, são publicados duas vezes no procedimento de internalização. Em primeiro lugar, logo após sua aprovação pelo Congresso Nacional, por decreto legislativo. Em segundo lugar, no Diário Oficial da União, sob a forma de

62 CAMILO, Adélia Procópio. Convenções da Organização Internacional do Trabalho. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Cosk (Coord.). **O que há de novo em direito do trabalho**. Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 638-640.

63 Idem.

64 Ibidem, p. 640.

65 DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho e seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). (p. 1101-1118). p. 1116.

66 Idem.

decreto de promulgação pelo Poder Executivo, com o objetivo de inserção do tratado no ordenamento jurídico nacional[67].

Conforme a síntese efetuada por Carlos Antonio Nobrega Filho, a Convenção nº 158 da OIT foi elaborada e aprovada na 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em 1982.

O Congresso Nacional autorizou a ratificação pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992. O depósito da carta de ratificação foi efetuado na RIT (da OIT) em 05 de janeiro de 1995. O Decreto de Promulgação nº 1855, do Presidente da República, foi publicado em 11 de abril de 1996[68].

Após aprovada a Convenção Internacional do Trabalho pelo Congresso Nacional, cabe ao Presidente da República comunicar sua ratificação ao Diretor-Geral do BIT, "que encaminhará ao Secretário-Geral da ONU para fins de registro nos termos do art. 102 da Carta das Nações Unidas (Constituição da OIT, arts. 19, 5, d e 20)". Em 05.01.1995 o Brasil comunicou ao Diretor-Geral do BIT a ratificação da Convenção nº 158. Mas somente quinze meses após esse comunicado o Presidente da República promulgou a ratificação da Convenção nº 158 da OIT através do Decreto nº 1.855 de 1996, publicado no DOU em 11.04.1996[69].

No âmbito internacional o Brasil se obrigou relativamente à Convenção nº 158 da OIT doze meses após o registro da ratificação (art. 16, 3, da Convenção 158). Quanto à vigência na ordem interna, no entanto, "somente o decreto de promulgação configura ato formal final do procedimento de ratificação no direito brasileiro"[70].

Os tratados que versam sobre direitos humanos e foram internalizados no Brasil anteriormente aos critérios da EC 45/2004 merecem uma análise mais detida. Naturalmente, pelo sistema adotado em nosso país, "os tratados já aprovados sobre a matéria não atendem ao requisito de aprovação em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, por maioria qualificada". Nesse impasse poderão surgir duas correntes a respeito do tema. Uma restritiva, impeditiva do reconhecimento de superioridade hierárquica a leis ordinárias. E outra ampliativa, que, por uma interpretação sistemática, possa reconhecer o status de superioridade hierárquica desses tratados internalizados. Prevalecendo uma interpretação restritiva, qualquer questão relacionada a esses tratados "permanecerá sujeito à controvérsia quanto ao art. 5º, § 2º, da CF/1988 e a EC 45/2004 não terá efeito sensível sobre a aplicação dos tratados já promulgados"[71].

67 BATISTA, Vanessa Oliveira. A integração dos tratados internacionais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. V. 80. jan. de 1995. p. 138-139.

68 NOBREGA FILHO, Carlos Antônio. Um novo diálogo entre o direito internacional e o direito do trabalho brasileiro: o status jurídico de supralegalidade das convenções da OIT. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. Ano 10, nº 38. Abr.- Jun. 2011. (p. 162-181). p. 178.

69 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e eficácia da Convenção nº 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho e seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). p. 1154-1155.

70 Ibidem, p. 1155.

71 LUPI, André Lipp Pinto Basto. A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC

Para que esses tratados internalizados recebam tratamento de superioridade às leis ordinárias, necessário se torna "lançar mão de uma interpretação sistemática". Para tanto, deve ser considerado o art. 5º, § 2º, da CF/88, depreendendo-se "os postulados da indivisibilidade e da irretroatividade dos direitos humanos"[72]. Ainda torna-se necessário aplicar o princípio que deve reger a República Federativa do Brasil, fixado no art. 4º, II, de prevalência dos direitos humanos. Somente assim a revogação material dos tratados já vigentes pode dar-se em nível hierárquico superior às leis ordinárias.

Nesse tópico procurou-se explicar como as Convenções da OIT, que têm natureza jurídica de tratados multilaterais, são internalizadas em nosso país e as fases que devem ser obedecidas.

E também, uma vez incorporadas, qual a hierarquia dessas Convenções em nosso ordenamento jurídico.

7 A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E OS QUESTIONAMENTOS SOBRE A REGULARIDADE DO DECRETO Nº 2.100/1996 – A ADIN Nº 1.625-3, DE 2009

Um tratado de direito internacional deixa de ser exigível quando ocorre a denúncia. Essa regra também se aplica às Convenções da OIT.

A Convenção nº 158 da OIT foi denunciada, mas existe uma discussão judicial no Supremo Tribunal Federal a respeito de sua regularidade.

O debate trava-se em torno da ausência de manifestação do Congresso Nacional, da não-observância do prazo de dez anos e da inexistência de consultas efetivas às entidades sindicais, como determina a Convenção nº 144 da OIT.

A matéria está *sub judice* perante o Supremo Tribunal Federal.

O Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, tornou público que deixou de vigorar, para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção nº 158 da OIT, "visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996"[73].

O STF havia concedido "em parte" medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade contra a internalização da Convenção 158 da OIT no Brasil. Mas a ADIn 1.480-3, a respeito, "acabou sendo arquivada, por se entender que houve perda de objeto com a posterior denúncia da Convenção 158 da OIT"[74].

Essa decisão de arquivamento, proferida em 26.06.2001 pelo Ministro Celso de Mello, não mereceu a interposição de qualquer recurso dentro do prazo, ocorrendo a baixa ao arquivo do STF em 21.08.2001.

Há uma dúvida, judicialmente levantada, sobre a regularidade da denúncia da Convenção nº 158 da OIT. O instrumento teria sido

45/2004. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). (p. 1011-1028). p. 1026.

72 Idem.

73 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 601-602.

74 Ibidem, p. 605.

denunciado irregularmente, por ato unilateral do Poder Executivo, sem manifestação do Congresso Nacional, o que violaria "o princípio da coparticipação dos Poderes Executivo e Legislativo na denúncia dos tratados", pois cabe ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados (art. 49, I, da CF/88)[75].

Uma outra irregularidade seria a inobservância do prazo de dez anos para a apresentação da denúncia, "contados da data inicial da vigência da convenção" (art. 16 da Convenção nº 158)[76].

Consoante essa orientação doutrinária, seria nulo o ato da denúncia, podendo-se considerar vigente a Convenção. Desse modo, integraria o ordenamento pátrio com força normativa constitucional,

> assumindo o papel da norma regulamentadora da proteção contra as despedidas arbitrárias e estabelecendo critérios para a dispensa sem justa causa prevista no inciso I do artigo 7º, constitucional.[77]

Haveria, ainda, a possibilidade de conferir *status* de emenda constitucional (§ 3º do art. 5º CF/88) à referida Convenção, "por tratar de um direito humano fundamental", considerando-se, também, que o Brasil, "em suas relações internacionais rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da CF/88)"[78].

Tramita perante o Supremo Tribunal Federal a ADIn 1.625-3, questionando o ato da denúncia da Convenção nº 158 da OIT pelo Brasil. Conforme certidão de 29.03.2006 do STF:

> Após os votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa (Relator) e Carlos Britto, que julgavam procedente, em parte, a ação para, emprestando ao Decreto Federal 2.100, de 20 de dezembro de 1966, interpretação conforme o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia, e do voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que julgava improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.[79]

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, esclarece "não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional"[80].

Considerando o fato de "a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional, o Ministro apresenta, na conclusão, dois alertas importantes. O primeiro deles no seguinte sentido:

75 HENRIQUE, Virgínia Leite. Dispensa arbitrária ou sem justa causa (verbete). In SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). **Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 377.

76 MARTINS, Sergio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 630 e 701.

77 HENRIQUE, Virgínia Leite. Op. cit., p. 378.

78 Idem.

79 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 607.

80 GOMES, Eduardo Biachhi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Convenção 158 da OIT e os instrumentos jurídicos de conciliação do direito internacional. In GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Coord.). **Conciliação**: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2012. (p. 861-873). p. 870.

> a declaração de inconstitucionalidade somente terá o efeito de tornar o ato de denúncia não obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como consequência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT no Brasil continua em vigor. Caso o Presidente da República deseje que a denúncia produza efeitos também internamente, terá de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional.[81]

O segundo alerta, não menos importante, direcionou-se a compreender que:

> a declaração de inconstitucionalidade somente atinge o decreto que deu a conhecer a denúncia. Nada impede que o Presidente da República ratifique novamente a Convenção 158 da OIT. A impossibilidade de ratificação de tratados é concreta, já tendo, inclusive, acontecido no Brasil com a Convenção 81, da OIT (...).[82]

Pode-se tratar, em tese, da denominada inconstitucionalidade por "ratificação imperfeita". Isso significaria a hipótese do tratado aprovado violar as regras constitucionais "de competência e de procedimento para sua celebração, aprovação parlamentar, ratificação, promulgação e entrada em vigor". Ocorreria aquilo que seria possível chamar de "denúncia imperfeita, por não obedecer às regras mencionadas"[83].

A ADIn nº 1.625, proposta contra o Decreto nº 2.100/96, que denunciou a Convenção nº 158, questiona a falta de assentimento prévio do Congresso Nacional, argumentando que a Constituição de 1988 determina que toda e qualquer denúncia do governo brasileiro, relativamente a tratados internacionais, "seja devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, sem o que estar-se-á violando o art. 49, inciso I"[84].

Segundo uma linha doutrinária, "a denúncia de tratados pelo Poder Executivo, sem autorização do Poder Legislativo, viola o texto constitucional em seus princípios". Dessa maneira, "se o Presidente da República necessita da aprovação do Congresso para ratificar o tratado, dela também necessita para denunciá-lo"[85].

Nesse sentido, também Valério de Oliveira Mazzuoli, para quem a participação do Parlamento no procedimento de denúncia "faz com que se respeite o paralelismo que deve existir entre os atos jurídicos de assunção dos compromissos internacionais com aqueles relativos à sua extinção"[86].

Segundo parte da doutrina, a prática da norma internacional ser denunciada somente por ato do Presidente da República considera-se admissível, uma vez que a sustentação da vigência do tratado depende da vontade de

81 Idem.

82 Ibidem, p. 871.

83 Ibidem, p. 871.

84 ZANGRANDO, Carlos. **Curso de direito do trabalho**: tomo I. São Paulo: LTr, 2008. p. 333.

85 Idem.

86 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. SãoPaulo: RT, 2006. p. 147-148.

ambos os poderes de Estado, "o Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, e o Executivo, representado pelo Presidente da República. Passando a inexistir uma dessas vontades, o tratado deixa de vigorar"[87].

Nesse sentido é o posicionamento de José Francisco Rezek, pois o ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado "há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de umas das bases em que se apoiava o consentimento do Estado"[88].

Em sentido oposto a esses autores manifesta-se Rogério Magnus Varela Gonçalves, para quem: "a denúncia deveria ter sido firmada com a consulta ao Congresso Nacional. Esta inobservância macula a forma rescisória firmada pelo Governo brasileiro"[89].

Invoca, ainda, Arnaldo Süssekind o art. 1º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro para afirmar que "a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia da sua ratificação"[90].

Interpretando o que diz a Convenção nº 144 da OIT, ratificada pelo Brasil, Arnaldo Süssekind explica que esse tratado multilateral exige que haja "consultas efetivas" sobre eventuais propostas de denúncia de Convenções ratificadas. Essas propostas de denúncia devem ser feitas a órgão de que participem, em pé de igualdade, "delegados eleitos pelas associações de âmbito nacional que, em face de sistema jurídico interno, sejam as mais representativas dos empregadores e dos trabalhadores"[91].

Se o Estado-Membro, que a ratificou, desrespeitar a Convenção nº 144, "torna a denúncia vulnerável pelo prisma formal, podendo ser objeto de reclamação à OIT, que será apreciada pelo seu Conselho de Administração". As organizações sindicais que reúnam trabalhadores ou empregadores podem ter a iniciativa desse procedimento, sendo ampla a legitimidade para essa finalidade[92].

Uma vez que as Convenções da OIT somente se incorporam à legislação nacional quando aprovadas pelo Congresso Nacional e ratificadas pelo Presidente da República, parece "injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo"[93].

Relativamente à data em que o Estado pode denunciar a convenção ratificada, duas posições antagônicas surgiram. A primeira entende que o decênio se conta da data em que teve início a vigência internacional da Convenção. A segunda considera que o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país. A primeira teoria prevalece no seio da OIT. E a segunda é abraçada por Arnaldo Süssekind[94].

Como ressalta Carlos Zangrando, conforme a Convenção nº 144 da OIT, ratificada pelo Brasil, a simples "denúncia" da Convenção nº 158 "não poderia se operar sem que fosse

87 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Op. cit., p. 608.

88 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 115-116.

89 GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito constitucional do trabalho**: aspectos controversos da automação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 126.

90 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000. p. 238.

91 Ibidem, p. 237.

92 Ibidem, p. 237-238.

93 Ibidem, p. 238.

94 Ibidem, p. 239.

efetivamente discutida, de forma tripartite, entre representantes do governo, trabalhadores e empregadores". E isso, como diz o doutrinador, "não aconteceu"[95].

A Convenção nº 144 da OIT trata das consultas tripartites a respeito das normas internacionais do trabalho. Foi aprovada na 61ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no dia 21 de junho de 1976 e passou a ter vigência internacional em 16 de maio de 1978. No Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 01.06.89, com ratificação em 27.09.94. A vigência nacional se deu a partir de 27 de setembro de 1995. Nessa norma internacional garantiu-se o compromisso, de todo Membro que ratifique a Convenção, de pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas "entre os representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da OIT a que se refere o artigo 5, parágrafo 1" (artigo 2, § 1). No artigo 5, 1, 'e', menciona-se que "o objetivo dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre (...) as propostas de denúncia de convenções ratificadas"[96].

Essa convenção nº 144, de 1976, ampliou consideravelmente "o campo de atuação do tripartismo da OIT"[97]. Portanto, mais uma razão para que a denúncia não possa surtir efeitos.

Nesse importante item que trata da denúncia da Convenção nº 158 da OIT, o objetivo pretendido voltou-se a expor como a matéria vem sendo debatida judicialmente no Brasil e as suas possíveis consequências.

8 UM ESTUDO PARA VIABILIZAR A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 7º, I, DA CF/88 – A PROPOSTA ROLAND HASSON

Poderá ocorrer a hipótese de a Convenção nº 158 da OIT ser viabilizada juridicamente no Brasil por uma série de fatores imponderáveis: decisão do STF sobre a regularidade ou não da denúncia, eventual comportamento do Congresso Nacional, possibilidade de nova discussão no STF, entendimento pela não autoaplicabilidade, entre outras razões.

Por isso é importante estudar, discutir e apresentar sugestões para uma regulamentação efetiva do inciso I do artigo 7º da Constituição Brasileira.

Para esse debate, apresenta-se uma análise a respeito, tendo por foco a importância de regular-se o tema da "dispensa arbitrária ou sem justa causa".

Os seres humanos aspiram a uma certa estabilidade em suas vidas. O trabalho é parte essencial desse desejo. Portanto, manter-se o trabalho como fonte de subsistência significa conceder a dignidade necessária àquele que mantém a si próprio e, também, à sua família[98].

Quando se pensam as grandes questões de Direito do Trabalho, normalmente se deixa de lado o foco mais importante: o que interessa ao trabalhador não é apenas ter um emprego, ainda que provisório, precário, mas, ao contrário, continuar suas atividades, não só

95 ZANGRANDO, Carlos. Op. cit., p. 333.

96 MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 404-408.

97 SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. cit., p. 151.

98 GUNTHER, Luiz Eduardo. Apresentação. In HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 7.

para a manutenção das necessidades imediatas, do seu sustento, mas para ser alguém, merecer respeito, ser considerado útil a si mesmo e aos seus semelhantes.

O sistema de dispensa sem justa causa, ou demissão sem motivo, contribui para a precariedade das relações de trabalho. A Declaração de Filadélfia, hoje incorporada ao texto constitucional da OIT (o qual o Brasil se obrigou a cumprir, sendo Estado-Membro), já afirmava com todas as letras: "o trabalho não é uma mercadoria". Portanto, na atualidade, não é mais possível tratar o trabalhador como se fosse uma mercadoria, substituindo-o como uma coisa que não possui mais utilidade.

O Brasil tem uma declaração principiológica no inciso I do art. 7º de seu texto constitucional. O desafio é a regulamentação do que seja dispensa arbitrária e as suas consequências[99].

A Convenção 158 da OIT estabelece:

> Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 4º).[100]

Embora esse tratado de Direito do Trabalho tenha sido internalizado ao ordenamento jurídico do Brasil, o E. Supremo Tribunal Federal rejeitou sua aplicabilidade porque, em face da Constituição (art. 7º, I) a matéria só poderia ser tratada através de Lei Complementar[101].

Parece certo que o legislador constituinte, ao proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, "visou assegurar um dos direitos fundamentais dentro da perspectiva dos próprios objetivos da República, planificados, antes de tudo, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária"[102]. Desse modo, considera-se "intolerável que a dissolução do pacto laboral fique sujeita ao arbítrio patronal ou que seja pacificamente aceita como inerente ao domínio empresarial"[103].

Como explica a Magistrada e Professora Marlene T. Fuverki Suguimatsu, ocorreram tentativas de atribuir efetividade ao art. 7º, I, da CF/88, através de alguns projetos de leis - complementares e ordinárias - "assim como na doutrina e jurisprudência e até mesmo pela desastrada tentativa de ratificação da Convenção 158 da OIT". Lembra, no seu texto, que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido que "a eficácia do dispositivo não ficou condicionada à edição de Lei Complementar" (ADI (MC) 1.721-DF, Relator Min. Ilmar Galvão), acabou por concluir que "a solução para a hipótese de despedida injusta já se encontra no art. 10 do ADCT, que aumentou a multa do FGTS, antes de 10%, para 40%". Rebela-se, no entanto, com essa conclusão, por não haver se considerado "o fim maior da proteção,

99 Ibidem, p. 8.

100 MARTINS, Sergio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 696.

101 GUNTHER, Luiz Eduardo. Op. cit., p. 8.

102 LIMA NETO, Arnor. A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador brasileiro no contexto dos direito fundamentais e sua efetividade. In HASSON, Roland. **Direito dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003. (p. 41-59). p. 58.

103 Idem.

que é a garantia de permanência no emprego, como derivação do direito fundamental à vida e ao trabalho"[104].

Uma tentativa importante de regulamentar o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, registrou-se na obra do Professor e Advogado Roland Hasson. Pelo artigo 1º ficaria vedada a despedida arbitrária, assim definida como aquela que não resultar de razões de ordem disciplinar, técnica, financeira ou econômica. Pelo artigo 2º, uma vez questionada a demissão do trabalhador perante o Judiciário Trabalhista, seria do empregador o ônus de demonstrar a existência dos motivos que tornam a despedida não arbitrária. No art. 3º estabelece que, se a despedida for considerada arbitrária, caberá a reintegração do trabalhador em todos os seus efeitos, assegurando as mesmas condições de trabalho e pagamento de salários atrasados. No art. 4º garante que, se, além de arbitrária, a despedida for considerada abusiva, o trabalhador receberá também a indenização prevista no art. 10, I, dos ADTC da CF/88. Na sua explicação, diz o Professor que, com texto simples assim, acredita dar-se significativo passo "no ordenamento jurídico brasileiro para assegurar ao trabalho a proteção constitucional já existente", conferindo-se "dignidade ao trabalhador e segurança à nação"[105].

Com sua obra, Roland Hasson pretendeu fazer um trabalho que tivesse utilidade, fosse inteligível e voltado à compreensão de um público amplo. Escolheu para tanto o melhor tema possível: a manutenção do emprego. A tese abraçada, explicada convincentemente no texto, teve apoio incondicional no clássico livro de Mario de la Cueva, para quem essa orientação:

> representa uno de los postulados más belos para el servicio del hombre y para la seguridade de su futuro: la dissolución de las relaciones individuales de trabajo puede únicamente decretarse por el patrono si existe una causa justificada.[106]

Para garantir efetivamente o emprego, ao regulamentar-se o art. 7º, I, da CF/88, o ideal seria conferir a todo trabalhador brasileiro "garantias efetivas contra a despedida arbitrária em prol das semelhantes às que são asseguradas aos membros das CIPAS – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes". Somente seriam admitidas "despedidas não arbitrárias, isto é, aquelas calcadas em razão de ordem disciplinar, técnica, financeira ou econômica"[107].

Nesse último tópico do trabalho considerou-se necessário falar sobre a falta de regulamentação do inciso I, do artigo 7º, da CF/88.

Nesse sentido registrou-se a proposta Roland Hasson, que, de forma clara e profunda, traz uma visão sintética do problema e apresenta uma sugestão para solucioná-lo.

104 SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. Relação de emprego e (de) proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa: o art. 7º, I, da Constituição. In VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (Coord.). **Direito constitucional do trabalho**: vinte anos depois. Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008. (p. 167-179). p. 177.

105 HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 83-85.

106 CUEVA, Mario de la. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. T. I. 6. ed. México: Porrúa, 1988. p. 240-241.

107 HASSON, Roland. Op. cit., p. 82.

9 REFERÊNCIAS

ASSIS, Luís Fabiano de. Direito internacional do trabalho. In SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). **Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

BATISTA, Vanessa Oliveira. A integração dos tratados internacionais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. v. 80. jan. de 1995. p. 138-139.

BAYLOS GRAU, Antonio; PÉRES REY, Joaquín. **A dispensa ou a violência do poder privado**. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009.

BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Tradução de Sieni Campos Traduções. Brasília: ANAMATRA/ALJT, 2011.

BRASIL. Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção nº 158 da OIT relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. DOU de 23.12.96, p. 27860.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo ED-RODC nº 30.900 – 12.2009.5.15.00000. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Rel. Min Mauricio Godinho Delgado, DEJT, 04.09.2009.

CAMILO, Adélia Procópio. Convenções da Organização Internacional do Trabalho. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Cosk (Coord.). **O que há de novo em direito do trabalho**. Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 637-640.

CAMPINAS. **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Proc. 00935.2002.088.15.00-3 – RO 15846/04-PATR). 6ª T. – Rel. Juiz Jorge Luiz Souto Maior. DOESP 07.05.2004.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. La protección contra el despido en el derecho internacional. In OJEDA AVILÉS, Antonio et al. (Coord.). **Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI**. Perú: Ara Editores, 2009.

CARDOSO, Luciane. Direitos humanos dos trabalhadores. In LAGE, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Org.). **O direito do trabalho e o direito internacional, questões relevantes**: homenagem ao professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005. p. 68-74.

CUEVA, Mario de la. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. T. I. 6. ed. México: Porrúa, 1988.

DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho e seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). p. 1101-

1118.

Desemprego em 2013 deve superar os 200 milhões: estimativa oficial da OIT bate o recorde mundial, de 2009. **Folha de São Paulo**. 23.01.2013. p. A13.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Políticas laborales después del neoliberalismo. In OJEDA AVILÉS, Antonio et al. (Coord.). **Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI**. Perú: Ara Editores, 2009.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Crônica de uma morte anunciada**. Tradução de Remy Gorga Filho. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Convenção 158 da OIT e os instrumentos jurídicos de conciliação do direito internacional. In GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Coord.). **Conciliação**: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2012. p. 861-873.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito constitucional do trabalho**: aspectos controversos da automação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Apresentação. In HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 7.

HASSON, Roland. **Desemprego e desproteção**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 83-85.

HENRIQUE, Virgínia Leite. Dispensa arbitrária ou sem justa causa (verbete). In SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). **Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 377.

HERNANDEZ ÁLVAREZ, Óscar. La protección del empleo en situaciones de crisis: características generales propias de um sistema de protección al empleo. In PASGO COSMÓPOLIS, Mario (Coord.). **Actualidad del derecho del trabajo**. Perú: De Jure Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2009. p. 87-106.

LEONARDI, Leonardo. **Resumos de normas internacionais de trabalho**. Tradução de Fernando M. Maurício de Carvalho. Lisboa: Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Interssindical Nacional/Artes Gráficas Ltda., 1992.

LIMA NETO, Arnor. A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador brasileiro no contexto dos direito fundamentais e sua efetividade. In HASSON, Roland. **Direito dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 41-59.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC 45/2004. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). p. 1011-1028.

MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva e negociação coletiva: novas diretrizes. In AZEVEDO, André Jobim de; VILLATORE, Marco Antônio (Coord.). **Direito do trabalho**. XIV Jornada Luso-Hispano-Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010. p. 23-48.

MARTINS, Sergio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. SãoPaulo: RT, 2006.

MONTT BALMACEDA, Manuel. **Princípios de derecho internacional del trabajo de la OIT**. 2. ed. actual. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

NOBREGA FILHO, Carlos Antônio. Um novo diálogo entre o direito internacional e o direito do trabalho brasileiro: o status jurídico de supralegalidade das convenções da OIT. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. Ano 10, nº 38. Abr.- Jun. 2011. p. 162-181.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentário às súmulas do TST**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRETTI, Gleibe. **Direito internacional do trabalho e convenções da OIT ratificadas pelo Brasil**. São Paulo: Ícone, 2009.

Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Coordenadores Cláudio José Montesso, Maria de Fátima Coêlho Borges Stern, Leonardo Ely. São Paulo: LTr, 2008. p. 35.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Motivos, procedimentos e efeitos da dispensa individual na Convenção nº 158 da OIT e no direito francês e alemão. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). p. 1063-1079.

SERVAIS, Jean-Michel. **Elementos de direito internacional e comparado do trabalho**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Prefácio e revisão técnica Estêvão Mallet. São Paulo: LTr, 2001.

SEVERO, Valdete Souto. Dispensa coletiva (Verbete). In SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). **Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 385.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Validade e eficácia da Convenção nº 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho e seguridade social**: direito do

trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). p. 1145-1164.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. Relação de emprego e (de) proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa: o art. 7º, I, da Constituição. In VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (Coord.). **Direito constitucional do trabalho**: vinte anos depois. Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008. p. 167-179.

VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção 158 da OIT. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). **Direito do trabalho e seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). p. 1119-1133.

VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. Tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad. In OJEDA AVILÉS, Antonio et al (Coord.). **Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI**. Perú: Ara Editores, 2009. p. 59-92.

ZANGRANDO, Carlos. **Curso de direito do trabalho**: tomo I. São Paulo: LTr, 2008.

A RELEVÂNCIA DA CONVENÇÃO Nº. 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO PARA COIBIR DISPENSAS EM MASSA[1]

Susan Emily Iancoski Soeiro

Marco Antônio Cesar Villatore

Resumo: o presente estudo trata das dispensas arbitrárias coletivas, as quais propiciam os efeitos danosos do desemprego para os trabalhadores envolvidos e para toda a sociedade. Aborda também a importância das normas da Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho para impedir as dispensas em massa, diante dos requisitos exigidos para o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador sem justa causa, bem como para ensejar a participação prévia do sindicado dos trabalhadores. Além disso, o artigo analisa a compatibilidade da Convenção nº. 158 da OIT com a Constituição de 1988, na promoção da dignidade da pessoa do trabalhador.

Palavras-chave: Convenção nº. 158 da OIT. Dispensa em massa. Dispensa arbitrária ou injustificada.

Abstract: The present study deals with the collective arbitrary layoffs, which provide the damaging effects of unemployment for workers involved and for society. It also discusses the importance of standards of Convention nº. 158 of the ILO to prevent mass layoffs, before the requirements for termination of an employment relationship by the employer without cause, and to give rise to prior participation syndicated workers. Furthermore, the article analyzes the compatibility of Convention nº. 158 of the ILO with the Constitution of 1988, in the promotion of human dignity of the worker.

Keywords: Convention nº. 158 of the ILO. Mass layoff. Arbitrary or unjustifiable waiver.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Casos de dispensas em massa; 2. Imprescindibilidade da participação do sindicato dos trabalhadores nas dispensas em massa; 3. A proteção do trabalho garantida pela Convenção nº. 158 da

Susan Emily Iancoski Soeiro

Advogada. Mestre em Direito pela PUCPR, linha Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável.

Marco Antônio Cesar Villatore

Pós-Doutor em Direito Econômico pela Universidade de Roma II, “Tor Vergata”, Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”/UFSC e Mestre pela PUC/SP. Professor Adjunto II da UFSC e do Grupo Educacional UNINTER. Professor Titular do Curso de Mestrado e do Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

OIT; 4. Algumas questões em prol da adoção da Convenção nº. 158 da OIT para evitar a dispensa sem justa causa em massa. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos do art. 7º., inciso I, da Constituição de 1988, é relativizada, em razão da possibilidade do empregador de promover a dispensa de forma arbitrária ou sem qualquer justificativa.

Neste prisma, em seu dia a dia, a organização da vida pessoal e familiar do trabalhador ocorre sob total insegurança em razão da constante ameaça de perda do emprego de forma desmotivada, ao crivo e escolha apenas do empregador.

A extinção em massa das relações de trabalho apresenta consequências severas não apenas aos trabalhadores envolvidos, mas a toda a sociedade, com o desemprego e alto índice de rotatividade nas empresas.

Assim, o presente estudo aborda as dispensas coletivas, que são caracterizadas por impactos comunitários de ordem social, econômica e familiar. Ainda, promove a análise das disposições da Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho e da adequação destas com a Constituição de 1988.

1. CASOS DE DISPENSAS EM MASSA

Durante o ano de 2012, entidades sindicais pelo país informaram a ocorrência de diversas dispensas sem justa causa procedidas pelo banco Santander no Brasil.

Consoante estudo promovido pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE, "a análise do conteúdo dos documentos revela alarmantes dados de redução de empregos e um elevado índice de demissões" observado em dezembro de 2012.[1]

O estudo demonstrou que em dezembro de 2012 houve comportamento anômalo, com aumento do número de despedidas, em comparação com o mês imediatamente anterior e em relação à média mensal de desligamentos apurados entre janeiro e novembro de 2012.

Assim, quanto às dispensas sem justa causa, revelou um crescimento de 350,4% em dezembro de 2012, considerado o mês imediatamente anterior. Ao se comparar com a média verificada entre janeiro e novembro de 2012, o crescimento no quantitativo desta modalidade de dispensa em dezembro foi de 533,5%.

Além disso, o mesmo estudo do DIEESE, relatou que a taxa de rotatividade de todo o setor bancário no período de janeiro a novembro de 2012 atingiu 7,6%, ao passo que no banco Santander no Brasil, no mesmo período, atingiu 11%. A taxa de rotatividade no banco Santander foi superior à média do setor bancário.

Outro exemplo de dispensa em massa constitui o caso da Embraer. Apesar da dispensa sem justa causa de 4.273 trabalhadores em fevereiro de 2009, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a Embraer não agiu

1 DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Emprego Santander 2012 – síntese das movimentações**. Disponível em: <http://www.bancariosdf.com.br/site/images/stories/imagens_2013/estudoSantander.PDF> Acesso em 25 outubro de 2015.

de forma abusiva e manteve as extinções contratuais (**RODC 309/2009-000-15-00.4).**

Em 2008, uma fábrica de extrato de tomates localizada em Araçatuba, São Paulo, realizou a dispensa de 380 dos seus 450 trabalhadores, diante da automação da linha de produção.[2]

Estes casos já demonstram a importância de proceder maiores debates acerca da Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho.

2. IMPRESCINDIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS DISPENSAS EM MASSA

Em razão da crise econômica de 2008 iniciada nos Estados Unidos, as empresas enfrentaram dificuldades que culminaram dispensas coletivas também no Brasil.

Nas dispensas em massa por motivos econômicos ou financeiros, o ideal seria que o sindicato dos trabalhadores fosse sempre informado previamente acerca das causas justificadoras das medidas e do número de trabalhadores envolvidos.

O empregador deveria, o mais breve possível, apresentar informações aos representantes dos trabalhadores interessados, no intuito de oportunizar a adoção das medidas que possam reduzir os impactos das dispensas e também para propiciar a defesa e melhor assistência sindical aos obreiros.

Nesse aspecto, Luiz Eduardo Gunther expõe relevante caso relativo a dispensas em massa, proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região.[3]

O Tribunal Superior do Trabalho, ao apreciar o recurso ordinário em dissídio coletivo, oriundo do Tribunal de Campinas (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região), autos TST RODC 309/2009-000-15-44.4, retratou o entendimento majoritário ao invocar a aplicação das Convenções nº. 11, nº. 87, nº. 98, nº. 135, nº. 141 e nº. 151, todas da Organização Internacional do Trabalho.

A decisão elucida que os citados diplomas internacionais não possibilitam dispensas trabalhistas coletivas pelas empresas de forma meramente unilateral e potestativa, por abordar direito coletivo e não apenas individual, o que enseja a participação do respectivo sindicato profissional obreiro.

Fundamenta-se na observância à dignidade da pessoa humana (art. 1º., III, da), na valorização do trabalho e emprego (arts. 1º., IV, 6º. e 170, III), na subordinação da propriedade à função socioambiental (arts. 5º., XXIII e 170, III) e na intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º., III e IV), todos previstos na Constituição de 1988.

A decisão analisada distingue as dispensas individuais das dispensas massivas ou coletivas, pois estas apresentam impactos comunitários de ordem social, econômica e familiar.

O julgado concluiu pela invalidade da dispensa coletiva enquanto não negociada com a participação do sindicato dos trabalhadores,

2 AROUCA, José Carlos. A Convenção nº. 158 e as dispensas coletivas. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**. Porto Alegre, v. 19, n. 227, maio 2008, p. 45.

3 GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 89-90.

de modo espontâneo ou em processo judicial coletivo.

Inusitadamente, a decisão não foi aplicada de forma imediata ao caso concreto discutido, porém, determinou que para os casos futuros é que a negociação passaria a ser necessária nas dispensas em massa dos trabalhadores.

Não obstante, valoriza a negociação coletiva como imprescindível à solução do conflito coletivo oriundo das dispensas em massa dos trabalhadores, além de elevar as Convenções da Organização Internacional do Trabalho à condição de fundamentais instrumentos para o desfecho de conflitos trabalhistas.[4]

Entretanto, conforme adiante exposto, a Convenção nº. 158, acaso fosse adotada, apresentaria condições mais adequadas à dignidade da pessoa do trabalhador ao estipular medidas que proporcionam maior participação prévia do sindicato dos obreiros.

3. A PROTEÇÃO AO TRABALHO GARANTIDA PELA CONVENÇÃO Nº. 158 DA OIT

A Convenção nº. 158, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1982, foi num primeiro momento ratificada pelo Brasil em 05 de janeiro de 1995, porém, posteriormente foi denunciada, na data de 20 de novembro de 1996.

Referido diploma internacional trata do término da relação de trabalho sem justa causa por iniciativa do empregador.

Consoante exposto nas considerações iniciais da Convenção nº. 158, esta foi adotada em observação às relevantes dificuldades que surgem diante de problemas econômicos e das alterações tecnológicas acontecidas no decorrer dos últimos anos em inúmeras nações.[5]

Em seu art. 2º., referida Convenção estabelece sua aplicação a todas as pessoas empregadas em todos os setores da atividade econômica.

Todavia, ressalva que os estados membros podem excluir do âmbito de aplicação certas categorias de pessoas empregadas, quais sejam: a) as que possuem contrato de trabalho de duração determinada ou que foram contratadas para realizar uma determinada tarefa; b) as que se encontram sujeitas a um período de experiência ou que não possuem o tempo de serviço exigido ou quando a duração do contrato houver sido previamente fixada de forma razoável; bem como c) as contratadas em caráter ocasional por um período de curta duração.

Os países membros devem estipular garantias adequadas contra a utilização de contratos de trabalho de duração determinada com o propósito de afastar a proteção prevista no referido diploma internacional, conforme exposto no art. 2º., parágrafo 3º.

A Convenção nº. 158 dispõe que, quanto à aplicação de normas previstas em seu texto, mediante a anterior consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas

4 GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 90.

5 OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº. 158**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador > Acesso em 25 outubro de 2015.

o Estado membro pode adotar medidas que as excluam em relação a certas categorias de pessoas empregadas, quando necessário, em razão das condições de emprego se encontrarem já disciplinadas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista na norma internacional (art. 2º., parágrafo 4º.).

Ademais, podem ser excluídas da aplicação das normas do diploma internacional, também por intermédio de prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, outras categorias limitadas de pessoas empregadas que apresentem problemas especiais que assumam certa relevância, em vista das condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou a natureza da empresa que os emprega (art. 2º., parágrafo 4º.).

Tais categorias excluídas na forma designada pela Convenção, devem ser enumeradas no primeiro relatório sobre a aplicação de suas normas a ser apresentado por todo Estado membro o qual ratificar a Convenção, com a exposição dos motivos para a adoção das medidas excludentes e, ainda, deverá expor nos relatórios seguintes, a situação da sua legislação e prática quanto às categorias excluídas e a proporção em que é aplicada ou tenciona aplicar a Convenção a essas categorias (art. 2º., parágrafo 6º.).

A Convenção n. 158 estabelece a necessidade de justificação para o término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Para tanto, expõe que as expressões "término" e "término da relação de trabalho" significam término da relação de trabalho por iniciativa do empregador (art. 3º.).

Segundo disposto em seu art. 4º., apenas ocorrerá o fim da relação de trabalho diante de uma causa justificadora relacionada com a capacidade ou com o comportamento do trabalhador ou, ainda, com sucedâneo nas necessidades de funcionamento da empresa.

A própria Convenção explica quais são os motivos que não podem ser considerados causas justificadoras para o término da relação de trabalho, em seu art. 5º.:

> a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
> 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, ascendência nacional ou a origem social;
> e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Ademais, acrescenta que eventual ausência ao trabalho em razão de moléstia ou lesão não configura motivo que justifique o término do contrato de trabalho (art. 6º.).

Para a caracterização dos motivos que constituem causas justificadoras, relacionados ao comportamento ou desempenho do trabalhador, é necessária a concessão de prévia possibilidade de defesa, "a menos que tal não seja

possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade" (art. 7º.).

Assim, a Convenção estabelece procedimentos que devem ser previamente adotados ao término da relação de trabalho.

Além disso, garante a possibilidade de insurgência contra o término, ao dispor que o trabalhador possui o direito de recorrer perante um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro, como organismos neutros (art. 8º.).

De acordo com a Convenção em comento, o órgão julgador detém competência para analisar os motivos alegados como causas justificadoras, bem como quaisquer outras circunstâncias relativas ao caso, com o pronunciamento sobre a existência ou não de justificação para o término do contrato de trabalho (art. 9º.).

A Convenção inclusive aborda questões relacionadas à repartição do ônus da prova, com o objetivo que o trabalhador não seja obrigado a assumir o peso probatório do término injustificado.

Nesse diapasão, estatui que cabe ao empregador o ônus de comprovar a existência da causa justificadora para o término da relação de trabalho, sendo que o órgão julgador analisará as provas apresentadas por ambas as partes, de acordo com os procedimentos estabelecidos pela legislação e as práticas nacionais (art. 9º., parágrafo 2º.).

Quando sustentada como causa justificadora para o término motivos relacionados às necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, a Convenção habilita o órgão julgador a averiguar se de fato estes constituem os fundamentos para o término, bem como a decidir se os motivos invocados pelo empregador são suficientes para justificar o término.

Acaso o órgão julgador conclua pela ausência de causa justificadora para o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e se, a legislação ou práticas nacionais não o habilitarem ou não considerarem possível a anulação do término com eventual readmissão do trabalhador, o órgão julgador possuirá a faculdade de determinar o pagamento de indenização ou outra reparação adequada (art. 10).

Acaso considerada o término da relação de trabalho como injustificada ou arbitrária e, não sendo aconselhável ou possível a sua reintegração, a norma internacional impõe o pagamento de indenização ou outra reparação apropriada.

A natural solução conferida pela Convenção, verificada a despedida injustificada ou arbitrária, constitui a reintegração do trabalhador, como uma sanção reconstitutiva, isto é, na anulação do ato do empregador que não se fundamente, de modo comprovado, em algum dos motivos elencados no art. 4º.[6]

A Convenção nº. 158 da OIT também garante a concessão de aviso prévio por período razoável ou uma indenização, desde que o empregado não seja considerado culpado por uma grave falta a qual, por sua natureza, dificulte ou não recomende a continuidade da relação durante o prazo do aviso (art. 11).

Nos termos da Convenção, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido

6 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 142.

terminada por iniciativa do empregador possui direito (art. 12):

> a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do montante do salário, pagáveis diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregadores; ou
> b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou
> c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

Na ocorrência de término da relação de trabalho por falta grave, a Convenção dispõe que pode ser prevista a perda do direito a desfrutar das referidas indenizações ou benefícios (art. 12, item 3º.).

Quanto ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador em decorrência de motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, a Convenção estatui que o empregador deve propiciar a pertinente informação aos representantes dos trabalhadores, contendo os motivos das despedidas previstas, a quantidade e as categorias dos trabalhadores que possam ser atingidos, bem como o período no qual ocorrerão os términos das relações de trabalho (art. 13, parágrafo 1º., "a").

O empregador deverá apresentar, o mais breve possível, aos representantes dos trabalhadores interessados, consoante a legislação e a prática nacionais oportunidade para que sejam procedidas consultas a respeito das medidas a serem adotadas com o objetivo de impedir ou limitar os términos e, ainda, das medidas para reduzir os resultados contrários dos términos para os trabalhadores envolvidos, como, por exemplo, quanto à procura de novos empregos (art. 13, parágrafo 1º., "b").

Nesse aspecto, a norma internacional em comento expõe que a expressão "representantes dos trabalhadores interessados" aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou as práticas nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os representantes dos trabalhadores, de 1971 (art. 13, parágrafo 3º.).

Segundo a Convenção, tais obrigações impostas aos empregadores podem ser limitadas nos termos propostos pelo referido diploma internacional, em relação aos casos nos quais a quantidade de trabalhados cujos contratos de trabalho detiverem previsão para o término, for ao menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total de trabalhadores (art. 13, parágrafo 2º.).

Quanto ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador em decorrência de motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, a Convenção dispõe acerca da notificação à autoridade competente.

Nessas hipóteses de término da relação de trabalho, o empregador deve, o mais breve possível, notificar a autoridade competente por escrito, além da informação a ser transmitida aos represented dos trabalhadores, com a apresentação dos motivos dos términos prenunciados, a quantidade e as categorias dos trabalhadores que possam ser atingidos e, ainda, o período no qual ocorrerão os términos

das relações de trabalho (art. 14, parágrafo 1º.).

A notificação precisa ser efetuada com um prazo mínimo de antecedência da data em que serão procedidos os términos, nos termos da legislação nacional (art. 14, parágrafo 3º.).

A Convenção estabelece a possibilidade da legislação nacional limitar a aplicabilidade da imposição de notificação, nos termos propostos pela citada norma internacional, em relação aos casos nos quais a quantidade de trabalhados cujos contratos de trabalho detiverem previsão para o término, for ao menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total de trabalhadores (art. 14, parágrafo 2º.).

4. ALGUMAS QUESTÕES EM PROL DA ADOÇÃO DA CONVENÇAO Nº. 158 DA OIT PARA EVITAR A DISPENSA SEM JUSTA CAUSA EM MASSA

A Organização Internacional do Trabalho possui como missão proceder uma política social de cooperação e de desenvolvimento social nos diferentes sistemas jurídicos dos países membros, com o objetivo de melhorar as condições de trabalho por intermédio do estabelecimento de normas protetivas sociais universais, além da promoção do reconhecimento internacional dos direito humanos do trabalhador.[7]

No sistema jurídico trabalhista brasileiro, o empregador possui a prerrogativa de terminar a relação de trabalho sem justa causa do obreiro, sendo desnecessário qualquer justificação, como um direito potestativo do empregador para assim agir.

> Assim, fixado o entendimento dominante quanto à existência de um direito abstrato do empregador à despedida arbitrária ou sem justa causa mediante o pagamento de indenização tarifada, tal prerrogativa é compreendida como um direito potestativo, de natureza receptícia.[8]

A Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho representa um novo paradigma, apto a inibir dispensas em massa, justamente por alterar a premissa da ausência de justificativa nesta modalidade de extinção contratual e exigir que sejam expostos os motivos para a dispensa.

Como visto, a Convenção condiciona a validade do término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador a uma causa justificadora, que pode se fundamentar apenas na capacidade ou no comportamento do trabalhador ou nas necessidades empresariais, sendo que este configura o seu ponto central.

Para tanto, assegura ao trabalhador o direito de defesa prévia perante o empregador, passível de recurso a órgão neutro, com a possibilidade do motivo ensejador do término ser afastado. Referido diploma internacional se adequa a Constituição de 1988, por observar as garantias disciplinadas no art. 5º., LV e XXXV, bem como o disposto no art. 114, *caput*, da Carta Magna.

Ademais, acaso invocados pelo

7 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. ***Revista LTr***. São Paulo, vol. 71, nº. 5, p. 604-615, mai. 2007, p. 605.

8 WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004, p. 332.

empregador os motivos objetivos referentes às dificuldades empresariais de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga, devem ser adotadas medidas prévias pelo empregador, no intuito de evitar ou limitar a ocorrência do ato unilateral.

Observa-se a relevante preocupação da Convenção nº. 158 em atenuar os resultados do exercício do que seria direito potestativo do empregador.

Isto porque na extinção unilateral do contrato de trabalho pelo empregador é cediço que as consequências não são isonômicas para as partes envolvidas.

Para o empregador o ato resulta em contratempo, ao passo que para o trabalhador o término o subjuga a uma situação de perda de renda, com prejuízos à alimentação e as outras necessidades primordiais.

A Constituição de 1988 estabelece nitidamente a valorização do trabalho. No seu preâmbulo estatui a importância de valores supremos para a construção de uma sociedade fraterna. Ao abordar os princípios fundamentais, no "Título I", inclui entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, além da livre iniciativa (art. 1º.).

No que se refere aos objetivos fundamentais, estabelece a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem discriminação (art. 3º.).

Ademais, a Constituição de 1988 especifica os direitos sociais (arts. 6º. e 7º.), dentre os quais assegura a expressa proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º., inciso I).

Ao abordar a ordem econômica, a Carta Magna, com sucedâneo na valorização social do trabalho e na livre iniciativa, também prima pelo princípio do pleno emprego e da função social da propriedade, para garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170).

Como se não bastasse, ainda afirma ser o primado do trabalho a base da ordem social, sendo que esta possui como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Observa-se que a Carta Magna, embora diante da economia capitalista de mercado, promoveu condições para a garantia do trabalho digno àqueles que não detém os meios de produção, no intuito de conciliar os interesses do capital e do trabalho, das empresas e dos trabalhadores.

É possível, desta forma, afirmar que a Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho e a Constituição de 1988 conduzem ao mesmo sentido, pois se destinam a concretizar a dignidade humana mediante a proteção do trabalho.

A Convenção se preocupa com a instabilidade do presente para construir um amanhã mais estável, ao expor uma solução de consenso ou uma síntese entre o hoje, o ontem e o futuro.[9]

Em análise ao art. 4º. do diploma internacional e ao art. 7º., I, da Carta Magna, conclui-se que ambos os textos pretendem

9 VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região**. Belo Horizonte, vol. 46, nº. 76, p. 235-246, jul./dez. 2007, p. 242.

garantir a proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada, em conformidade com a consagração da principiologia do Direito do Trabalho brasileiro.

Destaca-se que a Convenção, acaso re-ratificada, não constituirá óbice à edição da Lei Complementar prevista no art. 7º., I da Carta Magna. Sob outro ângulo, este comando constitucional não se afigura suficiente para impedir a re-ratificação da Convenção nº. 158.

Portanto, a Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho é compatível com a Constituição de 1988.

A força de trabalho não pode ser vista como uma mera mercadoria, pois tal entendimento pode propiciar a banalização da injustiça nas relações trabalhistas e a dispensa injustificada passa a se apresentar como uma síntese da negação em se reconhecer a dignidade da pessoa humana.[10]

No atual contexto de exercício do direito potestativo do empregador quanto a dispensa arbitrária ou injustificada, é preciso promover a efetividade do princípio constitucional da dignidade, o que pode ocorrer por intermédio da adoção da Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho, a qual constitui um instrumento apto a balizar referido direito potestativo e a assegurar a real proteção ao emprego.

Ressalta-se que as dispensas em massa repercutem em toda a sociedade, além da banalização da dispensa injusta, a qual visualiza a força de trabalho como mera mercadoria passível de descarte a qualquer tempo, o que conduz à alta rotatividade de trabalhadores e demonstra a precariedade das contratações.

> [...] não basta reconhecer e facilitar o acesso ao trabalho como direito fundamental. É preciso também garantir o emprego conquistado contra despedidas arbitrárias e sem justa causa, de modo a reduzir consideravelmente o elevado índice de rotatividade de trabalhadores.[11]

Diante das dispensas em massa já perpetradas por determinadas empresas, configura assunto de grande importância a luta pela vigência da Convenção nº. 158 da OIT no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao proteger a relação de emprego contra a dispensa injustificada, conclui-se que a Convenção pressupõe que o trabalho não é, e não pode ser, meramente considerado como uma mercadoria, pois se trata do meio de desenvolvimento pessoal e social para o alcance de uma vida digna.

Desta forma, a Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho representa um verdadeiro e relevante avanço social, o que urge a defesa pela sua re-ratificação.

Referido diploma internacional não possibilita a ocorrência de dispensas trabalhistas coletivas pelas empresas de forma meramente

10 WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004, p. 344.

11 GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito dos trabalhadores: a Convenção nº. 158 da OIT. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**. Porto Alegre, v. 21, nº. 247, janeiro 2010, p. 52.

unilateral e potestativa.

Ademais, enseja a maior e efetiva participação do sindicato dos trabalhadores ao impor que estes sejam informados previamente acerca das causas justificadoras das medidas e do número de trabalhadores envolvidos, para que possam tomar medidas atenuadora das consequências das dispensas e de defesa dos interesses dos obreiros.

Os requisitos para o término da relação de trabalho sem justa causa elencados na Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho, bem como as medidas prévias impostas às empresas, são verdadeiras limitações ao direito potestativo do empregador quanto à dispensa injustificada, o que, por certo, são capazes de coibir as dispensas em massa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. ***Revista LTr***. São Paulo, vol. 71, nº. 5, p. 604-615, mai. 2007.

AROUCA, José Carlos. A Convenção nº. 158 e as dispensas coletivas. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**. Porto Alegre, v. 19, nº. 227, maio 2008, p. 45-48.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **Rescisão Contratual Trabalhista**: despedida arbitrária individual/coletiva. 2ª. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

CARVALHO, Weliton Sousa. **Despedida arbitrária no texto constitucional de 1988**. Curitiba: Juruá, 1998.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Emprego Santander 2012 – síntese das movimentações**. Disponível em: <http://www.bancariosdf.com.br/site/images/stories/imagens_2013/estudoSantander.PDF> Acesso em 25 outubro de 2015.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito dos trabalhadores: a Convenção nº. 158 da OIT. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**. Porto Alegre, v. 21, nº. 247, janeiro 2010, p. 51-68.

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

KRIEGER, Carolina Cosma. Dispensa do empregado e o princípio justificador no direito do trabalho. In: HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antônio César (Coords.). **Direito do Trabalho**: análise crítica, v. I. Curitiba: Juruá, 2006, p. 213-235.

MAGANO, Octavio Bueno. **Política do trabalho**, v. IV. São Paulo: LTr, 2001.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº. 158**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador> Acesso em 25 outubro de 2015.

SILVA, Antônio Álvares da. **Questões polêmicas de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo:

alguns argumentos em defesa da Convenção nº. 158 da OIT. **Revista Tribunal Regional do Trabalho. 3ª. Região**. Belo Horizonte, vol. 46, nº. 76, p. 235-246, jul./dez. 2007.

VILLATORE, Marco Antônio César; ARAÚJO, Filipe Augusto Barolo L. Aspectos sociais e econômicos envolvendo a convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. *In:* ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. (Coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas.** São Paulo: LTr, 2014, p. 119-127.

_____; OLIVEIRA, Sonia. **A CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO NORMA IMPERATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL E O DEVER DE ADOÇÃO DE SEU CONTEÚDO PELO BRASIL.** No prelo, de obra coletiva, coordenada por Hugo Cavalcanti Melo Filho.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

A POLÊMICA EM TORNO DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E A DÉCIMA SINFONIA DE BEETHOVEN

Igor de Oliveira Zwicker

Resumo: Este texto aborda que, para muito além da Convenção n. 158 da OIT, temos no seio constitucional uma norma social-fundamental, pétrea, de eficácia plena e aplicação imediata, que é o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal e que, no caso de entendimento de possível eficácia social limitada do dispositivo, a mora legislativa, de mais de 25 anos, por equivaler a fragrante afronta à Constituição Federal, deve ser superada pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Convenção 158 da OIT. Proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Direitos sociais fundamentais. Eficácia social plena. Mora legislativa.

Sumário: 1. Prolegômenos. 2. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho e sua denúncia pelo Presidente da República. 4. O artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal e sua eficácia social plena. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

"Será mesmo que o Direito do Trabalho tem que mudar? Talvez tenha que mudar totalmente. Mudar não para ser mais flexível, mas para ser mais rigoroso. Rigoroso para manter o emprego, rigoroso para evitar a saída e mais flexível para facilitar a contratação. O nosso sistema hoje é estranho, porque ele é caro para contratar, caro para manter e barato para despedir."

(Rodolfo Pamplona Filho)



Igor de Oliveira Zwicker

Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia, Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Assessor Jurídico-Administrativo do TRT da 8ª Região. Professor de Direito.

1 – PROLEGÔMENOS

Ludwing van Beethoven nasceu em Bonn, na Alemanha, em 16 de dezembro de 1770 e é um dos maiores nomes entre os compositores da música clássica, talvez o seu maior expoente. "Sua obra revolucionou a música do Século XIX e seus efeitos ecoam até hoje". Na Nona Sinfonia, a última, "Beethoven usou *Ode à Alegria*, do poeta e filósofo alemão Friedrich Schiller, para compor a primeira sinfonia da história com a participação de vozes". *Dizem, porém*, que deixou uma décima sinfonia, inacabada; *fragmentos*.[1]

A intenção deste artigo, por óbvio, não é sustentar a veracidade de uma possível décima sinfonia do gênio ou refutar esta possibilidade. Minha intenção é utilizar da licença poética para, fazendo um paralelo com a polêmica sobre a vigência (ou não) da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho no Brasil (e sua questionável denúncia pelo Presidente da República), reputar tal discussão inacabada e fragmentada, porque avança na legitimidade de uma norma supralegal olvidando que a proteção ao trabalhador pelo "término da relação de trabalho por iniciativa do empregador" já tem respaldo na Constituição Federal, seja na sua promulgação, em 1988, seja nos tempos atuais, passados mais de 25 anos.

2 – POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Reputo importante iniciar o debate introduzindo o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos.

Do ponto de vista material, sustenta Rafael Barretto[2] que os tratados internacionais sobre direitos humanos sempre têm natureza constitucional, diante da abertura material da Constituição Federal (art. 5º, § 2º) e da matéria envolvida, tipicamente constitucional – *direitos humanos*. Sou totalmente favorável a esta tese, diga-se de passagem, inclusive da força constitucional de tais tratados internacionais de direitos humanos.

Do ponto de vista formal, Rafael Barretto[3] enumera, doutrinariamente, as seguintes naturezas possíveis, em relação aos tratados internacionais (e aqui trato de uma maneira geral, sendo ou não tratados internacionais sobre direitos humanos):

1) natureza supraconstitucional: os tratados valeriam mais do que a própria Constituição e, num eventual conflito, prevaleceriam aqueles.

2) natureza constitucional: os tratados equivaleriam às normas constitucionais e um eventual conflito seria considerado uma *colisão de normas constitucionais*, de modo que "os

1 Quanto aos dois trechos entre aspas no primeiro parágrafo do Capítulo 1, "Prolegômenos", extraí de ABRIL COLEÇÕES. *Grandes compositores da música clássica*: Beethoven. São Paulo: Abril, 2009-2010. Vols. 1 e 38.

2 BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 88.

3 BARRETTO, Rafael. *Ob. Cit*., p. 89.

direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos"[4].

3) natureza legal: os tratados valeriam tanto quanto as leis infraconstitucionais, prevalecendo sempre, por óbvio, a Constituição Federal.

4) natureza supralegal: os tratados valeriam menos que a Constituição Federal, subordinando-se à *Lex Mater*, mas estariam acima da legislação infraconstitucional, prevalecendo sobre estas.

Como tenho colocado em diversos artigos científicos de minha autoria, dos quais destaco o que trata da Convenção n. 94 da Organização Internacional do Trabalho[5], o Supremo Tribunal Federal decidiu no antológico julgamento conjunto dos recursos extraordinários n. 349.703/RS e 466.343/SP e dos *habeas corpus* n. 87.585/TO e 92.566/SP (Informativo n. 531 do Supremo Tribunal Federal) o seguinte:

1) se são tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo *quórum qualificado* do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais – terão natureza constitucional.

2) se são tratados internacionais sobre direitos humanos e não foram aprovados pelo *quórum qualificado*, inclusive aqueles já ratificados pelo Brasil no passado, em momento anterior a 31.12.2004, momento em que a Emenda Constitucional n. 45 foi publicada no *Diário Oficial da União*, terão natureza supralegal.

3) se são tratados internacionais que não tratem sobre direitos humanos (os ajustes internacionais perante a Organização Mundial do Comércio, por exemplo), então terão natureza legal.

4) nenhum tratado internacional tem natureza supraconstitucional.

Todas as convenções da Organização Internacional do Trabalho tratam sobre direitos humanos dos trabalhadores e nenhuma delas foi aprovada pelo *quórum qualificado*, de modo que nenhuma tem status constitucional (equivale a emendas constitucionais), mas todas têm natureza supralegal e produzem eficácia paralisante sobre a legislação infraconstitucional interna que lhe seja contrária[6].

4 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 98.

5 ZWICKER, Igor de Oliveira. *A responsabilização objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização frente a Convenção n. 94 da OIT*. Publicado na Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 4, n. 35, nov./dez. 2014, p. 91-112. Publicado também no BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: NDJ, ano 31, n. 3, p. 295-309, mar. 2015, Seção Doutrinas, Pareceres e Atualidades. Publicado ainda na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém, v. 48, n. 95, jul./dez. 2015 (quanto a esta última, *no prelo*).

6 Segundo MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 4, p. 15, a partir de então, toda lei ordinária, para ser válida, deve contar com dupla compatibilidade vertical material, ou seja, deve ser compatível com a Constituição Federal e com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Se a legislação infraconstitucional for antagônica à Constituição Federal ou a um tratado, não conta com

Vejamos a Convenção n. 158.

3 – A CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUA DENÚNCIA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho trata do "término da relação de trabalho por iniciativa do empregador". Foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 22.6.1982) e entrou em vigor no plano internacional em 23.11.1985. A Convenção foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto-Legislativo n. 68/1972 (*DOU* de 17.9.1992).

O Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em 5.1.1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 5.1.1996, na forma de seu artigo 16; em 10.1.1996, o Presidente da República ***decretou*** que a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho deveria "ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém", entrando o Decreto em vigor na data de sua publicação, ocorrida no *DOU* do dia 11.4.1996.

Segundo diz o artigo 4 da Convenção, *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*.

Ainda naquele mesmo ano de 1996, o Governo brasileiro volta atrás e denuncia a ratificação da Convenção, através de nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador-Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra, conforme Ofício n. 397, de 20.11.1996.

Em decreto do mesmo dia (Decreto n. 2.100/1996), publicado no *DOU* de 23.12.1996, o Presidente da República tornou pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção n. 158, aduzindo, naquela oportunidade, que o tratado internacional deixaria de vigorar para o Brasil, a partir de 20.11.1997, "visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20.11.1996".

Lembra-nos Luiz Eduardo Gunther[7], citando Arnaldo Süssekind, no terceiro volume da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, sobre *normas internacionais*, que logo foi proposta a ação direta de inconstitucionalidade n. 1480/DF, com medida liminar deferida em 18.12.1996, no sentido de "suspender a eficácia de todas as possibilidades de sentido do texto legal questionado capazes de lhe atribuir caráter de autoaplicabilidade".

Prossegue o eminente jurista com o registro de que, em razão da denúncia pelo Presidente da República, pouco antes da medida liminar citada acima, por meio do Decreto n. 2.100/1996, foi proposta nova ação direta

eficácia prática, pois a norma superior irradia eficácia paralisante sobre a norma inferior.

7 GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e a uniformização das normas trabalhistas*. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 1, n. 3, dez. 2011, p. 11-78.

de inconstitucionalidade, desta vez contra o Decreto, porque a proposta de denúncia não teria sido submetida ao Congresso Nacional (cf. ADI n. 1625/DF), havendo impossibilidade da denúncia de tratados internacionais de forma unilateral pelo Chefe de Estado, em violação do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, para o qual é da competência *exclusiva* do Congresso Nacional *resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*.

Ainda, argumentou-se que, em conformidade com a Convenção n. 144 da Organização Internacional do Trabalho, sobre *consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho*, adotada em Genebra, em 1976, durante a 61ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Legislativo n. 6/1989 (*DOU* de 5.6.1989), ratificada em 27.9.1994 e promulgada mediando Decreto n. 2.518/1998 (*DOU* de 13.3.1998).

Pelos artigos 1 e 5, 1, "e", da Convenção n. 144 da Organização Internacional do Trabalho, deve existir prévia consulta tripartite, aí incluídas as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, que gozem do direito de liberdade sindical, quando existir proposta, pelo Governo, de denúncia de convenções ratificadas, o que não ocorreu.

Finalmente, como acrescenta Cássio de Mesquita Barros Jr., citado por Jorge Luiz Souto Maior[8], mesmo que considerada a possibilidade de se efetuar a denúncia, tomando-se como parâmetro a vigência da Convenção n. 158 no âmbito internacional, a Convenção só poderia ter sido denunciada até 22.11.1996, consoante artigo 15, 2 e considerando-se o prazo dos doze meses subsequentes ao decênio de vigência no plano internacional, o que também não ocorreu, pois o Decreto n. 2.100/1996 foi publicado em 23.11.1996 e ainda para produzir efeitos a partir de 20.11.1997.

Citando a ação direta de inconstitucionalidade n. 1625/DF, relembra Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale[9] que o relator, ministro Maurício Correia, dando interpretação conforme, considerou imprescindível a intervenção do Poder Legislativo nos casos de denúncia de tratados internacionais, ratificando a competência outorgada ao Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre tratados", o que inclui, necessariamente, a "faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional" e "decidir acerca da sua exclusão". *Em outras palavras*, somente norma de igual hierarquia pode extirpar do ordenamento jurídico um tratado, no caso, *decreto-legislativo* de competência *exclusiva* do Congresso Nacional (vide citado artigo 49 da Constituição Federal).

Na sessão de 3.6.2009, em momento anterior ao pedido de vista da ministra Ellen Gracie, que suspendeu o julgamento da ADI n. 1625/DF, o ministro Joaquim Barbosa votou contrário à revogação do acordo. Para o ministro, o documento deveria voltar a valer até

8 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT*: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é autoaplicável. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5820>. Acesso em: 12 nov. 2015.

9 VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 128.

que o Senado resolvesse o impasse de forma definitiva. "A interação entre o Parlamento e Executivo me parece clara para assinar tratados. É preciso saber se isso também ocorre quando se trata da revogação. A meu ver, isso deve acontecer", afirmou Barbosa. O ministro Carlos Britto, seguindo a linha do relator, ministro Maurício Corrêa, foi parcialmente favorável à ação direta, e defendeu que a denúncia ao tratado deveria ser referendada no Congresso. Nesse meio tempo, o texto continuaria sem validade. Já havia votado, também, o ministro Nelson Jobim, único favorável ao Poder Executivo[10].

O Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou, em outra quarta-feira, coincidentemente, no dia 11.11.2015, o julgamento da ADI n. 1625. Sucessora de Ellen Gracie, já aposentada, a ministra Rosa Weber apresentou voto no sentido de se reconhecer a inconstitucionalidade formal do Decreto n. 2.100/1996, por meio do qual foi dada ciência da denúncia da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. A ministra destacou que o que se discute não é a validade da denúncia em si, mas do Decreto, que implica a revogação de um tratado incorporado ao ordenamento jurídico como lei ordinária.

Seu voto partiu da premissa de que, nos termos da Constituição Federal, leis ordinárias não podem ser revogadas pelo Presidente da República, e o decreto que formaliza a adesão do Brasil a um tratado internacional, aprovado e ratificado pelo Congresso, equivale a lei ordinária. "A derrogação de norma incorporadora de tratado pela vontade exclusiva do Presidente da República, a meu juízo, é incompatível com o equilíbrio necessário à preservação da independência e da harmonia entre os Poderes (artigo 2º da Constituição Federal), bem como com a exigência do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV)", afirmou. "Por isso, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito". Após o voto da ministra Rosa Weber, o ministro Teori Zavascki pediu vista.[11]

Graça Maria Borges de Freitas[12] diz que "a reinclusão da Convenção 158 no ordenamento jurídico brasileiro, cuja validade da revogação unilateral pelo Executivo é objeto de ação que tramita no STF desde 1997, pode gerar a extensão da duração dos contratos de trabalho no Brasil, propiciando novos fatos relativos à casuística da vida dos contratos, que estimulem a reflexão a respeito da matéria com exemplos distintos e, quiçá, mais instigantes".

Na lição de Eduardo Biacchi Gomes e Ronald Silva de Almeida, citados por Luiz Eduardo Gunther[13] e com arrimo em trecho

10 Adaptado de COUTINHO, Felipe. *STF adia julgamento sobre tratado da OIT*. Brasília, Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-03/stf-adia-decisao-tratado-oit-permite-demissao-justificada>. Acesso em: 14 nov. 2015.

11 Este parágrafo e o anterior foram extraídos do Portal do próprio Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303837>. Acesso em: 14 nov. 2015.

12 FREITAS, Graça Maria Borges de. *Súmula n. 394 do TST*: fato superveniente e algumas questões sobre sua aplicação. RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty de Castro (coords.). O que há de novo em Processo do Trabalho: homenagem ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves. São Paulo: LTr, 2015, p. 300.

13 GUNTHER, Luiz Eduardo. *A Convenção n. 158 da OIT no Brasil*: uma polêmica ainda não resolvida. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coords.). Direito Internacional do

do voto proferido pelo ministro Celso de Mello na ação direta de inconstitucionalidade n. 1480/DF, os termos da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho viriam a "regularizar" a regra inscrita no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, como "verdadeira fórmula de ponderação, que institucionalizou solução de caráter transacional destinada a conciliar posições contrastantes".

Mas seria mesmo necessário? Vejamos, ao som da imaginária *décima sinfonia* de Ludwig van Beethoven.

4 – O ARTIGO 7º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EFICÁCIA SOCIAL PLENA

Segundo o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*, relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, "nos termos de lei complementar", que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. O artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias diz que, até que seja promulgada a referida lei complementar, fica a proteção ventilada limitada ao aumento, para quatro vezes, do percentual de dez por cento da indenização compensatória do FGTS, na forma do inciso I, e que, consoante inciso II, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do cipeiro e da empregada gestante.

O artigo 7º é extremamente rico e traz consigo uma carga fantástica de premissas e balizas constitucionais e de direitos humanos. Sinto-me compelido a, antes de adentrar no "xis da questão", fazer uma pontuação quanto a três elementos que se atrelam e se ligam à cabeça do artigo 7º: o princípio da vedação do retrocesso social, a cláusula de avanço social e a progressividade dos direitos sociais.

Conforme já expus em outra assentada[14], ao tratar do retrocesso social no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da prescrição trintenária do FGTS, o artigo 7º da Constituição Federal, ao elencar direitos sociais mínimos, "além de outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador", impõe a vedação ao retrocesso social e estabelece autêntica cláusula de avanço social.

Do Tribunal Superior do Trabalho, colhemos dois julgamentos, a explicitarem este raciocínio:

> *Não se pode olvidar que o art. 7º da Constituição Federal revela-se como uma centelha de proteção ao trabalhador a deflagrar um programa ascendente, sempre ascendente, de afirmação dos direitos fundamentais. Quando o* caput *do mencionado preceito constitucional enuncia que irá detalhar o conteúdo indisponível de uma relação de emprego, e de logo põe a salvo "outros direitos que visem à melhoria de sua condição social", atende a um postulado imanente aos direitos fundamentais: a proibição de retrocesso.* (TST-RR-2157600-05.2007.5.09.0010,

Trabalho e convenções da OIT comentadas. São Paulo: LTr, 2014, p. 106.

14 ZWICKER, Igor de Oliveira. *O julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição do FGTS e o retrocesso social*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém, v. 49, n. 96, jan./jun. 2016. *No prelo*.

> Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 19/02/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/02/2014)
>
> *Sob os enfoques axiológico e teleológico, a razão de ser é buscar melhores condições de trabalho, observadas, evidentemente, as conquistas sociais já alcançadas.* (TST-RR-51000-12.2009.5.02.0303, Redatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 11/12/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/02/2014)

O próprio Supremo Tribunal Federal – o que me causa estranheza e perplexidade com os rumos que tem tomado a Suprema Corte em seus julgados no âmbito do Direito do Trabalho, como o da prescrição trintenária do FGTS – já desenvolvera tal principiologia da mesma forma que os órgãos de jurisdição trabalhista, *reiteradamente*, a exemplo do que trago abaixo:

> *O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.* (nesse sentido, cf. os seguintes julgados: STF-ARE 639.337 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011; STF-RE 581.352 AgR/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.10.2013)

Essa também é a ideologia consagrada no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591/1992), e seu Protocolo Adicional (Protocolo de São Salvador), que trazem a ideia de <u>*progressividade dos direitos sociais*</u>.

Nesse sentido, vaticina Aline Paula Bonna[15]:

> *Destaque-se, nesse sentido, que tanto pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, quanto pelo apelidado Protocolo de São Salvador, em vigor desde 1999 (Decreto n. 3.321/99), o Brasil se comprometeu a implementar, progressivamente e com o máximo de seus recursos disponíveis, os direitos ligados à igualdade. Dessa noção de progressividade, extrai-se a vedação do retrocesso, como um vetor dinâmico e unidirecional positivo, que impede a redução do patamar de tutela já conferido à pessoa humana.*

Ainda Aline Paula Bonna, citando Flávia Piovesan:

> *Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada autoaplicabilidade, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas. Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais.*

15 BONNA, Aline Paula. *A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.

Pois bem. Por outro lado, não olvidemos, ainda, que **dentro da estrutura constitucional formal**, o artigo 7º está inserido dentro do **Capítulo II (Dos Direitos Sociais)** do **Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)** da Carta Cidadã.

Isso quer dizer que, se os direitos constitucionais sociais **são espécies do gênero *direitos fundamentais***, não há como afastar a aplicação do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, de redação cristalina e carente de qualquer dificuldade interpretativa, e para o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Em meu primeiro livro[16], publicado pela LTr Editora, ao comentar o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n. 84 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais e a edição da Súmula n. 441 do Tribunal Superior do Trabalho, ambas sobre *aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*, trago a clássica doutrina de José Afonso da Silva, as normas podem ter eficácia social plena, contida ou limitada. *As normas de eficácia social plena não necessitam de regulamentação por lei para desenvolver-se em plenitude – que ocorre por elas mesmas*.

Ainda registro a contribuição de Maria Helena Diniz, que traz em sua classificação as normas de *eficácia social absoluta*, que são as cláusulas pétreas inseridas no artigo 60 do seio constitucional, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e *os direitos e garantias individuais*.

Assim, não há porque sustentar a necessidade de integração da norma. Por outro lado, muito embora o artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias diga que, até que seja promulgada a referida lei complementar, fica **"a proteção"** ventilada no artigo 7º, inciso I, limitada ao aumento, para quatro vezes, do percentual de dez por cento da indenização compensatória do FGTS, fato é que o próprio inciso I do artigo 7º não diz isso.

Com efeito, o que diz o artigo 7º, inciso I, é que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, ***relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa***. Ponto. Este é o direito dos trabalhadores, direito, aliás, social-fundamental, pétreo e de aplicação imediata.

O que me parece necessário, e pendente de edição de lei complementar, é a regulamentação da própria "indenização compensatória, dentre outros direitos". Até porque nossa Consolidação das Leis do Trabalho já traz, desde 1943, a conceituação legal do que é "despedida arbitrária", sendo, nos termos do artigo 165, aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Pensar de forma contrária é admitir uma flagrante contradição dentro da Constituição Federal e, mais, imprimir uma ***capitis diminutio*** a uma norma fundamental da Carta Cidadã.

Pois bem. ***Ainda que assim não fosse***, há outro forte argumento para a aplicação, por si só, do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal. Do Informativo n. 727 do Supremo Tribunal Federal, colho trechos da decisão proferida pela Corte Suprema na ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 24/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face da Presidente

16 ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015, p. 240.

da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e tendo como objeto a mora legislativa na elaboração da lei de defesa do usuário de serviços públicos, nos termos do artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19/1998.

Assim como naquele caso, o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, para além de simplesmente "proclamar" uma garantia social de proteção aos trabalhadores, consubstanciou verdadeira **imposição legiferante**, a qual, dirigida ao Estado legislador, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma legislação destinada a proteger os trabalhadores da despedida arbitrária ou sem justa causa, mormente em uma sociedade que erigiu, como fundamentos de existência e validade da República, os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal). A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da **busca pelo pleno emprego** (artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal).

E mais, diferentemente daquele caso, que chocou o ministro relator porque "passados exatos quinze anos", aqui temos uma mora legislativa de *mais de 25 anos*, a caracterizar, em simples juízo sumário, a **inatividade do Estado em cumprir o inequívoco dever constitucional de legislar, o que resulta em afronta à Constituição Federal**.

Segundo Clèmerson Merlin Clève[17]:

> *Não é apenas a ação do Estado que pode ofender a Constituição. Deveras, a inércia do Poder Público e o silêncio legislativo igualmente podem conduzir a uma modalidade específica de ilegalidade definida, pelo direito contemporâneo, como inconstitucionalidade por omissão.*

Como salientou o relator da ADO n. 24/DF, a omissão inconstitucional abrange questionamentos contemporâneos acerca da força normativa da Constituição Federal, do papel da jurisdição constitucional, da harmonia e da separação dos Poderes. Antes de tudo, porém, o tema realça a **necessária e premente concretização da Constituição Federal pelos Poderes da República**.

Ainda que as soluções das inconstitucionalidades por omissão induzam a questionamentos dos mais controvertidos, *há muito não se têm dúvidas sobre a gravidade da não observância da imposição constitucional de legislar*.

Já lecionava o ministro **Celso de Mello** em seu voto no julgamento da medida cautelar da ADI n. 1.439/DF:

> *"A omissão do Estado, que **deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional, **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também** desrespeita a Constituição, **também** ofende direitos que nela se fundam e **também** impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*
>
> *É por essa razão que J. J. GOMES*

17 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 51.

*CANOTILHO e VITAL MOREIRA (**'Fundamentos da Constituição'**, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora), **analisando a força normativa da Constituição** – e assinalando que a eficácia preponderante e subordinante de suas cláusulas **impede** o reconhecimento de situações inconstitucionais –, **acentuam**, na perspectiva da inquestionável preeminência normativa da Carta Política, que:*

'(...) tanto se viola a Lei fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são 'actuados', dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhe operatividade prática.

*A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma **acção inconstitucional** (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma **omissão inconstitucional** (não fazer o que ela impõe que seja feito).'* (**grifei**)

*Dentro desse contexto, foi instituída a ação direta de inconstitucionalidade **por omissão**, vocacionada a preservar a supremacia da Carta Política e destinada, enquanto instrumento de controle abstrato, a impedir o **desprestígio** da própria Constituição, eis que - tal como adverte PONTES DE MIRANDA, em magistério revestido de permanente atualidade (**'Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969'**, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT) – 'Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos - o que é pior (...). No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve - que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem na cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer'.*

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanação normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em conseqüência, o conteúdo eficacial dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior" (Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ de 30.5.2003).

Ainda que se exista uma **decisão política de não deliberação**, na presente hipótese do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, **a decisão política já foi tomada pelo Poder Constituinte originário reformador**, quando determinou que se elaborasse norma de proteção aos trabalhadores contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (isso no caso de se entender que esta norma tem eficácia social limitada, ou seja, ainda dependentes da

interpositio legislatoris, de regulamentação pela legislação infraconstitucional).

Nesse caso, o legislador tem o dever jurídico de legislar, por força de expresso mandamento constitucional e, no caso de inércia, configurada está a omissão inconstitucional.

Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso[18]:

> *A simples inércia, o mero não fazer por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.*
>
> *Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. Insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua liberdade de conformação a decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria. De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracterizarão comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.*

Superar a mora legislativa é cumprir a própria Constituição Federal, o que deve ocorrer, em especial pelas instâncias do Poder Judiciário, mormente a Justiça do Trabalho.

A propósito da matéria – proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa –, Sérgio Amad Costa[19], professor de Recursos Humanos e Relações Trabalhistas da Fundação Getúlio Vargas/SP, relata que a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho "não é um exemplo de sucesso". Diz que o "pequeno número de adesões à Convenção é a resposta à sua inadequação" e que os países os quais a ratificaram tiveram que suportar "o engessamento" provocado e que a Convenção n. 158 **"não é boa para a economia"**.

Data venia, a própria Constituição da República Federativa do Brasil contradiz isto. A partir do artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, temos, como dito, nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa os fundamentos de existência e validade da República Federativa do Brasil, ao lado do núcleo duro da Constituição, que é o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

O artigo 170, *caput*, traz como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, assegurando-se a todos uma existência digna, conforme ditames da justiça social. Pelo artigo 193, temos que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar social e a justiça social.

18 BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: 2011, p. 55-56.

19 COSTA, Sérgio Amad. *A inadequada Convenção 158 da OIT*. São Paulo, Estadão, Caderno Economia & Negócios, 31 jan. 2015. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-inadequada-convencao-158-da-oit-imp-,1627448>. Acesso em: 14 nov. 2015.

Não há como se pensar em função econômica desatrelada da função social. Karl Renner (1870-1950), em sua obra *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ibre soziale Funktion: Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts* ("*O instituto do direito privado e a sua função social*: uma contribuição à crítica do Direito Civil"), citado por Ester Lopes Peixoto[20], "questiona as implicações existentes entre os dois fenômenos, procurando estabelecer como e em que medida o direito seria determinado pela economia".

Para o ilustre jurista do seu tempo, "os institutos jurídicos [função econômica e função social] devem estar articulados entre si, como forma de atender às exigências da sociedade que somente serão alcançadas tendo em conta a função social que cada um desempenha dentro do processo social".

Há uma bela ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região[21], onde se registra o seguinte:

> *Mais do que em tempos passados (muito mais mesmo!), a lei não consegue nem prever todas as situações que a complexa vida em sociedade oferece, nem chegar a tempo de regular/disciplinar várias delas, dada a rapidez com que se sucedem, o que faz com que se conclua que hoje se vive a época do efêmero, tornando necessário, não poucas vezes, antes, em inúmeras, procurar/buscar a resposta a diversas questões no ordenamento jurídico, visto em sua totalidade, o que levou/leva a explosão da relevância dos princípios, como hoje se observa. Também não há mais postergar a verdade de que cada um e todos têm responsabilidades para com o meio, para com a comunidade em que vivem, as quais variarão em grau e intensidade, de acordo com os benefícios que se tira desse convívio e as reais possibilidades de atuação de cada qual, pena de perderem legitimidade ações que, respeitadas essas responsabilidades, seriam inquestionavelmente legítimas.* ***A livre iniciativa há de ser vista enquanto integrante da floresta, e não como árvore isolada num distante e perdido oásis.*** (negritei)

5 – CONCLUSÃO

Ante o exposto, penso que, não obstante os esforços intelectuais – **esforços legítimos, diga-se de passagem** – em torno da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, *de status supralegal*, e da **flagrante inconstitucionalidade formal** em torno da sua denúncia pelo Decreto n. 2.100/1996, fato é que a própria Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso I, já traz norma de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Esta norma, inserida no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal, é espécie do gênero direitos fundamentais, de modo que tem aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal), é norma de eficácia social plena e não necessita de regulamentação por lei para desenvolver-se em plenitude – que ocorre por ela mesma. A Consolidação das Leis

20 PEIXOTO, Ester Lopes. *A função social da propriedade*: do CC/1916 ao CC/2002. Porto Alegre: UFRGS, 2005. [dissertação de mestrado]

21 Processos n. 0005020-42.2014.5.15.0000 e 0005023-94.2014.5.15.0000. Citados em: ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Revista Trabalhista de Direito e Processo*. Ano 13, n. 51, jul./set. 2014, p. 195-221, Seção Jurisprudência.

do Trabalho traz, no artigo 165, a conceituação legal do que é "despedida arbitrária".

Por outro lado, ainda que assim não fosse, o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, para além de "proclamar" uma garantia social de proteção aos trabalhadores, consubstanciou verdadeira imposição legiferante, a qual, dirigida ao Estado legislador, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma legislação destinada a proteger os trabalhadores da despedida arbitrária ou sem justa causa, mormente em uma sociedade que erigiu, como fundamentos de existência e validade da República, os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal). A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca pelo pleno emprego (artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal). A inatividade do Estado em cumprir o inequívoco dever constitucional de legislar resulta em fragrante afronta à Constituição Federal e deve ser superada pelo Poder Judiciário.

6 – BIBLIOGRAFIA

ABRIL COLEÇÕES. *Grandes compositores da música clássica*: Beethoven. São Paulo: Abril, 2009-2010. Vols. 1 e 38.

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Revista Trabalhista de Direito e Processo*. Ano 13, n. 51, jul./set. 2014, p. 195-221, Seção Jurisprudência.

BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: 2011.

BONNA, Aline Paula. *A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.

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

COSTA, Sérgio Amad. *A inadequada Convenção 158 da OIT*. São Paulo, Estadão, Caderno Economia & Negócios, 31 jan. 2015. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-inadequada-convencao-158-da-oit-imp-,1627448>. Acesso em: 14 nov. 2015.

COUTINHO, Felipe. *STF adia julgamento sobre tratado da OIT*. Brasília, Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jun-03/stf-adia-decisao-tratado-oit-permite-demissao-justificada>. Acesso em: 14 nov. 2015.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FREITAS, Graça Maria Borges de. *Súmula n. 394 do TST*: fato superveniente e algumas questões sobre sua aplicação. RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty de Castro

(coords.). O que há de novo em Processo do Trabalho: homenagem ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves. São Paulo: LTr, 2015.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *A Convenção n. 158 da OIT no Brasil*: uma polêmica ainda não resolvida. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coords.). Direito Internacional do Trabalho e convenções da OIT comentadas. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *A OIT e a uniformização das normas trabalhistas*. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 1, n. 3, dez. 2011, p. 11-78.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Convenção 158 da OIT*: dispositivo que veda a dispensa arbitrária é autoaplicável. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5820>. Acesso em: 12 nov. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 4.

PEIXOTO, Ester Lopes. *A função social da propriedade*: do CC/1916 ao CC/2002. Porto Alegre: UFRGS, 2005. [dissertação de mestrado]

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil*. São Paulo: LTr, 2015.

ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *A responsabilização objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização frente a Convenção n. 94 da OIT*. Publicado na Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 4, n. 35, nov./dez. 2014, p. 91-112. Publicado também no BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo: NDJ, ano 31, n. 3, p. 295-309, mar. 2015, Seção Doutrinas, Pareceres e Atualidades. A publicar na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém, v. 48, n. 95, jul./dez. 2015 (quanto a esta última, *no prelo*).

_____. *O julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição do FGTS e o retrocesso social*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém, v. 49, n. 96, jan./jun. 2016. *No prelo*.

A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E ESPECÍFICA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO: INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DAS DESPEDIDAS ARBITRÁRIAS OU SEM JUSTA CAUSA

Adriano Mesquita Dantas

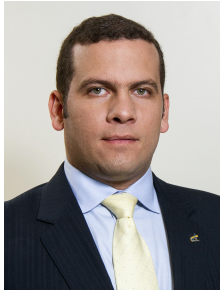
RESUMO: O presente artigo aborda a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa no Brasil e as formas de conferir máxima efetividade ao art. 7º, I, da Constituição Federal, independentemente de legislação complementar, já que os direitos sociais (notadamente os trabalhistas) não podem ser encarados como categorias meramente formais e sem significação, ou seja, como promessas demagógicas ou simples declaração de boas intenções, já que não se alcança cidadania e dignidade com simples reconhecimento abstrato de direitos. Aborda, ainda, os instrumentos e técnicas processuais existentes para o controle judicial das despedidas arbitrárias e sem justa causa, possibilitando a tutela jurisdicional efetiva e específica do direito fundamental ao trabalho.

Palavras-chave: Direitos fundamentais trabalhistas – despedida arbitrária - despedida sem justa causa – controle judicial.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A complexa e conflituosa relação entre capital e trabalho, marcada pela subordinação (em tese, apenas jurídica) dos trabalhadores em relação aos donos dos meios de produção, recebeu atenção especial da Assembleia Nacional Constituinte responsável pela elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988. No entanto, embora tendo feito opção expressa pela valorização do trabalho humano (art. 170) e pela proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I), a proteção do emprego (digno e decente) é, hoje, limitada ao direito a uma indenização (multa rescisória) equivalente a 40% do montante depositado na conta vinculada do FGTS, na forma do art. 10, I, do ADCT.

Há, portanto, um aparente conflito entre o que a Constituição Federal de 1988



Adriano Mesquita Dantas

Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento e mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Diretor de Prerrogativas e Assuntos Legislativos da Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região (Amatra13).

pretendeu assegurar e o que é efetivado pelo Estado e pela sociedade no mundo dos fatos e conforme a realidade socioeconômica, o que impõe a (re)valorização do texto constitucional, em busca da força normativa e da máxima efetividade dos princípios e direitos fundamentais dos trabalhadores, de forma a evitar o retrocesso social.

No presente artigo tentaremos demonstrar que existem meios que permitem a materialização do compromisso constitucional de proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I), realizando-se a almejada justiça social, independentemente de eventuais incompletudes das normas constitucionais. Afinal, os direitos sociais (notadamente os trabalhistas) não podem ser encarados como categorias meramente formais e sem significação, ou seja, como promessas demagógicas ou simples declaração de boas intenções, já que não se alcança cidadania e dignidade com simples reconhecimento abstrato de direitos.

Buscaremos demonstrar, também, como o Poder Judiciário pode (e deve!) atuar para concretizar a garantia prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal mesmo diante da ausência da lei complementar referida no citado dispositivo, compatibilizando e harmonizando a livre iniciativa e a propriedade privada com a necessidade de valorização do trabalho humano, de observância da função social da propriedade e da busca do pleno emprego no contexto constitucional brasileiro.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROPOSTA DEMOCRÁTICA E EMANCIPADORA DE VALORIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Rompendo com o passado autoritário e a ordem econômica liberal, a Constituição Federal de 1988 teve como principal objetivo a transformação da sociedade e redução progressiva da desigualdade socioeconômica existente entre seus membros a partir do respeito e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Enquanto requisito imprescindível para o desenvolvimento com liberdade e a promoção social, os direitos fundamentais foram valorizados e contemplados em suas múltiplas dimensões (embora preservada a unidade, harmonia e indivisibilidade), tanto que José Afonso da Silva (2007, p. 151) refere-se aos "direitos fundamentais do homem-social", que compreendem, além dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade, os direitos sociais, econômicos e culturais.

Desse modo, e para que sejam alcançados os objetivos fundamentais traçados na Constituição Federal de 1988, é imprescindível a implantação de políticas públicas que harmonizem e equilibrem as questões e fenômenos sociais, econômicos e ambientais, proporcionando aos cidadãos vidas longas, saudáveis, produtivas e criativas, não sendo mais possível falar em desenvolvimento e sustentabilidade com sacrifício socioambiental.

O sucesso do programa de 1988 pressupõe, portanto, a valorização e preservação da questão econômica, como também e concomitantemente, da social e ambiental, em nítido reconhecimento de que

"é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal", como bem ressalta Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 80).

A inclusão social, nesse contexto, é meta que deve ser alcançada para a concretização da justiça social, do desenvolvimento nacional, bem como da erradicação da pobreza e da marginalização. O trabalho, por sua vez, é uma alternativa relevante, senão a principal, para viabilizar a consecução de tal meta, na medida em que proporciona, pela distribuição de renda, subsistência e dignidade ao trabalhador e sua família.

Nessa linha, Edilton Meireles (2012, p. 31) assevera que:

> inúmeros direitos fundamentais, e até a vida com dignidade, depende do trabalho, pois sem a renda que lhe é proporcionada, numa sociedade capitalista, dificilmente o indivíduo alcança satisfatoriamente a realização dos seus direitos mínimos.

Acrescenta, em outra passagem, que "o trabalho é o instrumento de mobilidade social, pois por meio dele se promove uma maior e equitativa distribuição dos bens e rendas entre as diversas classes" (2012, p. 140).

Enquanto fator de progresso social e instrumento de cidadania, Rafael da Silva Marques (2007, p. 104) lembra que o trabalho "deve ser protegido e valorizado na máxima potência, pois detém a responsabilidade de garantir uma sociedade mais justa, voltada à redução das desigualdades sociais e, por consequência, ampliando e garantindo maior dignidade a todas as pessoas".

Assim, e no que toca diretamente ao valor trabalho, a Constituição Federal de 1988, além de reconhecer expressamente o trabalho como direito fundamental do cidadão (art. 6º), estabeleceu regras, princípios e normas programáticas que devem orientar a relação entre o capital e o trabalho, visando a harmonia entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º).

Em relação a ordem social, a Constituição Federal de 1988 elegeu como base o primado do trabalho, além de apresentar "um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade" (PIOVESAN, 2003, p. 45).

Ao tratar da ordem econômica (art. 170), reconheceu e assegurou aos donos do capital a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, impondo, em contrapartida e como limites da atuação, a necessidade de valorização do trabalho humano, de observância da função social da propriedade e da busca do pleno emprego, com o fim de assegurar a todos existência digna.

José Afonso da Silva ressalta que "a Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a existência digna", acrescentando que os respectivos princípios (da ordem econômica) "possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível)" (2007, p. 141). Ainda conforme o autor, tais princípios "hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado

aplicação adequada, como princípios-condição da justiça social" (2007, p. 144), esta enquanto princípio-fim.

Cumpre destacar, por pertinente, que houve opção expressa do constituinte de 1988 pela *valorização* do trabalho humano, na medida em que a livre iniciativa "é então tomada singelamente e aquele – o trabalho humano – é consagrado como objeto a ser valorizado" (Grau, 2012, p. 198). No particular, José Afonso da Silva (2002, p. 764) destaca que, "a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais da economia de mercado".

Em consequência, lembra Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 109) "o direito ao trabalho (e a um trabalho em condições dignas!) constitui um dos principais direitos fundamentais da pessoa humana", o que, por si só, justifica a outorga de direitos fundamentais de liberdade e igualdade aos trabalhadores "com o intuito de assegurar-lhes um espaço de autonomia pessoal não mais apenas em face do Estado, mas especialmente dos assim denominados poderes sociais". Em face das opressões socioeconômicas exercidas pelos poderes sociais, notadamente em tempos de globalização, incremento "assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes, com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico – maior que o de muitos Estados)", lembra o autor que "o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral" (2011, p. 134).

Nessa ordem de ideias, os direitos fundamentais em geral, e o direito do trabalho no particular, não devem sucumbir frente ao poder econômico e os interesses empresariais, já que, segundo Maurício Godinho Delgado (2006, p. 143), esse último exerce papel fundamental na promoção da cidadania, pois "é um dos principais instrumentos de exercício das denominadas ações afirmativas de combate à exclusão social, com a virtude de também incentivar o próprio crescimento da economia do País".

Enquanto objeto de compromisso constitucional, isto é, de um 'acordo' entre as partes constituintes, a *valorização* do trabalho - essencial à realização da dignidade humana - deve condicionar a ação do estado e, principalmente, da livre iniciativa no que toca a ampliação dos direitos dos trabalhadores, bem como a oferta e manutenção dos postos de emprego, na medida em que "o econômico não pode suplementar o social, até porque o estatuto de proteção dos trabalhadores é parte integrante da moderna democracia social" (MEIRELES, 2012, p. 136).

Portanto, e a partir do compromisso constitucional de valorização, não é mais possível encarar o direito ao trabalho – em todas as suas facetas e peculiaridades – como mais um mero fator de produção ou mesmo ser avaliado apenas pelo aspecto econômico, de forma que é possível afirmar que a livre iniciativa só será exercida de forma legítima se cumprir sua função social emancipadora, garantindo cidadania no emprego e efetivando os direitos sociais.

O direito ao trabalho, enquanto direito fundamental, deve assegurar estabilidade e subsistência digna ao trabalhador e à sua família, buscando sempre a melhoria de sua condição social a partir da observância e efetivação dos direitos sociais previstos no art.

7º da Constituição Federal, além de outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º).

Nessa ordem de ideias, o direito ao trabalho deve assegurar ao cidadão não apenas um posto de trabalho compatível com sua capacidade e qualificação, como também uma justa remuneração, um meio ambiente laboral sadio e equilibrado e, ainda, a permanência no emprego.

1.1. Globalização, neoliberalismo e desvalorização do trabalho humano: obstáculos ao programa de desenvolvimento

Não obstante todas as promessas e previsões emancipatórias da Constituição Federal de 1988, é fato que, em pleno século XXI, apenas parcela dos trabalhadores tem acesso ao trabalho decente e digno, embora a República Federativa do Brasil seja um Estado Democrático de Direito, tenha a dignidade da pessoa humana como fundamento, objetive construir uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos.

A competitividade dos mercados ultrapassa as fronteiras, a tecnologia se supera imprimindo um ritmo muito rápido de transformações (a vulnerabilidade) e o perecimento dos produtos marcam a sociedade de consumo na atualidade. Esses fatores exercem, indiscutivelmente, uma influência determinante nas questões econômicas, sociais e políticas, fazendo surgir um novo modelo de Estado mais ajustado às demandas do mercado global: o Estado neoliberal.

A globalização, fenômeno próprio do capitalismo contemporâneo, e a política neoliberal são as principais (embora não as únicas) causas desse quadro de descumprimento dos compromissos e deveres constitucionais, acarretando instabilidade, insegurança e exclusão social. Isso porque, como lembra Vólia Bomfim Cassar (2010, p.11), "cada dia discute-se mais o mercado que o Estado. Com isso, as políticas públicas nacionais, as questões sociais, ficam abandonadas e pioram a cada dia".

Para Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (2005, p. 168), "a globalização econômica e a revolução desencadeada pela tecnologia da informação e da comunicação produzirão um impacto sem precedentes sobre os sistemas jurídicos tradicionais". Para o autor, quando a sociedade passa a comunicar-se – política, econômica, social, cultural e individualmente – em tempo real e em dimensão planetária, através dos modernos meios de comunicação, "os mecanismos de controle, de mediação e de resolução de conflitos tornam-se irremediavelmente superados". Isso tem gerado, ainda segundo o autor, "uma verdadeira erosão dos sistemas jurídicos-laborais baseados na supremacia da proteção do trabalhador como fundamento do trabalho humano" (2005, p. 251).

Ora, rompendo barreiras econômicas e internacionalizando os mercados, a globalização influenciou bastante a realidade socioeconômica do Brasil e do mundo, na medida em que "a apologia ideológica do mercado é produzida em função exclusivamente do interesse do investidor, que é o de baixar os custos que oneram a empresa (os salários, os tributos e os encargos sociais)" (GRAU, 2012, p.

49).

Numa prática que impõe a privatização dos lucros e a socialização dos custos (não só os econômicos e financeiros, como também e principalmente os ambientais e sociais), as relações de trabalho são de logo ameaçadas diante de qualquer especulação ou indício de crise financeira, gerando um quadro tormentoso de insegurança jurídica e social para os trabalhadores, em descompasso com as normas e princípios constitucionais que pregam o pleno emprego e a necessidade de valorização do trabalho humano.

A desregulamentação e a competitividade acirrada no mercado global demandam a reorganização e a especialização da produção, com a otimização (leia-se redução) dos custos, sempre em detrimento do primado do trabalho decente e digno, o que tem originado e incentivado fenômenos que precarizam direitos trabalhistas e geram o desemprego estrutural e em massa, tais como a terceirização da mão de obra, a flexibilização e a parassubordinação.

Por outro lado, e ainda segundo a autora, "a diminuição de alguns direitos trabalhistas não aumentou os níveis de emprego ou possibilitou maior concorrência com o mercado internacional", numa clara demonstração de que tais fenômenos comprometem o projeto de desenvolvimento traçado na Constituição Federal de 1988.

Além disso, e diante da fácil mobilidade no globo terrestre, muitas empresas mudam de países ou instalando fábricas e unidades produtivas onde a legislação social é frágil ou incipiente, sempre em busca da redução dos custos de produção (com o pagamento de menores salários e encargos sociais) e de melhores condições de competitividade no mercado internacional.

No particular, Vólia Bomfim Cassar (2010, p. 8) destaca que:

> a globalização se apresenta como um processo de aceleração da economia, prestigiando os países capitalistas, em que o produtor compra matéria-prima em qualquer lugar do mundo, buscando melhores preços, qualidade e condições de pagamento. Desta forma, compra ou instala suas fábricas em países cujo custo da mão de obra é barata e, a partir daí vende sua mercadoria, em melhores condições de competição, para o mundo inteiro.

E mais, ainda segundo a autora, "reduzir gastos públicos, diminuir salários, suprimir vantagens sociais, desregulamentar e cortar despesas com assistência social têm sido as medidas utilizadas por alguns países para oferecer vantagens e atrair empreendedores contratantes" (2010, p. 8).

Esse fenômeno, conforme Ricardo Luis Lorenzetti (2010, p. 65), "induz fortes pressões sobre sistemas jurídicos nacionais, que começam a competir para atrair as empresas", gerado o que o autor chamou de "mercados de concorrência legislativa". Com isso, "as empresas tendem a maximizar seus benefícios, e mudam-se para onde os custos sejam mais baixos". Assim, "os países concorrem entre si para ver quem tem a legislação mais atraente com o objetivo de oferecer uma solução para seus problemas de desenvolvimento e desemprego".

Enfim, estimula-se a precarização dos direitos trabalhistas e a degradação do ambiente de trabalho não só dos países de legislação

social frágil quanto daqueles cuja legislação já está sedimentada, os quais também passam a adotar medidas precarizantes em busca da competitividade de produtos, sob a alegação de que o *custo trabalhista* representa um entrave à lucratividade.

Como consequência desse processo precarizante, alerta Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 109) que as relações entre capital e trabalho em expressiva parte dos Estados que integram a comunidade internacional já é caracterizada por um alto grau de opressão e degradação, resultando em condições de vida e trabalho manifestamente indignas.

O intrigante, no particular, é que os países em desenvolvimento estimulam e fomentam a atividade empresarial a partir de deliberada oneração e restrição dos direitos fundamentais. Assim, essa "*concorrência legislativa*" tem gerado um quadro de diminuição no nível e intensidade das exigências e regulações jurídicas, acarretando o desmantelamento dos direitos mínimos dos cidadãos, na medida em que os danos (ao meio ambiente, ao consumidor, aos trabalhadores, etc) terminam sendo atribuídos à sociedade. Com isso, os custos são socializados, enquanto os lucros, privatizados.

No entanto, Ricardo Luis Lorenzetti (2010, p. 66) alerta que "os países que observam a fuga de suas indústrias começam a exigir dos demais que atendam a um padrão mínimo com relação aos direitos fundamentais e garantias". Tanto é assim que, conforme Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão e Segradas Viana (2003, p. 201), a Organização Internacional do Trabalho já propôs à Organização Mundial do Comércio – embora sem êxito – "a introdução de cláusulas sociais nos tratados e contratos de comércio, visando a condicionar a execução destes instrumentos à manutenção de sistemas mínimos de proteção social por parte dos países exportadores".

Por outro lado, a dinâmica de acumulação do capital proporcionada pela globalização acarretou, ainda, profundas alterações na geopolítica da luta de classes a partir do enfraquecimento dos sindicatos[1], aumentando ainda mais o conflito entre as regras do mercado globalizado e os direitos fundamentais dos trabalhadores, de forma que o que é efetivado pelos Estados e sociedades no mundo dos fatos e conforme a realidade socioeconômica diverge, em regra, das disposições dos respectivos textos constitucionais.

No particular, Noemia Porto (2013, p. 160) destaca que a precarização da rede de proteção social "atinge o preceito da liberdade, na medida em que, dispersos, perdem a força própria às reivindicações coletivas e, individualmente, ficam compelidos à aceitação de qualquer ocupação no mercado de trabalho".

Conforme Pedro Paulo Teixeira Manus (1996, p. 42), "a posição extremada do individualismo levou-nos a situações muito injustas, chegando até a crueldade. Em nome da liberdade e autonomia da vontade estimulamos o desemprego, a miséria e a fome".

1 Segundo David Harvey (2006, p. 216), "o ponto de partida tradicional para a luta de classes foi um espaço específico - a fábrica -, sendo a partir dela que a organização de classe construída através de movimentos sindicais, partidos políticos etc. No entanto, o que acontece quando desaparecem as fábricas, ou elas ficam tão móveis, que tornam a organização permanente muito difícil, quando não impossível? E o que acontece quando a maior parte da força de trabalho se torna temporária ou ocasional? Sob tais condições, a organização laboral pela via tradicional perde sua base geográfica, e seu poder diminui de modo correspondente. Então, modelos alternativos de organização precisam ser criados".

Isso tudo – praticado a partir de uma falsa ou dissimulada compreensão de livre iniciativa, poder diretivo do empregador e direito potestativo de extinguir o contrato (aquela assegurada pela Constituição Federal, estes pela legislação infraconstitucional) – tem gerado um quadro de desintegração social, com a exclusão dos trabalhadores do mercado formal de trabalho e o enfraquecimento do respectivo poder de barganha.

É possível afirmar, então, que a globalização, enquanto processo de integração econômica, social, cultural e política entre países, gera efeitos nefastos no mercado e nas relações de trabalho que não podem ser ignorados, sendo, pois, fundamental a cooperação entre os Estados e a sociedade na busca pela implementação do trabalho decente e digno em um ambiente ecologicamente equilibrado.

Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 172-173), a partir das ideias de Paulo Bonavides, chama atenção para a necessidade de globalização da dignidade e dos direitos fundamentais, "sem a qual, em verdade, o que teremos cada vez mais é a existência de alguns 'homens globalizantes' e uma multidão de 'homens globalizados'", com a transformação de Estados democráticos de direito em verdadeiros "estados neocoloniais".

A política neoliberal, por outro lado, também contribuiu para a esse quadro de desvalorização do trabalho humano, a partir da política de redução das despesas públicas, das privatizações, das parcas e incipientes intervenções em questões sociais e, ainda, da abertura do mercado ao capital internacional, com o retorno do modelo econômico focado na exportação de recursos naturais[2].

Conforme Paulo Bonevides (2006, p. 571), o neoliberalismo, ao afrouxar os laços de soberania e doutrinar uma falsa despolitização da sociedade, "cria, porém, mas problemas do que os intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional".

No particular, deve ser ressaltado que a política neoliberal é manifestamente incompatível[3] com o programa para o futuro – democrático e emancipador – estabelecido na Constituição Federal de 1988[4]. Este, "enquanto fruto de uma decisão política, é antes de tudo, um projeto, cuja função ou objetivo é modificar e alterar, de forma perene, o status quo existente, seja através de sua implantação imediata, seja através de sua natural progressividade" (MEIRELES, 2012, p. 136).

Assim, não há como manter ou implantar novas práticas neoliberais sem incorrer em situação de inconstitucionalidade, institucional[5]

2 Tudo isso sem falar da ineficiência e burocracia da máquina estatal, que em boa parte contribuem para a instalação de grandes esquemas de corrupção, a exemplo do que motivou o *impeachment* do Presidente Fernando Collor, do que ficou conhecido como "privataria tucana" no Governo Fernando Henrique Cardoso e do mensalão no Governo Lula (objeto da Ação Penal n.º 470 no Supremo Tribunal Federal).

3 Eros Roberto Grau (2012, p. 55), no particular, acrescenta que "há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito".

4 Não obstante, as ideias neoliberais constituíram a base dos Governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso, sendo assimilada, em boa medida, pelo Governo Lula e Dilma.

5 Em razão da gravidade das condutas e atos institucionais que violam a imperatividade das normas constitucionais, o art. 85 da Constituição Federal de

e/ou normativa. Conforme Eros Roberto Grau (2012, p. 46), "os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso", de forma que "a substituição do modelo de economia de bem-estar, consagrado na Constituição de 1988, por outro, neoliberal, não poderá ser efetivada sem prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170".

Não obstante tudo isso, Flávia Piovesan (2003, p. 51) destaca que "o desmantelamento das molduras constitucionais do modelo de Estado consagrado pela Carta de 1988 faz-se claro quando do exame das emendas promulgadas" a partir de 1995, em grande parte inspiradas em ideias neoliberais (a exemplo das de n.º.6/1995, 7/1995, 8/1995, 9/1995, 19/1998 e 20/1998), "com a corrosiva descaracterização da Carta de 1988". E concluiu em seguida: "este excessivo ímpeto de reforma da Constituição tem esvaziado e mitigado a força normativa da Carta de 1988, em particular no que tange aos direitos sociais".

Conforme José Afonso da Silva (2007, p. 146), o liberalismo, resguardando-se das ideias socializantes, vai retalhando a Constituição Federal de 1988 "por via de emendas, no afã de reduzi-la a uma expressão formal do neoliberalismo, que desfigura suas conquistas sociais".

Essa indevida e impertinente mercantilização da política constitucional tem gerado, na visão de Miguel Calmon Dantas (2009, p. 01) um quadro de:

> fraturas nos vínculos sociais, de debilidade dos laços de solidariedade, de frustração de um imaginário que seja comumente compartilhado, de descrença do político e de apoderação e captura do processo político-decisório pelas instâncias econômicas.

É possível, pois, inferir que o neoliberalismo e a globalização estão na contramão do desenvolvimento sustentável, na medida em que não harmonizam os direitos sociais dos trabalhadores com o crescimento econômico. Ao contrário, precarizam os primeiros em busca do incremento do lucro e da acumulação de capital.

Exigências de maior produtividade e eficiência econômica estão interferindo na configuração contemporânea do mercado de trabalho, caracterizado atualmente por um significativo processo de desregulamentação e flexibilização dos direitos trabalhistas, com a propagação da ideia de que a nova ordem econômica mundial exige adequação das normas trabalhistas.

O trabalho digno e decente, enquanto direito fundamental do homem e instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, fragiliza-se, gerando um quadro de instabilidade social e demandando a adoção de políticas públicas responsáveis e efetivas, que garantam a inclusão social e a compatibilização dos interesses do capital e do trabalho, de forma que a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência valorizem o trabalho humano, a função social da propriedade, o pleno emprego e o trabalho digno e duradouro, responsável pela integração do trabalhador ao

1988 definiu como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, em especial, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, entre outros valores.

mercado de trabalho.

A sociedade atual vive, portanto, um dilema que precisa ser equacionado com base nos direitos fundamentais: assegurar a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, reconhecendo, em contrapartida, a necessidade de valorização do trabalho humano, de observância da função social da propriedade e da busca do pleno emprego, com o fim de as segurar a todos existência digna.

Para Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (2005, p. 272)

> torna-se imprescindível desencadear um movimento, também de caráter universal, em defesa dos direitos humanos, bem como uma versão político-institucional sincronizada com os novos valores culturais, para atuar dentro desse mesmo espaço, a fim de produzir o desmascaramento dos símbolos, ritos, liturgias e dominações instituídos pelos novos poderes supra-nacionais.

Urge, pois, o reconhecimento do primado do trabalho decente, assegurando a subsistência digna ao trabalhador e à sua família, em prol da melhoria de sua condição social, o que pressupõe a observância e efetivação dos direitos sociais.

O Estado e a sociedade, no particular, devem se unir para superar entraves e obstáculos socioeconômicos, harmonizando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, garantindo o primado do trabalho decente e assegurando subsistência digna ao trabalhador e à sua família, em prol da melhoria de sua condição social, o que pressupõe a observância e efetivação dos direitos fundamentais, em especial do direito ao trabalho.

Portanto, cabe a todos os Poderes do Estado (eficácia vertical) e à sociedade (eficácia horizontal) o dever e a obrigação de harmonizar os interesses e pretensões dos donos do capital e dos meios de produção com os dos trabalhadores, sem que haja a supremacia de um sobre o outro.

1.2. A proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa: conteúdo mínimo e aplicabilidade do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988

Sendo ínsitos à subsistência digna do homem, os direitos fundamentais possuem força normativa própria, expressando obrigações e deveres que devem ser efetivamente concretizados pelo Estado e pela sociedade, já que a dignidade humana não se satisfaz com o mero reconhecimento abstrato de direitos.

Em consequência, os direitos fundamentais dos trabalhadores não podem ser objeto de precarização, mas, na verdade, de valorização (por expressa previsão constitucional – art. 170), como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana e evitar o retrocesso social. A defesa do pleno emprego deve ser uma constante, a partir da efetiva inclusão do trabalhador na cadeia produtiva de maneira contínua e duradoura (evitando a rotatividade excessiva de mão de obra).

Tanto é assim que, para Gabriela Neves Delgado (2013, p. 256), o direito fundamental ao trabalho digno afirma-se "como um dos mais importantes comandos da Constituição Federal de 1988, expressando a força teórica e prática de sua concepção de Estado Democrático de Direito".

No entanto, e a partir do que foi exposto, é possível afirmar que o contexto socioeconômico que se apresenta é de limitação e restrição do direito fundamental ao trabalho, em especial ao pleno emprego (art. 170, VIII), o que não se amolda, em definitivo, ao programa para o futuro – democrático e emancipador – estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, muitos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Federal de 1988 ainda carecem de regulamentação, com destaque para os direitos sociais, econômicos e culturais, que demandam, em regra, uma prestação positiva do Estado ou do particular.

Para Maria Áurea Baroni Cecato (2007, p. 366), a ausência de regulamentação, de direitos fundamentais, como a proteção em face da automação (art. 7º, XXVI) e a garantia contra a dispensa arbitrária e sem justa causa (art. 7º, I), "denota a tibieza do Estado e a supremacia do poder econômico e empresarial".

Em relação ao objeto deste artigo – a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal – o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que a norma em questão – a depender do critério de classificação adotado – é de eficácia limitada (do tipo programática) ou não autoexecutável, estando a proteção restrita à indenização (multa rescisória) equivalente a 40% dos depósitos do FGTS, na forma do art. 10, I, do ADCT.

Nesse sentido, José Augusto Rodrigues Pinto (2003, p. 514) defende a possibilidade de qualquer das partes do contrato de emprego (empregado e empregador) pleitear a resilição do contrato, haja vista o direito-poder de denúncia. Trata-se, na sua visão, de um direito-poder que dá ilimitada potestade ao contratante para extinguir o vínculo, seja ele empregado ou empregador.

Para Pedro Paulo Teixeira Manus (1996, p. 56), "após a vigência do art. 7º da Constituição Federal e sem a lei complementar a que se refere, temos por ora equiparadas, quanto aos seus efeitos, a dispensa sem justa causa e a dispensa arbitrária, ensejando ambas a multa do FGTS".

Alice Monteiro de Barros (2005, p. 920), por sua vez, vai além e sustenta que o dispositivo constitucional não é autoaplicável e que falta vontade política para a edição da legislação complementar integradora. Assevera, ainda e textualmente, que "o trabalhador de empresa privada não é destinatário de tutela quanto à ocupação, sendo a dispensa um direito potestativo do empregador".

Há, ainda, quem defenda que o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, na verdade, enfraqueceu o conteúdo normativo do princípio da continuidade da relação de emprego, permitindo a dispensa arbitrária ou sem justa causa pelo empregador, desde que mediante pagamento da correspondente indenização compensatória[6].

Renato Saraiva (2009, p. 143), adepto dessa corrente, afirma que até que a Lei Complementar regulamente a indenização

6 Esse foi, inclusive, um dos fundamentos invocados pela Confederação Nacional da Indústria – CNI e Confederação Nacional do Transporte – CNT na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480, pela qual questionaram a ratificação da Convenção n.º 158 da OIT pelo Brasil. Segundo as entidades, "pela Constituição, o empregador tem a faculdade de romper unilateralmente o vínculo empregatício, sem causa justificada".

compensatória em caso de dispensa arbitrária ou imotivada pelo empregador, será paga ao obreiro a multa de 40% dos depósitos do FGTS.

Analisando os desafios do constitucionalismo em busca da concretização dos direitos fundamentais trabalhistas, Maíra Neiva Gomes e Cynthia Lessa Costa (2013, p. 265) ponderam que o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 permite pelo menos duas possibilidades de interpretação. A primeira, no sentido de que todos os trabalhadores já têm desde 1988 o direito em tela e que as formas de indenização e a sanção, por ocasião de violação daquele, serão previstas em lei complementar. A segunda, no sentido de que tal norma não possui qualquer eficácia enquanto não for aprovada a lei complementar mencionada. No entanto, e ainda conforme as autoras:

> Tristemente, a segunda é a que prevalece, já que se concebe a dispensa imotivada como direito potestativo do empregador, sendo a multa prevista no art. 18 da Lei n. 8.036/90 – 40% do saldo do FGTS – uma indenização irrisória ao exercício de tal suposto direito, que não inibe sua prática.

O próprio Supremo Tribunal Federal também já se manifestou nesse sentido, concluindo que a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, restringe-se à indenização compensatória e outros direitos a serem definidos em lei complementar, "exceto, evidentemente, o de estabilidade permanente ou plena que daria margem a um *bis in idem* inadmissível com a indenização compensatória como aliás se vê da disciplina provisória que se encontra nos incisos I e II do artigo 10 do ADCT"[7].

Entretanto, o propósito do constituinte de 1988 – ao que parece diante dos valores e princípios constitucionais – não era tolerar as despedidas arbitrárias e sem justa causa a critério exclusivo do empregador e garantir ao empregado apenas uma indenização, tanto que no art. 10, I, do ADCT, há restrição expressa do prazo de vigência da indenização até a edição de Lei Complementar, "que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

A intenção do constituinte era, certamente, restringir o poder patronal e a sua potestade, evitando a precarização da relação de emprego e assegurando a efetiva inclusão dos trabalhadores na cadeia produtiva de forma contínua e duradoura, com o objetivo de efetivar direitos fundamentais dos trabalhadores, como o pleno emprego e a dignidade.

Tanto é assim que Augusto César Leite de Carvalho (2013, p. 170) refere-se a uma contraditória proteção constitucional dependente de regulamentação, que autoriza o empresário não propriamente a dispensar, mas, com igual efeito prático, a pagar uma indenização equivalente a 40% dos depósitos efetuados na conta vinculada do FGTS, nos casos de despedidas sem justa causa. Para o autor:

> o empresário, embora sob a regência de norma jurídica pretensamente inibidora da despedida, possui a faculdade de dispensar

7 Decisão proferia no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 179.193/P (Relator Min. ILMAR GALVÃO, Relator para Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 18/12/1996 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

> imotivadamente o empregado, desde que pague a indenização citada. O custo extraordinário da despedida, para o empresário, limita-se ao desembolso de 40% do saldo do empregado no FGTS, pois lhe cabe recolher a contribuição de 8% para esse fundo em qualquer circunstância, durante todo o vínculo.

Seguindo a posição minoritária, Carlos Henrique Bezerra Leite (2013, p. 249) sustenta que "à luz dos diversos princípios, valores e regras da Constituição Federal de 1988 a proteção da relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa é um direito humano e fundamental social dos trabalhadores". E mais, segundo o autor, "o chamado direito potestativo patronal de resilir o contrato de trabalho é incompatível com os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito".

Desse modo, é possível afirmar que a concretização do direito fundamental previsto no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 depende mais do trabalho dos juristas do que propriamente da atividade integrativa do Poder Legislativo, já que o problema guarda relação com as teorias sobre a aplicabilidade (ou eficácia, a depender do enfoque) das normas constitucionais, notadamente daquelas que são classificadas como de eficácia limitada (do tipo programática) ou não autoexecutáveis.

Assim, e como exposto anteriormente, é preciso desenvolver construções doutrinárias que possibilitem a concretização do texto constitucional no mundo dos fatos, conferindo-lhes plena eficácia independentemente das prioridades dos governantes ou dos interesses dos fatores reais de poder. E o ordenamento jurídico brasileiro já contempla várias possibilidades de superação da omissão legislativa inconstitucional verificada em relação ao art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, podendo o intérprete:

a) aplicar a própria CLT, que define e conceitua despedida arbitrária como sendo aquela *"que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro"* (art. 165), exigindo, em consequência, tal motivação para as despedidas que não sejam por justa causa. Como consequência, a despedida só será válida e, portanto, lícita, se for não arbitrária (fundada em motivo de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira, cuja prova caberá ao empregador) ou com justa causa (em razão de falta grave, tipificada no art. 482 da CLT);

b) aplicar o art. 7º, I, de imediato e independentemente de integração normativa posterior, com fundamento no art. 5º, §1º, ambos da Constituição Federal de 1988, de forma que os empregadores, em regra, não poderão despedir seus empregados, salvo quando caracterizada falta grave tipificada no art. 482 da CLT ou outro motivo não arbitrário, a ser aferido a partir de necessária motivação e com base nas circunstâncias do caso concreto;

c) considerar o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 uma norma de aplicabilidade direta e imediata, a partir de sua classificação como norma de eficácia plena ou contida, exigindo fundamentação minimamente relevante ou socialmente aceitável para a validade das despedidas;

d) considerar que os arts. 7º, I, e 170 da Constituição Federal são fontes de direito subjetivo para os empregados, invocáveis contra abusos no que toca à função social da propriedade, valor trabalho e pleno emprego.

Em consequência, considerar inconstitucional a despedida arbitrária ou sem justa causa, por contrariar o propósito de valorização do trabalho humano. Assim, e como regra, os empregadores não poderão despedir seus empregados. Apenas excepcionalmente poderão fazê-lo, desde que de forma motivada e quando caracterizada falta grave tipificada no art. 482 da CLT (ensejadora da pena máxima de despedida por justa causa) ou outro motivo que não seja arbitrário (a ser aferido a partir das circunstâncias do caso concreto em confronto com o contexto constitucional);

e) aplicar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e exigir, para a validade das despedidas por iniciativa dos empregadores, que elas sejam precedidas do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, na forma do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, já que o emprego é o bem maior – muitas vezes o único – do trabalhador, facilitando, com isso, a identificação dos excessos e abusos e a própria tutela judicial efetiva;

f) declarar, pelo sistema difuso, a inconstitucionalidade do Decreto n.º 2.100/96, pelo qual o Presidente da República denunciou unilateralmente a Convenção n.º 158 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, e, com isso, aplicar, em todos os seus termos, a referida norma internacional aos trabalhadores brasileiros, protegendo-os contra despedidas hostis de iniciativa do empregador;

g) reconhecer, com base no art. 5º, §2º, que a Constituição Federal estabeleceu um sistema constitucional aberto a outros direitos fundamentais, ainda que não expressamente previstos no respectivo texto, atribuindo superioridade hierárquica aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, seja como normas materialmente constitucionais ou, no mínimo, supralegais[8]. Com isso, é possível aplicar diretamente as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assegurando o direito fundamental ao trabalho em todas as suas facetas, inclusive a proteção contra despedidas injustificadas de iniciativa do empregador.

Diante de tantas opções juridicamente válidas, cabe ao intérprete optar por aquela que melhor se adequa às circunstâncias do caso concreto[9] para, com isso, concretizar a justiça social, rechaçando qualquer prática que importe em monetarização do direito fundamental ao trabalho e à sua continuidade ou submeta o trabalhador ao puro arbítrio, faculdade ou discricionariedade do empregador[10].

Assim, podemos afirmar que o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 não é apenas e mais uma norma meramente programática completamente dependente de legislação

8 Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343-1/SP, HC 87585/TO, HC 87.585/TO, RE 349703/RS e RE 466343/SP.

9 Flávia Piovesan (2003, p. 53) destaca a necessidade de "investigar e determinar a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, a fim de que todos os dispositivos constitucionais tenham valor normativo e eficácia vinculante, sob pena de se admitir a quebra da unidade normativa constitucional". Aponta em outra passagem da mesma obra para a necessidade de combinar a programaticidade com a efetividade da Constituição (2003, p. 73).

10 No particular, cumpre observar o disposto no art. 122 do Código Civil: "São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes".

futura. É, na verdade, norma constitucional plenamente apta para ser aplicada de imediato a todas as relações de emprego e, com isso, vedar a despedida arbitrária ou sem justa causa de empregados mesmo na ausência da lei complementar e ainda que não possuam estabilidade ou outra garantia de emprego específica.

Em razão da força normativa e vinculante, o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 estabelece que nem os empregadores nem o Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, podem praticar ou editar atos que materializem, facilitem ou induzam despedidas arbitrárias ou sem justa causa, já que o próprio constituinte de 1988 cuidou de classificá-las como antijurídicas.

Esse, então, é o conteúdo mínimo do dispositivo constitucional em análise, que visa, em sua essência, limitar o poder patronal (que não é absoluto) e eliminar a faculdade ou discricionariedade para a prática das despedidas arbitrárias ou sem justa causa, harmonizando os interesses do capital com os do trabalho. Isso pressupõe, evidentemente, a proibição dos excessos do primeiro e a proteção adequada do hipossuficiente, que consiste no exercício da livre iniciativa sem que o direito fundamental ao trabalho seja tolhido ou asfixiado por práticas arbitrárias e sem justa causa[11].

Por outro lado, fica claro que o simples fato de ainda não ter sido editada a lei complementar referida no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 não é suficiente para neutralizá-lo por completo, na medida em que as hipóteses de despedida por justa causa estão expressamente previstas no art. 482 da CLT e o conceito de *arbitrário* é assimilado pelo homem médio da sociedade brasileira, ferindo a consciência jurídica qualquer tratamento absurdo e caprichoso que importe em negar aplicação à proteção constitucional do emprego sob a alegação infundada de que não há regulamentação legal.

Ora, arbitrário é conceito há muito assimilado na sociedade brasileira e assemelha-se ao abuso de direito, positivado no art. 187 do Código Civil como o exercício excessivo de um direito em manifesta violação dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Portanto, são arbitrárias as despedidas que carecem de motivação relevante ou socialmente aceitável, bem como aquelas cuja motivação seja inexistente, irrelevante, acarrete violação a direito fundamental ou discriminação dos trabalhadores, já que atentam contra os bons costumes, carecem de propósito econômico e social ou, ainda, são destituídas de boa-fé.

Assim, diante das circunstâncias do caso concreto o intérprete tem parâmetros razoáveis e plausíveis para analisar o ato de despedida praticado pelo empregador e verificar se o mesmo é arbitrário, bastando, para tanto, valorar[12]:

11 Destacamos, por pertinente, que o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 não garante estabilidade plena no emprego, a exemplo daquela prevista no arts. 492 e seguintes da CLT, na medida em que a licitude das despedidas *não* arbitrárias e por justa causa (art. 482 da CLT) é inegável e incontroversa. O dispositivo garante ao trabalhador o direito de só ser despedido por justa causa ou em hipóteses não arbitrárias.

12 Devemos destacar, no particular, que tal valoração já ocorre sem qualquer questionamento com as hipóteses de despedidas por justa causa, tendo

a) a adequação da despedida e sua compatibilidade com a motivação, ou seja, a aptidão para alcançar a finalidade legítima pretendida pelo empregador;

b) a necessidade da despedida, tendo em vista a inexigibilidade de conduta diversa diante das particularidades do caso concreto em confronto com os princípios e valores constitucionais;

c) a proporcionalidade em sentido estrito da despedida, fundamental para coibir eventuais abusos e excessos do poder diretivo e até mesmo desvios de finalidade.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro também veda as despedidas discriminatórias, além das despedidas arbitrárias e sem justa causa, restando evidente que a motivação é pressuposto de validade, pois só serão lícitas se forem não arbitrárias (fundadas em motivo de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira) ou por justa causa (em razão de falta grave, tipificada no art. 482 da CLT).

Isso significa que a licitude da dispensa, seja ela não arbitrária ou por justa causa, depende necessariamente de um motivo determinante, de ordem disciplinar, técnica, econômica, financeira ou de uma falta grave cometida pelo empregado (tipificada no art. 482 da CLT), cabendo ao empregador o respectivo ônus da prova.

Do contrário, de que adiantaria proteger a relação de emprego contra despedida arbitrária, sem justa causa e discriminatória e permitir ao empregador a denúncia vazia ou imotivada do contrato de emprego?

Ora, negar a obrigatoriedade da motivação do ato de dispensa, autorizando despedidas imotivadas sob o simples rótulo de *sem justa causa*, é vulnerar o art. 7º, I, chancelando dispensas muitas vezes arbitrárias e discriminatórias, vedadas pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei n.º 9.029/95. É, em outras palavras, *proteger desprotegendo*, o que não parece adequado nem coerente com o propósito de valorizar o trabalho e assegurar dignidade à pessoa humana.

Parece evidente, portanto, que há meios adequados para superar a omissão legislativa inconstitucional e, com isso, sancionar adequadamente os eventuais excessos e abusos dos empregadores nas despedidas, assegurando e efetivando o direito fundamental ao trabalho e sua continuação, como requisito imprescindível para a valorização do trabalho e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, e independentemente da postura adotada pelo intérprete a partir do que foi sintetizado acima, a conclusão será a mesma: o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro não tolera a despedida imotivada nem sem justa causa, na medida em que podem encobrir e chancelar atos arbitrários e discriminatórios.

Então, podemos afirmar, a título de

.....

em vista que alguns fatos tipificados no art. 482 da CLT não delimitam com precisão a conduta do trabalhador, cabendo ao intérprete avaliar a gravidade desta e, ainda, delimitar o alcance do tipo legal. Como adverte Maurício Godinho Delgado (2011, p. 1127), "a tipificação trabalhista – mesmo à luz do critério taxativo – não chega a ser, em todas as hipóteses legais, tão rigorosa quanto à característica do Direito Penal. A infração corresponde a um tipo legal preestabelecido, mas esse tipo legal não tem, sempre, seus traços e contornos rigidamente fixados pela lei. A tipificação trabalhista pode ser, desse modo, significativamente mais flexível e plástica do que a configurada no Direito Penal. Um exemplo dessa plasticidade é dado pela justa causa prevista no art. 482, 'b', CLT, isto é, mau procedimento. Ora, a plasticidade e imprecisão desse tipo legal trabalhista deixa-o muito distante do rigor formal exigido por um tipo legal penalístico".

conclusão parcial, que o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado e aplicado de forma a alcançar a máxima efetividade, já que disciplina uma das facetas do direito fundamental ao trabalho (digno e decente), qual seja, a manutenção do emprego e sua proteção contra investidas arbitrárias e imotivadas do empregador, assegurando, como consequência lógica, a reintegração do empregado em tais circunstâncias, ainda que não reste configurada qualquer hipótese específica de estabilidade ou de garantia do emprego, já que o resgate do contrato é consequência natural da nulidade da despedida.

2. CONTROLE JUDICIAL DAS DESPEDIDAS ARBITRÁRIAS OU SEM JUSTA CAUSA: POSSIBILIDADES E LIMITES

Delimitado o conteúdo mínimo e a possibilidade jurídica de aplicabilidade imediata e direta do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, devemos analisar agora os instrumentos e técnicas processuais existentes para o controle judicial das despedidas arbitrárias e sem justa causa, evitando, com isso, que a proteção constitucional em tela seja encarada como simples declaração de cunho estritamente político, sem qualquer efeito vinculante e totalmente dependente da discricionariedade do legislador.

No particular, e diante da deliberada omissão do legislador em regulamentar o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, cumpre observar a advertência de Wolney de Macedo Cordeiro (2008, p. 12) no sentido de que o intérprete não deve se valer da justificativa de delegar integralmente ao parlamento as imperfeições do sistema normativo para, com isso, justificar sua omissão e letargia, aguardando que as 'soluções' das incongruências do sistema sejam resolvidas por intermédio de um incerto e tormentoso processo legislativo.

André Puccunelli Júnior (2007, p. 82), por sua vez, ressalta que quando o processo político falha, negligenciando na efetivação dos direitos sociais e, por consequência, na implementação do objetivos sociais da Constituição, cabe ao Judiciário viabilizar, se possível, a fruição de prestações que descendam diretamente desta, sendo inadmissível que, por pura inércia legislativa, os direitos sociais materializem pretensão perenemente irrealizada no tocante à efetividade almejada pelo constituinte de 1988.

Pois bem. A partir das conclusões preliminares acima extraídas, podemos afirmar que o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 permite a opção entre duas decisões antagônicas por parte do Poder Judiciário. Uma mais restritiva e outra capaz de efetivar plenamente o direito[13].

A primeira, relativamente mais simples e direta[14], no sentido de que o art. 7º, I, da

13 Ambas, no entanto, são juridicamente válidas, tendo em vista os princípios da independência judicial e do livre convencimento motivado, que asseguram ao juiz a liberdade de convicção e autonomia funcional no exercício do mister jurisdicional, na forma dos arts. 2º, 93, IX, e 95, I a III, da Constituição Federal de 1988; arts. 35, I, e 40 da LOMAN; art. 130 e 131 e 652 do CPC; e art. 765 da CLT.

14 Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 350) adverte, no entanto, que a "liberdade de convencimento é manifestação do fenômeno mais amplo da própria independência dos juízes, mas, como tudo no processo, também só tem o seu valor quando canalizada para a justiça das decisões. Assim, é dever do juiz afastar posicionamentos, muitas vezes comodistas, que facilitem formalmente o ato de julgar, mas possam torná-lo injusto".

Constituição Federal de 1988 depende de lei complementar para que possa ser aplicado aos casos concretos, sendo, portanto, de eficácia limitada (enquanto norma programática) ou não autoexecutável. Ao adotar esse entendimento o juiz terá como *lícitas* as despedidas arbitrárias ou sem justa causa e, em consequência, julgará improcedentes eventuais pedidos de desconstituição formulados com fundamento naquele dispositivo constitucional, situação que não demanda qualquer outra reflexão ou uma análise mais acurada.

Em sentido oposto, a segunda decisão possível é favorável à aplicabilidade imediata do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, conferindo-lhe máxima efetividada a partir de uma das soluções razoáveis e plausíveis apontadas no capítulo anterior. Serão, então, *ilícitas* as despedidas arbitrárias ou sem justa causa, acarretanto, em consequência, a procedência de eventuais pedidos de desconstituição formulados.

Na segunda hipótese, e diante da ausência da lei complementar referida no dispositivo, caberá ao Poder Judiciário atuar com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 126 do CPC e art. 8º da CLT, construindo uma decisão que compatibilize e harmonize os interesses do capital (livre iniciativa e propriedade privada) com as necessidades do trabalhador (valorização do trabalho, função social da propriedade, pleno emprego, proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária e sem justa causa), tendo como norte, evidentemente, a dignidade da pessoa humana.

Assim, a suposta lacuna normativa será superada com base na dimensão essencialmente criativa da atividade judicial, adaptando o disposto no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 às singularidades de cada caso, atividade que, conforme André Puccunelli Júnior (2007, p. 99), não viola o princípio da separação e independência dos Poderes na medida em que se trata de mera aplicação da própria Constituição, fazendo-a atuar concretamente, provendo sua efetivação. Segundo o autor:

> Mesmo pressupondo um juízo de censura sobre o descaso parlamentar, tal atividade transcorre no âmbito da doutrina de freios e contrapesos, que introduz mecanismos de controle recíproco para evitar que os poderes constituídos, e em especial o legislativo, se distanciem dos valores aos quais devem servir, a saber: os valores constitucionais (2007, p. 98).

No que toca à atuação do Poder Judiciário diante de omissões legislativas no contexto da separação dos poderes[15], o autor defende a necessidade de desenvolvimento de uma jurisprudência vivaz e criativa, livre de mordaças anacrônicas e dogmas já oxidados pelo tempo, que assuma a condição de guardiã e intérprete qualificada da Constituição Federal (2007, p. 105).

A partir de uma analogia com o controle de constitucionalidade da regra positiva, Luiz Guilherme Marinoni defende que o controle da omissão legislativa que impede a efetivação de um direito fundamental também deve ser

15 Reforçando a possibilidade de atuação judicial para suprir omissões legislativas, o autor questiona: "se o Judiciário detém competência para ditar normas que incidirão sobre uma categoria coletiva, por que não teria competência para, em casos individuais, suprir omissões legislativas e tornar efetivo o texto constitucional?" (2007, p. 105)

realizado por todos os magistrados, na medida em que seria completamente irracional retirar deles a possibilidade de dar utilidade à tarefa que lhe foi atribuída pela Constituição, qual seja, prestar uma tutela jurisdicional efetiva (2011, p. 66). Com fundamento na força vinculante das normas constitucionais, o autor sustenta então que "não há razão para o juiz se curvar à ausência de lei, permitindo que os direitos fundamentais se tornem letra morta" (2011, p. 81). Em consequência, defende que "no caso de inexistência ou insuficiência da proteção normativa, o juiz deve, a partir da consideração do direito fundamental, conferir a tutela esquecida pela lei e exigida pela Constituição" (2011, p. 209).

Conforme Flávia Piovesan (2003, p. 107), compete aos órgãos jurisdicionais:

> a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.

Portanto, caberá ao Poder Judiciário, a partir de uma interpretação fundada na supremacia e na máxima efetividade da Constituição, superar as lacunas e obstáculos existentes em prol da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando e protegendo o trabalhador contra as insuficiências legislativas, a partir do conteúdo mínimo do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988.

2.1. A tutela jurisdicional efetiva e específica do direito fundamental ao trabalho

Feitos esses esclarecimentos iniciais, vejamos *como* e *quais* instrumentos processuais existentes permitem a concretização do conteúdo essencial da garantia prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 pelo Poder Judiciário, independentemente da lei complementar referida no dispositivo.

Tendo como ponto de partida o próprio texto constitucional de 1988, devemos ressaltar a importância do art. 5º, XXXV, que, tratando do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional tanto para lesão quanto ameaça a direito, evitando, conforme Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 80), "a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores".

Isso significa, na prática, uma tutela jurisdicional justa, tempestiva e adequada, que assegure não apenas a mera reparação dos danos (com base em simples compensação pecuniária) decorrentes de um ato ilícito já consumado (tutela ressarcitória ou reparatória do dano), como também a tutela específica dos direitos[16], dando-lhes efetiva proteção com foco

16 A tutela específica no âmbito do processo individual é disciplinada pelos arts. 287 e 461 do CPC, enquanto que o art. 11 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) disciplinam a matéria no âmbito dos processos coletivos. Conforme Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 284), "a tutela na forma específica, como é obvio, é a tutela ideal do direito material, já que confere à parte lesada o bem ou o direito em si, e não o seu equivalente. É apenas mediante a tutela específica que o ordenamento jurídico pode assegurar a prestação devida àquela que possui a expectativa de receber um

na integridade dos direitos em si e conferindo ao respectivo titular o mesmo resultado – ou o mais próximo possível – do que teria se as obrigações legais e contratuais tivessem sido adimplidas voluntariamente.

Para Salvador Franco de Lima Laurino (2010, p. 53), a tutela jurisdicional deve reproduzir, na medida do possível, "o mesmo resultado que seria obtido com o cumprimento espontâneo da obrigação, já que o distanciamento entre a resposta do processo e a situação que decorreria da obediência voluntária acarreta desprestígio da autoridade da ordem jurídica". Referindo-se à inadequação da tutela ressarcitória para a tutela efetiva de diversos direitos, o autor destaca que "não basta o consolo de uma indenização que de modo algum é capaz de compensar adequadamente o prejuízo, insuscetível de se medir com o metro da pecúnia, já que nem todos os tecidos se deixam costurar de tal arte que a cicatriz desapareça por inteiro".

Fredie Didier Jr. (2009, p. 40), reportando-se ao princípio da máxima coincidência possível, afirma que "o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional".

Ao tratar da efetividade das decisões judiciais, Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 352-353) destaca que a tutela específica representa enérgica afirmação do próprio ordenamento jurídico-material, justificando o repúdio à facilidade da conversão das obrigações de fazer em pecúnia. Defende que "onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas". Assim, para o autor, diante de uma insatisfação lamentada ou de uma alegação de direito inobservado, a atividade jurisdicional será endereçada, "sempre que possível, ao mesmíssimo resultado jurídico-material específico pelo qual o direito objetivo material haja manifestado sua preferência".

A tutela específica, portanto, é capaz de dar efetiva proteção aos direitos, seja impedindo ou prevenindo a prática do ato contrário ao direito (tutela inibitória da ameaça[17]), seja removendo os seus efeitos concretos para evitar a produção de danos quando o ato já ocorreu (tutela reintegratória ou de remoção do ilícito[18]). Possibilita, com

bem. Não é por outra razão que os arts. 461 do CPC e 84 do CDC, demonstrando uma verdadeira obsessão pela tutela específica, afirmam que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente".

17 A tutela inibitória, de cunho preventivo, objetiva impedir a prática de ato ilícito, sua continuação ou repetição a partir da imposição de obrigação de fazer ou não fazer. Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 205), no particular, assevera que "a ação inibitória, quando voltada a impedir a repetição do ilícito, tem por fim evitar a ocorrência de *outro ilícito*. Quando a ação inibitória objetiva inibir a continuação do ilícito, a tutela tem por escopo *evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita*. Note-se que a ação inibitória apenas pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, *e não quando este já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos*.

18 A tutela de remoção do ilícito ou reintegratória objetiva a remoção dos efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu, reconstituindo o titular do direito violado às condições em que se encontrava antes do ato ilícito, readequando a situação de fato aos termos do direito violado. Conforme Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 205-206), o ilícito que se pretende atingir está no passado, e não no futuro como ocorre com a tutela inibitória. Para o autor, "a evidência da necessidade da remoção do ilícito está na necessidade de dar efetividade às normas de

isso, uma tutela judicial mais coerente, consentânea e adequada às novas funções do Estado[19] atual e às necessidade da sociedade contemporânea[20], enfim, mais comprometida com a efetividade dos direitos fundamentais, já que alguns deles são irreparáveis e outros não restam adequadamente reparados pela tutela meramente ressarcitória, que não garante o direito em si, mas sua mera integridade

direito material que, objetivando a prevenção, proíbem certas condutas. Se o direito material, para evitar o dano, proíbe uma conduta, é evidente que a sua violação deve abrir ensejo a uma ação processual a ela ajustada. Ora, essa ação somente pode ser a de remoção do ilícito, uma vez que o direito material, nesse caso, apenas pode ser reavidado com a remoção dos efeitos concretos do ato contrário ao direito. Em outras palavras, de nada adiantaria a norma de direito material que proibe um agir se não existisse a possibilidade de uma ação processual capaz de permitir a remoção dos seus efeitos concretos. Portanto, essa ação também encontra fundamento no art. 5º, XXXV, da CF, que consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva".

19 Conforme Salvador Franco de Lima Laurino (2010, p. 44), "o Estado social transformou reivindicações populares em novos direitos e deslocou para os tribunais a solução de conflitos sobre relação de trabalho, segurança social, habitação, saúde. A incorporação do operariado e da nova pequena burguesia aos circuitos de consumo, bem como da mulher, que se integrou ao mercado de trabalho, fomentou mudanças nos padrões de comportamento familiar e de casamento. Outras camadas da sociedade passaram a ter direitos até então ignorados e os conflitos cresceram em quantidade e se modificaram na qualidade". José Herval Sampaio Júnior (2011, p. 28), no particular, destaca que "a sociedade hoje é totalmente diferente da de alguns anos atrás e, a partir da Constituição Federal de 1988, em que formalmente se inseriram vários direitos e garantias fundamentais do cidadão, a população começou a se conscientizar desses direitos e principalmente a cobrá-los de quem quer que seja, e é aí que vemos a diferença, pois o Poder Judiciário, com o passar do tempo, a partir desse marco, começou a notar a evolução da sua demanda tanto no aspecto quantitativo como qualitativo, e infelizmente não se preparou para esse momento".

20 A evolução da sociedade sempre foi influenciada por fenômenos sociais, econômicos e políticos, entre os quais podemos destacar a concentração em centros urbanos, a progressiva industrialização, a automação e expansão comercial, o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte, a adoção do modelo capitalista de produção, a democratização do Estado, o crescente desemprego, a globalização, a internet, o rompimento de barreiras econômicas e a internacionalização dos mercados. Tudo isso fez surgir uma nova espécie de conflito social – *conflitos de massa* – que atingem e afetam não apenas o homem singularmente considerado, mas o homem socialmente organizado, o próprio gênero humano, a sociedade, a coletividade. Xisto Tiago de Medeiros Neto (2004, p. 110), analisando o contexto delineado, lembra que "os conflitos, por decorrência, adquiriram uma outra magnitude, de consideração coletiva, em um grau de elevada intensidade, não mais se subsumindo ao universo puramente intersubjetivo, tão característico do período liberal, clássico, impregnado de cogitações individualistas. É certo dizer, assim, que os interesses coletivos (lato sensu) são típicos da sociedade contemporânea, que se voltou para uma perspectiva de caráter social, visualizando, dentro desse contexto, o homem e sua proteção, por ser imprescindível à sua própria existência". No particular, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 750) acrescentam que "a sociedade moderna caracteriza-se por uma profunda alteração no quadro dos direitos e na sua forma de atuação. De um lado, verifica-se a alteração substancial no perfil dos direitos desde sempre conhecidos, que assumem contornos completamente novos (basta pensar na função social do direito de propriedade, na publicização do direito privado e na privatização do direito público), e de outro a ampliação do próprio rol dos direitos, reconhecendo-se direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada." Abordando a crise do paradigma liberal-indivudialista-positivista, Domingos Taciano Lepri Gomes (2006, p. 27) destaca que: "Por força das próprias lutas sociais empreendidas pelos trabalhadores aliadas a combates travados por grupos sociais não tão organizados em razão de uma identificação menos sólida de lutas, como estudantes, profissionais liberais ou a própria burguesia, deu-se a aceleração do processo de crise dos velhos paradigmas pregados e sustentados pelo liberalismo, passando-se a admitir, assim, a titularidade mais ampla para postulação em juízo: não só mais em interesse próprio vem o interessado em juízo defender seus interesses, vez que frente às inúmeras manifestações e combates travados no seio social, força-se o direito a buscar novos paradigmas para açambarcar uma compreensão multifacetada da realidade da sociedade emergente, em constante desenvolvimento, passando-se a absorver, pois, mediante a flexibilização dos antigos arquétipos normativos, conectados a novas formas de organização social, forma de se controlar, prever e dar um novo sentido aos conflitos intersubjetivos e intergrupais".

patrimonial. Houve, pois, a superação do patrimonialismo e a humanização do direito[21].

Nesse contexto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva assegura o gozo de todos os demais direitos em caso de descumprimento concreto ou mera ameaça, fazendo-os valer de modo integral a partir da técnica processual mais adequada.

Assim, e no que toca ao objeto deste artigo, podemos afirmar que o controle judicial das despedidas arbitrárias ou sem justa causa deve ser implementado a partir da tutela específica dos direitos, de forma que deverá o juiz impor ao empregador a obrigação de fazer ou não fazer adequada para repelir a ameaça (tutela inibitória) ou desconstituir a despedida arbitrária ou sem justa causa (tutela de remoção do ilícito), fixando prazo razoável e as medidas coercitivas necessárias e adequada para forçar o cumprimento.

A tutela específica (seja inibitória ou de remoção de ilícito) é a mais adequada para o controle judicial das despedidas arbitrárias ou sem justa causa, a depender, evidentemente, das circunstâncias do caso concreto e do momento em que o Poder Judiciário é acionado. A tutela inibitória será adequada para evitar uma despedida arbitrária ou sem justa causa, impondo ao empregador uma obrigação de não fazer, enquanto a tutela de remoção do ilícito servirá para cessar os efeitos concretos do ato ilícito já praticado, ou seja, da despedida arbitrária ou sem justa causa, impondo a desconstituição da rescisão contratual e a reintegração do empregado.

Portanto, diante de indícios razoáveis ou de ameaça fundada[22], a tutela inibitória será adequada para assegurar a integridade do direito ao trabalho em si a partir de medidas que previnam o próprio ilícito, ou seja, evitem a despedida arbitrária ou sem justa causa. Deverá o Poder Judiciário fazer cessar a ameaça, impondo ao empregador a obrigação de abster-se de despedir o empregado salvo por justa causa (art. 482 da CLT) ou outro motivo não arbitrário a ser previamente informado ao empregado, sob pena de multa ou outra medida coercitiva mais adequada.

Por outro lado, não será adequada a tutela inibitória caso a despedida tenha ocorrido de maneira imotivada e sem que o empregado tenha cometido falta grave, pois

21 Para Salvador Franco de Lima Laurino (2010, p. 58-59), "a crença de que bastava pagar para tudo se permitir significava a própria negação do caráter imperativo das regras jurídicas. Essa concepção implicava a perpetuação do privilégio dos poderosos e, de consequência, a submissão dos mais fracos, que não poderiam ver o seu direito satisfeito senão mediante a transformação em moeda". Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 119) faz semelhante reflexão, ao pontuar que "quem transformou o dever de reparar o dano em obrigação de pagar dinheiro, desconsiderando as reais necessidades do direito substancial, foi a ideia de que todo direito poderia ser convertido em pecúnia, e que assim bastaria, para a tutela contra o dano, a condenação ao pagamento de dinheiro. Porém, a partir da vulgarização desta ideia, ninguém mais se deu ao trabalho de verificar – partindo da concepção de que os direitos, tais como concebidos na sociedade contemporânea, não podem ser convertidos em pecúnia (e assim das novas necessidades de tutela do direito substancial) – se o processo poderia prestar a reparação de dano na forma específica. Se o dever de reparar o dano é, antes de mais nada, uma obrigação de fazer, e o juiz, em face dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, pode ordenar um fazer sob pena de multa, estas devem ser consideradas as bases processuais da tutela ressarcitória na forma específica".

22 A título de exemplo podemos citar a concessão de aviso prévio sem qualquer informação sobre o motivo da despedida e a existência de fortes rumores de despedida no âmbito da empresa sem qualquer motivação razoável.

o ato ilícito já está consumado, não havendo mais o que prevenir. Caberá, então, a tutela de remoção do ilícito, com a desconstituição da rescisão contratual em razão de sua ilicitude e a consequente reintegração do trabalhador no respectivo emprego, valendo-se o juiz das medidas coercitivas necessárias e adequadas para assegurar o retorno ao *status quo ante.* Poderá, ainda nesse caso, ser deferida tutela inibitória concomitantemente, impondo ao empregador uma obrigação de não fazer consistente em não mais despedir o empregado, salvo por justa causa (art. 482 da CLT) ou outro motivo não arbitrário a ser previamente informado ao empregado, sob pena de multa.

Tudo isso, evidentemente, não exclui nem inviabiliza a possibilidade de cumulação da tutela específica com a tutela ressarcitória, aquela para proteger e preservar o direito fundamental ao trabalho e esta para ressarcir os danos materiais e morais eventualmente ocasionados pela despedida arbitrária ou sem justa causa, inclusive o salário do período de afastamento indevido.

Fica claro, então, que a tutela meramente ressarcitória não se presta a restaurar a efetividade do direito fundamental ao trabalho, já que a monetarização deste não é coerente com um sistema constitucional pautado na dignidade da pessoa humana e na valorização do trabalho.

Ora, ao estabelecer a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I) e pautar a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na busca do pleno emprego (art. 170), a Constituição Federal de 1988 certamente não pretendeu assegurar ampla liberdade ao empregador, de forma a limitar e restringir o direito fundamental ao trabalho (digno e decente) a uma singela compensação pecuniária, equivalente a 40% dos depósitos efetuados na conta vinculada do FGTS.

A mera indenização financeira (art. 10 do ADCT) não constitui, em definitivo, proteção adequada nem suficiente para o direito fundamental ao trabalho, devendo ser rechaçada qualquer tentativa de monetarização ou mercantilização, sob pena de perpetuar os abusos e privilégios ilegítimos dos empregadores em detrimento do mais caro valor constitucional, que é a dignidade da pessoa humana.

A tutela específica do direito previsto no art. 7.º, I, da Constituição Federal de 1988, portanto, deve proporcionar o bem da vida a que o trabalhador teria direito se o dispositivo não tivesse sido violado com uma despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como assegurar o retorno ao *status quo ante,* o que só é possível a partir da desconstituição da rescisão contratual e reintegração do trabalhador (remoção do ilícito), devolvendo-lhe o emprego subtraído de maneira inconstitucional.

Nesse contexto, a reintegração só deve ser convertida em indenização compensatória a ser fixada pelo juiz (art. 461, §1º, do CPC) caso seja desaconselhável em razão das circunstâncias do caso concreto ou a pedido do trabalhador, titular do direito. E mais, conforme exposto no capitulo anterior, a indenização será devida em razão da violação do direito fundamental ao trabalho, sem prejuízo da indenização prevista no art. 10 do ADCT para os casos de despedidas lícitas (ou seja, não arbitrárias).

2.2. Extrapetição como requisito necessário

da tutela efetiva e específica do direito fundamental ao trabalho

Não obstante o alcance e a eficácia da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como a existência de técnica processual adequada para a tutela efetiva e específica dos direitos, os trabalhadores e respectivos advogados postulam, em regra, tutela meramente ressarcitória em face de despedidas arbitrárias e sem justa causa. A pretensão, no particular, é limitada a indenização prevista no art. 10 do ADCT, ou seja, multa de 40% do FGTS.

Abstraindo os reais e possíveis motivos deste procedimento, já que extrapolam o objetivo deste artigo, podemos afirmar que isso não impede o deferimento da tutela específica do direito fundamental ao trabalho de ofício pelo juiz, pois não prevalece mais a regra da adstrição ao pedido (arts. 128 e 460 do CPC).

Conforme José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 70), o direito material é que deve limitar a atuação jurisdicional, já que fixa "a extensão do direito a ser reconhecido e atuado pelo juiz, que não deve ficar aquém, mas também não pode ir além do permitido pelo ordenamento material". Em outra obra (2010, p. 92), o autor sustenta que o processo é instrumento de realização do direito material e a forma o instrumento destinado a fazer com que aquele alcance seus objetivos, de maneira que "a forma não é fim, é meio. E como tal deve ser tratada".

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 223), por sua vez, considera a quebra da regra da adstrição do juiz ao pedido uma das grandes inovações do direito processual brasileiro, tendo decorrido da tomada de consciência de que a efetiva tutela dos direitos depende da elasticidade do poder do juiz. Assim, para o autor, as disposições do art. 461 do CPC e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) ampliaram o poder do juiz ao ponto de possibilitar a desvinculação do pedido e, em consequência, a concessão tanto da tutela solicitada quando outra que assegure o resultado prático equivalente. O juiz, ainda segundo o autor, "tem o poder de conceder o que foi pedido pelo autor, ou algo que, vindo em sua substituição, seja efetivo e proporcional, considerando-se os direitos do autor e do réu".

Em outra obra, o citado autor reafirma "a possibilidade de o juiz determinar atuação diferente daquela que foi pedida, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da obrigação originária". Refere-se, no particular, ao próprio pedido mediato, ou seja, "a providência (e não apenas o provimento ou o meio executivo) que foi pedida". Nesse sentido, e a partir da ideia de que "o juiz deve ter o poder decisório suficiente para garantir a adequada e efetiva tutela do direito", defende a possibilidade de sub-rogação de uma obrigação em outra para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao do adimplemento. Para tanto, afirma que o juiz tanto pode deixar de atender o pedido formulado pelo autor (ainda que da tutela específica da obrigação originária) para deferir outra providência que assegure o resultado prático equivalente, como pode conceder a própria tutela específica da obrigação originária nos casos em que o pedido do autor é de providência equivalente (2006, p. 158-159).

No mesmo sentido, Sidnei Amendoeira Jr. (2006, p. 77) sustenta que o art. 461, §5º,

do CPC permite ao juiz entregar "resultado equivalente ao pedido pela parte e não propriamente e apenas o resultado específico por ela pretendido, sem que isso importe em violação ao princípio da demanda". Para o autor, há impedimento de o juiz entregar tutela incompatível com a pedida, podendo, com isso, corrigir defeitos processuais, atuar de ofício no que toca à instrução e até conceder medidas que garantam o resultado útil do procoesso.

Júlio César Bebber (2011, p. 197), por sua vez, defende proposta de alteração da CLT[23] para fins de eliminação da regra que impõe a adstrição do juiz ao pedido, "liberando-o para conceder coisa diferente e/ou superior ao que fora pleiteado, diante da análise dos fatos e das provas presentes nos autos do processo", a partir da necessidade de uma maior aproximação entre o processo e o direito material, na busca por efetividade.

Sérgio Cruz Arenhart (2013), na mesma linha, defende a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas inibitória, reintegratória e ressarcitória. Para o autor, a fungibilidade é possível por uma estrita questão de lógica, sendo, além disso, uma imposição necessária em concessão ao princípio da instrumentalidade, que preside o sistema processual brasileiro. Em consequência, o formalismo não deve se sobrepor à tutela adequada (ou, então, menos inadequada) do interesse e dos objetivos do processo.

Para José Roberto dos Santos Bedaque (2010, p. 109-110), o formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo, estando o Estado comprometido com a correta solução das controvérsias e não com a forma do processo. Ainda conforme o autor, não se pode admitir que o rigor formal injustificado acabe produzindo injustiça no plano material, cabendo, no particular, a interpretação teleológica das regras sobre forma do ato processual (2010, p. 436). Quanto a fungibilidade, defende que "não deve ficar limitada às hipóteses previstas em lei ou consagradas na doutrina e na jurisprudência. É de ser considerado princípio geral do sistema processual, tanto quanto o da instrumentalidade ds formas" (2010, p. 120), do qual é decorrência lógica.

Na prática, essa fungibilidade, plasticidade ou mesmo sub-rogação de uma obrigação em outra, em razão da quebra da adstrição do juiz ao pedido formulado pelo autor, significa que o juiz pode – de ofício – deferir a tutela específica do direito fundamental ao trabalho e determinar a reintegração do trabalhador quando constatar que a despedida foi arbitrária ou sem justa causa, mesmo nos casos em que pretensão deduzida é de uma tutela meramente ressarcitória (relativa a indenização prevista no art. 10 do ADCT).

Ora, como exposto acima, a tutela específica tem prioridade em relação a qualquer outra, pois proporciona exatamente o bem da vida a que o trabalhador teria direito se o dispositivo não tivesse sido violado com uma despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como assegurar o retorno ao *status quo ante*. O que está em disputa não é a indenização, a reintegração ou outra providência equivalente,

23 Em consequência, propõe a adoção genérica da *ultra* e *extrapetição*, mediante a alteração da CLT para contemplar o seguinte dispositivio: "Art. 831-A. Analisados os fatos e provas presentes nos autos e observado o contradiotório prévio, o juiz poderá proferir sentença de natureza diversa da pedida pelo autor, bem como condenar o réu em quantidade superior e em objeto diverso do que lhe foi demandado".

mas, na verdade, o direito fundamental ao emprego, que merece tutela efetiva e adequada. A proteção, portanto, seja por tutela ressarcitória ou específica, é do direito fundamental ao trabalho, caçando-se os atos ilícitos que implementaram a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Assim, e considerando que o titular do direito é o trabalhador, a ele compete a escolha entre uma ou outra forma de tutela (ressarcitória ou específica do direito), na forma do art. 461, §1º, do CPC, pelo que é necessário, até mesmo em respeito ao necessário contraditório e ampla defesa, facultar às partes a possibilidade de se manifestarem sobre a tutela específica que se pretende deferir.

2.3. As vantagens da tutela coletiva do direito fundamental ao trabalho

Ainda com base na Constituição Federal de 1988, podemos afirmar que o sistema brasileiro de acesso dos trabalhadores à Justiça do Trabalho é integrado de três subsistemas, e não de dois como ocorre com o sistema processual civil comum.

O primeiro deles – o individual – é regulado basicamente pelas disposições da CLT, assegurando o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho pelos dissídios individuais, sejam eles materializados em reclamações trabalhistas simples (individuais) ou plúrimas (em que há litisconsórcio ativo). O autor, nessas ações, é o próprio o trabalhador; o réu, em regra, o tomador de serviço e eventuais responsáveis subsidiários ou solidários.

O segundo subsistema, também regido pela CLT mas fundamentado no Poder Normativo da Justiça do Trabalho, regula o acesso coletivo dos trabalhadores mediante dissídios coletivos de natureza econômica (caráter constitutivo, visando a criação de normas gerais e abstratas), jurídica (viés meramente declaratório, visando a interpretação de norma coletiva anterior ou pronunciamento sobre abusividade de greve) ou mista. Conforme Carlos Henrique Bezerra Leite (2008, p. 309), os dissídios coletivos são "ações destinadas à defesa de interesses gerais e abstratos da categoria, profissional ou econômica, que têm por objeto, via de regra, a criação de novas normas ou condições de trabalho mais benéficas que as previstas em lei". Como as sentenças normativas não possuem carga condenatória, os dissídios coletivos (também denominados ações coletivas *stricto sensu*) não viabilizam pretensões ressarcitórias. Possibilitam, no entanto, providências de cunho inibitório.

O terceiro subsistema, disciplinado pela Constituição Federal de 1988, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), pelas Leis Orgânicas do Ministério Público da União (Lei Complementar n.º 75/93) e do Ministério Público dos Estados (Lei n.º 8.62593), entre outras leis esparsas, trata do acesso metaindividual[24] à Justiça do Trabalho, ou seja,

24 Responsável pela tutela dos conflitos de massa, esse subsistema é voltado para a socialização (função social) e democratização do processo. Busca-se a efetividade do processo e a pacificação social através da solução preventiva (tutela inibitória), homogênea e célere de questões que atingem um número, em regra, infindo de pessoas, liberando-as dos entraves das ações individuais. Por outro lado, protegem-se bens jurídicos cuja lesão pode ocasionar consequências algumas vezes imprevisíveis. A tutela coletiva, no particular, também contribui para a efetivação do amplo acesso à justiça, na medida em que ameniza barreiras de ordem econômica, financeira, técnica, cultural e psicológica, facilitando

da tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos[25]. Nesse subsistema, diferentemente do que ocorre com o anterior, não há a criação de novas condições de trabalho ou novas normas. Em regra, as ações são de natureza condenatória, impondo ao réu uma obrigação de fazer ou não fazer e/ou, ainda, a condenação em dinheiro, quando impossível ou inviável a tutela específica.

No âmbito trabalhista, caracterizado pela complexa e conflituosa relação entre o capital e o trabalho, a tutela coletiva possibilita a equivalência processual material entre trabalhadores e empregadores pela legitimidade extraordinária reconhecida a determinados órgãos e entidades (principalmente o Ministério Público do Trabalho e sindicatos), conferindo um maior equilíbrio entre as partes. Isso possibilita a prevenção ou reparação imediata da violação dos direitos dos trabalhadores mesmo na vigência da relação de trabalho[26], a partir da atuação efetiva e concreta dos respectivos substitutos processuais de forma genérica, sem individualização dos beneficiários e independentemente de autorização destes, evitando ou amenizando eventuais represálias

a defesa de interesses e direitos dos hipossuficientes ou grupos socialmente fragilizados (crianças, idosos, enfermos, consumidores, trabalhadores e outros grupos de vulneráveis), facilitando o acesso à justiça daqueles que individualmente não teriam meios (em razão do custo do processo) ou mesmo interesse (em razão da insignificância monetária do direito ou interesse) de litigar em juízo. Outra vantagem da tutela coletiva é a facilitação do tratamento processual de causas pulverizadas, conferindo tratamento molecular às lides, com significativa racionalização do próprio funcionamento do Poder Judiciário a partir da economia processual e uniformidade das decisões. Assegura-se, então, uma igualdade material entre os litigantes, na medida em que são neutralizadas as vantagens dos litigantes habituais e daqueles mais fortes pelo instituto da legitimidade extraordinária.

25 Devemos esclarecer que a classificação em difusos, coletivos e individuais homogêneos (conforme o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor) leva em consideração o tipo de pretensão deduzida em juízo (causa de pedir e pedido) e não o fato/ato jurídico ou mesmo a matéria que motivou o ajuizamento da ação. Assim, um mesmo ato/fato pode ensejar pretensões visando a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a depender do enfoque. No particular, Nelson Nery Júnior (1991, p. 25) classifica como erro metodológico a qualificação de um direito como sendo difuso, coletivo ou individual. Para o autor, "correntemente vê-se a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e o que o de indenização por prejuízos particulares seria individual. A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o 'Bateau Mouche IV', que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes".

26 A realidade tem demonstrado que os trabalhadores só reivindicam seus direitos após o fim da relação laboral, em função do receio de ter o pacto rescindido na hipótese de demandar contra o empregador (ou tomador de serviço em geral) no curso daquela. Ao final do contrato, muitas vezes a pretensão do trabalhador tem sido atingida pela prescrição, ficando o trabalhador no prejuízo por não poder mais pleitear a devida reparação. Desse modo, o trabalhador geralmente tem ficado diante do seguinte dilema: demandar no curso da relação e correr o risco de perder o emprego ou aguardar o fim da relação para demandar e ter a pretensão ou parte dela fulminada pela prescrição. Assim, e apesar de assegurada a inafastabilidade da jurisdição e a proteção da relação de emprego pela Constituição Federal de 1988, o ajuizamento de reclamação trabalhista (ação individual) ainda tem ocasionado a dispensa de alguns trabalhadores. Essa questão tem conferido à Justiça do Trabalho o título de "*Justiça dos desempregados*", na medida em que os trabalhadores, em regra, só ingressam em juízo quando não estão mais empregados.

por parte dos empregadores[27].

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Após o que foi exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

a) a sociedade vive em constante evolução, sempre influenciada por fenômenos sociais, econômicos e políticos, entre os quais podemos destacar a concentração em centros urbanos, a progressiva industrialização, a automação e expansão comercial, o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte, a adoção do modelo capitalista de produção, a democratização do Estado, o desemprego, a globalização, a internet, o rompimento de barreiras econômicas e a internacionalização dos mercados, entre outras questões. A globalização econômica, ínsita à vigente ordem econômica mundial, tem acarretado a precarização do mercado de trabalho e, em consequência, a violação dos princípios e direitos fundamentais dos trabalhadores;

b) o trabalho digno e decente, enquanto direito fundamental do homem e instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, está fragilizado, gerando um quadro de instabilidade social, com dispensas arbitrárias e desemprego estrutural e em massa. Urge, pois, a adoção de políticas públicas que garantam a inclusão social e a compatibilização dos interesses do capital e do trabalho, de forma que a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência valorizem o trabalho humano, a função social da propriedade, o pleno emprego e o trabalho digno e duradouro, responsável pela integração do trabalhador ao mercado de trabalho;

c) o Estado e a sociedade devem se unir para superar entraves e obstáculos socioeconômicos, harmonizando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, garantindo o primado do trabalho decente e assegurando subsistência digna ao trabalhador e à sua família, em prol da melhoria de sua condição social, o que pressupõe a observância e efetivação dos direitos fundamentais;

d) a Constituição de um país deve ser encarada como uma carta-programa aberta ao futuro, com vistas à efetivação dos seus preceitos, jamais para negá-los. Assim, a Constituição Federal de 1988, a partir de seus valores e princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, não assegura ao empregador o direito potestativo de despedir sem qualquer justificativa ou motivação. Ao contrário, assegura a proteção do emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, que não pode ser vista apenas e exclusivamente sob o aspecto financeiro (como um mero custo trabalhista), mas, principalmente, a partir do efeito inibitório

27 Ao tratar desse tema, Carlos Henrique Bezerra Leite (2002, p. 157) expõe que a jurisdição trabalhista metaindividual busca efetivar o princípio constitucional da igualdade substancial entre os cidadãos-trabalhadores, já que "o trabalhador sozinho apresenta-se bastante vulnerável para exercitar o direito constitucional de acesso ao Judiciário, máxime se levarmos em conta que a Justiça do Trabalho é, no plano real, a 'Justiça dos Desempregados', pois a regra geral é a de que o trabalhador, durante a vigência do contrato de trabalho, tem o fundado receio de perder o emprego. É a chamada paralisia temporária do direito de demandar. Daí a importância da implementação da jurisdição trabalhista metaindividual, que permite o acesso igualitário dos trabalhadores por meio de instituições ou associações que têm o papel de defender e proteger os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e sem o temor de figurarem formalmente na relação jurídica processual".

de proibir despedidas imotivadas;

e) o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 não é apenas mais uma norma meramente programática completamente dependente de legislação futura. É, na verdade, norma constitucional plenamente apta para ser aplicada de imediato a todas as relações de emprego e, com isso, vedar a despedida arbitrária ou sem justa causa de empregados mesmo na ausência da lei complementar e ainda que não possuam estabilidade ou outra garantia de emprego específica. Em razão da força normativa e vinculante, o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 estabelece que nem os empregadores nem o Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, podem praticar ou editar atos que materializem, facilitem ou induzam despedidas arbitrárias ou sem justa causa, já que o próprio constituinte de 1988 cuidou de classificá-las como antijurídicas. Portanto, são arbitrárias as despedidas que carecem de motivação relevante ou socialmente aceitável, bem como aquelas cuja motivação seja inexistente, irrelevante, acarrete violação a direito fundamental ou discriminação dos trabalhadores, já que atentam contra os bons costumes, carecem de propósito econômico e social ou, ainda, são destituídas de boa-fé;

f) as normas e os princípios constitucionais que tutelam o pleno emprego no Brasil ainda não receberam o tratamento constitucional adequado e merecido por parte do Poder Legislativo, que ainda não regulamentou a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou imotivada (art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988). Diante desse quadro de manifesta mora legislativa essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de forma a se obter eficácia plena e imediata, pois não é admissível nem razoável que a mora do Estado restrinja ou impeça o gozo de direitos fundamentais. Além disso, negar aplicação ao art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 é subverter os fins sociais da norma, negando eficácia ao seu conteúdo essencial e indisponível;

g) há meios adequados para superar a omissão legislativa inconstitucional e, com isso, sancionar adequadamente os eventuais excessos e abusos dos empregadores nas despedidas, assegurando e efetivando o direito fundamental ao trabalho e sua continuação, como requisito imprescindível para a valorização do trabalho e o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado e aplicado de forma a alcançar a máxima efetividade, já que disciplina uma das facetas do direito fundamental ao trabalho (digno e decente), qual seja, a manutenção do emprego e sua proteção contra investidas arbitrárias e imotivadas do empregador, assegurando, como consequência lógica, a reintegração do empregado em tais circunstâncias, ainda que não reste configurada qualquer hipótese específica de estabilidade ou de garantia do emprego, já que o resgate do contrato é consequência natural da nulidade da despedida.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da**

tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. Coleção Atlas de Processo Civil, coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: www.academia.edu/221841/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda. Acesso em: 15.dez.2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005

BEBBER, Júlio César. **Processo do trabalho: adaptação à contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: a influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Garantia de indenidade no Brasil: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represália patronal.** São Paulo: LTr, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas.** Niterói: Impetus, 2010.

CECATO, Maria Áurea Baroni. Direitos humanos do trabalhador: para além do paradigma da Declaração de 1998 da OIT. In: Rosa M. Godoy *et al*. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos.** p. 351-371. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Manual de execução trabalhista: aplicação ao processo do trabalho das Leis n.º 11.232/2005 (Cumprimento da sentença) e 11.382/2006 (Execução de títulos extrajudiciais).** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade.** São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas De; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013, p.250-256.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____ **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOMES, Domingos Taciano Lepri. Da

constitucionalidade do art. 16 da lei de ação civil pública. Limitação da coisa julgada no âmbito territorial do órgão prolator. SANTOS, Enoque Ribeiro dos (coordenador). **Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público**. São Paulo: LTr, 2006, p. 25-52.

GOMES, Maíra Neiva; COSTA, Cynthia Lessa da. Direito do trabalho e constitucionalismo. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas De; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado.** São Paulo: LTr, 2013, p.257-267.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

HARVEY, David. **Espaços de esperança**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 2. ed., São Paulo : Edições Loyola, 2006.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Tutela jurisdicional: cumprimento dos deveres de fazer e não fazer**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Ltr, 2002.**

_____ . **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____ A proteção da relação empregatícia no estado democrático de direito. In: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas De; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social:** um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013 p.237-249.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito.** Bruno Miragem, tradução. Cláudia Lima Marques, notas. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa: aspectos do direito material e processual do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____ . **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____ . **Teoria geral do processo.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2004.

MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil,**

Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: LTr, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. O processo civil no código de defesa do consumidor. **Revista de processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 61, p. 24-35, jan-mar/1991.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PORTO, Noemia. **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo: LTr, 2013.

PUCCUNELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência: sistematização das liminares**. São Paulo: Atlas, 2011.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho: versão universitária.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____ . **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segradas e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21a ed., vol. I. São Paulo: LTr. , 2003.

A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO Nº 158, DA OIT VINCULADA AO SEU CONTEÚDO NORMATIVO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Kelly Pauline Baran

Introdução

Enquanto tratados internacionais, especificamente no Direito Internacional do Trabalho predominam as convenções abertas, com conteúdo uniforme e protetivo ao trabalho, tal como a Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho, que se preocupou em proteger um direito fundamental e inerente à personalidade do ser humano, o seu vínculo de trabalho.

Entretanto, para se aferir o grau de eficácia específico desse tipo normativo, imprescindível avaliar não só o aspecto formal como também material da Convenção internacional, pois o Brasil é adepto da teoria monista, a qual implica incorporação das normas internacionais na legislação interna. Essa incorporação ocorre tradicionalmente e, conforme prevê o texto constitucional, com a ratificação, um ato complexo, com participação do Legislativo e Executivo e com procedimento próprio.

Martins (2012) preceitua que a ratificação é a maneira de se conferir validade ao tratado, mostrando que o governo aprova o pacto, sendo que este passa a integrar sua ordem jurídica interna.

Quanto ao nível de eficácia, Gunther (2011) salienta que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 passou a prever que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em dois turnos de cada casa, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ressaltando que as regras internacionais sobre direitos humanos aprovadas anteriormente à essa alteração, terão força supralegal no ordenamento jurídico interno.

Especificamente em relação à Convenção nº 158, procedimento de ratificação anterior à referida emenda constitucional, esse processo foi ainda mais controvertido e complexo, pois sofreu a denominada denúncia, ato cuja constitucionalidade ainda é objeto de



Kelly Pauline Baran

Mestranda em Planejamento e Governança Pública na Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Possui especialização em Assessoramento na Jurisdição Trabalhista pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (2013), especialização em Direito Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst, 2008).

discussão perante o Supremo Tribunal Federal. Para Delgado (2012), a Convenção nº 158 teve vida curta no Direito brasileiro, possivelmente por nele ingressar em período de manifesto desprestígio do segmento jurídico trabalhista – a década de 1990. O Presidente da República, poucos meses após o início de vigência do diploma internacional, fez depositar na OIT, em 20.11.1996, denúncia da respectiva Convenção, declarando internamente tal denúncia pelo Decreto Presidencial n. 2.100, de 25.12.1996.

Nessa mesma época, apenas um ano depois, o STF se pronunciou pela inconstitucionalidade da referida Convenção no que se refere ao limite de dispensar, sob o argumento que o art. 7º, I, da Constituição Federal não é autoexecutável, necessitando de lei complementar para lhe conferir eficácia (DELGADO, 2012).

Referida denúncia, entretanto, não foi submetida ao Congresso Nacional, como preceitua o art. 49, I, da Constituição Federal, dando ensejo a ADI 1526, em face do Decreto Presidencial, a qual ainda encontra-se pendente de julgamento.

Importante enfatizar que tanto o Ministro Joaquim Barbosa, como a Ministra Rosa Weber já expressaram voto de total procedência à declaração de inconstitucionalidade.

Para Mello Filho (1996), a Convenção nº 158 foi automaticamente recepcionada ao ordenamento jurídico brasileiro, já que a Constituição, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, não exclui outros direitos "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Fato é que a validade e eficácia formal de referida disposição ainda está longe de ser resolvida, quiçá de modo positivo.

Entretanto, tal situação não afasta totalmente a aplicação da Convenção nº 158 em casos singulares, enquanto fonte material de Direito, em especial pelo que dispõe o art. 4º da Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e art. 8º da CLT, servindo como exemplo e princípio norteador na aplicação da legislação ao caso concreto, como já é possível verificar na Jurisprudência paranaense.

O conteúdo normativo da Convenção nº 158, da OIT

Destaca-se, desde logo, que não pretende a Convenção nº 158 da OIT estabelecer qualquer forma de estabilidade, que era uma qualidade anteriormente adquirida pelo empregado pelo decurso do tempo, prestando serviço para um mesmo empregador (HENRIQUE, 1996).

Nas lições de Henrique (1996), o espírito da convenção funda-se, antes de mais nada, na manutenção do emprego, enquanto posto de serviço socialmente considerado; enquanto oferta de emprego. Enquanto a estabilidade busca a garantia do emprego em âmbito individual, a Convenção está calcada no maior número *possível* de empregos.

No mesmo sentido, Resende (2010) defende que a proteção contra o desemprego deve ocorrer de duas formas: "com o alargamento do Direito do Trabalho àqueles que estão excluídos de sua proteção, e, por outro lado, assegurar àqueles que se encontram sob a égide da proteção social a sua permanência".

O desemprego é maléfico tanto no aspecto pessoal, como também tem ampla repercussão na sociedade. Com isso, traz prejuízos

individuais, familiares e sociais, repercutindo, inclusive, na criminalidade. Ainda sugere-se que o trabalhador dispensado tem perda de sua capacidade produtiva com o passar do tempo e pode não conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho (RESENDE, 2010).

Nesse sentido, o norte da Convenção é pautado na base de que o arbitrário não pode ser considerado como direito. No direito comum, a arbitrariedade, a concessão de direito potestativo a uma das partes em detrimento da outra, sempre gerou repúdio. Assim que deve ser vista a dispensa arbitrária, nessa zona de repulsa.

Comungando do mesmo entendimento, frisa Maciel (1996):

> Ora, a referida Convenção não proíbe a demissão, mas exige que ela seja justificada, e esse princípio da proteção ao emprego é consagrado, por ser o emprego um direito social que importa na impossibilidade de seu término por arbítrio, vestígio de costumes usados por empresários de uma época que já passou.

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

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

A mais significativa das alterações da referida convenção, que se pretende frisar, é que flexibiliza justamente o caráter puramente potestativo da dispensa, pois o seu artigo 4º estabelece que

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

Ou seja, não teríamos mais a dispensa imotivada, mas ressaltando que a motivada não se restringe às causas motivadoras da justa causa, que são gravíssimas e já previstas no ordenamento pátrio. Dentre outras possibilidades de dispensa motivada, se encontraria a prática da atual necessidade da empresa de serviço qualificado.

Importante salientar que o artigo 7º da referida convenção ainda estipula que, quando a dispensa for motivada em decorrência de comportamento ou desempenho do empregado, primeiramente deve-se dar à ele a oportunidade de se defender das acusações.

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

Henrique (1996) questiona qual seria o motivo de resistência pelos empresários a uma garantia de manutenção do emprego, se mantidas as condições que levaram à contratação, se, para o empregador, pouco importa quem presta a atividade, desde que se produza o resultado esperado.

Nessa mesma defesa, Maciel (1996) afirma, com respaldo, que urge recuperar a figura do trabalhador, colocando a economia como meio e o homem como meta. A rotatividade da mão-de-obra não representa somente uma necessidade da empresa, mas muito mais do que isso. É, em si, uma negação do contrato que se lança no tempo. Com isso, a obtenção de um emprego não representa mais para o empregado uma segurança, pois, a qualquer momento, ele sabe que poderá ser dispensado.

Assim, Henrique (1996) defende que o empregado passa a se tornar dependente, sob a óptica psicológica, do empregador, vendendo, dessa forma, não só a sua força de trabalho, mas a sua cidadania.

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

A Convenção nº 158 retira do empregador esse direito potestativo de dispensar o empregado, sem, contudo, dele retirar qualquer parcela de seu poder diretivo. O empreendimento passa a ser visto no que tem de social, enquanto gerador de empregos (HENRIQUE, 1996).

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

Eficácia de normas de proteção à direitos fundamentais perante particulares

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

Os direitos humanos fundamentais se aplicam a todos os poderes públicos e exercem sua eficácia vinculante, segundo Sarlet (2007), também na esfera privada. Essa questão da eficácia privada, externa ou horizontal dos direitos fundamentais constitui um dos temas que suscita mais controvérsia no âmbito dos direitos fundamentais. Ficam excluídos dessa discussão aqueles direitos fundamentais direcionados exclusivamente ao Estado, como, por exemplo, o direito à assistência social e à previdência social. Também são excluídos aqueles direitos direcionados diretamente aos particulares, como o direito à indenização por danos morais no caso de abuso da manifestação do livre pensamento e os direitos dos empregados, que têm como destinatários os empregadores (SARLET, 2007).

Esclarece Sabino (2010) que o sujeito vinculado à observância dos direitos fundamentais, historicamente, é o Poder Público, para a proteção dos indivíduos frente ao Estado. Não há dúvidas quanto à eficácia vertical dos direitos humanos, ou seja, a incidência

dos direitos humanos naquelas relações que ocorrem entre o Estado e o particular. Nesse sentido, os direitos fundamentais são "direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado".

No entanto, a eficácia vertical dos direitos fundamentais mostrou-se insuficiente, tendo em vista que muitas vezes não é o Estado quem viola esses direitos, mas essencialmente os particulares, principalmente aqueles que possuem poder econômico ou social. Assim, para proteger os direitos fundamentais tornou-se necessária a vinculação dos entes privados, o que se denomina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (SABINO, 2010).

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

A doutrina liberal negava a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas. Com a superação dessa doutrina, pode-se afirmar a existência de duas doutrinas principais que dispõem sobre a eficácia dos direitos humanos no âmbito particular, são elas a teoria da eficácia direta e a teoria da eficácia indireta. Ambas essas teorias defendem a eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações entre particulares (VECCHI, 2009).

Os pensadores da eficácia indireta ou mediata, que tem como um de seus principais defensores *Dürig*, defende que os direitos fundamentais precisariam ser recepcionados pelo direito privado para poderem ser aplicados. Assim, os direitos fundamentais influenciam a interpretação e aplicação do direito privado. Assim, essa teoria não nega a aplicação dos direitos fundamentais nas relações individuais, mas defende haver um limite a essa aplicação (SABINO, 2010).

Já a doutrina que defende a eficácia direta ou imediata, liderada originalmente por *Nipperdey* e *Leisner*, defende que o direito privado não poderia ficar à margem da ordem constitucional, havendo uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, tendo em vista a força normativa da Constituição e a validade dos direitos fundamentais para toda a ordem jurídica (SARLET, 2007).

Segundo Sabino (2010), quando inexistir previsão legislativa sobre a aplicação de determinada norma de direito fundamental, sua aplicação deve ser direta nas relações privadas, tendo em vista a unidade do ordenamento jurídico, a força normativa da Constituição e a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal estabelece que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, sem excluir os particulares de seu âmbito de aplicação, nem tão pouco afirma a Constituição que os direitos fundamentais vinculam apenas o Poder Público. Assim, aplica-se de forma direta os direitos fundamentais nas relações privadas, até mesmo porque existem indivíduos e corporações que possuem poderes suficientes para violar direitos fundamentais com mais intensidade que o próprio Estado (SABINO, 2010).

Por outro lado, Sarlet (2007) argumenta que quando a relação jurídica se dá entre indivíduos em condições de relativa igualdade, o princípio da liberdade deve prevalecer. Assim, aceita-se a eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos

casos em que a dignidade da pessoa humana possa estar ameaçada ou quando houver uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal. Nas demais relações entre particulares, defende a presença de ao menos a eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais. Dessa forma, as normas de direito privado não podem contrariar os direitos fundamentais, devendo aquelas ser interpretadas conforme os parâmetros axiológicos constantes das normas de direitos fundamentais.

No que se refere ao direito do trabalho especificamente, o contrato de trabalho pressupõe uma relação jurídica entre empregado e empregador, com a subordinação jurídica do primeiro, que se obriga a prestar serviço de forma não eventual e de forma remunerada e pessoal ao segundo. Essa relação é assimétrica, pois de um lado tem-se o empregado subordinado e do outro o empregador, que possui poder de direção, podendo, inclusive, punir o empregado que descumprir as obrigações do contrato (VECCHI, 2009).

O poder empregatício deve ser exercido nos limites da ordem jurídica, havendo necessidade, portanto, de se proteger os direitos humanos fundamentais nessas relações empregatícias (VECCHI, 2009).

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

O conceito de direitos fundamentais decorre da evolução social, de modo que a sociedade determina o que é o bem maior a ser protegido, que determina a eleição de novas prioridades no campo do direito, “passa-se da supremacia do direito de propriedade para o reconhecimento do direito do trabalho e sua colocação como direito fundamental” (MANUS, 1996).

Os direitos fundamentais sociais especificamente direcionados aos trabalhadores são, em geral, diretamente aplicáveis e exigíveis perante os empregadores. No entanto, os direitos humanos fundamentais que não são específicos a determinados grupos suscitam questionamentos quanto à sua eficácia na relação de emprego. Vale ressaltar que a pessoa humana, ao ser empregado, não perde essa condição, necessitando de proteção de sua dignidade (VECCHI, 2009).

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

O tema ora em análise é de suma importância, tendo em vista que nas relações de trabalho os direitos humanos fundamentais possuem maior vulnerabilidade. Os direitos fundamentais previstos no artigo 7º da Constituição são aplicados às relações privadas, o que se discute é se outros direitos fundamentais, tradicionalmente dirigidos para proteger a pessoa frente ao Estado seriam aplicáveis nas relações de trabalho (SABINO, 2010).

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

totalmente anulado (SABINO, 2010).

Nesse sentido que defende-se que o direito potestativo de dispensar não é absoluto, estando, pois, sujeito a limitações. Como exemplo, tem-se o sistema da Convenção 158, que restringe o âmbito que é conferido ao direito potestativo de rescisão unilateral. Ressalte-se que a proibição da despedida abusiva não é antagônica ao reconhecimento do direito de despedir como potestativo, eis que, como visto, este não é absoluto (WANDELLI, 2004).

Além da abusividade inerente ao ato de dispensa arbitrária, há casos em que o direito potestativo do empregador é ainda mais abusivo, quando não é exercido de forma legítima ou quando exercido em desacordo com as leis (WANDELLI, 2004).

Tal direito de liberdade do empregador deve ser visto com restrições, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou o valor do trabalho como um dos fundamentos da República, não podendo ser utilizado como qualquer objeto para alcançar o querer alheio.

> Vive-se numa sociedade de trabalho e sem este não há possibilidade de ser satisfeito a maioria dos cidadãos o direito à vida com dignidade. Desse modo, o alcance dos apontados objetivos depende da atuação positiva, séria e transparente do Estado, de promoção, incentivo e planejamento, implantação de sérias políticas públicas, para se garantir e realizar o direito fundamental de acesso ao trabalho, os direitos dos empregados, além de se resguardar a manutenção das relações de emprego contra as despedidas arbitrárias, decorrendo daí a retaguarda de próprio regime democrático (GOMES, 2008).

Para promoção da dignidade humana, faz-se necessário facilitar o acesso ao trabalho e, também, tornar efetiva a garantia à manutenção do emprego adquirido.

A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região e a eficácia material da Convenção nº 158, da OIT

Quanto ainda à eficácia das Convenções da OIT, embora a maioria doutrinária convirja para o entendimento de que somente as convenções ratificadas pelo Estado-membro se torna fonte formal de direito e que as Convenções não ratificadas são meras fontes materiais do direito que, servem apenas de inspiração e modelo para as normas internas, há uma vertente que defende a obrigação dos Estados-membros da OIT respeitarem suas Convenções que versem sobre Direitos Humanos, mesmo sem a devida ratificação (SUSSEKIND, 2007).

Na jurisprudência, é possível observar, com louvor, que a essência da Convenção nº 158 é aplicada enquanto balizadora em alguns julgados do E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

Destaco os fundamentos da Desembargadora Ana Carolina Zaina, em julgamento que determinou o pagamento de indenização à trabalhador dispensado após 15 anos de vínculo empregatício dedicado àquele mesmo empregador, já contando com quase 50 anos de idade:

> Nesse contexto, em que pese o respeito que atribuo à posição do MM. Juízo de origem, considerando os princípios já referidos, em especial o solidarismo contratual, a função social da empresa, a boa-fé objetiva e a função social do

> contrato, o fato de o e. STF ter decidido pela não aplicabilidade imediata da Convenção 158 da OIT (medida cautelar referente à ADI 1480-DF) não é óbice para o reconhecimento da abusividade da dispensa.
> ...
> A Convenção 158 da OIT, traz estampada a proibição de terminar uma relação de trabalho sem justificativa, embora tenha sido denunciada pelo Brasil, serve como fonte material, revelada pelo Direito Internacional (artigo 8º da CLT). Dispõe a referida norma internacional, : "Artigo 4. Não se dará in verbis 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. (14561-2011-016-09-00-3, 2ª Turma, 2012)

Ainda é de se referenciar entendimento do Desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, refletido em análise dos autos 02878-2010-678-09-00-1, nos seguintes termos:

> Evoco, ademais, a Convenção 158 da OIT, como fonte material, revelada pelo Direito Internacional (art. 8º da CLT), já que denunciada pelo Brasil, frise-se, de forma questionável, segundo a qual é proibido terminar uma relação de trabalho sem justificativa...

Em situação analisada pela 3ª Turma do E. Tribunal paranaense, constatou-se caso em que no dissídio ficou acordada a aplicação dos termos da Convenção nº 158 até a data de vigência da negociação coletiva:

> No entanto, a própria ré admitiu que celebrou acordo em dissídio coletivo tendo sido pactuado o imediato retorno dos trabalhadores, garantia de emprego por 90 dias e a aplicação da Convenção 158 da OIT até 31/10/2011. Transcreveu, à fl. 205, os termos do acordo celebrado:
> 6) Garantia de emprego pelo prazo de 90 (noventa) dias a contar a partir desta data, bem como da não retaliação ou perseguição de qualquer espécie a qualquer integrante funcional ao quadro da empresa, bem como em relação aos atos praticados pelo dirigentes sindicais durante o processo paredista, aplicando-se a Convenção 158 da OIT até 31-10-2011. A empresa comprometesse a desistir dos interditos proibitórios por ela interpostos.

Aplicando-se, no caso, a Convenção nº 158, pelo reconhecimento da dispensa arbitrária, foi deferido ao reclamante o pagamento de uma indenização, já que, conforme destacado nesse trabalho, a norma em comento não traz uma garantia contra a dispensa ou uma estabilidade, mas apenas limita as dispensas arbitrárias, senão vejamos:

> Esclareço que a Convenção 158 da OIT não prevê a garantia de emprego, mas apenas a garantia contra a despedida arbitrária. E não há dúvidas que o autor foi arbitrariamente dispensado.
> (...)
> Cabível, apenas, indenização pelo período compreendido entre 01/06/2011 (dispensa) e 31/10/2011 (término da garantia de dispensa motivada)... (01139-2012-242-09-00-1; Rel. Marco Antonio Vianna Mansur, 2014).

E, por fim, faço menção à aplicação da Convenção Coletiva, pelo Regional, em um caso de dispensa coletiva, restringindo um shopping center de dispensar coletivamente e sem justificativa seus empregados:

> Esse entendimento está em sintonia com os princípios internacionais que regem a matéria, citando-se, como exemplo, a introdução do conceito de justificação para a despedida, pela Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ainda que referido estatuto tenha sido denunciado através pelo Decreto n.º 2.100/1996, e que tal instrumento esteja sendo objeto de questionamento perante o excelso Supremo Tribunal Federal (STF) através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.625/97, observa-se que, no contexto atual, não mais se justifica a descartabilidade coletiva do trabalhador em face tão apenas de uma indenização pecuniária.
>
> Diante do exposto, impende concluir que a livre iniciativa não pode sobrepor-se aos fundamentos constitucionais que dizem respeito à valorização social do trabalho e do emprego (art. 1º, IV), à função social da propriedade (5º, XXIII e 170), bem como, ao papel dos sindicatos em intervir nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e IV). (02344-2010-664-09-00-2; Relator Altino Pedrozo dos Santos).

Percebe-se a importância da atuação do Judiciário de forma preocupada e alinhado com o avanço social e pela busca da aplicação e proteção dos direitos fundamentais. O Tribunal Trabalhista paranaense tem se mostrado forte aliado na busca da consagração do direito ao trabalho enquanto um direito essencial e pessoal, ainda que a aplicação da Convenção nº 158 seja providencial e aplicável apenas em situações graves e peculiares, considerando que sua eficácia restringe-se, por enquanto, ao aspecto material.

Referências Bibliográficas

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

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

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

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

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

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

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

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

Convenção 158.São Paulo: LTr, 1996.

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

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

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

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

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

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

A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A PROBLEMÁTICA DE SUA VALIDADE FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Edson Antony Zangrande

1 INTRODUÇÃO

Em face da discussão gerada em torno da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que cria limites para a denúncia vazia do contrato de trabalho pelo empregador, desde o momento de sua ratificação no início do ano de 1995, até os dias de hoje, tanto no âmbito jurídico, como em relação às possíveis consequências da aplicação de suas normas aos casos concretos que podem surgir frente ao judiciário brasileiro, passa a existir a necessidade de um estudo baseado na doutrina especializada, assim como nas posições adotadas pela Suprema Corte, que pretende responder alguns pontos controvertidos acerca da validade do referido tratado em relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto é necessário, com base no contexto histórico em que se posiciona a Convenção 158, enfrentar as questões acerca de seu conteúdo normativo em face do direito nacional. Buscando-se uma análise abalizada na discussão doutrinária em relação ao temas de interesse para solução dos problemas que orbitam a sua validade formal e material, tais como: a) o conteúdo da Convenção 158 da OIT é inconstitucional? b) as normas da Convenção 158 da OIT são auto-aplicáveis? c) onde estão posicionadas, em relação à pirâmide normativa, as normas da Convenção 158 OIT?

2. A CONVENÇÃO 158 DA OIT

2.1 HISTÓRICO

A convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho foi aprovada pela 68º reunião realizada pela Conferência Internacional do Trabalho, que ocorreu na cidade de Genebra no ano de 1982 com a "finalidade de regular o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e estabelecer garantias contra a dispensa individual ou coletiva".[1]

1 SILVA, Antônio Álvares da. **A convenção 158 da oit.** Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 9.

Edson Antony Zangrande

Advogado Trabalhista atuante há 5 anos. Graduado pela Unicuritiba e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-PR.

Referida Convenção encontra-se vigente no plano internacional desde 23 de novembro de 1985 e no plano nacional foi analisada por uma comissão tripartite formada no Ministério do Trabalho, que aconselhou o Brasil a ratificá- la.[2]

Em face disto, foi aprovada pelo Congresso Nacional no dia 17 de setembro de 1992 por meio do Decreto Legislativo número 68, tendo sido ratificada pelo governo do Brasil apenas no dia 5 de janeiro do ano de 1995, tendo entrado em vigor apenas 12 meses depois, ou seja, dia 5 de janeiro de 1996 (por força do artigo 16 da Convenção 158). Além disto, observa-se que a eficácia jurídica da Convenção 158, em território nacional, iniciou-se apenas no ano de 1996, quando o Governo Federal tornou público seu texto traduzido em português, por meio do Decreto número 1.855 de 10 de abril.[3]

Pelo exposto, verifica-se que a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho encontra-se internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir do momento em que o Congresso Nacional a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68 de 1992, ou no máximo quando teve seu depósito realizado na Organização Internacional do Trabalho no dia 4 de janeiro de 1995, conforme a inteligência dos artigos 49, inciso, I e 84, inciso VIII, da Constituição da República[4].

Sucede que no dia 8 de julho de 1996 foram conclusos ao Ilustre Ministro Celso de Mello os autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1.480[5], onde requereram, a Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria, que fosse suspensa, de forma cautelar, a vigência dos artigos 4º ao 10º da Convenção 158, até o julgamento final da ação de inconstitucionalidade e que fosse julgada procedente a referida ação, para declarar inconstitucionais os artigos 4º ao 10º da Convenção 158, a qual foi aprovada pelo decreto legislativo número 68 de 1992[6] e promulgada pelo decreto número 1.855 de 10 de abril de 1996[7].

Vale lembrar, que em informações prestadas pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional na citada Ação de Inconstitucionalidade, houve a defesa pela plena validade constitucional dos diplomas inquinados.

2 SILVA, Antônio Álvares da. **A convenção 158 da oit.** Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 14.

3 SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da oit**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 563.

4 SILVA, Antônio Álvares da. **A convenção 158 da oit.** Belo Horizonte: RTM, 1996. p. 16 e seguintes.

5 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.480**.Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=1480&siglaClasse=ADI>. Acesso em: 10 de jun. 2013.

6 BRASIL. Decreto-lei nº 68, de 17 de setembro de 1992. Aprova o texto da convenção nº 158, da organização internacional do trabalho, sobre o término da relação do trabalho por iniciativa do empregador, adotada em genebra, em 1982,durante a 68º sessão da conferência internacional do trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 setembro 1992.

7 BRASIL. Decreto-lei nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 abril 1996.

Entretanto, em sessão de julgamento realizada no dia 4 de setembro de 1997, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu parcialmente o pedido cautelar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1.480, por entender que o conteúdo dos artigos questionados não poderia ser auto-aplicável, pois desrespeitaria as regras constitucionais e infraconstitucionais que disciplinavam a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores.

Por sua vez, no dia 20 de novembro do ano de 1996, o Governo brasileiro promoveu a denúncia da Convenção 158 por meio de nota, traduzida no Ofício número 397, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil na cidade de Genebra, que foi enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho.

E, exatamente um mês depois, no dia 20 de dezembro do ano de 1996, por meio do Decreto número 2.100[8], o Presidente da República acabou por promulgar a denúncia da respectiva Convenção, determinando que a mesma deixasse de vigorar, no âmbito nacional, a partir do dia 20 de novembro do ano de 1997[9].

Desta forma, o Ilustre Ministro Celso de Mello, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480, declarou-a extinta por perda de objeto, ou seja, nas palavras do Ministro:

> [...] deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais - Decreto Legislativo nº 68/92 e Decreto nº 1.855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas.[10]

Quanto à denúncia, a própria Convenção 158 em seu artigo 17, § 1º, dispõe sobre a forma válida[11], senão vejamos:

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

Em razão disto, a denúncia realizada

8 BRASIL. Decreto-lei nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dezembro 1996.

9 SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da oit**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 563.

10 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.480**. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=1480&siglaClasse=ADI>. Acesso em: 10 de jun. 2013.

11 ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque:** e outros ensaios. São Paulo:LTr, 2003. p. 469.

pelo Governo brasileiro em face da Convenção 158 tem sido objeto de questionamento acerca de sua validade.

Esta posição tem sido sustentada por dois motivos. O primeiro deles afirma que a presente denúncia não respeitou o prazo de dez anos contados a partir da ratificação realizada pelo Brasil; o segundo propõe sua invalidade por não poder o Executivo denunciar uma Convenção sem ter sido autorizado pelo poder Legislativo, neste caso, o Congresso Nacional [12].

Diante da inconformidade com o ato de denúncia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e a Central Única dos Trabalhadores intentaram perante o Supremo Tribunal Federal, em face do Presidente da República, Ação Direta de Inconstitucionalidade [13], com o objetivo de que o Decreto número 2.100 de 20 de dezembro de 1996 seja declarado inconstitucional por violar o artigo 49, inciso I, da Constituição da República [14].

Em tempo, no dia 21 de fevereiro de 2008, foi encaminhada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, a mensagem de número 59, acompanhada da exposição de motivos, subscrita pelo Ministro das Relações Exteriores, Celso Luiz Nunes Amorim, que submete à apreciação o texto da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho [15].

Em tramitação na Câmara dos Deputados, em específico na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, a mensagem número 59 de 2008, recebeu, após realização de audiência pública requisitada pelo então deputado Walter Ihoshi, o voto do deputado Júlio Delgado, relator designado, pela rejeição e os votos, pela aprovação, dos deputados Vieira da Cunha e Florisvaldo Fier.

2.2 O CONTEÚDO DE DIREITOS HUMANOS (FUNDAMENTAIS)

É fato que a definição de direitos humanos aponta para um sem número de significados e, quando considerada esta pluralidade, vê-se em destaque a chamada *concepção contemporânea de direitos humanos*, a qual foi introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 [16].

A Declaração, além de trazer o caráter de universalidade aos Direitos Humanos, consagra-os como de caráter indivisíveis,

12 ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque:** e outros ensaios. São Paulo: LTr, 2003. p. 470.

13 ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque:** e outros ensaios. São Paulo: LTr, 2003. p. 475.

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1625&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 11 de jun. 2013.

15 BRASIL, Congresso. Câmara. **Mensagem nº 59, de 2008.** Submete à apreciação do Congresso Nacional o texto da Convenção nº 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Término da Relação de Trabalho por iniciativa do Empregador. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=383867> Acesso em: 11 de jun. 2013.

16 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91-97.

interdependentes e inter- relacionados, e que devem ser conjugados os direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, combinando desta forma o discurso liberal da cidadania (direitos civis e políticos) com o discurso social (direitos econômicos, sociais e culturais)[17].

Isto implica na noção de que a obrigação de implementar os direitos econômicos, sociais e culturais, assim como os direitos civis e políticos deve ser observada a partir do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, ou seja, os direitos fundamentais são: políticos, civis, sociais, econômicos e culturais [18].

Vale lembrar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução número 217, na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, na cidade de Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, não é um tratado internacional, sendo que, deste modo, não houve a assinatura, nem ratificação, nem adesão por qualquer Estado[19].

Na esteira desta constatação, torna-se evidente que o propósito da presente Declaração é que todos busquem a promoção do "respeito aos direitos e liberdades estampados em referido documento, com a adoção das medidas necessárias para tal, entre os territórios dos Estados-membros participantes" [20].

Em face disto, pode-se observar a partir do texto constitucional de 1988, que o constituinte acolheu os princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos ao incluir no catálogo de direitos fundamentais, além dos direitos civis e políticos, os direitos sociais (capítulo II, do título II, da Constituição da República de 1988), conjugando o valor da liberdade ao valor de igualdade[21].

Apesar de os direitos sociais fundamentais estarem expressamente positivados na Carta Magna[22], o constituinte de 1988 manteve a tradição do nosso direito constitucional ao sustentar o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais por meio do § 2º, do artigo 5º da Constituição da República[23]:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Quanto à abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais trazida pela Carta Magna de 1988, verifica-se que além de abranger os direitos individuais abrange também os direitos sociais.

A tese de abrangência acerca dos

17 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91-97.

18 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 91-97.

19 REZEK, José Francisco. **O direito internacional no século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 755.

20 NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O direito do trabalho e a crise do emprego: uma análise do artigo 23 da declaração universal dos direitos humanos no mundo atual. In: BOUBAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAUJO, Nadia (Org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 307-319.

21 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 57.

22 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 92.

direitos sociais é inferida em razão das seguintes constatações observadas por Ingo Wolfgang Sarlet:

> Em primeiro lugar, da expressão literal do art. 5º, § 2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os "direitos e garantias expressos nesta Constituição", sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988 [...]. Além destes argumentos, encontramos na norma do art. 6º da CF, que enuncia os direitos sociais básicos (educação, saúde, trabalho, etc.), encerrando com expressiva formulação "na forma desta Constituição", deixando, portanto, em aberto a possibilidade de se considerarem incluídos, no âmbito dos citados direitos sociais, alguns outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional [...]. Da mesma forma, verifica-se que a regra do art. 7º, cujos incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê expressamente, em seu *caput* ("São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social"), a abertura a outros direitos similares, inclusive sem restrição quanto à origem [...]. Por derradeiro, a já apontada não-exaustividade (no sentido de uma abertura material) do Catálogo de direitos fundamentais resulta inequivocamente, como bem lembrou Juarez Freitas, da Circunstância de que o artigo 5º, § 2º, da CF, encerra uma autêntica norma geral inclusiva, impondo até mesmo o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem.[24]

Por todo o exposto e com vistas ao inciso I do artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual preceitua que *"Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego",* pode-se afirmar, em consonância com entendimento articulado pelo Ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em voto vista proferido na já citada Ação Direita de Inconstitucionalidade número 1.625, que a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho é um tratado de direitos humanos, apta a inserir em nosso ordenamento jurídico, direitos sociais[25] e que "sem a garantia do efetivo exercício do direito do trabalho, incluindo-se o direito à justa remuneração e proteção social, não há como garantir-se um mínimo de dignidade ao ser humano" [26].

24 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97-98.

25 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Voto vista: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090625-02.pdf >. Acesso em: 23 de set. 2013.

26 NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O direito

2.3 DO CARÁTER SUPRALEGAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Inicialmente cabe ressaltar que com advento da Constituição da República de 1988, a qual constituiu marco jurídico na transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, houve a ruptura com o regime autoritário e, com isto, passa-se a dar uma extraordinária importância aos direitos e garantias fundamentais[27].

Nesta esteira, o valor da dignidade da pessoa humana é elevado conforme prevê o conteúdo do art. 1º, inciso III, da Carta Magna, impondo-se como núcleo informador de todo o ordenamento jurídico pátrio e, juntamente com todos os outros direitos fundamentais, passa a servir de critério interpretativo de todas as outras normas que compõem a ordem jurídica nacional[28].

A partir desse argumento é que se deve interpretar o § 2º do artigo 5º da Constituição da República. O citado parágrafo traz ao ordenamento jurídico a interação entre o Direito Brasileiro e as convenções internacionais que possuem como conteúdo matéria que trata de direitos humanos. A Constituição de 1988, portanto, inova ao incluir nos direitos constitucionalmente protegidos os direitos trazidos pelos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, ou seja, a Carta constitucional atribui a estes tratados a natureza hierárquica de norma constitucional[29].

Isto significa que a Carta Magna concede tratamento especial no plano do direito interno aos direitos que foram internacionalmente consagrados[30].

A conclusão acima exposta surge de uma interpretação sistemática e finalista do texto constitucional, que leva em consideração a força do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como nortes axiológicos para compreensão da Constituição da República. Sendo assim, em virtude do exposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Carta de 1988, tem-se que os tratados internacionais de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata[31].

Em razão desta natureza - de aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de direitos humanos - conclui Flávia Piovesan que:

> [...] não será mais possível a sustentação da tese de que com a ratificação os tratados obrigam diretamente os Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advier

do trabalho e a crise do emprego: uma análise do artigo 23 da declaração universal dos direitos humanos no mundo atual. In: BOUBAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAUJO, Nadia (Org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.307-319.

27 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 44.

28 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p.44.

29 PIOVESAN, Flávia. A constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos In: BOUBAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAUJO, Nadia (Org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.115-138.

30 TRINDADE, Antônio Augusto Trindade. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** 1 V. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 407.

31 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 45-46.

> a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltando à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.[32]

Assim, pode-se afirmar que o Direito Brasileiro possui um sistema misto no que toca a incorporação dos tratados internacionais. Ou seja, no que tange aos tratados internacionais relacionados a direitos humanos estes devem ser internalizados com força de norma constitucional e aplicação imediata, irradiando efeitos a partir da ratificação tanto na órbita internacional quanto na nacional, não necessitando de ato normativo (decreto legislativo) para sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional[33].

Por outro lado, os demais tratados internacionais são incorporados com hierarquia de norma infraconstitucional, devendo desta forma submeteram-se à sistemática legislativa tradicional, por força do artigo 102, inciso III, letra "b" da Constituição da República, o qual admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional[34].

Entretanto, a tese acima exposta, de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem "status" de norma constitucional e possuem aplicabilidade imediata, não foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

No dia três de dezembro do ano de 2008, ocorreu o julgamento do recurso especial número 466.343, onde se discutia a impossibilidade da prisão civil pelo fato do Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica.

Durante este julgamento, prevaleceu, no Supremo Tribunal Federal, o voto do Ilustre Ministro Gilmar Mendes, que posicionou os tratados de direitos humanos em nível supralegal (acompanhado por cinco votos), restando vencido o posicionamento do Ministro Celso de Mello (acompanhado por quatro votos), que defende o "status" constitucional dos tratados em questão[35].

Nota-se que, de acordo com a orientação adotada pela Corte, a solução normativa para incorporação dos tratados internacionais encontra-se na Constituição da República. De acordo com isto, afirma-se que inexiste, no ordenamento jurídico pátrio, o problema da concorrência entre as convenções e a Lei Fundamental da República, cuja supremacia normativa sempre prevalece sobre os atos de direito internacional público[36].

Em face deste entendimento é que,

32 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 99.

33 TRINDADE, Antônio Augusto Trindade. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** 3 V. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 622-625.

34 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p.46 e 48.

35 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090403112247716>. Acesso em: 23 de set. de 2013.

36 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Mártires Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1168.

para o Ministro Gilmar Mendes, o caráter de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos fornece ao diploma internacional a qualidade de estar acima da legislação interna, porém abaixo da Constituição da República, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante, não importando que editada anteriormente ou posteriormente ao ato de adesão do tratado, e que, desta forma, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente a inclusão, pela emenda número 45 de 2004, do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição da República, não podem ser comparados as normas constitucionais[37].

A hierarquia normativa estabelecida, de acordo com a interpretação Constitucional, é a seguinte: *emenda constitucional* (visa promover acréscimos, supressão ou modificação no texto constitucional), *lei complementar* (visam regulamentar as matérias indicadas pela Constituição da República) e *lei ordinária*[38] (visa dispor sobre todas as matérias que não lhe sejam vedadas o que implica em uma abrangência residual), *lei delegada* (ato legislativo que deriva imediatamente da Constituição da República, condicionado a aprovação do Congresso Nacional), *medida provisória* (medidas adotadas pelo Chefe do Executivo com força de lei e caráter transitório, para casos extraordinários de necessidade e de urgência, que devem ser imediatamente submetidas ao Congresso Nacional) e, finalmente, o *decreto legislativo*[39].

Sendo assim, entende-se que a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos os posiciona na pirâmide normativa, abaixo da Constituição da República e das emendas constitucionais, porém acima das leis ordinárias e complementares. O que leva a conclusão de que, devido ao caráter de aplicação imediata do seu conteúdo normativo, sempre que forem conflitados com espécie normativa que se encontrar hierarquicamente abaixo de sua posição, prevalecerão sobre estas, desde que não afrontem a Carta Magna[40].

Nesta mesma esteira, ao proferir voto vista nos autos da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1.625, decidiu o Ilustre Ministro Joaquim Barbosa que, ainda que não se admita a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos tenham "status" constitucional e aplicação imediata, deve-se levar em conta ao menos, que estes possuam caráter supralegal e, devido a este entendimento, considerando que a convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho

37 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343.** Recorrente: Banco Bradesco S.A.. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=466343&classe=RE>. Acesso em: 24 de set. 2013.

38 De acordo com Kildare Gonçalves Carvalho, não existe hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, porque o fundamento das duas espécies normativas surge na mesma fonte, qual seja, a Constituição Federal, ou seja, o parâmetro de validade da leio ordinária não é a lei complementar, mas sim a Carta Magna. Cf. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional:** teoria do estado e da constituição direito constitucional positivo. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1042.

39 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional:** teoria do estado e da constituição direito constitucional positivo. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1038-1051.

40 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 60-71.

é um tratado de direitos humanos, esta possui estatura superior a legislação infraconstitucional, porém inferior à Constituição da República[41].

Vale lembrar que, a opção da incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos cabe ao Congresso Nacional, ou seja, esta opção é discricionária, o qual pode incorporar o tratado de acordo com o rito não qualificado e, sendo assim, o tratado terá "status" ordinário, ou incorporá-lo de acordo com o rito de emenda constitucional, possuindo então, o tratado, "status" constitucional[42].

A convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho foi aprovada no Brasil por meio do decreto legislativo número 68, no ano de 1992 no dia 17 de setembro.

O ato possui apenas dois artigos:

> Art. 1º É aprovado o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982.
>
> Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.
>
> Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação.[43]

Conclui-se desta forma, que a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, por ter sido aprovada por meio de decreto legislativo editado pelo Congresso Nacional, foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro com "status" de norma infraconstitucional, e, portanto, sujeita-se ao controle de constitucionalidade[44].

2.4 DA DISPENSA ARBITRÁRIA

2.4.1 Da óptica constitucional

Tanto a universalização do FGTS, como a revogação do antigo sistema estabilitário e de garantia do tempo de serviço da CLT poderiam fazer crer que o Brasil, por meio da Constituição da República vigente, tivesse feito inequívoca opção política por um sistema do tipo liberal, que não é regulado, no que tange à dinâmica da continuidade e cessação dos contratos de trabalho no país[45].

41 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.625.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Voto vista: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090625-02.pdf>. Acesso em: 24 de set. 2013.

42 MORAES, Alexandre de. **Constituição do brasil interpretada e legislação constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 410.

43 BRASIL. Decreto-lei nº 68, de 17 de setembro de 1992. Aprova o texto da convenção nº 158, da organização internacional do trabalho, sobre o término da relação do trabalho por iniciativa do empregador, adotada em genebra, em 1982,durante a 68º sessão da conferência internacional do trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 setembro 1992.

44 SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 89-94.

45 DELGADO, Mauricio Godinho.**Curso de direito do trabalho.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p.

Conforme magistério de Mauricio Godinho Delgado vê-se que uma simples leitura da Carta Política de 1988 encerra por não permitir tal conclusão:

> De um lado, há o dispositivo central nesta temática, contido no inciso I do art. 7º. Tal regra estipula ser direito dos trabalhadores a garantia de *"relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".* Note-se que esta regra geral da Carta Magna relaciona-se à regra transitória contida no *caput e* inciso I do art. 10, II, do ADCT da mesma Constituição: "até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição" (...) "fica limitada a proteção nele prevista ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1 º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966". De outro lado, há outros preceitos evidenciadores da mencionada indução jurídica. Ilustrativamente, o inciso XXI do mesmo art. 7º, que se reporta à figura do "aviso prévio proporcional ao tempo de serviço,
> sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei"[46].

Nessa balada, vale considerar que ainda que se faça, ou permei-se pela leitura que defende a absoluta inexistência da garantia de emprego mencionada no inciso I do art. 7º da Carta Magna é tecnicamente possível enfrentar tal posicionamento.

Sabe-se que a tradicional teoria sobre eficácia/ ineficácia jurídicas de regras constitucionais já é, hoje, inegavelmente ultrapassada, tendo em vista que supõe que o pacto juspolítico básico de uma nação (a Carta Constitucional) possa quedar-se inerte de modo abrangente[47].

Portanto, ensina Maurício Godinho Delgado:

> A teoria constitucional moderna, mais bem ajustada à interpretação de novas constituições, tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas constitucionais - ainda que diferenciada, em intensidade, a eficácia de uma e outra regra constitucional**. Nessa linha, o preceito contido no inciso I do art. 7º em análise pode ser tido como regra de eficácia contida, produzindo, pelo menos, certo efeito jurídico básico, que seria o de invalidar dispensas baseadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalhador envolvido.** [negritei]

Isto porque a dispensa do empregado, considerada como ato jurídico unilateral, denotando verdadeiro direito potestativo do empregador, representa sérias consequências econômicas para si e seu núcleo familiar, implicando sempre em dificuldades sociais, considerada a natureza alimentar do salário[48].

2.4.2 Modos de dissolução do contrato de trabalho: da dispensa arbitrária

1116.

46 DELGADO, Mauricio Godinho.**Curso de direito do trabalho.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1116-1117.

47 DELGADO, Mauricio Godinho.**Curso de direito do trabalho.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p.1118.

48 NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 295.

A rescisão unilateral do contrato de trabalho é o modo mais usual de dissolução do contrato de trabalho, consistindo na ruptura do vínculo e consequente paralisação dos seus efeitos, podendo ser praticada por um dos contratantes, seja o empregador, seja o empregado. Nesta hipótese, efetiva-se o exercício de um direito potestativo que atinge a eficácia do contrato, paralisando-a com efeitos que não retroagem no tempo, o qual, evidentemente, pode ser exercido por qualquer das partes[49].

Ocorre que, quando suscitada discricionariedade no intuito de rescindir o contrato de trabalho surge do empregador, fala-se em rescisão arbitrária, buscando-se, ainda que de forma semântica, impor limites e condições ao poder potestativo do empregador, como aplicação de política contra o desemprego[50].

Nessa balada, Sergio Pinto Martins entende que a dispensa poderá ser classificada quanto a quatro situações distintas:

a) à causa: com ou sem justa causa
b) à forma: solene ou formal ou informal
c) ao controle: com ou sem controle judicial, administrativo ou do sindicato
d) ao número de pessoas: individual ou coletiva[51]

Considerando à causa da dispensa, o artigo 165 Consolidado, traz a tona o conceito de dispensa arbitrária ao preceituar que se entende por arbitrária a terminação do contrato de trabalho que não estiver fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro[52].

Ainda na lição de Sergio Pinto Martins:

> Motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de uma filial ou de uma seção, com a despedida dos empregados. Motivo financeiro decorre das receitas e despesas da empresa, de acordo com seu balanço. O motivo econômico é o proveniente do custo da produção das atividades da empresa, da conjuntura, da inflação, da recessão. Motivo disciplinar é o pertinente à dispensa por justa causa (art. 482 da CLT)[53].

Ou seja, dispensa arbitrária é sinônimo de dispensa imotivada e, dispensa não arbitrária é a que envolve um fator objetivo a legalizar ou legitimar a atuação do empregador quanto ao término do contrato de trabalho, ou seja, a que é dispensa motivada. O que leva a conclusão, por fim, de que a dispensa fundada em justa causa encaixa-se na dispensa não arbitrária pelo motivo disciplinar[54].

49 GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 357.

50 GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 357.

51 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 371.

52 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 369.

53 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 371.

54 NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE,

Por sua vez, o artigo 4º da Convenção 158 da OIT, estabelece que somente será possível dar término à relação de trabalho caso exista uma causa justificada para a dispensa do empregado, sempre relacionada ao seu comportamento, capacidade ou até mesmo nas prerrogativas de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço[55], ou seja, basicamente as elencadas no artigo 165 da CLT, o que denota que a legislação doméstica, muito antes da ratificação da mencionada Convenção, já adotava os mesmo critérios trazidos pela então norma internacional[56].

Na seqüência, elucidam Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante que o procedimento para efetivação da despedida do empregado à luz da normatividade imposta pela Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho é muito simples:

> Não deverá haver o término do contrato de trabalho por motivos relacionados ao seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade (art.7º) O trabalhador que considerar injustificado o término do seu contrato de trabalho terá o direito de recorrer contra ele perante um organismo neutro, por exemplo, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro (art. 8º, *caput*[57]).

Portanto, o que se pode observar é que a mencionada norma internacional não visa impedir que o empregado seja despedido, buscando apenas que não tenha seu contrato de trabalho resilido sem motivação, noutras palavras é dizer que a Convenção 158 da OIT não veda a despedida do empregado, apenas impõe que ela não seja arbitrária, o que acaba por compatibiliza-la ao nosso ordenamento jurídico[58].

Ora, se a própria Constituição da República inibe, ainda que de forma contida, a despedida arbitrária, por certo que a Convenção 158 da OIT merece guarida face ao ordenamento jurídico pátrio, podendo, em certa medida, servir ao menos de supedâneo mínimo para que se avance na efetivação da rede de proteção garantida ao empregado pela legislação doméstica[59].

3. CONCLUSÃO

Diante da análise realizada acerca da

Jouberto de Quadros Pessoa **Curso de direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 297.

55 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 369.

56 CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 477.

57 NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa **Curso de direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 297.

58 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 370.

59 CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 477.

Organização Internacional do Trabalho, das Convenções Internacionais do Trabalho e da problemática da validade da Convenção 158 da OIT frente ao ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que a Convenção 158 da OIT foi aprovada e ratificada pelo Brasil tendo obedecido todas as regras necessárias para sua aprovação e ratificação. Contudo, quando teve início a produção de seus efeitos no âmbito interno, foi denunciada de forma unilateral pelo Poder Executivo, ou seja, não houve a consulta necessária ao Congresso Nacional para que se pudesse realizar de forma válida o ato da denúncia e que pudesse se fazer sobrestar seus efeitos no âmbito interno, o que torna, desta maneira, o decreto que a promulgou inválido por não cumprir os requisitos formais estabelecidos por nosso ordenamento jurídico. Questão esta que vêm sendo discutida até o presente momento pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que, na situação acima exposta, a Suprema Corte não decidiu definitivamente acerca da constitucionalidade do decreto presidencial que promulgou a denúncia da Convenção 158 da OIT. Sem embargo, espera- se que a decisão definitiva adotada seja pela inconstitucionalidade do referido decreto presidencial, por não ter sido aprovado pelo Congresso Nacional e, nestes termos, viola formalmente a Constituição da República, devendo desta maneira, a Convenção 158 voltar a produzir seus efeitos no plano interno.

Além disto, discutiu-se no Supremo Tribunal Federal, à época da internalização da convenção em comento, a constitucionalidade de seu conteúdo.

Afirmavam os sindicalistas que representam os empregadores, que as normas trazidas pelo tratado em tela eram inconstitucionais, pois regulamentavam temas que deveriam ser tratados por lei complementar.

Apesar de o entendimento da Suprema Corte ter sido no sentido de declarar a inconstitucionalidade das normas questionadas, ainda que por meio de decisão liminar, não há fundamento para tanto.

A convenção 158 da OIT apresenta como conteúdo normas de direitos sociais, que visam proteger os empregados contra a despedida arbitrária, determinando para tanto, que o empregador motive a dispensa do empregado.

Ora, a Constituição da República considera que a proteção ao emprego, que é a finalidade do referido tratado, é um direito fundamental do ser humano e sendo assim, a Convenção 158 da OIT é internalizada pelo direito pátrio como tratado internacional de direitos humanos o que, por força do parágrafo 2º, do artigo 5º da Carta Magna, confere-lhe hierarquia de norma constitucional, não podendo desta forma sofrer qualquer tipo de controle de constitucionalidade.

Ao se afirmar que a Convenção 158 da OIT é um tratado internacional de direitos humanos, têm-se como decorrência lógica que suas normas possuem aplicabilidade imediata, não dependendo, portanto, de ato legislativo interno para que se inicie a produção de seus efeitos. Nestes termos, ao aprovar, ratificar e internalizar a presente convenção, o Brasil, fica sujeito aos seus efeitos, tanto no âmbito externo como no âmbito interno, não sendo necessária a regulamentação das normas constantes na convenção.

Não fosse isto, se a própria Constituição da República inibe, ainda que de forma contida,

veda a despedida arbitrária, por certo que a Convenção 158 da OIT merece guarida face ao ordenamento jurídico pátrio, podendo, em certa medida, servir ao menos de supedâneo mínimo para que se avance na efetivação da rede de proteção garantida ao empregado pela legislação doméstica.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Congresso. Câmara. **Mensagem nº 59, de 2008.** Submete à apreciação do Congresso Nacional o texto da Convenção nº 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Término da Relação de Trabalho por iniciativa do Empregador. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=383867> Acesso em: 11 de set. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 68, de 17 de setembro de 1992. Aprova o texto da convenção nº 158, da organização internacional do trabalho, sobre o término da relação do trabalho por iniciativa do empregador, adotada em genebra, em 1982,durante a 68º sessão da conferência internacional do trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 setembro 1992.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 abril 1996.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dezembro 1996.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.480**. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/Cons ultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=1480&sigla Classe=ADI>. Acesso em: 10 de jun. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16 25&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23 de set. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.625**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Voto vista: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090625-02.pdf>. Acesso em: 11 de jun. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso**

extraordinário nº 466.343. Recorrente: Banco Bradesco S.A.. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=466343& classe=RE>. Acesso em: 24 de set. 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional:** teoria do estado e da constituição direito constitucional positivo. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090403112247716>. Acesso em: 23 de set. de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Mártires Inocêncio e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do brasil interpretada e legislação constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O direito do trabalho e a crise do emprego: uma análise do artigo 23 da declaração universal dos direitos humanos no mundo atual. In: BOUBAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAUJO, Nadia (Org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível**.** Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. A constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUBAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAUJO, Nadia (Org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REZEK, José Francisco. **O direito internacional**

no século XXI. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque:** e outros ensaios. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Antônio Álvares da. **A convenção 158 da oit.** Belo Horizonte: RTM, 1996.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da oit**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Trindade. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** 1 V. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 1997.

LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO RELATIVAS AL DESPIDO INJUSTIFICADO

Natan Elkin

Desavenencias en la OIT sobre el Convenio núm. 158

La Organización Internacional del Trabajo tiene como mandato constitucional la producción de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, las llamadas normas internacionales del trabajo. La característica principal de los textos jurídicos que adopta la Organización (convenios, protocolos, recomendaciones, declaraciones, recopilaciones de buenas prácticas) es que su adopción es el resultado de una labor tripartita en la que intervienen los representantes gubernamentales y los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

La adopción de un convenio y de una recomendación resulta del consenso entre los mandantes tripartitos de la Organización. La ratificación de los convenios implica que sus disposiciones tengan que ser ejecutadas por las administraciones, las autoridades judiciales, las empresas y los sindicatos lo que refleja el consenso tripartito a nivel nacional. Cuando se rompe el consenso a nivel nacional, los gobiernos pueden denunciar un convenio. Igualmente, los interlocutores sociales en el marco de la Organización pueden considerar que las normas no reflejan las nuevas circunstancias del mercado del trabajo ni corresponden con sus intereses. En tal caso, la

El 20 de marzo de 2014, en Curitiba, el autor tuvo el honor de dictar una conferencia en el II Seminário de Nucleaçao dos Programas de Pós-Graduaçâo em Direito, cuyo video se encuentra en: https://www.youtube.com/watch?v=ku9CjEbYZho.

El Juez Leonardo Wandelli tuvo la amabilidad de insistir para que las ideas desarrolladas en la conferencia sean presentadas en este documento cuyo objetivo principal no es desarrollar una doctrina sino presentar informaciones sobre los debates a nivel internacional que se pierden probablemente de vista cuando se tienen que resolver las dificultas más duras y concretas que se encuentran a nivel nacional.



Natan Elkin

Natan Elkin es jefe de la unidad responsable de los convenios sobre políticas del empleo, consultas tripartitas y pueblos indígenas en el Servicio de la Libertad Sindical del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo. Mis colegas Karen Curtis, Corinne Vargha y Stanley Gacek han tenido la oportunidad de revisar el documento y hacer comentarios que mucho agradezco. Este documento no refleja una posición oficial de la Oficina Internacional del Trabajo.

Constitución de la OIT permite que se revisen los convenios que se consideran anticuados y se adopten nuevas normas para reemplazarlos por disposiciones más modernas.

Mientras que un convenio se encuentra en vigencia, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT, los gobiernos se obligan a presentar memorias sobre su aplicación. El Consejo de Administración de la OIT establece un formulario de memoria para cada convenio donde solicita a los gobiernos que presenten las informaciones específicas sobre el efecto dado a cada una de sus disposiciones[1].

En virtud del artículo 23, párrafo 2, de la Constitución de la OIT, las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deben recibir copias de las memorias que preparan los gobiernos para contestar a las preguntas del formulario de memoria. De aquí se deduce el derecho de los interlocutores sociales de presentar sus observaciones sobre la manera en que efectivamente se da efecto a las disposiciones de los convenios ratificados.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones examina las memorias presentadas por los gobiernos y formula comentarios sobre su aplicación. Los comentarios de la Comisión de Expertos recogen también las preocupaciones formuladas por los interlocutores sociales. Los textos que adopta la Comisión de Expertos tienen la forma de «observaciones» y de «solicitudes directas». Las observaciones se reproducen en un volumen impreso que se presenta a la Conferencia Internacional del Trabajo. Las solicitudes directas se distribuyen en Internet, y la Oficina las comunica directamente a los gobiernos interesados[2].

Además, el artículo 24 de la Constitución de la OIT permite a las organizaciones de empleadores y de trabajadores presentar reclamaciones alegando la falta de cumplimiento de un convenio ratificado. En relación con el Convenio núm. 158, algunas reclamaciones reflejan las preocupaciones de las organizaciones sindicales en relación con las reformas legislativas impulsadas por los gobiernos para adecuar la legislación sobre el despido a las contingencias económicas.

El Convenio núm. 158 ha sufrido de las tensiones del mercado del trabajo, tal como lo muestra la situación del Convenio en el **Brasil** donde su vigencia fue de algo menos de dos años (enero 1996 – noviembre 1997). Dicho lapso fue suficiente para que el Consejo de Administración atienda una reclamación formulada por una organización sindical y la Comisión de Expertos recibiera observaciones de 14 organizaciones sindicales brasileras. Más adelante se estudia la dinámica entre las comunicaciones de las organizaciones sindicales, el establecimiento de

1 El formulario de memoria para el Convenionúm. 158 se encuentra en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:51:0::NO:51:P51_CONTENT_REPOSIT ORY_ID:2533744:NO.

2 En el sitio oficial de la OIT, www.ilo.org, se encuentra una página especialmente dedicada a las normas del trabajo que permite acceder a todos los textos que se mencionan en este documento.

un comité tripartito por parte del Consejo de Administración y los comentarios de la Comisión de Expertos en relación con el Convenio núm. 158 en el **Brasil.**

Importa también saber que poco más de una década después de la adopción del Convenio núm. 158, en junio de 1995 [3], en el mismo momento en que el Gobierno del **Brasil** se preparaba para depositar el instrumento de ratificación, el sector empleador manifestó en la Conferencia Internacional del Trabajo y, luego en distintas instancias del Consejo de Administración, sus reservas sobre el contenido y la aplicación del Convenio. Dado que continuaron las confrontaciones entre interlocutores sociales, en abril de 2011, se realizó una reunión tripartita para examinar los instrumentos sobre despido, y el informe final de dicha reunión reflejó una posición del sector empleador distinta de la posición alcanzada conjuntamente por los representantes gubernamentales y los representantes trabajadores [4].

En noviembre de 2011, luego de un nuevo complejo debate, el Consejo de Administración tomó nota de este disenso[5]. Sin embargo, de la reunión tripartita de abril de 2011, se desprenden algunas enseñanzas. Los miembros empleadores consideran que el artículo 4 del Convenio núm. 158 da lugar a normas rígidas, excesivos conflictos laborales y una gran incertidumbre en cuanto al costo y la duración de los litigios, así como a la interferencia de la justicia del trabajo en las decisiones de la dirección de la empresa[6]. Algunos representantes empleadores evocaron la posibilidad de abrogar el Convenio núm. 158, mientras que, para el sector trabajador, la Organización debería poner más énfasis en la importancia del Convenio e impulsar nuevas ratificaciones.

Conntenido del Convenio núm. 158 y de la Recomendación núm. 166

En pocas palabras, para resumir el contenido del Convenio núm. 158 se puede decir que se **le reconoce el derecho al empleador a despedir a un trabajador por causa justificada y se le garantiza el derecho al trabajador a no ser**

3 Véase a partir de la página 905 en las *Actas* de la Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión (junio de 1995), Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, primera parte, párrafos 77 a 152. En dichas actas de la discusión tripartita se recogieron las preocupaciones y críticas del sector empleador sobre la «interpretación extensiva» del Convenio por parte de la Comisión de Expertos (párrafo 81). Los miembros empleadores expresaron también su oposición a que se admita que en los conflictos laborales las disposiciones jurídicas sean interpretadas en favor de los trabajadores (párrafo 84). Para los miembros empleadores, «una protección contra el despido que fuese más allá de la simple prohibición de efectuar despidos arbitrarios complicaría la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios

4 OIT: documento TMEE/C.158-R.166/2011, *Instrumentos sobre despido,* Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), Ginebra, 18-21 de abril de 2011, y documento TMEE/C.158-R.166/2011/2, *Informe final,* Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y de la Recomendación correspondiente (núm. 166) (Ginebra, 18-21 de abril de 2011).

5 Véase en los párrafos 64-80 del documento GB.312/LILS/PR, la discusión que tuvo lugar en la Sección de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo del Consejo de Administración (312.ª reunión, noviembre de 2011).

6 Párrafo 118, *Informe final,* TMEE/C. 158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

privado de su trabajo sin justificación[7]. Las normas internacionales del trabajo reconocen el despido justificado y no consagran un derecho a la estabilidad en el empleo.

El Convenio núm. 158 se encuentra dividido en tres partes, estructura que también se refleja en la Recomendación núm. 166. La Parte I presenta los métodos de aplicación, el alcance y las definiciones. La Parte II establece una serie de normas de aplicación general, como la justificación de la terminación, los procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta, el recurso contra la terminación, el plazo de preaviso, y la indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos. La Parte III comprende las disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, e incluye las disposiciones relativas a la consulta de los representantes de los trabajadores y a la notificación a la autoridad competente.

Métodos de aplicación, campo de aplicación y definiciones (artículos 1 y 2 del Convenio). Los Estados ratificantes pueden dar efecto a las disposiciones del Convenio de diferentes maneras: por medio de las leyes o reglamentos, «por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional» (artículo 1). Esta posibilidad de escoger entre diferentes métodos de aplicación muestra una considerable flexibilidad en cuanto a la manera de dar efecto al Convenio, tal como lo observó el Ministro Celso de Mello en su examen de la acción de inconstitucionalidad (ADI 1480) presentada en contra del decreto legislativo núm. 68/92 que aprobó la ratificación del Convenio par parte del **Brasil**[8].

Justificación de la terminación (artículos 4 a 6 del Convenio). Se establece como principio básico que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una **causa justificada** relacionada con: *a)* su capacidad, o *b)* su conducta, o *c)* basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Determinados motivos no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, por ejemplo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; y la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión tampoco deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, aunque la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo será determinada de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio.

7 *Ibíd.,* párrafo 127, 1, 1).

8 Véase más adelante la nota 15.

El párrafo 5 de la Recomendación menciona otros motivos adicionales que no deberían constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación y la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio.

Procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta (artículo 7 del Convenio). Al trabajador deberá ofrecérsele la oportunidad de defenderse de los cargos formulados contra él cuando la relación de trabajo vaya a darse por terminada por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento.

La Recomendación precisa que la relación de trabajo no debería darse por terminada por una falta del trabajador a menos que el empleador lo haya prevenido por escrito de manera apropiada (párrafo 7); que no debería darse por terminada por desempeño insatisfactorio a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas (párrafo 8); que el trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo (párrafo 9); que debería considerarse que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no ha adoptado esta medida dentro de un período razonable (párrafo 10); que el empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo (párrafo 11); y que el empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su relación de trabajo (párrafo 13).

Recurso contra la terminación (artículos 8 a 10 del Convenio). Los trabajadores tienen derecho a recurrir contra la decisión del empleador (artículo 8) y no están obligados a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada (artículo 9). El Convenio prescribe a tal efecto el establecimiento de un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro (artículo 8), con la facultad de ordenar una reparación, incluida la readmisión o el pago de una indemnización (artículo 10).

La Recomendación señala que podría preverse un procedimiento de conciliación antes de interponer un recurso contra una terminación de la relación de trabajo o durante el mismo (párrafo 14) y que los trabajadores deberían estar plenamente informados acerca de las posibilidades de recurso de que disponen (párrafo 15).

Plazo de preaviso (artículo 11 del Convenio). El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.

La Recomendación preconiza que durante el plazo de preaviso el trabajador debería tener derecho a períodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de remuneración, con el fin de buscar otro empleo (párrafo 16)

y que todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho a recibir un certificado del empleador (párrafo 17).

Indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos (artículo 12 del Convenio). Todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, y a prestaciones del seguro de desempleo o a otras formas de seguridad social.

Consulta de los representantes de los trabajadores y notificación a la autoridad competente (artículos 13 y 14). Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente. Asimismo, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente.

La Recomendación aconseja adoptar medidas para evitar o limitar al máximo las terminaciones, fijar criterios de selección a efectos de la terminación, establecer cierta prioridad de readmisión y adoptar medidas encaminadas a la atenuación de los efectos de la terminación (párrafos 20 a 26).

La flexibilidad del Convenio núm. 158

En el texto constitucional de la OIT se encuentra grabada la necesidad de adoptar normas que se adapten a las condiciones de los trabajadores y de las empresas. El artículo 19, párrafo 3, de la Constitución requiere que se tengan en cuenta las «circunstancias particulares» que hacen esencialmente diferentes las condiciones de trabajo y las condiciones particulares de los países. De esta actitud lúcida frente a las distintas circunstancias que deben resolver las normas se desprende que los interlocutores sociales hayan redactado disposiciones para dar flexibilidad al alcance, a los métodos de aplicación o a las obligaciones de fondo de las normas[9].

El Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 incluyen cláusulas de flexibilidad de la más distinta índole. Sin embargo, la flexibilidad del Convenio núm. 158 pareció insuficiente al promoverse la «flexiguridad», concepto que surge en la década de los años noventa en algunos países europeos con el objetivo de justificar la introducción de modificaciones en la legislación del trabajo y reducir determinadas garantías anteriormente acordadas a los trabajadores a cambio de mayor estabilidad en el empleo. El uso de las cláusulas de flexibilidad del Convenio resulta clave cuando el mercado del trabajo debe soportar las consecuencias de las crisis monetarias y financieras — y se produce una enorme tensión para aplicar las reglas establecidas en la legislación del trabajo y la apreciación económica de los «costos» que implican los despidos individuales y colectivos. La flexiguridad busca también apreciar las consecuencias económicas de las distintas

9 Párrafos 8 y 9 del *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo,* edición revisada, 2012.

modalidades contractuales que se les ofrecen a las empresas.

Dadas estas tensiones, el Convenio núm. 158 contempla dos principales **criterios de flexibilidad:** las exclusiones que pueden hacerse en todo momento y aquellas que solamente pueden hacerse con la presentación de la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que se someta en virtud del artículo 22 de la Constitución. Cumpliendo con determinadas condiciones, los gobiernos pueden excluir ciertas categorías de contratos de trabajo que se especifican en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio. Se trata de las siguientes categorías contractuales: los contratos de duración determinada o para realizar determinada tarea, los contratos para un período de prueba o para trabajos con carácter ocasional. Los gobiernos pueden realizar dichas exclusiones en todo momento, siempre que se prevean garantías adecuadas contra el recurso a «contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio» (artículo 2, párrafo 3).

En el párrafo 3 de la Recomendación núm. 166 se sugieren medidas alternativas para evitar que se recurra de manera abusiva a los contratos de duración determinada.

Previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, la autoridad competente también podrá tomar medidas para excluir determinadas categorías de trabajadores (párrafos 4 y 5 del artículo 2). La primera categoría se refiere a los trabajadores «cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio». La segunda comprende «otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea». Las categorías de trabajadores que se hayan excluido deberán enumerarse en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que se someta en virtud del artículo 22 de la Constitución (párrafo 6 del artículo 2). Además, en las memorias subsiguientes, se deberá informar sobre la evolución de la legislación y la práctica nacionales, en la medida en que los gobiernos se proponen aplicar el Convenio a las categorías excluidas.

Otros elementos de flexibilidad para aplicar el Convenio[10]

- **la determinación de las causas justificadas de despido (artículo 4);**
- **los procedimientos antes o al momento de la terminación de la relación de trabajo (artículo 7);**
- **los procedimientos para apelar contra los despidos (artículos 8 y 9);**
- **la posibilidad de que, en caso**

10 Párrafo 127, 4, *Informe final,* TMEE/C.158-R.166/2011/2, texto adoptado por los expertos gubernamentales y los expertos trabajadores.

de despido injustificado, dadas las circunstancias, readmitir al trabajador o pagar una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (artículo 10);

— **la determinación de un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, de una indemnización (artículo 11);**

— **optar sobre el alcance y la naturaleza de la indemnización por fin de servicios u otra forma de protección de los ingresos (artículo 12); y**

— **la naturaleza y la forma de la consulta de los representantes de los trabajadores y la notificación a las autoridades competentes, en caso de despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (artículos 13 et 14).**

El despido en las normas más recientes

En febrero de 2006, la Conferencia adoptó **el Convenio sobre el trabajo marítimo** (que se identifica con sus siglas inglesas: **MLC, 2006**) cuya norma A2.1, relativa a los «acuerdos de empleo de la gente de mar» expresa en su párrafo 4 que «en todos los casos» los contratos de trabajo de la gente de mar deben incluir indicaciones sobre «las condiciones para la terminación del acuerdo de empleo, con inclusión de los siguientes datos: i) si el acuerdo se ha concertado para un período de duración indeterminada, las condiciones que deberán permitir que cualquiera de las dos partes lo terminen, así como el plazo de preaviso, que no deberá ser más corto para el armador que para la gente de mar;
ii) si el acuerdo se ha concertado para un período de duración determinada, la fecha de expiración, y iii) si el acuerdo se ha concertado para una travesía, el puerto de destino y el plazo que deberá transcurrir después de la llegada a destino para poder poner fin a la contratación del marino».

Además, en la norma A2.1 del MLC, 2006 se agregaron dos disposiciones sobre el plazo mínimo para comunicar el preaviso de un despido, cuyo texto dice:

5. Todo Miembro deberá adoptar una legislación o una reglamentación que establezca los plazos mínimos de preaviso que han de dar la gente de mar y los armadores para poner fin anticipadamente a un acuerdo de empleo de la gente de mar. La duración de estos plazos mínimos se determinará previa consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas, pero no será inferior a siete días.

6. El plazo de preaviso podrá ser más corto en circunstancias reconocidas en la legislación nacional o en convenios colectivos aplicables en los que se justifique la terminación del acuerdo de empleo en un plazo más corto o sin preaviso. Al determinar estas circunstancias, los

> Miembros deberán velar por que se tenga en cuenta la necesidad de la gente de mar de poner fin al acuerdo de empleo en un plazo más corto o sin preaviso por razones humanitarias o por otras razones urgentes, sin exponerse a sanciones.

En el anexo II del **Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188)** se recogen aquellos elementos que deben incluirse en un contrato de trabajo de los pescadores: i) si el acuerdo se ha celebrado por un período determinado, la fecha fijada para su expiración; ii) si el acuerdo se ha celebrado por un viaje, el puerto de destino y el tiempo que ha de transcurrir después de la llegada para que el interesado sea dado de baja, y iii) si el acuerdo se ha celebrado por un período indeterminado, las condiciones que permitirán a cada una de las partes rescindirlo, así como el plazo de aviso requerido, que no podrá ser más corto para el empleador, el propietario del buque pesquero u otra parte en el acuerdo que para el pescador.

Las disposiciones sobre despido que se incluyeron en el **MLC, 2006** y en el **Convenio núm. 188** no han desarrollado necesariamente nuevos derechos para la gente de mar y para los pescadores sino que consolidan los principios que ya se encontraban en los convenios anteriores tales como el Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926 (núm. 22) [11] y el Convenio sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores, 1959 (núm. 114). Se observa también que, en cuanto al preaviso del despido, las normas sectoriales aceptan un período particularmente breve (de hasta siete días) e incorporan una garantía que favorece al empleador para hacer frente a la ruptura motivada del contrato por parte del trabajador.

En sentido más innovador, la **Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)** sienta las bases para luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas. La **Recomendación núm. 198** entiende que existen relaciones de trabajo encubiertas cuando «un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales den lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho» (párrafo 4, *b),* de la Recomendación núm. 198). Además, la Recomendación núm. 198 promueve que se definan con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo y aquellos «indicios específicos» que permitan determinar su existencia (párrafos 12 y 13 de la Recomendación núm. 198).

El párrafo 11 de la **Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200)** estableció un nuevo motivo injustificado de despido e hizo una referencia directa al Convenio núm. 158 al decir lo siguiente:

> 11. El estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo para

11 El Convenio núm. 22 se encuentra en vigencia para el Brasil. Si se registra la ratificación por parte del Brasil del MLC, 2006 se producirá la denuncia automática del Convenio núm. 22.

terminar una relación de trabajo. Las ausencias temporales del trabajo motivadas por la necesidad de prestar cuidados a terceros o por enfermedad relacionadas con el VIH o el sida deberían tratarse de la misma manera que las ausencias por otras razones de salud, habida cuenta del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982.

Por último, en el artículo 7, i), del **Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)** se expresa que en los «contratos escritos» de trabajo del trabajador doméstico se debe incluir «el período de prueba, cuando proceda» (apartado *i)*) y «las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar el trabajador doméstico o el empleador» (apartado *k)*).

En el párrafo 7 de la **Recomendación núm. 201** que acompaña al **Convenio núm. 189** se introdujo una disposición específica que va más allá de los requerimientos anteriores en las normas sobre el despido al decirse que:

> 7. En caso de terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador por motivos que no sean faltas graves, a los trabajadores domésticos que se alojan en el hogar en que trabajan se les debería conceder un plazo de preaviso razonable y tiempo libre suficiente durante ese período para permitirles buscar un nuevo empleo y alojamiento.

e esta enumeración, se advierte que la Organización siguió desarrollando la reglamentación del despido en determinados sectores (gente de mar, pesca, trabajo doméstico), pese a los enfrentamientos entre el sector empleador y trabajador sobre el contenido del Convenio núm. 158. Si la legislación, la jurisprudencia o la negociación colectiva introducen en la práctica nacional indicadores que permitan comprobar la existencia de un vínculo laboral también se refuerzan las condiciones para considerar terminada una relación de trabajo, tal como alienta la Recomendación núm. 198.

La influencia del Convenio núm. 158

Desde su adopción en 1982, el Convenio núm. 158 obtuvo 36 ratificaciones — lo que parece un número bajo si se tiene presente que la OIT cuenta con 185 Estados Miembros. Luego de la denuncia por parte del **Brasil**, el Convenio se encuentra en vigencia para 35 países. En el documento de referencia para la reunión tripartita que tuvo lugar en abril de 2011, la Oficina trató de demostrar que con 36 ratificaciones, el Convenio núm. 158 se encontraba en una situación similar (o algo superior) a muchos otros convenios que fueron adoptados por la Organización en la década de los años ochenta [12].

12 Párrafos 268 a 272, *Informe final,* TMEE/C. 158-R.166/2011, mencionado en la nota 5

De todos modos, las relativamente pocas ratificaciones del Convenio núm. 158 no ocultan la gran influencia que han tenido sus disposiciones en la legislación laboral de muchos países que no lo ratificaron tal como surge de este breve examen de la legislación del trabajo de la **República Popular de China, India, Federación de Rusia** y **Sudáfrica** que se realiza en la sección siguiente. También se conocen importantes decisiones judiciales que se remiten al Convenio núm. 158 en países que no lo ratificaron[13].

Nueva exploración del Brasil – de la ratificación a la denuncia del Convenio núm. 158 en veinte meses

El 31 de agosto de 1994, el Presidente Itamar Franco y el Ministro de Relaciones Exteriores, Celso Amorim, firmaron el instrumento de ratificación por parte del **Brasil** del Convenio núm. 158. En dicho instrumento se declara que *Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, por meio do decreto legislativo núm. 68, de 11 de setembroe de 1992* (el texto del Convenio núm. 158)[14].

El 30 de diciembre de 1994, la Misión Permanente del **Brasil** en Ginebra comunicó a la Oficina el instrumento de ratificación del Convenio núm. 158. Debido al feriado local, la Oficina consideró que el instrumento de ratificación había sido depositado el 5 de enero de 1995, fecha en la que se registró la ratificación del Convenio núm. 158 para el **Brasil**. Durante el mismo año, la Oficina también registró la

13 La Corte Suprema de Justicia de la Nación **(Argentina)** en el fallo *Álvarez c/Cencosud,* dictado el 7 de diciembre de 2010, en un voto firmado por Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, interpretó el alcance de la ley núm. 23592, de agosto de 1988, por la que se adoptaron medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, en relación con un despido discriminatorio en el sector privado. El voto mayoritario analizó la Observación general núm. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *El derecho al trabajo,* documento E/C.12/GC/18, de 2005. En el párrafo 11 de la Observación general núm. 18, el CESCR expresó que el derecho al trabajo, en el sentido del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos en caso de despido improcedente. El CESCR se remitió al Convenio núm. 158. De la misma manera, en la decisión de la mayoría de la Corte Suprema se lee: «Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio [núm. 158] … que el mentado Comité [CESCR] no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del CESCR son determinables a la luz del instrumento citado … Y es de subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (artículo 5, *d)*), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité [CESCR], que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o no justificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, 'anular la terminación' y ordenar la 'readmisión' del trabajador (artículo 10 [del Convenio núm. 158])». La mayoría de la Corte Suprema se mostró favorable a exigir de una empresa la readmisión del trabajador en caso de despido discriminatorio.

14 En julio de 1996, el decreto legislativo núm. 68/92 fue objeto de una acción de inconstitucionalidad (ADI 1480) intentada por la Confederaçao Nacional do Transporte (CNT) y la Confederaçao Nacional da Indústria (CNI) invocando, entre otros asuntos, que la readmisión prevista en el artículo 10 del Convenio era contraria al artículo 7, I, de la Constitución Federal. El Ministro Celso de Mello tuvo en cuenta que el artículo 10 del Convenio núm. 158 … «expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em conseqüência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenizaçãocompensatória».

ratificación del Convenio núm. 158 para **Turquía** (enero de 1995) y para **Portugal** (noviembre de 1995).

El 5 de enero de 1996, el Convenio núm. 158 entró en vigencia para el **Brasil**. A los pocos días, el 12 de enero de 1996, la Oficina recibió observaciones del Sindicato de Trabajadores de la Industria Petroquímica de Duque de Caxias (SINDIQUIMICA). Durante el resto de 1996, se recibieron comunicaciones de otros siete sindicatos que se mencionan en la observación formulada por la Comisión de Expertos en 1996 [15] : la Asociación de los Funcionarios de EMATER-Rio, la Federación Nacional de Estibadores (FNE), la Federación Nacional de los Trabajadores de las Empresas de Correo y Telégrafo y Similares (FENTEC), el Sindicato de los Trabajadores de Agua y Alcantarilla de Bahía (SINDAE), el Sindicato de los Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas, Mecánicas y de Material Eléctrico y Electrónico en el Estado de Espirito Santo (SINDIMETAL-ES) y el Sindicato Nacional de los Agentes de la Inspección del Trabajo (SINAIT). En 1997, se reciben observaciones de otras seis organizaciones: la Unión Sindical de Patos de Minas (USPM), la Asociación de Ingenieros Ferroviarios (AIF), el Sindicato de Estibadores de São Sebastião (SESS), el Sindicato de Mantenimiento de São Sebastião (SASS), la Federación Nacional de Secretarias y Secretarios (FNSS), y el Sindicato de Empleados de Agentes Autónomos del Comercio y de Empresas de la Municipalidad de Río de Janeiro (SEAAC-MRJ). Apenas ratificado, un convenio que reclama la atención de 14 organizaciones sindicales protestando por su falta de aplicación refleja un malestar social mayor y una escasa preparación de las instituciones locales a la recepción de la norma internacional.

A lo anterior se suma que, a los seis meses del registro de la ratificación (y antes de que el Convenio entre en vigencia para el **Brasil**), el 4 de junio de 1996, la Oficina recibió una reclamación, en virtud del artículo 24 de la Constitución, presentada por el Sindicato de los Trabajadores de la Construcción y del Mobiliario de Santos. En noviembre de 1996, el Consejo de Administración consideró que se encontraban reunidas las condiciones para pronunciarse sobre la admisibilidad de la reclamación y constituyó un comité tripartito [16]. El sindicato alegó que en el sector de la construcción se habían suprimido empleos sin consultar a los trabajadores ni a sus organizaciones. El sindicato acusó al Gobierno de Fernando Henrique Cardoso de no haber reaccionado ante la drástica reducción del empleo en el sector de la construcción que en cinco años habría pasado de 75 000 a 25 000 trabajadores. El Gobierno del **Brasil** respondió diciendo que el Convenio no garantiza el empleo ni el derecho a la readmisión en el empleo, sino que establece la obligación de consultas previas en caso de despidos colectivos salvaguardando el derecho del empleador a proceder a terminaciones

15 CEACR, Brasil – Convenio núm. 158, observación de 1996.

16 El comité tripartito estuvo compuesto por Antonio Ducreux (miembro gubernamental, Panamá), Lucia Sasso-Mazzufferi (miembro empleadora, Italia) y William Brett (miembro trabajador, Reino Unido). El 21 de marzo de 1997, el Consejo de Administración aprobó el informe del comité tripartito, documento GB.268/14/4.

justificadas. El Gobierno del **Brasil** presentó al comité tripartito informaciones sobre los diferentes programas de lucha contra el desempleo, así como de medidas en el ámbito de la higiene y de la seguridad en el trabajo, de la inspección del trabajo, de la formación profesional y de las relaciones laborales. Según el Gobierno, el empleo en el sector de la construcción civil había aumentado, pasando de 890 334 empleos en 1993 a 1 264 623 empleos en 1996. Los argumentos de fondo no fueron examinados por el comité tripartito dado que, en el intervalo, el Gobierno del **Brasil** pidió el registro de la denuncia del Convenio núm. 158.

El 20 de noviembre de 1996 el Gobierno del **Brasil** solicitó a la Oficina el registro de la denuncia del Convenio núm. 158. El decreto federal núm. 2100, de 20 de diciembre de 1996, formalizó, a nivel nacional, la denuncia del Convenio núm. 158 . El Gobierno de Fernando Henrique Cardoso indicó que había tomado la decisión de denunciar el Convenio después de haber celebrado las consultas tripartitas pertinentes al respecto. El Gobierno también recordó la importancia que se le concede en el artículo 7, I, de la Constitución Federal a la protección contra los despidos abusivos y los despidos injustificados. Según el Gobierno, circunstancias complejas de orden jurídico y económico, no percibidas en el momento de la ratificación, hicieron difícil la integración del Convenio núm. 158 al ordenamiento jurídico brasileño. El Gobierno estimó que, de hecho, el Convenio podría, por una parte, invocarse para la justificación de despidos excesivos e inconsultos, basándose en la vaga noción general de las «necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio», tal como prevé el artículo 4; y, por otra parte, dar cabida a una amplia prohibición de poner término a la relación laboral, que sería incompatible con un programa de reforma y de modernización económica. Además, el Gobierno del **Brasil** consideró que el Convenio constituía un paso atrás en el sentido de la reducción de la intervención del Estado y de la ampliación de la función de la negociación colectiva. Según el Gobierno, esta incertidumbre sobre el alcance de las disposiciones del Convenio produciría inseguridad jurídica y litigios sin ventajas prácticas para el mejoramiento y la modernización de las relaciones laborales. El Gobierno dijo que tenía la intención de seguir aplicando y mejorando la legislación nacional en lo referente a la protección del empleo.

El 17 de junio de 1997, la Confederaçao Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) y la Central Única dos Trabalhadores (CUT) presentaron una acción directa de inconstitucionalidad (ADI 1625) contra el decreto federal núm. 2100 por el cual se dio efecto a nivel nacional a la denuncia del Convenio núm. 158. En ese contexto, se debe recordar el voto del Magistrado Joaquim Barbosa quien expresó que: «A Convenção 158 da OIT è, inegavelmente, um tratado de direitos humanos, mais especificamente, um tratado que versa sobre a temática dos direitos sociais. [...] é certo que a Convenção 158 da OIT pode perfeitamente ser considerada um tratado de direitos humanos apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro» [17]. Existe

17 Voto-vista del Ministro Joaquim Barbosa, de fecha 3 de junio de 2009, en la ADI 1625.

entonces la eventualidad de que si el acto nacional que decretó la denuncia del Convenio núm. 158 es declarado inconstitucional, se abra una posibilidad para que cobren efecto las disposiciones del convenio[18].

En febrero de 2008, el Presidente Lula da Silva mediante el mensaje MSC 59/2008 transmitió al Congreso Nacional la responsabilidad de lograr la adhesión política al Convenio, sin que las comisiones parlamentarias hayan logrado las mayorías necesarias para alcanzar nuevamente su ratificación.

Justificación del despido en los RICS

De la información disponible para 75 países incluidos en la base de datos EPLex[19], 59 países requieren alguna causa justificada para el despido — como se observa en los cuatro países que se trata brevemente a continuación, ninguno de los cuales ha ratificado el Convenio núm. 158.

El artículo 40 de la Ley sobre el Contrato de Trabajo[20], en vigencia en la **República Popular de China** desde el 1.º de enero de 2008, introduce las condiciones para comunicar el despido, lo que le resulta posible a un empleador si lo hace con 30 días de antelación (o bien pagando un mes de salario al trabajador despedido). Además, según la legislación china, la incapacidad o la incompetencia del trabajador de realizar las tareas encomendadas, así como los cambios objetivos en las condiciones contractuales pueden justificar un despido. Antes de decidir que un trabajador es incompetente, el empleador le debe haber dado una formación o propuesto otro lugar de trabajo.

India es un país tradicionalmente avaro en legislación pero rico en casuística que se ocupa principalmente del sector formal de la economía. Siempre teniendo presente que se trata de reglas cuya aplicación efectiva se refleja en el sector organizado de la economía, los tribunales de la India considerarán que un despido es injustificado si el trabajador no ha tenido una oportunidad de defenderse, si acaso el trabajador ha sido despedido durante una enfermedad, durante la licencia de maternidad, como consecuencia de haber presentado una queja, por haber tomado parte en actividades sindicales pacíficas o como consecuencia de una discriminación[21].

En el artículo 81 de la ley federal núm.

18 Véase VIEIRA WANDELLI, Leonardo, *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho. Fundamentãçao e exigilibidade*, 2012, pág. 321.

19 EPLex es la base de datos de la OIT sobre la legislación de protección del empleo. También conviene consultar la información disponible en el sitio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) donde se produce información mediante indicadores sintéticos que permite obtener una descripción de la protección del empleo por países, que se puede consultar en línea en la siguiente dirección: http://www.oecd.org/fr/els/emp/lesindicateursdelocdesurlaprotection delemploi.htm#data.

20 El texto completo de la ley se encuentra disponible, en inglés, en la base de datos de textos legislativos del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, NATLEX.

21 Datos tomados en la base de datos EPL de la OCDE. Como ejemplo de las decisiones de la Corte Suprema de la India, se menciona Harjinder Singh vs Punjab State Warehousing Corp, de fecha 5 de enero de 2010.

197-FZ, de 2001 [22], la **Federación de Rusia** establece una larga lista de situaciones en las que se acepta que un empleador dé por terminado un contrato de trabajo. Esta enumeración — si bien no recoge expresamente las expresiones que se utilizan en el artículo 4 del Convenio — establece los parámetros de justificación y razonabilidad que finalmente deberían llegar a un resultado similar que el deseado por la norma internacional. En todo caso, la posibilidad de rescindir un contrato de trabajo existe en la legislación rusa siempre que se respeten los parámetros de la causa justificada.

En **Sudáfrica**, el artículo 188 de la Ley núm. 66, de 1995, de Relaciones Laborales, en su tenor reformado[23], recoge textualmente el artículo 4 del Convenio núm. 158. Importa resaltar que de esta manera, en Sudáfrica, los interlocutores sociales optaron por cerrar una época donde imperaba la discriminación y la prepotencia sociales y se remitieron al Convenio núm. 158 para abrir una era de crecimiento y prosperidad para el país.

El control tripartito de las reformas del despido en tiempos de crisis

Se ha visto que el artículo 24 de la Constitución de la OIT permite a las organizaciones de empleadores y de trabajadores presentar una reclamación ante el Consejo de Administración para denunciar la falta de aplicación de un convenio ratificado. En lo que respecta al Convenio núm. 158, además de la reclamación en relación con el **Brasil** (1996), también se han aceptado reclamaciones por incumplimiento del Convenio en relación con **España** (2012), **Etiopia** (2001), **Francia** (2007), **Turquía** (2000) y la **República Bolivariana de Venezuela** (1997). Algunas de estas reclamaciones han vinculado las reformas legislativas que conllevan las medidas de política del empleo y de ajuste estructural con el incumplimiento del Convenio núm. 158.

Ciertas orientaciones de política económica y en particular aquellas que incluyen a la «flexiguridad», consideran que la modificación de la reglamentación sobre el despido favorece el mantenimiento y la creación de empleos en particular en circunstancias de crisis económicas. El ajuste estructural implica una modificación urgente (en ciertos casos, sin concertación social) de las reglas sobre la contratación y el despido para permitir a las empresas compensar las dificultades económicas que provoca la crisis evitando la destrucción excesiva de los puestos de trabajo. Las consideraciones legales deben entonces ceder el paso a los imperativos económicos. Hacer más barato los costos del despido para las empresas y facilitar los procedimientos para despedir a los trabajadores tendría una relación directa para que crezca la economía y haya más empleo. En España y Francia, las reformas de la legislación del trabajo que luego se examinan han ocurrido sin concertación social — y fuera del contexto de programas de ajuste estructural negociados con el Fondo Monetario Internacional.

22 El texto completo de la ley se encuentra disponible, en inglés, en la base de datos NATLEX.

23 La Ley núm. 66, de 1995, de Relaciones Laborales, ha sido varias veces modificada. Se puede encontrar su texto actualizado en el sitio del Departamento del Trabajo, http://www.labour.gov.za/DOL/legislation.

Francia y el contrato «para nuevas contrataciones» (CNE)

En los últimos días de mayo de 2005, **Francia** y **Países Bajos** rechazaron mediante referéndum la ratificación de un nuevo tratado destinado a profundizar la integración económica europea, dando lugar a una «crisis constitucional» en la Unión Europea. Consecuentemente, en **Francia**, el voto negativo al proyecto constitucional europeo, decidirá al Presidente Jacques Chirac a sustituir a su gobierno y nombrar Primer Ministro a Dominique de Villepin. Uno de los primeros actos del nuevo gobierno para hacer frente a la deteriorada situación del empleo[24], será establecer mediante ordenanza un nuevo contrato de trabajo — el contrato para nuevas contrataciones (en adelante, «CNE» por su sigla en francés), el cual podía ser terminado sin causa durante un período de dos años. Otra modalidad contractual (con un período de prueba de dos años), el contrato de «primera contratación», el CPE, destinado a los jóvenes menores de 26 años establecido mediante una ley de abril de 2006, dará lugar a muy fuertes protestas estudiantiles y sindicales. El CPE será finalmente derogado antes de que haya un pronunciamiento de la OIT sobre su eventual compatibilidad con el Convenio núm. 158.

En noviembre de 2005, el Consejo de Administración constituyó un comité tripartito[25] para examinar la reclamación presentada por la Confederación General del Trabajo – Fuerza Obrera, en la que se alegaba el incumplimiento por **Francia** del Convenio núm. 158 y de otros convenios[26]. En cuanto al Convenio núm. 158, el comité tripartito examinó si la ordenanza núm. 2005-893, relativa al contrato de trabajo «para nuevas contrataciones» adoptada el 2 de agosto de 2005, era conforme con el Convenio núm. 158. El CNE fue un contrato de trabajo de duración indeterminada para las nuevas contrataciones en las empresas con un máximo de 20 trabajadores que permitía eludir la aplicación de algunas protecciones previstas en el Código del Trabajo en caso de despido, individual o colectivo, en el período de dos años transcurrido desde su celebración.

El comité tripartito examinó en su informe dos cuestiones principales relativas al Convenio núm. 158: i) si los trabajadores contratados en virtud de un CNE podían quedar válidamente excluidos del ámbito de protección del Convenio, sobre la base del párrafo 2, *b),* del artículo 2; y ii) si la aplicación de la ordenanza

24 La tasa de desempleo en Francia en el período 2006-2007 se situaba en un poco más del 8 por ciento, afectando a un 20 por ciento de jóvenes de entre 15 y 24 años.

25 La composición final del comité tripartito fue la siguiente: Francesca Pelaia (miembro gubernamental, Italia), Michel Barde (miembro empleador, Suiza) y Ulf Edström (miembro trabajador, Suecia).

26 Documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007, informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General del Trabajo – Fuerza Obrera.

núm. 2005-893 privaba a los trabajadores de la protección prevista en el artículo 4 del Convenio y, de ser así, en qué medida.

Tiempo de servicios exigidos de dos años. El comité tripartito recordó que las exclusiones previstas en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio núm. 158 pueden aplicarse en todo momento y sin procedimiento particular. El comité tripartito no cuestionó *«la idoneidad de los objetivos»* de política del empleo que tuvo el Gobierno francés al momento de establecer el CNE. Sin embargo, el comité tripartito expresó sus dudas sobre si el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio constituía un fundamento suficiente para justificar cualquier exclusión de la protección que pudiera considerarse necesaria para alcanzar los objetivos de política del empleo enunciados por el Gobierno francés. El comité tripartito completó su razonamiento expresando lo siguiente[27]:

> Las consideraciones programáticas subyacentes a la institución del CNE, con inclusión en particular del fomento de un empleo pleno y productivo, bien podrían haber justificado, por su índole, la adopción de medidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del artículo 2, a que aludió el Gobierno. Sin embargo, el Comité estima que esas consideraciones guardan escasa relación con las situaciones contempladas en el párrafo 2 del artículo 2, y que el objetivo de calificar el período de consolidación del empleo de período en que se acumula «el tiempo de servicios exigido» tiene por principal objeto permitir la exclusión de los trabajadores contratados por CNE del ámbito de aplicación de ciertas disposiciones del Convenio.

El comité tripartito tomó en cuenta que las autoridades judiciales se habían expresado sobre el carácter «razonable» de los períodos de prueba haciendo referencia al párrafo 2, *b)*, del artículo 2 del Convenio. En efecto, el Consejo de Estado, en una decisión de fecha 19 de octubre de 2005, se había pronunciado a pedido de la Confederación General del Trabajo sobre la posibilidad de anular la ordenanza núm. 2005-893. El Consejo de Estado, al ejercer su control administrativo, no había aceptado anular la ordenanza sino que consideró que «en vista del objetivo por el que se instauró esa excepción y de que el CNE es de duración indeterminada, el período de dos años durante el cual se descarta la aplicación de las disposiciones de derecho común relativas al procedimiento de despido y a los motivos que pueden justificarlo, puede ser considerado como razonable en el sentido [de lo dispuesto en el Convenio núm. 158]»[28].

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Casación examinó, en una sentencia de 29 de marzo de 2006, el derecho de preaviso establecido en el artículo 11 del Convenio. En esa ocasión, el Tribunal de

27 Párrafo 66 del documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007.

28 *Ibíd.,* párrafo 71.

Casación expresó que una duración inferior a seis meses es un tiempo de servicios exigido razonable de conformidad con el párrafo 2, *b)*, del artículo 2 del Convenio núm. 158. En consecuencia, el comité tripartito siguió la tendencia de la jurisprudencia nacional en relación con la duración del período de prueba, y tuvo en cuenta la opinión del Tribunal de Casación que aceptó como razonables los períodos de un mínimo de dos semanas o un máximo de seis meses según el puesto ocupado por el trabajador.

En esas circunstancias, el comité tripartito consideró que el párrafo 2, *b)*, del artículo 2 del Convenio debía tener por objetivo garantizar que toda exclusión de la protección del Convenio para los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no hayan cumplido el tiempo de servicios exigido tenga una duración «razonable». Teniendo en cuenta que la duración normalmente considerada razonable en **Francia** para el tiempo de servicios exigido no excedía de seis meses, el comité tripartito concluyó diciendo que:

> […] no podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, aunque no está en condiciones de concluir, a partir de las consideraciones aparentemente adoptadas por el Gobierno para determinar esa duración, que un período de hasta dos años sea razonable[29].

En cuanto al artículo 4 del Convenio, el comité tripartito también examinó la cuestión de si los trabajadores sujetos a un CNE estaban amparados por las protecciones previstas en la definición de la causa justificada del Convenio. El comité tripartito observó que, en caso de despido durante el período cubierto por el CNE: *a)* los trabajadores despedidos por motivos de rendimiento o conducta (salvo en los casos de índole disciplinaria) no hubiesen tenido necesariamente, ni en el momento del despido ni antes de éste, la oportunidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas; *b)* el requisito previsto en el artículo 4 del Convenio, examinado conjuntamente con el artículo 7 (en virtud del cual se debe comunicar al trabajador un motivo válido en el momento del despido o antes de éste, al menos en los casos relacionados con su conducta o su rendimiento), sólo se aplicaría cuando el despido fuera de índole disciplinaria; *c)* los trabajadores hubiesen podido verse obligados a incoar acciones judiciales simplemente para obtener información en cuanto al motivo del despido, y *d)* aun cuando debía haber una razón válida para el despido, en el sentido de que éste no debe constituir un abuso de derecho ni obedecer a motivos relacionados con el estado de salud del trabajador, sus opiniones políticas o religiosas, o sus costumbres, en circunstancias que evidencien un acoso o cualquier motivo de discriminación enunciado en el Código del Trabajo; no resultaba claro que la ordenanza permitiera la adopción efectiva de medidas

29 *Ibíd.,* párrafo 71.

contra los despidos por otros motivos no válidos. El comité tripartito concluyó que la ordenanza núm. 2005-893 se apartaba considerablemente de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio núm. 158.

El comité tripartito invitó al Gobierno francés a que, en consulta con los interlocutores sociales: i) tomara todas las medidas necesarias para velar por que las exclusiones de la protección prevista en virtud de la legislación nacional que aplicaba el Convenio núm. 158 se encuentren en plena conformidad con las disposiciones del Convenio; y ii) diera cumplimiento al artículo 4 del Convenio núm. 158, velando por que los CNE no puedan darse por terminados de no concurrir una causa justificada.

El Consejo de Administración encomendó a la Comisión de Expertos que hiciera el seguimiento de las conclusiones y recomendaciones del comité tripartito. En octubre de 2008, el Gobierno de **Francia** informó a la Comisión de Expertos [30] que, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT, se adoptó la ley núm. 2008-596, de 25 de junio de 2008, sobre la modernización del mercado del trabajo que derogó las disposiciones legislativas sobre el CNE e introdujo la ruptura consensual del contrato de trabajo.

Seguimiento de la discusión francesa

En la reunión tripartita que tuvo lugar en abril de 2011, la experta gubernamental de **Francia** insistió en que el objetivo del CNE había sido el de exonerar a las pequeñas empresas de menos de 20 trabajadores de algunas de las obligaciones relativas al despido, basándose para ello en el párrafo 2, *b),* del artículo 2 del Convenio. El Gobierno francés había preferido no recurrir a las exclusiones previstas en el párrafo 5 (que se referían a problemas estructurales) ya que el CNE se había introducido para responder a problemas cíclicos. Las personas empleadas con un CNE no habían quedado totalmente excluidas de la protección que ofrecía el Convenio, como lo demostraba el hecho de que no pudieran ser despedidas por motivos discriminatorios. Se trataba de una medida provisoria, y había que tener en cuenta que el CNE fue un contrato de duración indefinida; los trabajadores contratados en virtud de un CNE tenían derecho a una indemnización por fin de servicios en caso de despido [31].

En la misma oportunidad, la experta empleadora de **Francia** mantuvo que el objetivo del CNE había sido facilitar la contratación de trabajadores en las pequeñas empresas[32]. Para el sector empleador francés, si las disposiciones del Convenio núm. 158 eran directamente aplicables, como lo habían establecido las decisiones judiciales, sus requerimientos tenían que ser suficientemente precisos para evitar la incertidumbre jurídica. Los países deberían tener la posibilidad de formular las exclusiones durante toda la vigencia del Convenio y no sólo al presentar la primera memoria, de modo que pudieran ir adaptando la aplicación del Convenio a sus políticas de empleo. La duración

30 CEACR, Francia – Convenio núm. 158, observación de 2008.

31 Párrafo 51, *Informe final,* TMEE/C.158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

32 *Ibíd.,* párrafo 47.

de los procedimientos, el costo de los despidos y la incertidumbre jurídica que generaba el Convenio núm. 158 eran obstáculos que dificultaban su ratificación.

España: la reforma laboral de 2012

Las dos principales confederaciones españolas (la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores) expresaron en una reclamación, presentada en mayo de 2012, que la reforma laboral del Gobierno de Mariano Rajoy implementada mediante la Ley núm. 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, era contraria al Convenio núm. 158. En noviembre de 2013, el Consejo de Administración se pronunció sobre la admisibilidad de la reclamación, y se constituyó, en mayo de 2013, un comité tripartito[33]. Las dos confederaciones protestaron por el impacto que tenía la crisis monetaria de la zona del euro en las sucesivas modificaciones del sistema legal del despido. Durante el Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero se había adoptado la Ley núm. 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo que amplió los supuestos que habilitaba al empleador a despedir procedentemente con arreglo a causas económicas. Según las dos confederaciones, las tendencias negativas que ya aparecían en la reforma laboral de 2010 se desarrollaron al máximo en la reforma laboral de 2012.

Las dos confederaciones denunciaron que los objetivos de la reforma laboral de 2012 fueron lograr la **flexiguridad**, lo que incluía incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo y favorecer la **eficiencia del mercado de trabajo** para reducir la **dualidad laboral**.

El Gobierno explicó que, desde el segundo semestre de 2008, cuando se inició la crisis en la zona monetaria del euro, y a diferencia de lo que había sucedido en otros países europeos, las empresas españolas habían recurrido mayoritariamente al despido. La opción por el despido no había sido caprichosa, sino que respondía a las debilidades del mercado de trabajo español que sufre de una elevada presencia de trabajadores temporales, menor inversión en formación y creaba más situaciones en las que un trabajador podía ser despedido. El Gobierno sostuvo que la reforma laboral de 2012 había recibido una valoración positiva del Fondo Monetario Internacional[34].

33 El documento GB.321/INS/9/4, de 13 de junio de 2014, recoge el informe del comité tripartito. El comité estuvo compuesto por el profesor Raffaele De Luca Tamajo (miembro gubernamental, Italia), Alberto Echavarría Saldarriaga (miembro empleador, Colombia) e Yves Veyrier (miembro trabajador, Francia).

34 El Gobierno se remitió a un informe sobre España por el Fondo Monetario Internacional fechado el 27 de julio de 2012 donde se dijo, entre otras cosas, que: *Los directores subrayaron la urgencia de avanzar más en el fomento de la competitividad y el empleo, dado el alto nivel de desempleo, en particular entre los jóvenes. Se felicitaron por las medidas recientes del mercado laboral, dirigidas a reducir la dualidad del mercado y la rigidez de los salarios e incrementar la flexibilidad interna en las empresas. Estos esfuerzos deben complementarse con medidas adicionales para mejorar los mercados de productos y de servicios, y el entorno empresarial. En términos más generales, los directores instaron a una rápida aplicación de la agenda de reforma estructural del Gobierno.*

El informe del comité tripartito reconoció la preocupación de las dos partes sobre la coyuntura económica. Sin embargo, el comité tripartito pidió al Gobierno español que aumente «sus esfuerzos para reforzar el diálogo social y, en consulta con los interlocutores sociales, [encuentre] soluciones a las dificultades económicas que sean conformes con el Convenio núm. 158» [35].

La fijación de un período de prueba de un año en el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores (artículo 2, párrafo 2, del Convenio). Las dos confederaciones sostuvieron que la exigencia de razonabilidad de la duración del período de prueba era fundamental en el ordenamiento jurídico español. El artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores había establecido una duración máxima del período de prueba, vinculada a la formación del trabajador, de **seis meses** para los técnicos titulados y de **dos meses** para los demás trabajadores. Las dos confederaciones sostuvieron que el contrato de apoyo a los emprendedores (CAE), establecido en el artículo 4 de la ley núm. 3/2012 se alejó de los criterios y principios establecidos en el ordenamiento jurídico español ya que la duración de **un año** del período de prueba no se podía vincular a la cualificación y formación profesional del trabajador, ni a la experiencia que haya adquirido a lo largo de su trayectoria profesional, ni a la mayor o menor responsabilidad exigible al puesto de trabajo, ni al grado de dificultad en el desempeño de las funciones pactadas.

Las dos confederaciones recordaron las conclusiones del comité tripartito que examinó la reclamación sobre el contrato francés «nuevas contrataciones» (CNE)[36], donde se expresaron dudas sobre la razonabilidad de la duración de un período de prueba de hasta **dos años** previsto en dicha modalidad contractual francesa que había estado en vigencia durante cerca de tres años desde agosto de 2005. El Gobierno español destacó que el Convenio núm. 158 no definía el concepto de duración razonable y que correspondía a cada país determinar los períodos de prueba que se consideran razonables. El Gobierno se remitió al informe del comité tripartito que examinó la reclamación del CNE en cuanto que también había concluido que no se podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado que **seis meses** (como se había previsto en Francia) para permitir a los empleadores medir

A pedido del Gobierno de España, la Secretaría de la OCDE hizo una evaluación preliminar de la reforma laboral de 2012 sosteniendo que se redujo de manera significativa la rigidez de la legislación española sobre los despidos. Según el análisis económico de la OCDE, se habrían logrado crear 25 000 nuevos contratos indefinidos al mes, gracias a la reforma laboral de 2012. Las confederaciones sindicales que presentaron la reclamación en contra de la reforma laboral de 2012 no concordaron con el análisis de la Secretaría de la OCDE (véanse los párrafos 94-101 del documento GB.321/INS/9/4). Para un enfoque crítico, véase la publicación de la OIT, *España: Crecimiento con Empleo,* Ginebra, 2014. La doctrina laboralista española ha sido generalmente muy crítica sobre las reformas laborales, véase Casas Baamonde, María Emilia, «La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo», *Relaciones laborales,* núm. 10, 2014, págs. 15-43.

35 Párrafo 226 del documento GB.321/INS/9/4.

36 Documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007, ya mencionado en la nota 27.

la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa. La decisión del comité tripartito de 2007 no había concluido, a partir de las consideraciones aparentemente adoptadas por el Gobierno francés de la época para determinar esa duración, que un período de hasta **dos años** sea razonable[37]. El Gobierno español también observó que el Convenio núm. 158 ofrecía flexibilidad para su aplicación, en particular en relación con el artículo 2, párrafo 2, *b),* del Convenio, y se refirió expresamente a la posición de los expertos gubernamentales y trabajadores en la reunión tripartita de abril de 2011[38].

El comité tripartito reiteró que efectivamente el artículo 2, párrafo 2, *b),* del Convenio no contiene una definición de «período de prueba» o de lo que debe entenderse por duración «razonable» del período de prueba y que efectivamente, en la reclamación sobre el CNE francés, no se había excluido la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado que seis meses para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa. El comité tripartito se remitió al debate tripartito de abril de 2011 sobre el alcance de las exclusiones previstas en el artículo 2 del Convenio y observó que la Oficina había indicado que se debían aplicar tres principios para utilizar las cláusulas de flexibilidad del Convenio núm. 158: 1) sólo podía aplicarse mediante **consultas tripartitas**; 2) el proceso de negociación debía ser **transparente y de buena fe**, y 3) los gobiernos tenían la **obligación de informar** sobre las exclusiones que se hubieran hecho[39]. El comité tripartito concluyó su razonamiento diciendo[40]:

El Comité observa que, según las organizaciones querellantes, el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores fue establecido sin diálogo social. El Comité estima que no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual.

El Comité invita al Gobierno a presentar informaciones sobre la evolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y a la luz de las informaciones disponibles, a examinar la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio.

La nueva regulación de las causas de despido económicas (artículo 9, párrafos 1

37 *Ibíd.,* párrafos 70 y 71.

38 Párrafo 127, *Informe final,* TMEE/C.158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

39 *Ibíd.,* párrafo 56. Véase también el párrafo 334 del Estudio General de 2010 sobre los instrumentos relativos al empleo, donde la Comisión de Expertos indicó que las excepciones previstas en el Convenio sobre las agencias privadas de empleo, 1997 (núm. 181) están sujetas a que se observen las condiciones **de consulta, transparencia y de suministro de informaciones** requeridas en las cláusulas de flexibilidad de dicho Convenio.

40 Párrafo 246 del documento GB.321/INS/9/4.

y 3, del Convenio). Las dos confederaciones sostuvieron que las reformas introducidas por la ley núm. 3/2012 al artículo 51, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores impedían que los jueces puedan «examinar las causas invocadas para justificar» el despido así como «todas las demás circunstancias relacionadas con el caso» y «verificar si la terminación se debió realmente a esas razones». El Gobierno español mantuvo que la reforma laboral de 2012 había redefinido los requisitos exigidos para que concurran las causas de los despidos colectivos. El Gobierno explicó que si se pone de manifiesto una causa y así lo constata el juez, significa que la causa existe y produce sus efectos. Si la causa no se acredita, será el juez quien apreciará que dicha causa no existe y que, en consecuencia, el despido no es justificado. Tanto las dos confederaciones como el Gobierno se remitieron a sentencias de tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas que valoraron las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa y anulado despidos colectivos al estimar mala fe en la negociación y/o que la decisión era desproporcionada[41].

El comité tripartito observó que la nueva redacción del artículo 51, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores y la práctica de los tribunales continúa permitiendo que los jueces examinen no sólo la concurrencia de las causas sino las causas mismas y las circunstancias relacionadas con los despidos y que verifiquen si los despidos se debieron realmente a las causas alegadas por el empleador. El comité tripartito observó que esta situación confirmaba que, pese a las modificaciones introducidas en la reforma laboral de 2012, seguía existiendo en España un verdadero examen judicial de los despidos económicos.

La supresión de los salarios de tramitación ante la declaración judicial de la improcedencia del despido (artículo 10 del Convenio). Los salarios de tramitación son aquellos que, en virtud del Estatuto de los Trabajadores, se deben pagar desde la comunicación del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido. Las dos confederaciones consideraron que la reforma laboral de 2012, al suprimir los salarios de tramitación en caso de extinción del contrato, produce un incentivo económico, irracional y arbitrario a favor del despido y en contra de la estabilidad del empleo, colisionando de manera frontal con el derecho al trabajo.

Las dos confederaciones insistieron en que, para asegurar el cumplimiento del artículo 10 del Convenio núm. 158, que determina que en caso de despido sin causa justificada los jueces tendrán la facultad de ordenar el pago de una «indemnización adecuada», se debe asegurar al trabajador una protección en caso de demora judicial en la resolución del proceso por despido sin causa justificada.

El Gobierno español mantuvo que las dos confederaciones habían hecho una lectura inadecuada del artículo 10 del Convenio dado que dicha disposición no contiene una referencia concreta a los salarios de tramitación. Los órganos que controlan los

41 Párrafos 101 y 174 del documento GB.321/INS/9/4.

despidos — los jueces en el caso de España — pueden o no estar facultados por la legislación interna para imponer la readmisión. Lo único que es obligatorio es que, en caso de no estarlo o no resultar posible, los jueces deben tener la posibilidad de imponer el pago de una indemnización.

El comité tripartito observó que el artículo 56, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, en su tenor enmendado por la reforma laboral de 2012, establece para el supuesto de despido improcedente — si no se opta por la readmisión — una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Además, el comité tripartito observó que el trabajador podía acceder a una prestación por desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad el despido. El comité tripartito también consideró que, en caso de que una sentencia declare la nulidad del despido se condenaría automáticamente a la readmisión con abono de salarios de tramitación, como sería el caso de las decisiones extintivas que supongan discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. El razonamiento del comité tripartito se resume en el siguiente párrafo[42]:

El Comité considera que si bien las modificaciones introducidas por la reforma legislativa de 2012 suprimen el pago de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato ante la declaración judicial de la improcedencia del despido, no han eliminado el pago de una indemnización por la terminación de la relación de trabajo que requiere el artículo 10 del Convenio núm. 158. Los jueces españoles siguen facultados para ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada en caso de que se llegue a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada.

El despido por absentismo (artículo 6, párrafo 1, del Convenio). Las dos confederaciones consideraron que la reforma laboral de 2012 había redefinido el absentismo individual de corta duración lo que conllevaba que una ausencia del trabajador por razón de enfermedad se convertía en una justa causa para el despido, en contradicción con el Convenio.

El Gobierno español recordó que la reforma laboral de 2010 ya había modificado el texto del Estatuto de los Trabajadores y establecido en el 2,5 por ciento el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo como criterio de referencia, sin que se presentaran controversias sobre la aplicación del Convenio. La ley núm. 3/2012 consideró como posible causa de despido objetivo las faltas de asistencia del trabajador en un período corto (dos meses seguidos o cuatro meses discontinuos) con las faltas que haya tenido ese mismo trabajador en un período más dilatado, el período de 12 meses anterior. De esta manera, la reforma laboral de 2012 eliminó la condición de que, junto con las ausencias de un trabajador, hubiera de concurrir un cierto absentismo del total de la plantilla.

42 Párrafo 279 del documento GB.321/INS/9/4.

El comité tripartito advirtió que efectivamente la redacción del artículo 52, *d),* del Estatuto de los Trabajadores hecha por la ley núm. 8/1980, de 10 de marzo, ya establecía que no se computaran como faltas de asistencia al trabajo las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja había sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenía una duración de más de 20 días consecutivos. Las modificaciones a la redacción del artículo 52, *d),* del Estatuto de los Trabajadores, introducidas por la ley núm. 3/2012, requieren que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles. Esta nueva redacción ha desvinculado las ausencias individuales del trabajador del absentismo general de la empresa. En la redacción anterior no era posible que el empresario despidiera al trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas, si el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo no superaba el 5 por ciento. El comité tripartito consideró que las modificaciones a las definiciones y a las limitaciones de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 habían sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1.

La lectura del Tribunal Constitucional español del Convenio núm. 158 y la reforma laboral de 2012

La sentencia núm. 119/2014 del Tribunal Constitucional, de 16 de julio de 2014, desestimó un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra en relación con los aspectos relacionados con el contrato de apoyo a los emprendedores (CAE) en la ley núm. 3/2012. Una amplia mayoría del Tribunal Constitucional consideró constitucional el artículo 4 de la ley núm. 3/2012 que estableció un período de prueba de un año para el CAE. A diferencia del comité tripartito de la OIT, el Tribunal Constitucional consideró que sí podía y debía emitir un pronunciamiento especifico y fundamentado sobre la razonabilidad y proporcionalidad del artículo 4 de la ley núm. 3/2012. Contrariamente al comité tripartito, la sentencia del Tribunal Constitucional no presta atención al dialogo social. Para el Tribunal Constitucional, el CAE es una medida perfectamente legítima incluyendo en su análisis al artículo 2, párrafo 2, b) del Convenio núm. 158. Para el comité tripartito, el CAE no resultó ser una medida que da perfecto efecto al Convenio núm. 158. Los elementos sobre los cuales el Tribunal Constitucional sostiene la razonabilidad y la proporcionalidad del período de prueba del CAE son idénticos a los utilizados por el comité tripartito. Sin embargo, el comité tripartito pidió al Gobierno que examine «la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que este tipo de contrato [el CAE] sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio» (párrafo 247 del informe).

En la sentencia núm. 8/2015, de 2 de febrero de 2014, el Tribunal Constitucional desestimó otro recurso de inconstitucionalidad interpuesto por dos grupos parlamentarios de la oposición. La nueva decisión no hace referencia directa al Convenio núm. 158 y confirma la jurisprudencia establecida en el Auto núm. 43/2014, de 12 de febrero de 2014 y en la sentencia núm. 119/2014.

Aplicación: el control regular de la Comisión de Expertos

La presentación de memorias sobre los convenios ratificados permite a la Comisión de Expertos realizar un control periódico y regular sobre su aplicación, fuera del contexto contencioso de los comités tripartitos que constituye el Consejo de Administración cuando se examinan reclamaciones.

Al respecto, conviene revisar la experiencia de **Australia** cuya primera memoria, presentada en 1995 fue observada «con interés» por la Comisión de Expertos,

y sin dar lugar a comentarios [43]. La situación cambió cuando la Comisión de Expertos analizó las disposiciones introducidas por la reforma legislativa de 2005 y comprobó que se habían excluido de la posibilidad de presentar un recurso judicial por despido injustificado a todos los empleados en empresas de menos de 100 trabajadores. El Gobierno de **Australia** pretendió que esta categoría de trabajadores podía quedar excluida del alcance del Convenio en virtud del párrafo 5 del artículo 2 en cuanto que se tratarían de situaciones que revisten «problemas especiales» habida cuenta de la naturaleza de la empresa que los empleaba.

En la observación formulada en 2007 [44], la Comisión de Expertos indicó que la exclusión permitida por el artículo 2, párrafo 5, se aplica únicamente cuando un gobierno enumera dicha exclusión en su primera memoria. La Comisión advirtió que el Gobierno de **Australia** no había enumerado la exclusión de empleadores de 100 o menos trabajadores en la primera memoria recibida en septiembre de 1995. La Comisión de Expertos pidió al Gobierno de **Australia** que asegure que el Convenio se aplique a todas las personas empleadas y observó que la exclusión de empleadores que ocupan a 100 o menos trabajadores de las disposiciones sobre el despido injustificado previstas en la Ley de Relaciones en el Lugar de Trabajo, de 1996, no eran conformes con el Convenio. La Comisión pidió al Gobierno de **Australia** que modifique la legislación de manera de asegurar la efectividad del Convenio.

Dos años después, la Comisión de Expertos comprobó que un nuevo Gobierno liderado por Kevin Rudd había modificado la legislación del trabajo y observó «con interés» que la excepción para los empleadores que ocupaban a 100 trabajadores había sido suprimida de la legislación [45].

Otro ejemplo pertinente es el examen de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 158 en **Portugal**, en particular en el contexto de las medidas de ajuste estructural adoptadas para hacer frente a la crisis de la deuda soberana en la zona del euro. En relación con **Portugal**, las medidas de ajuste estructural promovidas por el FMI incluyeron la reducción de las indemnizaciones «elevadas» por despido alineando las mismas prestaciones por despido para contratos permanentes y para contratos de duración determinada. La Secretaría del FMI también sugirió que se revisen las «interpretaciones demasiado restrictivas de las disposiciones sobre despido justificado del Código del Trabajo» de manera de reducir el enfoque «sesgado» que tendrían las decisiones judiciales cuando examinan el uso de contratos de duración determinada [46].

En la observación formulada en 2012, la Comisión de Expertos examinó las enmiendas al Código del Trabajo adoptadas por la ley núm. 7/2009, de 12 de febrero de 2009. La

43 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, solicitud directa de 1997.

44 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, observación de 2007.

45 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, observación de 2009.

46 Véase el párrafo 32 relativo a las reformas del mercado del trabajo del informe de la Secretaría del FMI, IMF Country Report No. 11/127, junio de 2011.

Comisión de Expertos comprobó que las enmiendas de 2009 a la Ley de Procedimiento Laboral introdujeron una nueva reglamentación del procedimiento judicial aplicable a las reclamaciones por despido injustificado. En este contexto, la Comisión de Expertos tomó nota «con interés» de que las disposiciones del Código del Trabajo de 2009 habían reforzado los fundamentos para calificar un despido injustificado. El artículo 381, *d),* del Código del Trabajo establece que se debería considerar como un despido injustificado aquel que no recabe la opinión de la Comisión para la Igualdad en el Trabajo y en el Empleo antes de despedir a una trabajadora embarazada, a cualquier trabajadora que haya dado a luz recientemente o se encuentre en período de lactancia, así como a cualquier otro trabajador/a al inicio de su licencia por maternidad o paternidad.

En el contexto de la crisis, la Confederación General de Trabajadores Portugueses-Intersindical Nacional (CGTP-IN) se refirió a la decisión *(acórdão),* del Tribunal Constitucional, núm. 338/2010, de 22 septiembre de 2010, que declaró la inconstitucionalidad del párrafo 1 del artículo 356 del Código del Trabajo de 2009 (donde se había querido modificar el carácter discrecional del ofrecimiento de pruebas en un procedimiento por despido) al violar los principios del derecho a la defensa y la protección de la seguridad en el empleo, consagrados en la Constitución nacional.

La Comisión de Expertos advirtió que, en el marco de las medidas de ajuste estructural adoptadas desde marzo de 2011, el Gobierno de **Portugal** emprendió reformas del sistema de protección del empleo, incluyendo la introducción de enmiendas a la regulación de los despidos individuales y la reducción de las indemnizaciones por despido. La Comisión de Expertos pidió al Gobierno de **Portugal** que informe sobre el efecto que tuvieron las reformas a la legislación sobre el despido para mantener y crear empleo, en particular las medidas adoptadas para reducir las prestaciones por despido[47].

Despidos colectivos

Las disposiciones del Convenio núm. 158 relativas a los despidos colectivos son particularmente someras: cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente (artículo 13). Asimismo, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente (artículo 14).

La Recomendación núm. 166 aconseja adoptar medidas para evitar o limitar al máximo los despidos colectivos, fijar criterios de selección, establecer cierta prioridad en caso de readmisión y adoptar medidas encaminadas a atenuar los efectos del despido (párrafos 20 a 26).

Sin embargo, la Organización adoptó otros documentos para guiar a las empresas y a los sindicatos en circunstancias económicas difíciles. En este sentido, se destaca la

47 La Comisión de Expertos no examinó las modificaciones introducidas en el Código del Trabajo en materia de despido por la ley núm. 23/2012, de 25 de junio (situación en septiembre de 2014).

Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración en noviembre de 1977 (la Declaración EMN). La Declaración EMN no tuvo el rango constitucional de la Declaración de Filadelfia de 1944 — ni el prestigio institucional que conocen los documentos solemnes adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998, 2008 y 2009 [48]. Los principios enumerados en la Declaración EMN tienen como objetivo guiar a las empresas multinacionales, a los gobiernos, a los empleadores y a los trabajadores en temas tales como la promoción del empleo, la igualdad de oportunidades, la seguridad del empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo y de vida y las relaciones laborales. Los principios que contiene la Declaración EMN deberían ser aplicados voluntariamente por los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las empresas multinacionales.

Las disposiciones de la Declaración EMN no limitan ni afectan las obligaciones derivadas de la ratificación de un convenio internacional del trabajo. Por el contrario, la Declaración EMN promueve una mayor efectividad de los convenios, ratificados o no ratificados, en temas que son de particular importancia para las empresas. En efecto, en el párrafo 9 de la Declaración EMN se estableció que «sin perjuicio de la obligación de los gobiernos de asegurar la aplicación de los convenios que han ratificado, en los países en que los convenios y recomendaciones citados en este párrafo no sean aplicados, todas las partes deberían referirse a los mismos a fines de orientación a seguir en su respectiva política social». De esta manera, se encuentran **17 convenios «citados»** en la Declaración EMN y otros 14 **convenios que «contienen disposiciones pertinentes»** que se enumeran en un anexo de la Declaración EMN. Entre los 17 convenios citados se encuentran los ocho convenios fundamentales, un convenio considerado de la mayor importancia para la buena gobernanza, el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), y otros convenios importantes [49]. Entre los **14 convenios que «contienen disposiciones pertinentes»** para la

48 En junio de 1998, la **Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo** subrayó que «las normas de trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento». En términos más precisos, en la **Declaración de la OIT de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa** también se insistió en que «la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas». Importa también mencionar que en junio de 2009, en la resolución «Para recuperarse de la crisis: Un **Pacto Mundial para el Empleo**» se mencionó a los instrumentos de la OIT relativos a la terminación de la relación de trabajo entre aquellos convenios pertinentes para «sustentar y apoyar los derechos en el trabajo», contribuir «a desarrollar una cultura de diálogo social especialmente útil en tiempos de crisis» y para evitar que se «desate una espiral descendente en las condiciones laborales y sustentar la recuperación».

49 De los 17 convenios citados en la Declaración MNE, 14 se encuentran en vigencia para el **Brasil,** un convenio ha sido denunciado (el Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110), ratificado en 1965 y denunciado en 1970) y sólo dos convenios no han sido ratificados, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm.130).

Declaración EMN, se incluyó al Convenio núm. 158[50].

En situaciones en las que el Convenio núm. 158 no ha sido ratificado, importa insistir en lo que dicen los párrafos 24 a 28 de la Declaración EMN los cuales tratan sobre la «seguridad del empleo» y alientan a que tanto los gobiernos como las EMN adopten «medidas apropiadas para ocuparse de las repercusiones de las actividades de las empresas multinacionales sobre el empleo y el mercado del trabajo». Las EMN tendrían que esforzarse para actuar como «modelo en la promoción de la seguridad del empleo, particularmente en los países en que el cese de las operaciones pueda acentuar el desempleo a largo plazo». Finalmente, en la Declaración EMN se establecen tres requerimientos particulares para el caso de despidos colectivos: que se notifiquen «con antelación razonable a las autoridades gubernamentales competentes y a los representantes de sus trabajadores y sus organizaciones, a fin de que las repercusiones puedan ser examinadas conjuntamente con miras a mitigar los efectos adversos al máximo posible» (párrafo 26 de la Declaración EMN), que «deberían evitarse los procedimientos de despido arbitrario» (párrafo 27) y que los gobiernos, en cooperación con las empresas multinacionales y con las empresas nacionales, «deberían asegurar alguna forma de protección de los ingresos de los trabajadores cuyo empleo haya terminado» (párrafo 28).

Estas disposiciones de la Declaración EMN que deben ser voluntariamente aplicadas por las empresas responsables se han visto reforzadas en documentos más recientes y modernos adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, cuya elaboración concluyó en marzo de 2011[51]. Sin embargo, los Principios Rectores no contienen disposiciones directamente vinculadas con el despido. Al contrario de lo que se advierte en las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, cuya última versión también fue adoptada en 2011, y confirman la necesidad de que las empresas responsables eviten efectuar despidos colectivos arbitrarios[52].

Son cada vez más numerosas las empresas de los países emergentes que tienen que dar cuenta sobre su responsabilidad social en relación con los trabajadores que directa o indirectamente ocupen, así como en relación con el impacto que tengan sus proyectos sobre el medio ambiente. Algunas críticas que en América Latina se dirigieron en la década de los años sesenta hacia un

50 De los 14 convenios pertinentes en la Declaración MNE, diez convenios se encuentran en vigencia para el **Brasil,** el Convenio núm. 158 ha sido denunciado, y tres convenios no han sido aún ratificados (el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1982 (núm. 173) y el Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184).

51 Documento A/HRC/17/31, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», de 21 de marzo de 2011.

52 Véanse el párrafo 6 del capítulo V de las Líneas Directrices de la OCDE y el párrafo 59 del comentario correspondiente.

modelo de desarrollo que fomentaba el establecimiento de empresas multinacionales (especialmente norteamericanas) para lograr la industrialización, ahora puede suceder que se dirigirán hacia las empresas brasileras o chinas y serán ellas quienes resulten acusadas de buscar la manera de ignorar las normas locales en materia social y de medio ambiente. Por ello es que tomar conciencia y respetar ciertas normas sociales internacionales, incluso cuando no se encuentren ratificadas, puede parecer pertinente si se quiere asegurar una participación eficaz de las empresas de los países emergentes en la mundialización.

Antes de concluir…

El principal objetivo de este ensayo ha sido el de informar y explicar el debate que existe a nivel internacional sobre las normas relativas al despido. Al mismo tiempo, se ha pretendido disipar un malentendido: si bien faltan consensos sobre algunos puntos importantes entre los interlocutores sociales, los requerimientos que establece el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 continúan siendo el marco jurídico que se utiliza dentro de la OIT (y en los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de derechos humanos, en la OCDE, en la Unión Europea y en otras instituciones internacionales) para buscar soluciones racionales a las dificultades que encuentran las empresas para despedir y los trabajadores para aceptar que su empleo terminó con una causa justificada. El Convenio núm. 158 sigue en vigencia en 35 países y continúa teniendo un impacto importante en la legislación nacional, en la práctica judicial y en la doctrina de muchos países.

Al afirmar el derecho de los trabajadores a conocer los motivos por los cuáles han sido despedidos, se insiste también en que el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 no consagran un derecho a la inamovilidad en el empleo sino que reconocen el despido justificado.

Cuando se insiste sobre los aspectos relacionados con los derechos humanos que se encuentran en el Convenio núm. 158, sus disposiciones son el objetivo de críticas redobladas de quienes no aceptan una protección internacional a los derechos que ya se consagran en la práctica y la legislación nacionales. Quienes estiman que el Convenio núm. 158 no consagra derechos humanos, consideran que la protección internacional del despido justificado no debe ser fuente para nuevos derechos a nivel nacional dado que el cumplimento de los requerimientos de consulta con los interlocutores sociales del Convenio núm. 158 constituyen un obstáculo para modificar unilateralmente las condiciones del despido que se establecieron a nivel nacional.

En todo caso, lo que obtuvo el Convenio núm. 158 de la relación con los derechos humanos que estableció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es muy importante: la omisión de proteger adecuadamente el despido injustificado se puede considerar como una violación del derecho individual al trabajo[53], con

53 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que «el incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al

independencia de que el citado convenio haya sido o no ratificado. Hay que observar que en las normas de la OIT tampoco se reconoce el derecho individual al trabajo (en el sentido del artículo 6, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En efecto, a lo más próximo que se llegó en la consagración del derecho al trabajo — en el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) — fue para decir que sirve «para materializar el derecho al trabajo, en tanto que derecho humano básico» y en tanto y cuanto sirva para promover el pleno empleo, productivo y libremente elegido como piedra angular de las políticas económicas y sociales[54]. En efecto, las modalidades del derecho de despedir se encuentran en el punto de contacto — más bien, en el punto de impacto entre la «libertad de empresa» consagrada en los ideales revolucionarios de 1789 y los derechos sociales consagrados en las Constituciones del siglo XX[55].

En el marco de la OIT, las instituciones del despido justificado quedan entonces sujetas al resultado de la concertación social y de lo previsto en la legislación y jurisprudencia nacionales. En este contexto, las medidas de ajuste estructural que se adoptan en la Unión Europea para mejorar la situación del empleo, tienden a reducir los niveles de protección que se habían consagrado en materia de despido. Cuando la reducción de los niveles de protección es el resultado de la concertación social, de acuerdos negociados por los interlocutores sociales, las cláusulas de flexibilidad del Convenio núm. 158 permiten una adaptación a las difíciles circunstancias que atraviesan las economías. El hecho de que se deba respetar un marco jurídico consensuado a nivel internacional debería ser un aliciente a que disminuyan las presiones que ejercen las opiniones económicas que pretenden demostrar la existencia de una relación directa entre la reducción de la protección en materia del despido y el aumento del empleo. Son pocas las comprobaciones que permitan afirmar que la reducción de las condiciones del despido es la causa directa de la creación de empleos de calidad.

Los argumentos económicos para reducir el costo del trabajo (y de las condiciones de despido) buscan simular las condiciones de una devaluación monetaria — devaluación que se ha vuelto imposible realizar individualmente en los países que se encuentran dentro de la zona monetaria del euro. En las reclamaciones que atendió la OIT en relación con **España** y **Francia** se observa una súbita necesidad de adoptar urgentemente nueva legislación sobre las condiciones de despido — rompiendo con las obligaciones de la consulta y concertación sociales — sin que sustancialmente se hayan generado empleos sostenibles.

Se puede recordar que existen también

trabajo imputables a terceros». Ese incumplimiento «abarca ciertas omisiones [...] como el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente». Véase el párrafo 35 del documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/18, *El derecho al trabajo,* Observación general núm. 18, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, aprobada el 24 de noviembre de 2005. Véase también el párrafo 11 de dicha Observación general, en el que se hace referencia al artículo 4 del Convenio núm. 158.

54 Véanse las consideraciones sobre la «aplicación efectiva del derecho al trabajo» (párrafos 10-13) en el Estudio General de 2010 sobre los instrumentos relativos al empleo.

55 Joxe, Pierre: Cas de conscience, Ediciones Labor et Fides, 2010, pág. 207.

escuelas y experiencias económicas que sostienen que si las exigencias financieras se vinculan mecánicamente con la reducción de los costos, se podría matar la gallina de los huevos de oro del crecimiento económico. En este sentido, Amartya Sen[56] ha recordado lo difícil que es encontrar *«la buena medida de la faja»* así como la frase que se le dice a una persona que se encuentra holgada dentro de una faja que parece resultarle cómoda: *«si se siente cómoda, evidentemente se necesita una talla más pequeña»*. De tanto que se busca reducir algunos derechos, se corre el gran riesgo de provocar nuevas crisis sociales.

En muchos casos, las reformas laborales se acompañan de críticas a la justicia del trabajo. Se encuentran decisiones que pueden resultar irritantes en relación con la justificación del despido pero se trata de sentencias que se fundamentan en las disposiciones nacionales y en el examen particular del caso que han realizado los jueces competentes. Si se tiene en cuenta la letra del Convenio núm. 158, la jurisprudencia de los tribunales del trabajo puede dar lugar a una crítica de aquellas decisiones judiciales desatinadas. Lo que sorprende muchas veces es que la crítica de las decisiones de los tribunales del trabajo se origine en algunas organizaciones financieras internacionales (como se ha visto en el caso de **Portugal**) y se sustente en documentos económicos.

Como ejemplo de la versatilidad del Convenio núm. 158, se puede volver a leer su artículo 10 cuya aplicación no conlleva una obligación para que los tribunales ordenen la readmisión de un trabajador en caso de que consideren que el despido fue injustificado, como ya lo entendió el Ministro Celso de Mello al pronunciarse sobre la ADI 1480 en junio de 2001[57]. La readmisión puede quedar descartada por la legislación y la práctica nacionales o bien estar reservada, si hay una concertación social al respecto, a circunstancias excepcionales. El pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada es el derecho que le cabe a los trabajadores despedidos. Los organismos «neutrales» mencionados en el artículo 8 del Convenio (tribunales ordinarios, tribunales del trabajo, juntas de arbitraje o árbitros) intervienen, si corresponde, en el cálculo de los montos, los cuales también deben responder a los parámetros acordados en la práctica nacional. La neutralidad que impone el Convenio núm. 158 a las instancias judiciales hace parte de los fundamentos del Estado de derecho, y está destinada a preservar el equilibrio entre el empresario y el trabajador despedido.

Frente a quienes sigan buscando la ratificación, aplicación y promoción del Convenio núm. 158 se encontrarán otros que propugnen que se lo descarte. Sin embargo, no existe otro marco de referencia que permita hacer efectivo un mínimo de diálogo a nivel de la empresa cuando se rompe la relación de trabajo. La adhesión al Convenio núm. 158 no sólo refuerza el derecho del trabajo sino que puede disminuir las tensiones dentro de las empresas.

56 Sen, A.: «It isn't just the euro. Europe's democracy itself is at stage», en *The Guardian,* 22 de junio de 2011.

57 ADI 1480, mencionada en la nota 15.

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DIREITO INTERNO: MANUAL DE FORMAÇÃO PARA JUÍZES, JURISTAS E DOCENTES EM DIREITO.

Editado por Xavier Beaudonnet.
Organização Internacional do Trabalho, Centro Internacional de Formação da OIT (CIF).
Turim: OIT, 2010. p. 183-196.

II. Instrumentos da OIT relativos à terminação

II.A. Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho, 1982 (No. 158)

Antes da criação e da consolidação da legislação trabalhista[108], a terminação de emprego era caracterizada pela simetria de direitos de empregador e trabalhador. Ambos podiam finalizar a relação de trabalho mediante um simples aviso, sem que fosse exigido um motivo, e sem qualquer restrição ou limites em termos de procedimento. Contudo, embora esse estado de coisas possa parecer justo à primeira vista, o impacto da terminação rompe o equilíbrio; os trabalhadores costumam ser mais adversamente afetados pela perda do emprego – o que significa que são privados de seu meio de subsistência – do que o empregador pela partida de um empregado. Além disso, os empregadores costumam ter mais poder de barganha, o que permite que protejam melhor seus interesses ao estabelecer as condições para a terminação do emprego. Em caso de terminação por iniciativa do empregador, o desequilíbrio acima mencionado pode ser compensado, do ponto de vista jurídico, pela exigência de uma razão válida para a terminação pelo empregador. Em outras palavras, deve haver uma razão para que o contrato não continue, o que assegura uma base jurídica relativa à terminação unilateral da relação de trabalho pelo empregador. Essa é a opção feita pela Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho (No. 158), adotada para contrabalançar o desequilíbrio em questão.

A Convenção No. 158 contém 14 dispositivos substantivos e está dividida em três partes: I. Métodos de implementação, âmbito e definições; II. Normas de aplicação geral; III. Dispositivos suplementares relativos ao terminação do emprego por razões econômicas, tecnológicas, estruturais ou similares.

[106] No Compêndio de decisões de tribunais nacionais compilado pelo Centro Internacional de Formação da OIT, decisões de África do Sul, Botsuana, Canadá , Costa Rica, Croácia, Espanha, Estônia, Lesoto, Madagascar, Maláui e Trinidad e Tobago (ITC-OIT: *Use of International Law by Domestic Courts. Compendium of Court Decisions*, Turim, dezembro de 2007).

[107] Artigo 3 da Convenção No. 158

[108] Para antecedentes históricos, particularmente sobre a recomendação anterior sobre a Terminação da Relação de Trabalho, 1963 (No. 119), ver E. Sims: 'Employment Security', In: OIT: *International Labour Standards: A Global Approach*, preliminary version, Genebra, 2001, pp. 259-268.

O Artigo 1 permite que os Estados Membros ratificantes escolham a maneira como vão aplicar a Convenção segundo a prática nacional e à luz das diferenças na forma como os países regulam as relações trabalhistas. Portanto, as decisões de tribunais precisam cumprir um papel central nos países que não têm regulamentação escrita relativa a terminação de emprego, ou que só dispõem de regulamentação geral, em cujo caso os tribunais têm de interpretar a lei e criar princípios de jurisprudência para solucionar litígios que lhe são encaminhados.

II.A.1. Âmbito de aplicação da Convenção

Âmbito de aplicação pessoal: todas as pessoas empregadas

O Artigo 2 indica claramente que a Convenção se aplica a todos os setores da atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.

Embora seu âmbito seja vastíssimo, a Convenção também é muito flexível, pois permite que os Estados Membros ratificantes excluam tipos ou categorias específicas de trabalhadores de seus dispositivos. São eles, principalmente[109]:

- trabalhadores com contrato de trabalho por tempo determinado ou para realizar uma tarefa especificada;
- trabalhadores em período de experiência ou de qualificação de duração razoável;
- trabalhadores contratados de forma eventual por um breve período.

Contudo, o Artigo 2(3) afirma que serão proporcionadas as salvaguardas adequadas contra a possibilidade de recorrer a contratos por tempo determinado com o objetivo de evitar a proteção resultante da Convenção.

Além disso, o Artigo 2(4) e (5) autoriza a exclusão de outras categorias de trabalhadores após consulta com as entidades patronais e organizações de trabalhadores interessadas:

- categorias de trabalhadores cujos termos e condições de emprego são regidos por arranjos especiais que, em seu conjunto, ofereçam proteção 'pelo menos equivalente' à obtida em virtude da Convenção;
- categorias de trabalhadores cuja proteção é difícil devido a problemas especiais de 'natureza substancial' decorrentes das condições particulares de emprego dos trabalhadores interessados ou do tamanho e natureza da respectiva empresa (empresas muito pequenas, por exemplo).

O Artigo 2(6) dispõe que cada Estado Membro ratificante listará, no primeiro relatório, todas as categorias que tiverem sido excluídas em virtude dos parágrafos 4 e 5[110]. Os Estados Membros também devem indicar, em relatórios subsequentes, a posição de seu direito e de sua prática no que diz respeito às categorias excluídas, e em que medida a Convenção foi levada a efeito (ou se propõe que o seja) em relação a essas categorias[111].

[109] Artigo 2(2)(d) da Convenção No. 158.

[110] Portanto, não seria admissível a subsequente exclusão do âmbito da Convenção das categorias de trabalhadores mencionadas no artigo 2(4) e (5).

[111] Assim, na Solicitação Direta dirigida à Venezuela em 2002, a Comissão de Peritos instou o Governo a continuar a fornecer informações a respeito da situação na lei e na prática em relação às categorias excluídas, e a indicar qualquer mudança relacionada com o âmbito da convenção. A Solicitação Direta pode ser encontrada na base de dados ILOLEX (http://www.ilo.org/ilolex/english/index.htm).

Âmbito material de aplicação substantivo: terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador

Como já foi apontado, o Artigo 3 estipula que a Convenção só cobre a terminação de emprego por iniciativa do empregador. Nesse sentido, é muito importante introduzir dois esclarecimentos de organismos de supervisão da OIT sobre o âmbito das regras relativas a terminação.

Primeiro, as regras de proteção que regem a terminação não devem ser contornadas por meio do uso de terminologia diferente. Se, em vez de ser chamado de dispensa, a terminação da relação de trabalho, embora realmente uma iniciativa do empregador, for erradamente denominada pelo empregador como "pedido de dispensa", infração contratual, aposentadoria, modificações contratuais, força maior ou terminação judicial, por exemplo, os tribunais podem cumprir um papel importante ao assegurar que essas falsas descrições não neguem a proteção prescrita pela Convenção.

Segundo, determinadas mudanças nas condições de trabalho introduzidas pelo empregador, e que não são decorrentes de requisitos operacionais reais, podem resultar em pressão sobre o trabalhador para que esse desista de seu emprego. Nesses casos, as autoridades administrativas ou tribunais competentes devem verificar se existe 'pedido de dispensa forçado' que é, na verdade, uma dispensa disfarçada, já que a terminação ocorre então por iniciativa do empregador no sentido da Convenção No. 158.

> Se, em vez de dispensa, a terminação da relação de emprego, embora realmente de iniciativa do empregador, for erradamente classificado por ele como, por exemplo, pedido de dispensa, infração contratual, aposentadoria, modificação contratual, força maior ou terminação judicial, as regras de proteção que regem a terminação podem parecer não se aplicar; mas o uso desse tipo de terminologia não deve permitir que o empregador contorne as obrigações em relação à proteção prescritas para o caso de dispensa. Determinadas mudanças introduzidas pelo empregador, em particular as relativas a condições de emprego e que não resultam de reais requisitos operacionais, podem pressionar o trabalhador para que ou aceite essas mudanças ou desista de seu emprego, ou corra o risco de sofrer sanções por não ter cumprido as instruções do empregador. Portanto, é preciso poder verificar se uma situação não constitui dispensa disfarçada ou real terminação da relação instigada pelo empregador no sentido da Convenção, pois, caso contrário, o trabalhador interessado seria, de facto ou de jure, indevidamente privado da proteção proporcionada pela Convenção.
>
> Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 22

A proteção fundamental relacionada com justificativa para a terminação do emprego, procedimento prévio ou concomitante, recurso, notificação, pagamento de indenização e benefícios similares é definida nos Artigos 4 a 12. A Convenção tem objetivo duplo: proteger os trabalhadores contra terminação injustificada de emprego e preservar o direito dos empregadores de rescindir um contrato de trabalho por razões válidas (reconhecidas).

II.A.2. Proteção contra terminação injustificada de emprego

Exigência de motivo válido

O Artigo 4 estipula que, para que a terminação seja legal, tem de haver uma razão válida ligada à capacidade ou conduta do trabalhador ou com base nos requisitos operacionais da empresa, estabelecimento ou serviço.

É preciso notar que, em diversos países de direito consuetudinário que não ratificaram a Convenção No.158 e nos quais o princípio da justificativa da terminação não é expressamente formulado pela legislação nacional, os tribunais nacionais basearam-se na Convenção para reconhecê-lo.

País: Botsuana
Joel Sebonego v. *News Paper Editorial and Management Services (PTY) ltd*, Tribunal Industrial de Botsuana, 23 de abril de 1999, No. IC 64(98)

"O Tribunal Laboral não é apenas um foro comum, também um tribunal de equidade; portanto, aplica regras de justiça natural – ou regras de equidade, como estas às vezes são chamadas – ao solucionar litígios trabalhistas. Essas regras de equidade são derivadas tanto do direito comum quanto das Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho. Os requisitos básicos para que uma dispensa seja substantivamente justa, que incluem dispensa por incapacidade decorrente de saúde precária, são sucintamente expostos no Artigo 4 da Convenção No. 158 de 1982."

País: Trinidad e Tobago
Sindicato de Bancários e Trabalhadores Gerais v. Home Mortgage Bank, Tribunal Laboral de Trinidad e Tobago, 3 de março de 1998, No. 140 de 1997.

"Os princípios das boas relações industriais ditam que o emprego de trabalhador algum deve ser terminado se não houver uma razão válida para tanto, ligada a sua capacidade de realizar o trabalho para o qual foi contratado ou baseada nos requisitos operacionais do negócio do empregador. Esses princípios são consagrados por escrito na Convenção No. 158 da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção No. 158 da OIT deu forma escrita aos princípios, há muito aceitos, das boas relações laborais e não vem ao caso o fato de esta Convenção não ter sido ratificada por Trinidad e Tobago. A Convenção não é aplicável como parte do direito interno de Trinidad e Tobago, mas como prova dos princípios de boas práticas nas relações laborais que foram aceitos no plano internacional."

Quanto mais geral a legislação nacional no que diz respeito à terminação de emprego, mais a Comissão de Peritos fica atenta a definições da jurisprudência sobre quais são as razões consideradas válidas para a terminação. Portanto, para avaliar até que ponto as razões consideradas na prática para justificar a terminação correspondem às razões válidas a que a Convenção se refere, é importante que os países ratificantes comuniquem as decisões judiciais pertinentes ou indiquem como os dispositivos são aplicados na prática. Assim, na Solicitação Direta feita ao Luxemburgo em 2005[112], por exemplo, a Comissão de Peritos pediu ao Governo que indicasse a maneira como os tribunais continuavam a desenvolver a noção de "perda de confiança", cujo sentido não parecia ter sido definido com clareza e precisão, e indicasse de que forma a dispensa sem razões expressas era conforme ao Artigo 4 da Convenção.

Em observação ao Gabão em 2006, a Comissão de Peritos também apontou que, na ausência de qualquer outra razão válida, a "gabonização" de postos de trabalho pelo governo no intuito de promover o emprego de nacionais gaboneses não podia ser considerada como razão válida para terminar o emprego de trabalhadores estrangeiros no sentido da Convenção.

[112] Para consultar a Solicitação Direta na Internet, ver nota de rodapé 111.

Trecho da observação de 2006 da Comissão de Peritos sobre a aplicação da Convenção No. 158 pelo Gabão

3. O Comissão vem comentando há muitos anos a política de "gabonização" dos empregos e a necessidade de que sua implementação seja coerente com os dispositivos da Convenção. A Comissão notou que, segundo o Artigo 2, a Convenção se aplica a todas as pessoas empregadas e, conforme os Artigos 8 e 9, aplica-se tanto aos estrangeiros quanto aos nacionais. A Comissão frisou que, para que a implementação da política de "gabonização" seja conforme aos dispositivos do Artigo 4, deve haver uma razão válida para a terminação, ligada à capacidade ou à conduta do trabalhador ou aos requisitos operacionais da empresa, estabelecimento ou serviço.

4. A Comissão aponta que, na ausência de qualquer outra razão válida, a "gabonização" de postos de trabalho não pode ser considerada como razão válida para a terminação no sentido da Convenção. Solicita-se ao Governo que inclua informações concretas em seu próximo relatório sobre a aplicação dos dispositivos da Convenção, em particular o número de recursos contra as medidas de dispensa de trabalhadores estrangeiros e por trabalhadores nacionais, o resultado desses recursos, a natureza da reparação concedida e o tempo médio que os recursos levaram para ser processados, bem como sobre o número de terminações, caso tenha havido algum, ligados à implementação da nova política de emprego (Parte V do formulário do relatório). [ênfase nossa]

Fonte: OIT: *Relatório da Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações*, Conferência Internacional do Trabalho, 94ª Sessão, Genebra, 2006, Relatório III(1A)

Razões não consideradas válidas

O Artigo 5 da Convenção define uma lista não exaustiva de cinco razões para terminação que não são consideradas válidas:

a) filiação sindical ou participação em atividades sindicais fora do horário de trabalho ou, com consentimento do empregador, dentro do horário de trabalho

b) candidatar-se a representante dos trabalhadores, ou ser ou ter sido representante dos trabalhadores;

c) apresentar queixa ou participar de procedimentos contra um empregador que envolva alegações de violação de leis ou regulamentos, ou recurso às autoridades administrativas competentes;

d) raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gestação, religião, opinião política, origem nacional ou social;

e) ausência do trabalho durante licença-maternidade.

Exemplo de não-observância do Artigo 5 da Convenção No. 158

No contexto da representação que alega não observância pela Etiópia das Convenções Nos. 111 e 158, apresentada em virtude do Artigo 24 da Constituição da OIT em 1998, alegou-se, em particular, que o Artigo 5(d) da Convenção No. 158 fora violado. Depois de um litígio fronteiriço ter levado a confrontos entre a Etiópia e a Eritréia em maio de 1998, muitos cidadãos etíopes de origem eritréia, residentes legais na Etiópia e empregados de empresas públicas ou nacionalizadas foram sumariamente despedidos e deportados. Alegou-se que as terminações não estavam ligados à capacidade ou conduta dos trabalhadores, nem a requisitos operacionais da empresa, mas que os trabalhadores eritreus na verdade haviam sido despedidos devido a sua raça, opinião política, origem nacional ou social. A representação também indicava que em momento algum fora dada aos trabalhadores a oportunidade de recorrer de sua dispensa e deportação, como requerem os Artigos 8, 9 e 10 da Convenção. A Comissão tripartite responsável pelo exame da representação concluiu que, na medida em que as deportações, que resultaram no pedido de dispensa dos interessados em decorrência de atitude do empregador, haviam sido baseadas em origem nacional e/ou opinião política, essas deportações constituíam violação do dispositivo que rege a terminação de emprego definido na Convenção No. 158[113].

O Artigo 6 apresenta uma sexta razão que não pode ser considerada válida para terminação: ausência temporária do trabalho devido a doença ou lesão. O Artigo acrescenta que as definições de "ausência temporária do trabalho", o prazo após o qual o atestado médico será exigido e das possíveis limitações da aplicação do Artigo serão determinadas de acordo com a prática nacional por meio de legislação, decisões de tribunais, acordos coletivos, etc. Uma vez mais, ilustra-se aqui a importância do papel dos tribunais nessa área.

Os esclarecimentos prestados pela Comissão de Peritos sobre a aplicação do Artigo 6 da Convenção No. 158 podem ser úteis aos juízes e advogados nacionais em relação aos três pontos seguintes.

1) Fornecimento de atestado médico

Geralmente, o atestado médico é exigido em caso de ausência de mais de um número especificado de dias (...). De maneira geral, o trabalhador deve informar rapidamente ao empregador sobre sua ausência por motivo de doença ou lesão, e enviar-lhe um atestado médico dentro de certo prazo. (...) A Comissão nota que, às vezes, o trabalhador tem um prazo muito breve para informar a seu empregador ( ). Seria aconselhável que esse prazo fosse razoável, compatível com os meios de comunicação ao alcance do trabalhador, e que não fosse interpretado de forma restritiva se o trabalhador claramente estiver agindo de boa fé ou se um motivo de força maior o impedir de notificar a seu empregador dentro do prazo prescrito.

Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafos 140 e 141

2) Terminação de emprego de trabalhadores com doenças graves

A Comissão de Peritos apontou, primeiramente, que o simples fato de ser afetado por uma doença grave (HIV-AIDS, por exemplo) não é causa para terminação de emprego, desde que o trabalhador esteja medicamente apto a trabalhar[114]. Nesse sentido, os juízes e advogados também podem referir-se ao Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo

[113] Ver o Relatório da Comissão criado para examinar a representação que alegava a não observância pela Etiópia da Convenção sobre Discriminação (Emprego e Profissão) , 1958 (No. 111) e da Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho, 1982 (No.158).

[114] Ver OIT : Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, op. cit., parágrafo 142.

do trabalho (2001). Um dos dez princípios-chave do código afirma que a infecção por HIV não é causa para terminação de emprego. As pessoas com doenças relacionadas com o HIV, assim como todos os trabalhadores acometidos por outras doenças, poderão trabalhar enquanto estiverem medicamente aptas para desempenhar funções apropriadas.

Nesse meio-tempo, a Comissão de Peritos também emitiu seu parecer a respeito da situação dos trabalhadores que tenham de ausentar-se do local de trabalho com frequência por precisarem de tratamento regular para uma doença grave, mas que permanecem medicamente aptos para o seu trabalho ou para trabalho apropriado ao seu estado de saúde. Se o empregador considerar que as ausências desse tipo perturbam o bom funcionamento da empresa, pode ser difícil conciliar o direito dos trabalhadores doentes à proteção e o funcionamento eficiente da empresa. Em casos que necessitam tratamento regular (de câncer, por exemplo), a Comissão de Peritos recomenda a cuidadosa avaliação das repercussões que essas ausências podem ter na prática sobre a operação da empresa, tendo em mente as difíceis consequências que a terminação do emprego pode acarretar para o trabalhador[115].

3) Alegada infração contratual após ausência por doença será qualificada como terminação de emprego

> Também é preciso mencionar que a infração contratual subsequente a licença prolongada por doença ou lesão, caso seja permitida pelo direito nacional, deveria ser vista como terminação que normalmente exige pagamento de indenização e outros benefícios similares, e não como infração contratual cometida pela pessoa empregada.
>
> Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 137

II.A.3. Procedimento prévio à terminação

Em caso de terminação individual, deve ser dado ao trabalhador o direito de defender-se contra alegações de que é incapaz de realizar seu trabalho, ou segundo as quais sua conduta é tal que justifica a terminação (Artigo 7). É importante que o trabalhador tenha a oportunidade de defender-se antes da terminação, de forma que o efeito deletério para ele e a relação de trabalho seja reduzido ao mínimo se for demonstrado que as acusações eram infundadas. Como afirmou a Comissão de Peritos em Solicitação Direta à Venezuela em 2002, a aplicação dessas medidas após a dispensa é insuficiente no contexto do sentido deste dispositivo da Convenção[116].

Além disso, em seu Estudo Geral sobre terminação injustificada, a Comissão de Peritos frisa que o trabalhador deve ter a oportunidade de defender-se contra as alegações feitas, o que "pressupõe que estas devam ser expressas e apresentadas ao trabalhador(a) antes da terminação"[117].

Contudo, o Artigo 7 reconhece que pode haver circunstâncias excepcionais nas quais é aceitável que o empregador não dê ao trabalhador a oportunidade de ser ouvido antes do terminação. Essa exceção deve ser usada com muitíssima moderação, e na prática, as situações que justificam a não observância do direito do trabalhador a ser ouvido antes da terminação são muito raros. Isto poderia ocorrer, por exemplo, no caso de sérias alegações de violência física no local de trabalho que levem à detenção imediata do trabalhador. Nesse caso, seria razoável que o empregador entregasse o trabalhador diretamente à polícia em vez de ouvi-lo.

Na ausência de legislação específica sobre procedimentos de terminação, diversos tribunais nacionais já se referiram a instrumentos da OIT para definir judicialmente as condições de um procedimento justo de terminação. É interessante notar que os dois exemplos abaixo são de países que não ratificaram a Convenção No. 158.

[115] *Ibid.*

[116] Para consultar a Solicitação Direta na Internet, ver nota de rodapé 111.

[117] Ver OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 146.

País: Trinidad e Tobago
Sindicato de Trabalhadores Bancários e Gerais v. *Associação do Serviço Público de Trinidad e Tobago*, Tribunal Laboral de Trinidad e Tobago, 27 de abril de 2001, No. 15, 2000

"O efeito desses e de numerosos outros julgamentos deste Tribunal ( ), bem como da Convenção 158 da OIT ( ), é estabelecer que, no nosso sistema de relações laborais, todo trabalhador tem o direito a uma oportunidade justa de defender-se contra qualquer acusação ou alegação feita contra ele, assim como a ser ouvido a respeito de atenuantes de qualquer penalidade (especialmente dispensa) pela/s pessoa/s da gerência responsável por tomar essas decisões, antes que estas sejam tomadas. Essa questão não é irrelevante, não é algo a ser considerado de forma leviana ou como um mero detalhe técnico. Trata-se de um princípio fundamental de boas relações laborais."

País: África do Sul
Modise e outros v. *Steve's Spar*, Tribunal de Apelação do Trabalho, 15 de março de 2000, No. JA 29/99

Os tribunais sulafricanos também se referiram à Convenção No. 158 da OIT quando a legislação nacional relativa ao procedimento de terminação de emprego não era clara a respeito da obrigação do empregador de assegurar que a dispensa fosse precedida por uma entrevista. Em particular, o Tribunal de Apelação do Trabalho decidiu que, mesmo no caso de greve ilegal, o empregador tinha de cumprir a regra de ouvir os trabalhadores ou seus representantes antes de terminar contratos de trabalho. No intuito de reconhecer a obrigação de ouvir os trabalhadores antes da dispensa apesar da ausência de dispositivos nacionais neste sentido, o Tribunal baseou-se no Artigo 7 da Convenção No. 158, embora esta não tenha sido ratificada pela África do Sul:

"A abordagem que consiste em ouvir o outro lado está de acordo com as normas internacionais. O mesmo não pode ser dito da abordagem que não inclui este procedimento. Digo isto porque, com toda clareza, a Convenção da OIT sobre a Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador No. 158 de 1982 contém uma regra geral segundo a qual o empregador não deve despedir um trabalhador por razões baseadas em conduta ou desempenho no trabalho sem primeiro ter dado a esse trabalhador a oportunidade de defender-se contra as alegações feitas contra ele. Neste sentido, a Convenção não diz que isto não se aplica a casos em que os trabalhadores são demitidos por fazerem greve. Ao contrário, também deve aplicar-se à dispensa de grevistas porque este seria o caso de dispensa por razões baseadas na conduta do empregado. A Convenção prevê uma exceção que é suficientemente ampla para contemplar todas as exceções que normalmente se aplicam à regra de ouvir o trabalhador. Não ouvir o trabalhador é ou diretamente contrário à Convenção ou pelo menos incoerente com esta."

II.A.4. Direito de recorrer contra a terminação e indenização por terminação injustificada

O Artigo 8 da Convenção afirma que o trabalhador que considerar que sua relação de trabalho foi injustificadamente terminada deve ter o direito de recorrer da terminação a um organismo imparcial, tal como um tribunal superior, um tribunal do trabalho, um Comissão de arbitragem ou um árbitro. O Artigo 8(2) prevê que o direito de recurso pode variar conforme a lei e os usos nacionais se o terminação tiver sido "autorizado por uma autoridade competente". No entanto, esse dispositivo não permite que o direito do trabalhador de recorrer da terminação da relação de trabalho a um organismo imparcial seja prejudicado[118].

O Artigo 8(3) dispõe que "poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra a terminação de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após a terminação".

[118] Ver OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 179.

O Artigo 9 define o princípio essencial de que os organismos de supervisão responsáveis por determinar recursos contra terminação "estarão habilitados para examinar as razões alegadas para o terminação e as outras circunstâncias relacionadas com o caso para decidir se tais razões seriam suficientes para justificar o terminação". No mesmo sentido, e respeitando as terminações por razões econômicas, o Artigo 9(3) da Convenção declara que os organismos competentes para conhecer dos recursos contra dispensa devem ser habilitados para determinar se a terminação de fato ocorreu por razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa.

Os dois pontos ressaltados aqui são muito importantes, porque habilitam os tribunais nacionais a examinarem se as razões dadas pelo empregador para a terminação, mesmo tendo uma base factual, não são, na verdade, um pretexto para terminação discriminatória da relação de trabalho.

Ônus da prova

O Artigo 9 introduz o princípio de que o trabalhador não deve arcar sozinho com o ônus da prova de que a terminação não é justificada[119], e oferece duas opções aos Estados Membros:

- ou o ônus da prova da existência de uma razão válida para a terminação recai sobre o empregador;
- ou o organismo imparcial é habilitado a chegar a uma conclusão levando em conta as provas apresentadas pelas partes e, quando for o caso, as informações reunidas pelo próprio organismo por meio de seu poder de investigação previsto na lei e na prática nacionais[120].

Reparação em caso de terminação injustificada

O Artigo 10 da Convenção afirma que, no caso de terminação injustificada, a reparação concedida ao trabalhador consiste de: (i) ordenar ou propor a reintegração do trabalhador; (ii) ou pagamento de indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada. A redação do Artigo 10 mostra claramente que a Convenção favorece a anulação da terminação e a reintegração como reparação por dispensa injustificada. Contudo, quando não têm o poder de anular a terminação, ou não o consideram possível, os tribunais podem ordenar o pagamento de uma indenização adequada.

Os tribunais nacionais com frequência são incumbidos de decidir o que constitui indenização adequada por terminação injustificada. A posição dos organismos de supervisão da OIT pode proporcionar orientação importante a esse respeito. A Comissão de Peritos considera que, no caso de terminação de relação de trabalho que fira um direito básico, a indenização deveria visar a compensar plenamente o trabalhador, tanto em termos financeiros como profissionais, pelo prejuízo sofrido, sendo que a melhor solução é, de maneira geral, a reintegração do trabalhador ao seu emprego com pagamento dos salários devidos e manutenção dos direitos adquiridos.

[119] Ver a Direct Request da Comissão de Peritos dirigida a Luxemburgo em 2005, disponível na Internet.

[120] Ver OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, op. cit., parágrafo 116 et seq.

À luz do que foi dito acima, a Comissão considera que, no caso de terminação de emprego que fira um direito básico, a indenização deve visar a compensar plenamente o trabalhador, tanto em termos financeiros como profissionais, pelo prejuízo sofrido, sendo que a melhor solução é, de maneira geral, a reintegração do trabalhador ao seu emprego com pagamento dos salários devidos e manutenção dos direitos adquiridos. Para tanto, os organismos imparciais terão todo o poder necessário para decidir rapidamente, completamente e com total independência, e em particular para decidir qual é a forma mais adequada de reparação à luz das circunstâncias, inclusive a possibilidade de reintegração. Quando a reintegração não for prevista como forma de reparação, quando não for possível ou o trabalhador não a desejar, seria desejável que a indenização paga pela terminação de emprego por motivo que fira um direito humano fundamental seja proporcional ao prejuízo sofrido, e mais elevada do que nos outros tipos de terminação. Neste sentido, a Comissão nota que, em um país, o limite superior da indenização que pode ser concedida quando há discriminação baseada em sexo ou raça foi revogado e os tribunais podem conceder juros sobre a indenização. A remoção desse limite para a indenização levou ao aumento do número de recursos, em particular por mulheres cujo emprego havia sido terminado em determinados serviços públicos devido a gestação. A indenização média está aumentando, e alguns tribunais têm concedido indenizações substanciais.

Fonte: OIT: Estudo Geral da Comissão de Peritos, 1995, *op. cit.*, parágrafo 232

Veremos abaixo um exemplo do uso judicial da Convenção No. 158 em relação a sanções por terminação ilegal:

País: Espanha
Tribunal Constitucional, 18 de janeiro de 1993, Processo 14/93

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional da Espanha referiu-se ao Artigo 5(c) da Convenção No. 158 da OIT para apoiar seu argumento segundo o qual a dispensa decidida após reclamação de uma empregada deve ocasionar a invalidação da dispensa e a reintegração do trabalhador, pois o mero pagamento de indenização financeira não é um remédio adequado neste caso.

Uma avaliação do que constitui indenização adequada em caso de terminação injustificada também pode ser encontrada em algumas decisões recentes tomadas na Grã-Bretanha, onde, embora a Convenção No. 158 não tenha sido citada, a maneira particularmente degradante como o contrato de trabalho foi terminado resultou na criação de um novo patamar de indenizações[121].

II.A.5. Prazo de aviso prévio e indenização por terminação

Prazo de aviso prévio

O Artigo 11 da Convenção afirma que o empregador deve dar ao trabalhador um prazo de aviso prévio razoável ou, em seu lugar, uma indenização, a não ser que o trabalhador seja culpado de falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

O exemplo abaixo é de decisão de tribunal nacional que reconhece a natureza diretamente aplicável do Artigo 11 da Convenção No. 158.

[121] Ver, a título de exemplo, Dunnachie v. Kingston upon Hull City Council, [2004] IRLR 287 (CA).

País: França
Decisão No. 906, Cour de Cassation, Câmara Social, 29 de março de 2006, Recurso No. 04-46.499

Um empregado demitido sem aviso prévio três meses depois de contratado deu entrada em pedido de indenização por prazo de aviso prévio, embora o Código Trabalhista francês só torne o aviso prévio obrigatório para os empregados com pelo menos seis meses de serviço. Em apoio a sua demanda, o trabalhador referiu-se à Convenção No. 158 da OIT, ratificada pela França. Ao julgar o recurso, o Tribunal acolheu a solicitação do empregado. O empregador recorreu da decisão perante o Superior Tribunal de Justiça.

Para solucionar o litígio, o Superior Tribunal primeiro estabeleceu quais eram os dispositivos legais aplicáveis ao litígio:

"O Artigo 1, o Artigo 2(2)(b) e o Artigo 11 da Convenção No. 158 da OIT sobre a Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra em 22 de junho de 1982 e que entrou em vigor na França em 16 de março de 1990, são diretamente aplicáveis perante tribunais nacionais ( )."

A seguir, o Tribunal abordou a questão de se os dispositivos do Código Trabalhista que condicionavam o direito a aviso prévio a um período mínimo de emprego de seis meses estavam ou não de acordo com os dispositivos da Convenção No. 158 da OIT. Depois de apontar que o Artigo 2(2)(b) da Convenção permitia que os Estados Partes excluíssem certas categorias de trabalhadores do âmbito de toda a Convenção ou de parte desta – nomeadamente os que não têm o tempo de serviço exigido, desde que esse período seja razoável e definido de antemão –, o Tribunal considerou que o tempo de serviço de seis meses previsto no Código Trabalhista constituía período razoável.

Indenização por terminação de serviço

O Artigo 12 da Convenção prevê que todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito a indenização por terminação de serviço, benefício do seguro desemprego ou outras formas de seguridade social. A indenização por terminação levará em conta o tempo de serviço.

Por fim, o Artigo 12 permite que os Estados Membros prevejam a perda do direito de desfrutar das indenizações ou benefícios em caso de terminação devido a falta grave.

II.A.6. Terminações coletivas

No caso de terminação coletiva por iniciativa da empresa, estabelecimento ou serviço por motivos operacionais, os Artigos 13 e 14 da Convenção preveem procedimentos para informação e consulta prévia com os representantes dos trabalhadores, bem como notificação às autoridades administrativas competentes.

O empregador proporcionará aos representantes dos trabalhadores, em tempo oportuno, a informação pertinente sobre a terminação que contempla, para que possam realizar consultas dispondo da informação necessária para discutir as medidas a serem tomadas. A Convenção prevê que, para que seja positiva, essa consulta ocorrerá o mais breve possível, permitindo assim a consideração tempestiva de medidas que poderão ser adotadas. A Convenção refere-se ao objetivo da consulta: identificar as medidas que deverão ser adotados para evitar ou limitar as terminações; e as medidas destinadas a atenuar as conseqüências adversas de todos as terminações para os trabalhadores afetados como, por exemplo, encontrar novos empregos para os mesmos. Uma vez mais, a Convenção proporciona certa flexibilidade para que se possa levar em conta as dificuldades enfrentadas pelo empregador. A aplicação do Artigo 13 pode, na verdade, ser limitada a casos em que o número de trabalhadores cujo emprego se contempla terminar seja pelo menos uma cifra ou porcentagem especificada do total do pessoal.

O Artigo 14 afirma que os empregadores notificarão o mais breve possível a autoridade competente a respeito de qualquer reestruturação que possa acarretar dispensas temporárias ou permanentes. Estipula também que a notificação deve ser acompanhada por certa quantidade de informação e dados pertinentes: uma exposição por escrito dos motivos das terminações previstas, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses terminaçãos. Além disso, o empregador notificará às autoridades competentes as terminações com um prazo mínimo de antecedência em relação à data em que seriam efetuados, prazo este que será especificado pela legislação nacional. O Artigo 14(2) da Convenção introduz certa flexibilidade ao levar em conta o possível ônus administrativo que essas exigências de informação pode representar para empresas muito pequenas. Afirma que "a legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade (...) do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal". Sob uma ótica mais geral, este dispositivo auxilia juízes e advogados a avaliar a realidade das medidas tomadas pelo empregador, pois conduz a um exame dos dados e previsões econômicas e possíveis estratégias de mitigação.

II.B. Recomendação sobre a Terminação da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 166)

A Recomendação sobre a Terminação da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, 1982 (No. 166), reforça e completa uma série de dispositivos essenciais da Convenção No. 158 e também pode ser uma fonte útil de inspiração para juízes e advogados nacionais.

Primeiro, a Recomendação dá diversas sugestões práticas quanto ao que o procedimento de terminação de emprego deve incluir: notificação, por escrito, dos motivos de dispensa, procedimento de conciliação antes ou durante a interposição do recurso contra término de relação de emprego, prazo razoável de afastamento do serviço sem perda de remuneração com a finalidade de procurar outro emprego durante o período de aviso prévio, possibilidade de "segunda chance" para que os trabalhadores melhorem a qualidade de seu trabalho, etc.

Além disso, a Recomendação acrescenta idade e ausência do trabalho devido a serviço militar obrigatório (parágrafo 5) à lista de razões que não são válidas para terminação de emprego.

Sugere também maneiras de atuar caso os empregadores cumpram todas as suas obrigações mas mesmo assim sejam forçados a contemplar terminaçãos coletivas. O parágrafo 21 da Recomendação apresenta uma lista de medidas importantes que serão tomadas para evitar ou limitar as terminações: restrição da contratação, escalonamento do corte de pessoal no transcurso de um período de tempo para permitir sua redução natural, transferências internas, formação e retreinamento, aposentadoria voluntária antecipada com proteção adequada da renda, limitação do número de horas-extras e redução da jornada normal de trabalho.

Por fim, o parágrafo 24 afirma que os trabalhadores cujo vínculo empregatício tiver sido terminado por razões de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou outra similar terão prioridade na recontratação, dentro de um dado período de tempo, se o empregador tornar a contratar trabalhadores com qualificações comparáveis. Os empregadores também prestarão assistência aos trabalhadores afetados por meio da procura de alternativa adequada de emprego, por exemplo através de contatos diretos com outros empregadores.

II.C Dispositivos relativos à terminação de emprego em outros instrumentos da OIT

Quanto a litígios relativos a terminação de emprego, a contribuição de instrumentos da OIT que não tratam sobretudo dessa questão cobre, basicamente, proteção contra terminação discriminatória. A referência a esses instrumentos e ao trabalho dos organismos de supervisão que os acompanha pode ser especialmente útil a juízes e advogados sob quatro aspectos diferentes.

II.C.1. Proibição de terminação discriminatória de emprego

Além do Artigo 5 da Convenção No. 158, uma série de outras Convenções da OIT proíbe a terminação de emprego tendo como fundamento os seguintes motivos discriminatórios:

- filiação sindical ou participação de atividades sindicais[122];
- mandato como representante de trabalhadores[123];
- raça, cor, sexo, religião, opinião política, origem nacional ou social[124];
- responsabilidades familiares[125];
- deficiência[126];
- maternidade[127];

O Artigo 5 da Convenção No. 158 já inclui alguns motivos de dispensa listados acima. No entanto, além da proibição de motivos adicionais de discriminação, a referência aos instrumentos mencionados acima pode ser particularmente útil a juízes e advogados em países que ainda ratificarão esta Convenção.

Por fim, em relação às razões para terminação de emprego que vários instrumentos da OIT consideram discriminatórias, é útil tornar a frisar a importância do Código de Prática da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho (2001). O Código de Prática declara que a infecção por HIV/AIDS não é motivo para terminação de emprego, e que as pessoas infectadas com este vírus poderão trabalhar enquanto estiverem medicamente aptas para o trabalho apropriado[128].

II.C.2. Ônus da prova em recursos contra terminação discriminatória da relação de emprego

É importante, particularmente para tribunais de países que não ratificaram a Convenção No. 158, saber que diversas Convenções e Recomendações da OIT proporcionam fundamento jurídico para inverter o ônus da prova em casos de alegações de terminação discriminatória de emprego.

O Artigo 8(1) da Convenção No. 183, estipula que "o ônus da prova de que os motivos da dispensa não estão relacionados com a gestação ou o parto e suas consequências ou o aleitamento materno recairá sobre o empregador" (Artigo 8).

Da mesma maneira, em relação a representantes dos trabalhadores, o parágrafo 6(2)(e) da Recomendação 143[129] sugere que o empregador será responsável por provar que a dispensa de um representante dos trabalhadores é justificada.

[122] Ver a Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (No. 98). A Recomendação sobre Organizações de trabalhadores Rurais, 1975 (No. 149), também merece nota. O texto propõe que os governos assegurem efetiva proteção contra a dispensa aos trabalhadores rurais que procuram criar organizações em prol de seu próprio bem-estar econômico e social.

[123] Ver a Convenção sobre Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 135).

[124] Ver a Convenção sobre Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (No. 111).

[125] Ver a Convenção sobre Trabalhadores com Responsabilidade Familiares, 1981 (No. 156).

[126] Ver a Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, 1983 (No. 159).

[127] Ver a Convenção sobre Proteção da Maternidade, 2000 (No. 183).

[128] Ver o parágrafo 4.8 do código, "Continuação da Relação de Trabalho".

[129] Recomendação sobre Representantes dos Trabalhadores, 1971 (No. 143).

II.C.3. Sanções por terminação discriminatória da relação de emprego

As Convenções e Recomendações da OIT sobre liberdade sindical e sua interpretação por organismos de supervisão da OIT constituem fundamentos jurídicos extremamente importantes para os tribunais interessados em impor sanções efetivas e dissuasivas contra dispensas antissindicais[130].

O Artigo 1 das Convenções No. 98 e 135 requer que os Estados Membros assegurem proteção efetiva e adequada contra dispensa motivada por atividades sindicais ou de representação dos trabalhadores.

Neste sentido, a Comissão de Peritos considera que "é inadequada em virtude do Artigo 1 da Convenção No. 98 a legislação que, na prática, permite que o empregador termine o emprego de um trabalhador desde que pague a indenização prevista em lei em qualquer caso de dispensa sem justa causa quando o real motivo é a filiação ou atividade sindical do trabalhador, sendo a reintegração a medida mais adequada. (...) Quando a reintegração for impossível, a indenização por dispensa antissindical será mais elevada do que a prescrita no caso de outros tipos de dispensa." [131]

Assim também, a reintegração é expressamente sugerida pelo parágrafo 6(2)(d) da Recomendação No. 143 a respeito da terminação injustificada de emprego de representantes dos trabalhadores.

A seguir veremos um exemplo do uso judicial dos instrumentos mencionados acima para assegurar a efetiva proteção contra terminação discriminatória de emprego:

> **País: Espanha**
> Tribunal Constitucional da Espanha, 23 de novembro de 1981, No. 38/1981
>
> Nessa decisão, o Tribunal Constitucional da Espanha referiu-se aos instrumentos da OIT relativos à liberdade sindical para reforçar a proteção dos trabalhadores contra dispensas antissindicais. Com base nas Convenções Nos. 98 e 135, na Recomendação Relativa aos Representantes dos Trabalhadores No.
>
> 143 e em decisões da Comissão de Liberdade Sindical, o Tribunal decidiu que a efetiva proteção da liberdade sindical significava que:
>
> - em alegações de dispensas antissindicais, o ônus da prova recai sobre o empregador; e
> - os candidatos ao cargo de representantes dos trabalhadores que tiverem sido despedidos devido a sua candidatura serão reintegrados a seus postos de trabalho, pois a mera indenização financeira não constitui proteção suficiente de uma liberdade constitucionalmente reconhecida.

Para concluir esta seção sobre a proteção contra terminação discriminatória de emprego, o parágrafo 6(2)(f) da Recomendação No. 143 também sugere que a proteção de representantes dos trabalhadores contra terminação de emprego deve ser reforçada, dando-se-lhes prioridade em relação à manutenção do emprego em caso de corte de pessoal.

[130] Ver acima, *Capítulo 1* desta Parte a respeito de liberdade sindical.

[131] OIT: *Estudo Geral da Comissão de Peritos*, 1994, op. cit., parágrafos. 220 e 221.

II.C.4. Contribuição de instrumentos da OIT relativos a outros aspectos da proteção contra terminação de emprego

Em relação aos trabalhadores em tempo parcial, o Artigo 7(b) da Convenção No. 175[132] estipula que os Estados Membros assegurarão que, em caso de terminação de emprego, os trabalhadores em tempo parcial beneficiem-se de condições equivalentes a dos trabalhadores em tempo integral que se encontrem em situação comparável.

Por fim, o Artigo 6(d) da Convenção sobre Proteção dos Créditos Laborais em Caso de Insolvência do Empregador, 1992 (No. 173), coloca a indenização por dispensa devida aos trabalhadores em razão da terminação de seu emprego entre os créditos protegidos por privilégio em caso de insolvência do empregador.

III. Dispositivos pertinentes de alguns instrumentos sobre direitos humanos da Organização das Nações Unidas

Reconhecimento do direito ao trabalho e suas implicações em relação à terminação do emprego

A análise da Convenção No. 158 da OIT mostrou que o princípio básico das normas da OIT nessa matéria é proteger os trabalhadores contra terminação injustificada de emprego. Embora não expressem especificamente esse princípio, a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhecem que todos têm direito ao trabalho[133].

Segundo Comentário Geral recente da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[134] sobre o direito ao trabalho, o reconhecimento desse direito exige que os Estados Membros protejam os trabalhadores contra dispensa injustificada[135]. Considerando o elevadíssimo número de ratificações do Pacto[136], essa interpretação é importante, pois pode proporcionar aos tribunais de países que não ratificaram a Convenção No. 158, mas que são partes do Pacto, fundamento jurídico para o reconhecimento da proibição da dispensa injustificada[137].

[132] Convenção sobre Trabalho em Tempo Parcial, 1994 (No. 175).

[133] O Artigo 23(1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece que "todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego". O Artigo 6 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece o direito de todos à oportunidade de ganhar seu sustento mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e obriga os Estados Partes a tomar medidas conducentes a "assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais".

[134] Organismo de supervisão do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

[135] Comentário Geral No. 18 (2005) da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre "O direito ao trabalho" (Documento da ONU E/C.12/GC/18).

[136] Um total de 160 ratificações em 23 de junho de 2009.

[137] Ver acima, Parte 2, Capítulo 3 deste Manual.

Sentença da 23ª Vara do Trabalho de Curitiba, publicada no DEJT 11/04/2014, Juíza do Trabalho Lorena de Mello Rezende Colnago.

Texto

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

K. D. G. M. ajuizou ação trabalhista em relação à (SET) S. C. E. T . LTDA. E I. D. T.(IDT), alegando violações contratuais e pedindo o que consta às fls.2/53. Atribuiu à causa o importe de R$25.000,00 e juntou documentos.

Conciliação recusada. Citado, o 1º Reclamado em resposta suscitou como pressuposto processual negativo litispendência, coisa julgada e inépcia parcial da petição inicial, em sede de exceção processual, prescrição como prejudicial de mérito, e, no mérito, negou as violações contratuais, de modo que improcedem os pedidos. O 2º Reclamado em resposta argüiu como condição da ação a impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva, em sede de exceção processual, prescrição quinquenal e inexistência de grupo econômico como prejudicial de mérito, e, no mérito, negou as violações contratuais, de modo que improcedem os pedidos. Juntaram documentos.

Em prosseguimento (fls. 1523/1524), foram ouvidas as partes e duas testemunhas, encerrando-se a instrução com razões finais remissivas e conciliação infrutífera.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminarmente

1.1. Pressupostos processuais

1.1.1. Coisa julgada

A coisa julgada pressupõe identidade de parte, causa de pedir e pedido analisado no mérito e transitado em julgado (art. 301, §1, CPC).

No caso da lide, a 1ª Reclamada afirma já ter sido alvo de discussão o FGTS, multa de 40% e mora salarial dos professores na demanda ajuizada pelo Sindicato da categoria (SINPES) na ação trabalhista RT 1201/2004 da 6ª Vara do Trabalho, com transitando em julgado em 13/09/2009.

Com razão a Reclamada, analisando os autos da RT 1201-2004-006-09-00-05, verifica-se a ocorrência do transito em julgado alegado, e muito embora a representação da parte autora seja ideológica, uma vez englobado o pedido naquela ação sem a desistência da Reclamante há a coisa julgada alegada, podendo a Reclamante habilitar-se na execução da referida ação, sendo vedado ao juízo manifestar-se novamente a respeito dessas matérias.

Assim, **acolhe-se a preliminar para extinguir os pedidos referentes ao FGTS com indenização de 40% e mora salarial sem análise meritória (art. 267, IV, do CPC c.c art. 769 da CLT).**

Não sendo apreciado nesta demanda o pedido de mora salarial, sua decorrência, pedido de indenização por danos morais decorrentes da referida mora, resta prejudicado.

1.1.2. Litispendência

A litispendência pressupõe identidade de parte, causa de pedir e pedido (art. 301, §1, CPC).

A 1ª Reclamada alegou existir outra demanda perante a 14ª VT (RT 19098-2011-014-09-00-3) em que o Sindicato Profissional postula o pagamento do atraso na concessão das férias e o não pagamento do terço constitucional. Muito embora a parte ativa seja ideológica naquela ação, tratando-se de pedidos que versam sobre direito individual homogêneo, e não havendo desistência da parte autora naquela ação, reconhece-se a litispendência alegada pela Reclamada para **acolher a preliminar, extinguindo os pedidos referenciados sem análise meritória (art. 267, IV, do CPC c.c art. 769 da CLT), uma vez que a parte autora já está abrangida nos pedidos daquela ação.**

1.2.3. Inépcia parcial da petição inicial

Nas palavras de COUTURE, a petição inicial deve ser o projeto de sentença que se pretende do juiz, daí a exigência de certeza e determinação dos pedidos (art. 286 CPC c.c art. 769 da CLT).

A petição inicial observou os requisitos do art. 840 da CLT, que exige apenas breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio e os pedidos decorrentes, sem o formalismo dos elementos elencados no art. 282 do CPC.

Verifica-se que, na presente lide, a Reclamante impossibilitou o pleno exercício do contraditório

e da ampla defesa pelas Reclamadas, pois indicou apenas os números das cláusulas normativas eventualmente violadas, sem sequer especificar o item da violação pleiteado, limitando-se a anexar todas as normas coletivas citadas, sem discorrer sobre os fatos violados em cotejo com cada norma coletiva, cada cláusula, seu subitem, indicando a multa correspondente.

Dessa forma, **acolho a preliminar para nos termos do art. 295, I, parágrafo único, c.c art. 267, I, do CPC, subsidiariamente (Art. 769 da CLT), extinguir os pedidos sem análise meritória**.

1.2.4. Comissão de Conciliação Prévia

O STF, em interpretação conforme ao art. 625-D da CLT, considerou facultativa a submissão prévia da lide à CCP. No caso da lide, a Reclamante optou pelo acesso direto à Justiça (art. 5, XXXV, CF), não havendo qualquer prejuízo à Reclamada, mormente porque as tentativas de conciliação em juízo mostraram-se infrutíferas e também porque não há CCP para a categoria (fls. 56/57).

1.2. Condições da ação

1.2.1. Impossibilidade jurídica do pedido

Não há vedação legal para o pedido de responsabilização solidária da 2ª Reclamada, que pode ser analisado sob diferentes fundamentos, sendo essa uma matéria meritória, **rejeita-se a preliminar**.

1.2.2. Ilegitimidade passiva da 2ª Reclamada

A legitimação passiva para a relação processual é aferida da mera alegação abstrata do reclamante quanto a existência de dever jurídico da reclamada (teoria da asserção).

Dessa forma, eventual dever jurídico da 2ª Reclamada, apontada como integrante de um grupo econômico é decorrente da relação jurídica material entre as partes rés, aferido após a análise meritória, não se confundindo com a relação jurídica processual, razão pela qual, **rejeita-se a preliminar suscitada.**

2. Prejudicial de mérito

2.1. Prescrição quinquenal

A perda da pretensão pela inércia do titular no prazo que a lei considera ideal para o exercício do direito de ação, no Direito do Trabalho, é de dois anos após o fim do contrato, retroagindo cinco

anos do ajuizamento da ação (art. 7, XXIX, CF e S. 308, I, TST), salvo quanto aos pedidos declaratórios, imprescritíveis nos termos do art. 11, §1º da CLT, observada a contagem especial das férias (art. 149 da CLT) e do FGTS, cuja prescrição é trintenária, a não ser que esteja prescrita a parcela principal (art. 23, §5º, Lei 8036/90 e Súmula 362 do TST).

No caso da lide, a presente ação foi ajuizada em 13/06/2012 sendo a relação jurídica empregatícia iniciada em 28/04/2004. Assim, **reconhece-se** a prescrição quinquenal da pretensão autora, com as ressalvas realizadas, **extinguindo-se os pedidos anteriores a 13/06/2007 nos termos do art. 269, IV, do CPC c.c art. 769 da CLT.**

2.2. Responsabilidade da 2ª Reclamada: grupo econômico

O art.2º, §2º da CLT prevê a solidariedade obrigacional (art. 265 CC) sempre que existir direção, controle e administração entre sociedades coligadas, com preponderância de uma delas, ainda que de modo informal, considerando-se para efeitos trabalhistas empregador único (Súm. 129 TST).

No caso desta lide, a 2ª Reclamada alega a ausência previsão contratual ou legal para sua responsabilização, por não compor grupo econômico com a 1ª Reclamada. Destacando que a trabalhadora nunca foi sua empregada.

Por ser Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, sem fins lucrativos, e por ter direção, controle e administração independente e autônoma, diferentes da 1ª Reclamada, inexistindo identidade patrimonial e de sócios. A 2ª Reclamada nega a condição de integrante de grupo econômico.

Sucessivamente, pede a eventual restrição da condenação apenas das parcelas referentes à prestação de serviços comprovada pela parte autora, eximindo-se do pagamento das multas, verbas rescisórias, e obrigações de fazer, que é dever personalíssimo da 1ª Reclamada.

Observa-se que a própria autora apresenta na petição inicial a informação de que na ata da Assembleia Geral de Constituição do I. D. T. realizada em 09.10.2001 (fls. 188/252), há como integrantes do Conselho Fiscal e Administrativo, na época da constituição do Instituto, empregados da 1ª Reclamada (fls. 142/187), demonstrando que há relação entre as pessoas jurídicas destinadas ao desenvolvimento da atividade educacional. Ademais, a própria Reclamada reconheceu **a existência de professores em comum, por se tratar de instituições de ensino, e o funcionamento no mesmo endereço da 1ª Reclamada**.

Por esses fundamentos, **reconheço a existência do grupo econômico entre as empresas, sendo procedente o pedido de responsabilidade solidária.**

3. No mérito

3.1. Do vínculo de emprego

A Reclamante afirma que foi admitida pela 1ª ré em 28/04/2004, na função de professora lecionando em vários cursos, sendo dispensada imotivadamente em 02/02/2011. Em contrapartida a 1ª Reclamada alega que a reclamante foi admitida em 28/07/2004, na função de professor colaborador, horista com carga horária de 10 horas semanais, ministrando aulas para o Curso de Turismo, sendo rescindido o contrato sem justa causa em 02/02/2011.

Os extratos bancários anexados às fls. 356/359 demonstram o trabalho não eventual da Reclamante desde a data informada por ela nesta demanda. A contraprova de que a trabalhadora era autônoma no período não anotado na CTPS ou da ausência de trabalho, teses da defesa, era da Reclamada (1ª ou 2ª) delas não se desincumbindo.

Portanto, considerando o princípio da primazia da realidade (art. 9 da CLT) e da continuidade do contrato de trabalho, com toda sua força atrativa, art. 451 da CLT, **reconheço a existência da relação de emprego, desde 28/08/2004, condenando a 1ª Reclamada a retificar a CTPS da autora, art. 29 da CLT, sob pena de multa diária de R$250,00 em favor da autora (art. 461 do CPC c.c art. 769 da CLT), no prazo de 8 dias após o depósito da CTPS em Secretaria, observado o trânsito em julgado.**

3.2. Extinção contratual

A Reclamante afirma a nulidade da resilição contratual porque os professores universitários da rede privada de ensino devem ter seus contratos extintos após necessária deliberação de órgão colegiado, com base na Lei Federal 9394/96 (art. 53) e Lei 10.861/2004.

Enuncia o art. 53 da referida lei:

> Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:
> I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; (Regulamento)
> II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;
> III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente.

(destaque nosso)

A decisão quanto à contratação e dispensa a que se refere o art. 53, parágrafo único, inciso V da Lei 9.394/96 cria uma exigência de que as contratações e extinções contratuais, dentro de uma universidade, como o que ocorre com essa demanda, sejam precedidas de uma aprovação do Colegiado das Universidades, sem a qual essa contratação ou extinção contratual é inválida.

Dentro da perspectiva da vontade resilitória do empregador privado, direito potestativo garantido pelo art. 7, inciso I, da Constituição Federal, o legislador ordinário criou um obstáculo e não uma restrição. Esse obstáculo esta harmonizado com o texto constitucional, mas também com a norma supralegal, Convenção 158 da OIT, ratificada pelo Brasil e com vigência em 1997 (Decreto 2.700, de 20/11/1996) cuja denúncia é irregular, e portanto, inválida, pois além de não observar o prazo de dez anos de vigência da norma – que apenas poderia ser denunciada em 2007 – ainda

deixou de ser precedida de aprovação do Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/88). [1]

O texto da lei não se refere à estabilidade ou garantia provisória no emprego, mas de uma justificativa aplicada pela norma federal para a dispensa de pessoas que trabalhem em Universidades.

Nesse mister, o ônus de comprovar a decisão do Colegiado da Universidade Tuiuti é das Reclamadas, que dele não se desincumbiram (art. 818 da CLT), **razão pela qual a extinção contratual é nula, sendo parcialmente procedente o pedido para condenar as Reclamadas a reintegrarem a Reclamante no prazo de 48 horas da publicação desta decisão, sob pena de pagamento de multa diária em favor da trabalhadora, no importe de R$500,00 (art. 461 do CPC c.c art. 769 da CLT).**

Uma vez considerada nula a extinção contratual (fls. 261/262 e 1089/1092), o lapso entre o ato do empregador e a efetiva reitegração da Reclamante deve ser contado como tempo de serviço, com o respectivo pagamento dos salários e dos direitos da categoria, **sendo procedente o pedido nesses termos.**

Quanto às verbas resilitórias adimplidas (fls. 1089/1092), essas devem ser deduzidas dos valores condenados em termos salariais, evitando-se o enriquecimento sem causa (art. 844 do CC), em observância à boa fé contratual (art. 422 do CC c.c parágrafo único do art. 8º da CLT).

Prejudicados os pedidos decorrentes da resilição contratual.

3.3. Diferenças salariais – salário normativo

A autora afirma que recebia a títulos de hora-aula, sendo a evolução dos períodos 02/2007- R$ 15,74; 07/2008- R$ 16,59; 04/2009-R$ 17,59; 07/2010-R$ 18,53. Fato negado pela 1ª Reclamada – contratação pelo sistema de "hora aula", percebendo R$ 12,03 por hora/aula, com acréscimo de DSR e hora atividade. Com base nas normas coletivas anexadas (fls. 104/141), a parte autora pleiteou os reajustes salariais normativos desde fevereiro de 2008.

Observados os recibos salariais anexados (fls. 1096/1184) e o respeito à autonomia privada coletiva (art. 7, XXVI, CF), havendo instrumento normativo celebrado pela categoria profissional e patronal estipulando reajuste salarial, esse mínimo deve ser observado, durante o período não

1 GUNTHER, Luiz Eduardo. A convenção 158 da OIT no Brasil: uma polêmica ainda não resolvida. In: ZANOTELLI, Rúbia de Alvarenga; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coord.). **Direito internacional do trabalho e as Convenções internacionais da OIT:** comentadas. São Paulo: Ltr, 2014, cap.7.

prescrito, razão pela qual o pedido é **procedente.**

Verifique-se eventuais diferenças devidas em sede de liquidação de sentença por cálculo (art. 879 da CLT).

3.4 Redução de carga horária

A redução da carga horária do professor faz parte do poder diretivo do empregador (Art. 2º da CLT) de organização de sua atividade econômica. Observe-se que a lei veda a redução salarial nominal (Art. 7, VI, CF) e não a redução proveniente de carga horária decorrente da readequação de professores em cursos e disciplinas escolhidas pelo Coordenador/Diretor, que detém o conhecimento técnico do que é melhor para cada turma ou curso mantido pela universidade. Entendimento que remete à OJ SDI-1 244.

A tese da defesa alega previsão em contrato de trabalho sobre a variação de carga horária (fls. 1087/1088). Ademais essas reduções foram realizadas em razão da extinção de turmas e alunos no curso de Turismo e Design - fato comprovado pela testemunha Daniel Weigert Cavagnari (registro Fidelis, 58:56min) e pela própria testemunha apresentada pela Reclamante, Sr. André Poletti, que reconheceu o fim do curso de Turismo, onde a autora lecionava, completamente em 2010 (registro Fidelis, 33:56min).

Observe-se que se o curso foi extinto completamente em 2010 esse fato não ocorreu de forma abrupta, mas em decorrência da redução gradativa do número de alunos, o que autoriza o empregador a reduzir a carga horária do professor.
Ademais, a própria Reclamante confessou em depoimento pessoal que seu principal curso era o de Turismo (0:03min do registro Fidelis).

Portanto, o pedido é **improcedente.**

3.5. Adicional por tempo de serviço – previsão normativa

Afirma a autora que faz jus ao adicional por tempo de serviço (quinquênio), a partir de julho de 2009, conforme determinação da cláusula 4ª da CCT (fl. 120/121), mas que as reclamadas não pagaram corretamente tais valores, remanescendo das diferenças salariais de 5% sobre o valor da hora-aula, acrescido do DSR, considerando valores salariais pagos.

Em contrapartida, a 1ª Reclamada alega que a autora ao pleitear o quinquênio não abateu suas

faltas e atrasos, reputando incorretos os cálculos apresentados (fls. 17/18), por isso entende não haver diferenças a título de adicional por tempo de serviço, sendo indevidos seus acessórios.

Ocorre que a disposição da Cláusula 4ª (fl. 120/121) nada dispõe sobre abatimento de eventuais faltas e atrasos, utilizadas pela 1ª Reclamada para afastar os cálculos das diferenças apresentadas pela Reclamante (fls. 17/18), razão pela qual o pedido de diferenças é **procedente, sendo devidas as diferenças salariais e repercussões em DSR, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS.**

3.6. Jornada de trabalho

3.6.1. Adicional noturno

Com base na Portaria 204/45 e 522/52 do MEC, que estipula a duração de hora-aula noturna de 45 minutos, e diurna de 50 minutos, a Reclamante afirma a ausência de pagamento das horas noturnas de modo correto, requerendo as diferenças em face da Portaria Ministerial, sendo que a partir das 20 horas a hora aula deveria ser reduzida à 45 minutos, e considerar os intervalos de recreio como trabalho exíguo, considerando ainda a correta evolução salarial, segundo a Convenção Coletiva, para cálculos.

A defesa impugnou as afirmações da autora, pois alega que as horas noturnas não são 45 minutos, pois se fosse ocorreria em bis in idem, pois a hora noturna já é remunerada com o adicional noturno, sendo que após as 22:00 horas que a autora laborava era devidamente remunerada, conforme os demonstrativos de pagamento. Requereu a condenação da reclamante ao pagamento em dobro das prestações postuladas indevidamente (art. 940, CC). Requereu ainda o abatimento dos valores pagos a iguais títulos, evitando enriquecimento sem causa.
Observe-se que a própria Consolidação, quanto ao adicional noturno, art. 73, traz previsão para redução de hora e adicional, não sendo esse um impeditivo para o pagamento. No caso desta lide, a título de amostragem, a Cláusula 10 da CCT 2009/2010 (fl. 121) não impôs qualquer restrição à redução da carga horária, pelo contrário, apenas previu o adicional de 20% e o horário noturno de 22hs às 5h.

O problema quanto ao fundamento da parte autora é que as normas em que a tese está construída - Portaria MEC n. 204/1945 e 522/1952 - não foram recepcionadas por nossa atual Lei de Diretrizes e Bases – Lei 9394/1996 -, que não faz distinção entre os períodos diurno e noturno sob este aspecto, razão pela qual o pedido é **improcedente.**

3.6.2. Horas extras

3.6.2.1. Atividades extra classe

A reclamante afirma que além das atividades realizadas em sala, exercia atividades extraclasse, sem contraprestação financeira, como as Semanas Pedagógicas (com média de 4 horas por dia, uma semana antes do inicio das aulas); Orientações de TCC (sendo 9 por semestre ao longo do contrato laboral, atendendo por 1 hora cada orientação, mais 1 hora para a realização de cada banca); Participação em bancas de TCC (sendo 18 participações por semestre ao longo do contrato, 2 horas no estudo de cada trabalho, mais 1 hora na efetiva banca); Feira de Etnias (200 horas por ano em diversos horários, nos três meses que antecediam o evento, além de 12 horas no dia efetivo da Feira).

A 1ª Reclamada impugnou todos os fatos afirmados, alegando que a Reclamante exerceu atividades extraclasse, sendo orientação de estágio no período de 2007/2010 por média de 1 hora aula por semana; supervisão de estágio em 2007, entre uma e duas horas por semana; atividades administrativas no curso de Marketing, em 2008, entre uma e cinco horas, conforme o semestre; e realizou atividade na Agência Experimental no 1º semestre de 2009, percebendo 02 horas semanais, sendo que com relação a semana pedagógica está dentro da carga horária do professor, afastando a ideia de horas não remuneradas.

Afirma ainda que a orientação de TCC faz parte da atividade do profissional, sendo disponibilizada uma hora aula por semana, sendo que as orientações ocorrem no período de aula.

Vamos analisar os fatos por partes.

Da semana pedagógica

Em regra a semana pedagógica é utilizada como um momento para a interação dos professores com os alunos, antes das aulas propriamente ditas, fato reconhecido pela 1ª Reclamada (fl. 1040). Fato também confessado pelo preposto em audiência (Fidelis, 18:43min).

A própria testemunha convidada pela Reclamante afirmou que o professor só era obrigado a comparecer na Semana Pedagógica nos dias em que tinha que efetivamente lecionar (Registro Fidelis, 37:11min), portanto, **observados a cada semestre do período não prescrito, os dias em que Reclamante lecionava e nos exatos horários de trabalho, são devidas as horas-aulas como extra, com o adicional de 50% ou outro convencional, se maior, sendo procedente em parte o pedido.**

Orientação de trabalhos

As afirmadas orientações de TCC (sendo 9 por semestre ao longo do contrato laboral, atendendo por 1 hora cada orientação, mais 1 hora para a realização de cada banca); Participação em bancas de TCC (sendo 18 participações por semestre ao longo do contrato, 2 horas no estudo de cada trabalho, mais 1 hora na efetiva banca).
Observa-se que a autora lecionou na cadeira de orientação, recebendo a contraprestação pelo seu trabalho, não sendo devido nada além do contratado quanto às 9 orientações por semestre, razão pela qual o pedido é **improcedente.**

A preposta confessou em depoimento (18:43 min do Fidelis) que as bancas duram uma média de 1 a 2 horas, a correção em sua fala não será considerada, pois de fato uma pessoa apresentando um trabalho pode falar até mais de duas horas, sendo esse um fato notório.

Quanto ao número de bancas dos alunos não orientados pela Reclamante, essas horas não estão incluídas na matéria/disciplina orientação de monografia/TCC, por isso devem ser remuneradas como extra (adicional de 50% ou outro convencional), resta observar quantas bancas em média a Reclamante participava durante o semestre.

Como a preposta é confessa ficta quanto à matéria, e não havendo nos autos a apresentação dessa lista de bancas, realizada pelo Coordenador do Curso, dos alunos não orientandos que a autora participou, arbitro a condenação na média de 2 horas por banca, mais uma hora para estudo do trabalho, ou seja, 3 horas por banca, num total **de 54 horas extras por semestre, durante o período imprescrito, sendo procedente em parte o pedido.**

Feira de Etnias

Conforme a Reclamante, a Feira de Etnias ocorria uma vez ao ano, sendo 200 horas por ano em diversos horários (nos três meses que antecediam o evento), além de 12 horas no dia efetivo da Feira. Fato negado pela Reclamada, conforme exposto.

A preposta confessou que a Feira de Etnias ocorre no meio do semestre durante três dias e que a Reclamante era remunerada em 2 horas para realizar esse trabalho (Registro Fidelis, 18:50min). Observa-se que um trabalho desses, conforme explicado pela preposta não dura efetivamente 2 horas, mas também não demanda as 200 horas anteriores, afirmadas pela Reclamante, sendo ambos parâmetros irreais para um universo escolar.

A testemunha André Poletti, convidada pela autora, disse que a mesma não era obrigada a ficar o dia todo na feira com os alunos e que tem certeza que a feira aconteceu, com a Reclamante sendo

professora da disciplina Organização de Eventos em 2008 e 2009, sendo demandado de quatro a seis horas diárias próximo ao evento (Fidelis, 37:15min).

Diante dos dados apresentados pela testemunha, arbitro em 30 horas pelos anos comprovados de 2008 e 2009 - arcando a Reclamante com o ônus dos demais anos não comprovados, art. 818 da CLT -, deduzidas as já adimplidas dentro da própria disciplina, as demais serão consideradas extra **com o adicional de 50% ou outro convencional, se maior, sendo procedente em parte o pedido.**

Parâmetros das horas

Observe-se a evolução salarial, os dias efetivamente trabalhados e o período de fechamento da folha de pagamento; o adicional noturno e de sobrejornada (50% ou outro convencional maior) sobre o valor da hora-aula, acrescido do quinquênio.

Repercussão das parcelas **em DSR, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS.**

Deduzam-se os valores já adimplidos (art. 844 do CC) de modo global (OJ SDI-1 415 do TST).

Observe-se o disposto na OJ 394 da SDI-1 do TST.

Procedente em parte os pedidos.

3.6.2.2. Intervalos entre aulas

A Reclamante afirma que trabalhou em todos os intervalos (recreio) concedidos pela Reclamada, estando sempre à disposição dos alunos durante esse lapso. Ocorre que a realidade das Universidades e Escolas não condiz com o fato alegado pela autora. O intervalo entre aulas, próprio da categoria dos professores é um momento de pausa para reorganização psíquico-mental do professor.

Observa-se no depoimento pessoal da Reclamante, que a denominada “orientação” de alunos quanto à dúvidas de sala de aula, de fato, não foi orientada por uma pessoa, uma vez que questionada diversas vezes sobre o nome do superior hierárquico, a autora não só não soube dizer, como imputou inicialmente o fato à pessoas que não tinham qualquer poder hierárquico sobre ela (depoimento pessoal, registro Fidelis, 8:23min).

A própria testemunha convidada pela Reclamante confirmou a existência de intervalo entre

aulas sem a afirmada orientação para atendimento de alunos, André Poletti (50:43min do registro Fidelis).

Dessa forma, o pedido é **improcedente.**

3.6.2.3. Intervalo do art. 384 da CLT

Segundo o artigo 384 da CLT, relativo ao trabalho da mulher, em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário.

A discussão a respeito de ter sido ou não recepcionado este dispositivo pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista o disposto em seu artigo 5º, I, esgota-se face ao fato de que esse dispositivo permite uma discriminação por motivo de gênero, inclusiva, pois há fatores biológicos que distingue homens e mulheres, necessitando, assim, da correção legal, como no caso do art. 384 da CLT.

Esse discrímen realizado por lei é fundado em critérios biológicos que distinguem os homens das mulheres, a fim de igualá-los de fato, portanto, o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal.

Desta forma, realizada jornada extraordinária observado os registros (fls. 1182/1294) no período imprescrito, mister se faz a condenação do Reclamado no pagamento dos 15 minutos anteriores às horas extras realizadas, como extra, com adicional de 50% pelos dias efetivamente trabalhados, observados os mesmos parâmetros e repercussões conferidos para as horas extras já condenadas em capítulo de sentença anterior.

Procedente o pedido.

3.7. Gratificação natalina (13º) e FGTS

Já deferidos como repercussão de cada capítulo de sentença em que houve condenação em verbas de natureza salarial.

3.8. Multa do art. 940 do CC

Considerando o direito constitucional de ação e a dúvida da Reclamante, julgo **improcedente o pedido de aplicação do art. 940 do Código Civil, pleiteado pela Reclamada.**

3.9. Gratuidade de Justiça

Indevida a gratuidade ordinária do art. 14 da Lei 5584/70, mas, considerando a declaração de

hipossuficiência do reclamante às fls. 2/51 (OJ 304 SDI-1), **defiro a gratuidade extraordinária com base no art. 790, §3º da CLT**.

3.10. Dos demais pedidos

Indevida a multa do art. 467 da CLT, pois não houve parcela incontroversa.

Deduza-se de modo global os valores pagos sob idêntica rubrica (art. 844 do CC c.c art. 8, parágrafo único, da CLT e OJ 415 da SDI-1 do TST).

Incidência de correção monetária no prazo das verbas salariais art. 459, parágrafo único, CLT e S. 381 do TST. Os juros de mora de 1% são aplicáveis na forma do art. 39 da Lei 8.177/91 (Súm. 200 TST e OJ SDI-1 300).

Os descontos fiscais devem ser procedidos de acordo com a redação do artigo 12-A da Lei 7.713/1988 (introduzido pelo art. 44 da Lei 12.350/2010) em conjunto com a Instrução Normativa 1.127/2011, da RBF e OJ 400 SDI-1, ou seja, dividindo-se o montante tributável (a soma dos valores sobre os quais incide o imposto de renda) pelo número de meses a que corresponde a condenação. Contribuições previdenciárias sobre diferenças salariais e horas extras, conforme o art. 276, §4º, do Dec. 3048/99, por cada uma das partes (Súm. 368, III, TST), devendo apresentar em 30 dias as guias da GFIP com o nome do empregado e a contribuição recolhida.

A redação original do Decreto 3.048/99 previa o índice SAT no percentual de 1% (anexo 5, item 65.22-6) até maio/2007, alterado pelo Decreto 6.042/2007 a partir de junho/2007 para 3%. A partir da criação do RAT (64.22.1-00) esse percentual passou a ser variável, pois sofreria a multiplicação pelo índice do FAP (entre 0,5 e 2,00), conforme o enquadramento da empresa empregadora.

No caso da demanda, a empresa Reclamada não demonstrou em qual percentual estaria enquadrada, razão pela qual, em liquidação de sentença deverá apresentar o documento pertinente e realizar o recolhimento das contribuições para o SAT.

III - CONCLUSÃO/DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE em parte os pedidos autorais, observados os limites expressos na fundamentação, que integra o presente dispositivo.

Defiro a gratuidade de justiça.

Correção monetária, juros de mora, contribuições previdenciárias e imposto de renda na forma da lei e da fundamentação, sendo improcedente os demais pedidos.

Custas de R$2.000,00 sobre o valor arbitrado de R$100.000,00 (art. 789 da CLT), pelas Reclamadas.

Prazo de cumprimento de 8 (oito) dias, salvo outro estipulado em um dos capítulos de sentença. Liquidação por cálculo (art. 879 da CLT).

Partes intimadas nos termos da Sum. 197 do TST.

Adverte-se às partes, que a insistência em argumentações infundadas ou contrárias à legislação, que retardam o andamento da lide e/ou resistam à execução, com claro intuito meramente procrastinatório, atentando contra o princípio da celeridade processual, *inclusive eventual oposição de embargos declaratórios infundados e em descompasso com os termos do artigo 896-A da CLT*, são passíveis de condenação por prática de ato atentatório à dignidade da Justiça e litigância de má-fé, sujeito ao pagamento de multa de 1% (um por cento) e indenização de até 20% (vinte por cento) do valor da causa, além de indenização de até 20% do valor da execução, a ser revertido em favor da parte contrária, com fundamento nos artigos 16, 17 inc. VII, 18, 538 e 601 do CPC, de aplicação supletiva ao Processo Trabalhista.

Curitiba, 11 de abril de 2014.

Lorena de Mello Rezende Colnago
Juíza do Trabalho

COMENTÁRIOS À CONVENÇÃO 158 DA OIT: GARANTIA NO EMPREGO

Luiz Eduardo Gunther

A obra possui oito capítulos, assim distribuídos: introdução; a garantia no emprego e a Organização Internacional do Trabalho; direito comparado; da autoaplicabilidade da Convenção 158; vigência e compatibilidade da Convenção 158 da OIT; da posição doutrinária contrária à reintegração do empregado, frente à Convenção 158; preâmbulo da Convenção 158; da Convenção, partes I, II, III e IV. Aponta também o autor dois anexos tratando dos debates no Congresso Nacional sobre a Convenção, além do texto da Convenção 158.

Já na parte introdutória do livro, afirma o autor que a Convenção 158 não proíbe a demissão, mas exige que ela seja justificada. Assevera, também, que o princípio da proteção ao emprego é consagrado, "por ser o emprego um direito social que importa na impossibilidade de seu término por arbítrio, vestígio de costumes usados por empresários de uma época que já passou" (p. 9).

Em seus comentários ao art. 10 da Convenção, admite o autor que o juiz arbitre indenização quando inviável, na legislação nacional, a reintegração, suprindo vácuo que seria integrado por lei complementar.

Registrou o autor em 1996, quando da segunda edição de sua obra, que a Convenção 158 não é uma Convenção de princípios, dependente de adoção de lei ou de outros atos regulamentares para entrar em vigor imediato no País. Asseverou, também, não constituir uma Convenção promocional, fixando objetivos determinados e estabelecendo programas para sua execução, mas, sim, Convenção autoaplicável (p. 26).

Maciel, José Alberto Couto. Comentarios a Convencao 158 da OIT. Imprenta: São Paulo, Ltr, 1996

Outra afirmação importante direciona-se ao entendimento de que a Convenção 158 determina a reintegração ao emprego quando da despedida arbitrária ou sem justa causa, princípio adotado pela nossa Constituição que não exclui esse direito expressamente, mas, ao contrário, o admite em casos especiais, nas disposições transitórias, antes da vigência de seu texto (p. 38).

Quando houver incompatibilidade, prossegue o estudo, deve o empregado ser indenizado na forma do art. 10 da Convenção, cabendo ao Poder Judiciário Trabalhista arbitrar o valor dessa indenização, não mais vigendo estipulação sobre FGTS porque temporária, constante das Disposições Transitórias do texto constitucional (p. 38).

Diante do importante debate, ainda vivo no Brasil, sobre o tema da Teoria da Justificação da Dispensa Arbitrária, o livro que se apresenta, embora escrito há duas décadas, continua representativo para o Direito do Trabalho brasileiro.

DESEMPREGO & DESPROTEÇÃO

Luiz Eduardo Gunther

O livro é organizado em cinco capítulos. No primeiro trata do desemprego e desproteção; no segundo, examina o sistema anterior - a estabilidade decenal e o advento do FGTS; no terceiro trata da Carta de 88 - a garantia protelada; no quarto analisa a despedida arbitrária - contornos legais e desejáveis; e, no último, apresenta uma proposta viável.

O terceiro, quarto e quinto capítulos possuem desdobramentos. No terceiro apresentam-se itens específicos examinando: a despedida arbitrária e sem justa causa; a incerteza do sistema; a Convenção 158/ OIT; aguardando o momento; a proteção efetiva; a estabilidade dos membros da CIPA. No quarto capítulo, ao apresentar os contornos legais e desejáveis sobre a despedida arbitrária, são analisados os motivos disciplinar, técnico, financeiro e econômico; a correlação de motivos; um alerta importante e como reprimir a despedida abusiva - um passo além.

Por fim, no quinto capítulo, registra uma proposta viável desdobrada na questão previdenciária, traz um bom exemplo de como prestigiar o empregado e regulamentar o art. 7º, I, da CF/88, garantindo efetivamente o emprego, além de apresentar proposta de anteprojeto de Lei Complementar sobre o assunto.

Como assinalou, com propriedade, o autor: “a Convenção repudia - em seu art. 4º - a despedida arbitrária, consagrando o princípio da justificação das despedidas” (p. 48).

Tendo em vista a denúncia da Convenção pelo Decreto 2.100, assevera o autor que a regulamentação do art. 7º, I, da Constituição Federal, de 1988, é passo que não se deve adiar.

Em sua proposta de anteprojeto (oito artigos), sugere que se vede a dispensa arbitrária, assim considerada aquela que não resultar de razões de ordem disciplinar, técnica, financeira ou



Hasson, Roland. Desemprego e desproteção, Juruá Editora, 2006.

econômica. Quando a demissão do trabalhador for questionada em juízo, será do empregador o ônus de demonstrar a existência dos motivos que tornam a despedida não arbitrária. Sendo arbitrária a dispensa, cabe a reintegração se também for abusiva, recebendo o trabalhador a indenização prevista no art. 1º, I, do ADT da CF/88, sem prejuízo de ficar caracterizado o direito à indenização por dano moral (p. 83-84).

Diz o autor, na última fase de seu livro: "com texto simples assim, acreditamos que se estará dando significativo passo no ordenamento jurídico brasileiro para assegurar ao trabalho a proteção constitucional já existente. Confere-se dignidade ao trabalhador e segurança à nação" (p. 85).

Como dito na apresentação, "a obra apresentada aos leitores constitui-se em trabalho técnico e profundo, mas, ao mesmo tempo, acessível e claro, sobre um assunto que interessa a todos os brasileiros. Reacenderá, com absoluta certeza, entre os estudiosos, o debate sobre o tema" (p. 11).

Não há dúvida de que "bastaria, a justificar os profundos e bem lançados argumentos do autor, a sugestão de anteprojeto de Lei Complementar apresentados, propondo regulamentar o art. 7º, inc. I, da Constituição Federal de 1988" (p. 9).

Embora difícil de ser acolhida pelo Legislativo Federal, a proposta representa uma "reivindicação permanente dos trabalhadores brasileiros, esperançosos que o amanhã lhes permita continuar no emprego e merecedores de tratamento humano, e justificado se tiverem de ser dispensados" (p. 10).

Na esteira do que retrata a Convenção 158 da OIT, o livro do Professor Roland Hanson. Constitui um importante depoimento, e sugestão técnica-jurídica, para aperfeiçoar, construir e, sobretudo efetivar uma Teoria da Dispensa Justificada.

TEORIA E PRÁTICA DA CONVENÇÃO 158

Luiz Eduardo Gunther

A obra compõe-se de quatro importantes partes. Na parte I efetivam-se comentários sobre a Convenção 158 da OIT, desde a Introdução até os artigos 13 e 14 (p. 17-73). Na parte II apresentam-se quatro textos complementares: A Convenção nº 158 e o Problema de sua Vigência; Vigência e Eficácia da Convenção nº 158; as Convenções Internacionais e a Hierarquia das Fontes e Antecipação da Tutela. Na Parte III registram-se perguntas e respostas sobre o tema do livro. Na Parte IV menciona-se jurisprudência: cinco sentenças de Juntas de Conciliação e Julgamento (nome anterior das Varas do Trabalho), deferimento de liminar, despacho de Juiz Relator, informações prestadas em mandado de segurança e decisão do TRT da 2ª Região em dissídio coletivo.

Publicado em 1996, o livro continua atual no tema que aborda em profundidade, ainda em debate no Brasil. Como dito na contracapa da obra, "aplicar ou esperar? Readmitir ou reintegrar? Reintegrar ou indenizar?". Para enfrentar as dúvidas que cercam a Convenção 158 da OIT, seis juízes mineiros debruçaram-se sobre a legislação comparada, os princípios gerais do direito e as lições da doutrina.

Editado em tempo recorde pela LTr, os autores comentam, na primeira parte, os artigos da Convenção 158; na segunda, estudam separadamente sua vigência, eficácia e tutela antecipada; na terceira, formulam e respondem questionamentos; na quarta, transcrevem algumas das primeiras decisões sobre o tema.

Registra Carlos Augusto Junqueira Henrique que a Convenção 158 OIT retira do empregador o direito potestativo da dispensa, mantendo-lhe o direito -dever de garantir os postos de trabalho. Mas vai além, criando a dispensa justificada respaldada em sua própria conduta. É o que dispõe o art. 4º em sua parte final: "dispensa ... baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço" (p. 20).

Explicita Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho, outro dos autores do livro, com base em Arnaldo Süssekind, que a Convenção 158 da OIT está em sintonia com o sistema heterônomo que prevalece no Brasil, o qual pode ser complementado consoante o estatuído no art. 444 da CLT, inclusive

VIANA, Márcio Túlio (coord); SATUF REZENDE, Alaor; JUNQUEIRA HENRIQUE, Carlos Augusto; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; MELLO FILHO, Luiz Phillipe Vieira de. Teoria
e prática da convenção 158. São Paulo: LTr, 1996.

pelos instrumentos de negociação coletiva (p. 26).

Alaor Satuf Rezende, em análise ao artigo 4º da Convenção 158 da OIT, assevera que o dispositivo em comento constitui o cerne da Convenção nº 158 da OIT, quebrando o direito do empregador de dispensar os empregados, existente, na prática, há longo tempo, e de modo mais enfático desde 1967 (p. 35).

Analisando o artigo 9º da Convenção 158 da OIT, explica Márcio Túlio Viana, em exemplificação: o empregado diz que foi despedido; o empregador admite a dispensa mas lhe acrescenta um quid, ao apontar um motivo justificado. Tal como já acontecia no tocante à justa causa, esse quid deve ser provado por quem o alega. A propósito, é sempre bom lembrar, como o faz a própria OIT, que, quando se discute a razão da dispensa, é o empregador quem se encontra em posição de força, especialmente porque é ele quem controla as fontes de informação (p. 56).

Em exegese também à norma da Convenção 158 da OIT, José Eduardo de Rezende Chaves Júnior afirma que, quanto aos trabalhadores sob o regime de terceirização, o art. 2º não lhes retira, em nenhum de seus parágrafos, a garantia de emprego. Admite, contudo, caso a empresa de prestação perca o contrato com a tomadora, que tal hipótese possa ser analisada à luz das causas econômicas justificadoras da dispensa, nos termos do art. 4º da Convenção (p. 32).

Luiz Otávio Linhares Renault e Márcio Túlio Viana comentam os artigos 13 e 14 do Tratado da OIT em estudo, que tratam das dispensas por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Explicitam que, ao usar a palavra “análogos”, a Convenção abre o leque para vários outros motivos possíveis, entre os quais as alterações na organização da empresa, como reengenharia, just on time, programas de qualidade total, etc. Alertam, contudo, não bastar que a empresa empregue novas tecnologias, sofra abalos econômicos ou se reorganize. É essencial que, em razão de um desses fatores, se veja compelida a despedir. Considera-se aí uma relação de causa e efeito, mais ou menos como acontece nas justas causas na CLT. Observa-se que não são apenas motivos justificantes, mas, sobretudo, determinantes. Assimilam, por derradeiro, em interpretação aos dispositivos mencionados, que a Convenção tem mão dupla: protege o empregado, mas não se abstrai da empresa, ao contrário do que acontecia com a estabilidade decenária. Desse modo, concluem, interliga o ideal de garantia no emprego com a nova ordem econômica, instável e em mutação permanente (p. 70-71).

Verifica-se, assim, que, embora escrita há vinte anos, a obra que se buscou sintetizar continua atual.

A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Evento promovido pela Escola Judicial do TRT - 9ª Região

DECRETO Nº 1.855, DE 10 DE ABRIL DE 1996.

Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e

Considerando que a Convenção Número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982;

Considerando que a Convenção ora promulgada foi oportunamente submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou por meio do Decreto Legislativo número 68, de 16 de setembro de 1992;

Considerando que a Convenção em tela entrou em vigor internacional em 23 de novembro de 1985;

Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe, em 05 de janeiro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 05 de janeiro de 1996, na forma de seu artigo 16;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º O presente Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 10 de abril de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 11.4.1996

ANEXO AO DECRETO QUE PROMULGA A CONVENÇÃO NÚMERO 158, DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, SOBRE O TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INCIATIVA DO EMPREGADOR, CONCLUÍDA EM GENEBRA, EM 22 DE JUNHO DE 1982/MRE

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO

CONVENÇÃO 158

CONVENÇÃO SOBRE TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua Sexagésima-Oitava Sessão;

Tendo tomado nota das normas internacionais contidas na Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1963, foram registradas importante novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange.

Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como conseqüência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em grande número de países;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da Reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma Convenção, adota, na data 22 de junho de 1982, a presente Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982:

PARTE I

Métodos de Aplicação, Área de Aplicação e Definições!

Artigo I

Dever-se-á dar efeito às disposições da presente Convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Artigo 2

A presente Convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a toda as pessoas empregadas.

Todo membro poderá excluir da totalidade algumas das disposições da presente Convenção as seguintes categorias de pessoas empregadas:

a) os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa;

b) os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que tenha o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável;

c) os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.

1. Deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista nesta Convenção.

Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Convenção, ou de algumas de suas disposições, certas categorias de pessoas empregadas, cujas condições de emprego forem regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta Convenção.

Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Convenção ou de algumas de suas disposições, outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentam-se problemas especiais que assumam certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou natureza da empresa que os emprega.

Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias que tiverem sido excluídas em para essa exclusão, e deverá indicar nos relatórios subseqüentes a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou se tenciona aplicar a Convenção essa categorias.

Artigo 3

Para os efeitos da presente Convenção as expressões “término” e “término da relação de trabalho” significam término da relação de trabalho do empregador.

Parte II

Normas de Aplicação Geral

SEÇÃO A

Justificação do Término

Artigo 4

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.

Artigo 5

Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

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.

Artigo 6

A ausência temporar do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

SEÇÃO B

Procedimentos Prévios ao Término por Ocasião do Mesmo

Artigo 7

Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.

SEÇÃO C

Recurso Contra o Término

1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante uma organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbirto.

2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.

3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.

Artigo 9

1. Os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para examinarem as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso, e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado.

2. A fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

a) caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como foi definido no artigo 4 da presente Convenção;

b) os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causas alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais.

3. Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para verificar se o término foi devido realmente a essas razões, mas a medida em que esses organismos estarão habilitados também para decidirem se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 desta Convenção.

Artigo 10

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.

SEÇÃO D

Prazo de Aviso Prévio

Artigo 11

O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a um indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

SEÇÃO E

Indenização por Término de Serviços e Outras Medidas

De Proteção dos Rendimentos

Artigo 12

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregados; ou

b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou

c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

1. Quando o trabalhador não reunir as condições de qualificação para ter direito aos benefícios de um seguro desemprego ou de assistência aos desempregados em virtude de um sistema de alcance geral, não será exigível o pagamento das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a), do presente artigo, pelo único fato do trabalhador não receber benefício de desemprego em virtude do item b) do parágrafo mencionado.

2. No caso de término devido a falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a), do presente artigo pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

PARTE III

Disposições Complementares sobre o Término da Relação de Trabalho por Motivos Econômicos, Tecnológicos Estruturais ou Análogos

SEÇÃO A

Consulta aos Representantes dos Trabalhadores

Artigo 13

1. Quando o empregador prever términos 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 términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos:

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 términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotados para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

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 determinadas do total do pessoal.

3. Para efeitos do presente artigo, a expressão “representantes dos trabalhadores interessados” aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os Representantes dos Trabalhadores, em 1971.

SEÇÃO B

Notificação à Autoridade Competente

Artigo 14

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes os términos referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os términos, prazo que será especificado pela legislação nacional.

PARTE IV

Disposições Finais

Artigo 15

As ratificações formais da presente Convenção serão comunicadas, para serem registradas, ao Diretor da Repartição Internacional do Trabalho.

Artigo 16

1. Esta Convenção obrigará exclusivamente àqueles Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Entrará em vigor 12 (doze) meses após a data em que as ratificações de 2 (dois) Membros tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.

3. A partir desse momento, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, 12 (doze) meses após a data em que sua ratificação tiver sido registrada.

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. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral fará notar aos Membros da Organização a data em que a presente Convenção entrará em vigor.

Artigo 19

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para efeitos do registro e em conformidade com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, uma informação completa sobre todas as ratificações, declarações e atos de denúncia que tiver registrado, de acordo com os artigos precedentes.

Artigo 20

Cada vez que o considerar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência um relatório sobre a aplicação da Convenção e considerará a conveniência de se incluir, na agenda da Conferência, a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 21

1. No caso da Conferência adotar uma nova Convenção que implique uma revisão total ou parcial do presente, e a não ser a nova Convenção contenha disposições em contrário:

a ratificação, por um Membro, da nova Convenção revista implicará, ipso jure, a denúncia imediata da presente Convenção, não obstante as disposições contidas no artigo 17, sempre que a nova Convenção revista tiver entrado em vigor;

a partir da data de entrada em vigor da nova Convenção revista, a presente Convenção deixará de estar aberta para ratificação por parte dos Membros.

A presente Convenção permanecerá em vigor em todos os casos em forma e conteúdo atuais, para aqueles Membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Artigo 22

As versões inglesa e francesa do texto desta Convenção são igualmente autênticos.

DECRETO Nº 2.100, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.

Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.

Brasília, 20 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

Este texto não substitui o publicado no DOU de 23.12.1996

Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador

CONVENÇÃO N. 158

I — Aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1982), entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985.

II — Dados referentes ao Brasil:

a) aprovação = Decreto Legislativo n. 68, de 16.09.1992, do Congresso Nacional;
b) ratificação = 05 de janeiro de 1995;
c) promulgação = Decreto n. 1.855, de 10.04.1996;
d) vigência nacional = 05 de janeiro de 1996.
e) Denunciado em: Decreto n. 2.100, de 20.12.1996.

"A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua sexagésima oitava sessão;

Tendo tomado nota das normas internacionais contidas na Recomendação sobre o Término da Relação do Trabalho, 1963;

Tendo tomado nota de que desde a adoção da Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1963, foram registradas importantes novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange;

Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como conseqüência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em um grande número de países;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da Reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma convenção, adota, na data de 22 de junho de mil novecentos e oitenta e dois, a presente convenção que poderá ser citada como a 'Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982':

PARTE I MÉTODOS DE APLICAÇÃO, ÁREA DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Art. 1 — Dever-se-á dar efeito às disposições da presente convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Art. 2 — 1. A presente convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.

2. Todo Membro poderá excluir da totalidade ou de algumas das disposições da presente convenção as seguintes categorias de pessoas empregadas:

a) os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa;

b) os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável;

c) os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.

3. Deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista nesta convenção.

4. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente convenção, ou de algumas de suas disposições, certas categorias de pessoas empregadas, cujas condições de emprego forem regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta convenção.

5. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente convenção ou de algumas de suas disposições, outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentam-se problemas especiais que assumam certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou a natureza da empresa que os emprega.

6. Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias que tiverem sido excluídas em virtude dos parágrafos 4 e 5 do presente artigo, explicando os motivos para essa exclusão, e deverá indicar nos relatórios subseqüentes a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou tenciona aplicar a Convenção a essas categorias.

Art. 3 — Para os efeitos da presente Convenção as expressões 'término' e 'término da relação de trabalho' significam término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

PARTE II NORMAS DE APLICAÇÃO GERAL

Seção A Justificação do término

Art. 4 — 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.

Art. 5 — Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;

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, ascendência nacional ou a origem social;

e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Art. 6 — 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

Seção B Procedimentos prévios ao término e por ocasião do mesmo

Art. 7 — Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivo relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.

Seção C Recurso contra o término

Art. 8 — 1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.

2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.

3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.

Art. 9 — 1. Os organismos mencionados no artigo 8º da presente Convenção estarão habilitados para examinarem as causa alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado.

2. A fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

a) caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como foi definido no artigo 4 da presente Convenção;

b) os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causa alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e as

práticas nacionais.

3. Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para verificar se o término foi devido realmente a essas razões, mas a medida em que esses organismos estarão habilitados também para decidirem se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 desta Convenção.

Art. 10 — Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Seção D Prazo de aviso prévio

Art. 11 — O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

Seção E Indenização por término de serviços e outras medidas de proteção dos rendimentos

Art. 12 — 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do montante do salário, pagáveis diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregadores; ou

b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou

c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

2. Quando o trabalhador não reunir as condições de qualificação para ter direito aos benefícios de um seguro desemprego ou de assistência aos desempregados em virtude de um sistema de alcance geral, não será exigível o pagamento das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a, do presente artigo, pelo único fato do trabalhador não receber benefícios de desemprego em virtude do item b do parágrafo mencionado.

3. No caso de término devido à falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a, do presente artigo pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

PARTE III Disposições Complementares sobre o Término da Relação de Trabalho por Motivos Econômicos, Tecnológicos, Estruturais ou Análogos

Seção A Consulta aos representantes dos trabalhadores

Art. 13 — 1. Quando o empregador prever términos 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 términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos;

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 términos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

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 determinadas do total do pessoal.

3. Para os efeitos do presente artigo, a expressão 'representantes dos trabalhadores interessados' aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou as práticas nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os representantes dos trabalhadores, 1971.

Seção B Notificação à autoridade competente

Art. 14 — 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma percentagem determinadas do total de pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes os términos referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os términos, prazo que será especificado pela legislação nacional.

PARTE IV Disposições finais

Art. 15 — As ratificações formais da presente Convenção serão transmitidas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Art. 16 — 1. A presente Convenção obrigará somente os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Entrará em vigor doze meses após serem registradas pelo Diretor-Geral, as ratificações por parte de dois Membros.

3. Posteriormente esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após a data de registro de sua ratificação.

Art. 17 — 1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da vigência da Convenção, por meio de um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após haver sido registrada.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e que no prazo de um ano após o termo do período de dez anos, mencionado no parágrafo precedente, não houver feito uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, ficará ligado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao termo de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Art. 18 — 1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações, declarações e denúncias que lhe forem transmitidas pelos Membros da Organização.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tenha sido transmitida, o Diretor-Geral chamará a atenção dos Membros da Organização para a data na qual a presente Convenção entrará em vigor.

Art. 19 — O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho transmitirá ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fins de registro de acordo com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações, declarações, e atos de denúncia que tenha registrado de acordo com os artigos precedentes.

Art. 20 — Ao termo de cada período de dez anos, contados da entrada em vigor da presente Convenção, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá da conveniência de ser inscrita na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Art. 21 — 1. Caso a Conferência adotar uma nova Convenção que implique revisão total ou parcial da presente Convenção e a menos que a nova Convenção não disponha de outro modo:

a) a ratificação, por parte de um Membro, da nova Convenção revista acarretará de pleno direito, não obstante o artigo 16 acima, denúncia imediata da presente Convenção desde que a nova Convenção revista tenha entrado em vigor;

b) a partir da data da entrada em vigor da nova Convenção revista, a presente Convenção cessará de estar aberta à ratificação por parte dos Membros.

2. A presente Convenção permanecerá, entretanto, em vigor na sua forma e teor para os Membros que a houverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Art. 22 — As versões francesa e inglesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas."

Fonte: Texto extraído do livro "Convenções da OIT" de Arnaldo Süssekind, 2ª edição, 1998. 338p. Gentilmente cedido pela Ed. LTR. Com adaptação.

Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho

CONVENÇÃO N. 144

I — Aprovada na 61ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1976), entrou em vigor no plano internacional em 16 de maio de 1978.

II — Dados referentes ao Brasil:

a) aprovação = Decreto Legislativo n. 6, de 1º. 6.89, do Congresso Nacional;
b) ratificação = 27 de setembro de 1994;
c) promulgação = Decreto n. 2.518, de 12.3.98;
d) vigência nacional = 27 de setembro de 1995.

"A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida naquela cidade em 2 de junho de 1976, em sua sexagésima primeira reunião; Recordando as disposições das convenções e recomendações internacionais do trabalho existentes — e em particular a Convenção sobre a liberdade sindical e a proteção ao direito de sindicalização, de 1948; a Convenção sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949; e a Recomendação sobre a consulta (ramos de atividade econômica no âmbito nacional), de 1960 que afirmam o direito dos empregadores e dos trabalhadores de estabelecer organizações livres e independentes e pedem para que sejam adotadas medidas para promover consultas efetivas no âmbito nacional entre as autoridades públicas e as organizações de empregadores e de trabalhadores, bem como as disposições de numerosas convenções e recomendações internacionais do trabalho que dispõem que sejam consultadas as organizações de empregadores e de trabalhadores sobre as medidas a serem tomadas para torná-las efetivas;

Tendo considerado o quarto ponto da ordem do dia da reunião, intitulado 'Estabelecimento de mecanismos tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho', e tendo decidido certas propostas relativas a consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho, e

Depois de ter decidido que tais proposições revistam-se da forma de uma convenção internacional, adota, com a data de vinte e um de junho de mil novecentos e setenta e seis, a presente Convenção, que poderá ser citada como a 'Convenção sobre a Consulta Tripartite (Normas Internacionais do Trabalho), de 1976'.

Art. 1 — Na presente Convenção a expressão 'organizações representativas' significa as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, que gozem do direito

de liberdade sindical.

Art. 2 — 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção compromete-se a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere ao artigo 5, parágrafo 1, adiante.

2. A natureza e a forma dos procedimentos a que se refere o parágrafo 1 deste artigo deverão ser determinadas em cada país de acordo com a prática nacional, depois de ter consultado as organizações representativas, sempre que tais organizações existam e onde tais procedimentos ainda não tenham sido estabelecidos.

Art. 3 — 1. Os representantes dos empregadores e dos trabalhadores, para efeito dos procedimentos previstos na presente Convenção, serão eleitos livremente por usas organizações representativas, sempre que tais organizações existam.

2. Os empregadores e os trabalhadores estarão representados em pé de igualdade em qualquer organismo mediante o qual sejam levadas a cabo as consultas.

Art. 4 — 1. A autoridade competente será responsável pelos serviços administrativos de apoio aos procedimentos previstos na presente Convenção.

2. Celebrar-se-ão os acordos apropriados entre a autoridade competente e as organizações representativas, sempre que tais organizações existam, para financiar a formação de que possam ter necessidade os que tomem parte nestes procedimentos.

Art. 5 — 1. O objetivo dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre:

a) as respostas dos Governos aos questionários relativos aos pontos incluídos na ordem do dia da Conferência Internacional do Trabalho e os comentários dos Governos sobre os projetos de texto a serem discutidos na Conferência;

b) as propostas que devam ser apresentadas à autoridade ou autoridades competentes relativas à obediência às convenções e recomendações, em conformidade com o artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho;

c) o reexame, dentro de intervalos apropriados, de Convenções não ratificadas e de recomendações que ainda não tenham efeito, para estudar que medidas poderiam tomar-se para colocá-los em prática e promover sua retificação eventual;

d) as questões que possam levantar as memórias que forem comunicadas à Secretaria Internacional do Trabalho em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho;

e) as propostas de denúncias de convenções ratificadas.

2. A fim de garantir o exame adequado das questões a que se refere o parágrafo 1 deste artigo, as consultas deverão celebrar-se dentro de intervalos apropriados e fixados de comum acordo e pelo menos uma vez por ano.

Art. 6 — Quando se julgar apropriado, após consultar às organizações representativas, sempre

que tais organizações existam, a autoridade competente apresentará um informe sobre o funcionamento dos procedimentos previstos na presente Convenção.

Art. 7 — As ratificações formais da presente Convenção serão transmitidas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Art. 8 — 1. A presente Convenção obrigará somente os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Entrará em vigor doze meses após serem registradas pelo Diretor-Geral, as ratificações por parte de dois Membros.

3. Posteriormente esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após a data de registro de sua ratificação.

Art. 9 — 1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da vigência da Convenção, por meio de um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após haver sido registrada.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e que no prazo de um ano após o termo do período de dez anos, mencionado no parágrafo precedente, não houver feito uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, ficará ligado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao termo de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Art. 10 — 1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações, declarações e denúncias que lhe forem transmitidas pelos Membros da Organização.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tenha sido transmitida, o Diretor-Geral chamará a atenção dos Membros da Organização para a data na qual a presente Convenção entrará em vigor.

Art. 11 — O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho transmitirá ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fins de registro de acordo com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações, declarações, e atos de denúncia que tenha registrado de acordo com os artigos precedentes.

Art. 12 — Ao termo de cada período de dez anos, contados da entrada em vigor da presente Convenção, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá da conveniência de ser inscrita na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Art. 13 — 1. Caso a Conferência adotar uma nova Convenção que implique revisão total ou parcial da presente Convenção e a menos que a nova Convenção não disponha de outro modo:

a) a ratificação, por parte de um Membro, da nova Convenção revista acarretará de pleno direito, não obstante o artigo 16 acima, denúncia imediata da presente Convenção desde que a nova Convenção revista tenha entrado em vigor;

b) a partir da data da entrada em vigor da nova Convenção revista, a presente Convenção cessará de estar aberta à ratificação por parte dos Membros.

2. A presente Convenção permanecerá, entretanto, em vigor na sua forma e teor para os Membros que a houverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Art. 14 — As versões francesa e inglesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas."

Texto extraído do livro "Convenções da OIT" de Arnaldo Süssekind, 2ª edição, 1998. 338p. gentilmente cedido pela Ed. LTR.

R119 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119)

Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador

Adopción: Ginebra, 47ª reunión CIT (26 junio 1963) –

Estatus: Recomendación reemplazada (Convenios Técnicos).

Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 5 junio 1963 en su cuadragésima séptima reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación,

adopta, con fecha veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y tres, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963:

I – Métodos de Aplicación

1. Podrá darse efecto a la presente Recomendación mediante la legislación nacional, los contratos colectivos, los reglamentos de empresa, los laudos arbitrales o los fallos de los tribunales, o en cualquier otra forma compatible con la práctica nacional y que parezca apropiada según las condiciones nacionales.

II. Normas de Aplicación General

2. (1) No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.

(2) La definición o interpretación de dicha causa justificada debería dejarse a los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1.

3. Entre las razones que no deberían constituir una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran las siguientes:
(a) la afiliación a un sindicato o la participación en sus actividades fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
(b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en dicha calidad;
(c) presentar de buena fe una queja o participar en procedimientos entablados contra un empleador por razón de violaciones alegadas de la legislación;
(d) la raza, el color, el sexo, el estado matrimonial, la religión, la opinión política, la procedencia nacional o el origen social.
4. El trabajador que considere haber sido objeto de una terminación injustificada de su relación de trabajo debería, a menos que la cuestión haya sido resuelta de modo satisfactorio mediante los procedimientos que pudieran existir o que puedan establecerse de conformidad con la presente Recomendación en la empresa, establecimiento o servicio, tener derecho, dentro de un plazo razonable, a recurrir contra su terminación, asistido, si así lo desea, por una persona que lo represente, ante un organismo instituido en virtud de un contrato colectivo o ante un organismo neutral, tal como un tribunal, un árbitro, una junta de arbitraje u otro organismo análogo.
5. (1) Los organismos mencionados en el párrafo 4 deberían estar facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso y para pronunciarse sobre la justificación de la terminación.
(2) La disposición del apartado 1) no debería interpretarse en el sentido de que el organismo neutral debería estar facultado para intervenir en la determinación del número de trabajadores de la empresa, del establecimiento o del servicio.
6. Si los organismos mencionados en el párrafo 4 llegasen a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada, deberían estar facultados para ordenar que el trabajador interesado, de no ser reintegrado en su empleo, pagándole, cuando proceda, el salario no percibido, reciba una indemnización adecuada, o bien una reparación de otro género, que podría ser determinada según los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1, o bien una combinación de ambas que sería análogamente determinada.
7. (1) El trabajador cuyo empleo vaya a darse por terminado debería tener derecho a un preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización compensativa.
(2) Durante el plazo de preaviso, el trabajador debería, en la medida de lo posible, tener derecho a un período razonable de tiempo libre sin pérdida de su remuneración, con objeto de buscar otro empleo.
8. (1) El trabajador cuyo empleo se hubiere dado por terminado debería tener derecho a recibir, cuando lo solicite al terminar la relación de trabajo, un certificado del empleador en el que se indiquen la fecha del comienzo y de la terminación de la relación de trabajo y la naturaleza del trabajo al cual estaba dedicado.
(2) No debería figurar en dicho certificado ninguna mención desfavorable al trabajador.
9. El trabajador cuya relación de trabajo se hubiere dado por terminada debería tener asegurada

cierta protección de sus ingresos; esta protección podría comprender un seguro de desempleo u otras formas de seguridad social, o una compensación por fin de servicios u otras prestaciones análogas pagaderas por el empleador, o también una combinación de prestaciones según la legislación nacional, los contratos colectivos o la política de personal adoptada por el empleador.

10. La cuestión de si los empleadores deberían consultar con los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos individuales de terminación de la relación de trabajo debería dejarse a los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1.

11. (1) En caso de despido por falta grave, el preaviso o, en su lugar, la indemnización compensativa pudieran no ser necesarios y la compensación por fin de servicios u otras prestaciones pagaderas por el empleador al término del empleo del trabajador, cuando sean aplicables, podrían ser denegadas.

(2) El despido por falta grave debería limitarse a aquellos casos en que no puede esperarse que el empleador, según las reglas de la buena fe, haya tenido posibilidad de obrar de otro modo.

(3) Debería considerarse que el empleador ha renunciado a su derecho de despedir a un trabajador por falta grave si no hubiera adoptado esta medida dentro de un plazo razonable, una vez enterado de la falta cometida.

(4) Debería considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra su despido por falta grave si no hubiere apelado dentro de un plazo razonable a partir de la fecha en que le fue notificado el despido.

(5) Antes de que pase a ser definitivamente efectiva una decisión de despido por falta grave, el trabajador interesado debería tener la posibilidad de exponer inmediatamente su caso, asistido, cuando fuere oportuno, por una persona que lo represente.

(6) Para la aplicación de este párrafo, tanto la definición o la interpretación de “falta grave” como la determinación del “plazo razonable” deberían dejarse a los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1.

III. Disposiciones Complementarias Sobre la Reducción de Personal

12. Todas las partes interesadas deberían emprender una acción positiva para prevenir o limitar en todo lo posible las reducciones de personal mediante la adopción de disposiciones apropiadas, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio.

13. (1) Cuando se prevea que va a efectuarse una reducción de personal debería procederse lo antes posible a la consulta previa con los representantes de los trabajadores sobre todas las cuestiones apropiadas.

(2) Las cuestiones que deberían ser objeto de consulta podrían comprender el modo de prevenir los efectos de una reducción de personal, la disminución de las horas extraordinarias, la formación y la readaptación de los trabajadores, las transferencias entre servicios, el escalonamiento de las medidas de reducción durante determinado período, la atenuación al mínimo de las consecuencias de esta reducción para los trabajadores interesados y la selección de los trabajadores que hubieran de ser objeto de la reducción.

(3) Cuando se proceda a dicha consulta, las dos partes deberían tener presente que puede haber autoridades públicas que podrían ayudarlas al efecto.

14. Si la proyectada reducción de personal es de tal amplitud que puede tener importantes repercusiones en la situación de la mano de obra de una región o de una rama de actividad económica determinada, el empleador debería notificarlo a las autoridades públicas competentes antes de proceder a tal reducción.

15. (1) La selección de los trabajadores que vayan a ser objeto de una reducción de personal debería efectuarse según criterios precisos que es de desear se fijen, cuando sea posible, de antemano y que tengan debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa, del establecimiento o del servicio como los de los trabajadores.

(2) Entre tales criterios podrían incluirse:

(a) la necesidad de que funcione eficazmente la empresa, el establecimiento o el servicio;

(b) la capacidad, la experiencia, las aptitudes y las calificaciones profesionales de cada trabajador;

(c) su antigüedad;

(d) su edad;

(e) su situación familiar; y

(f) cualquier otro criterio que pareciese indicado, teniendo en cuenta la situación de cada país. El orden y la importancia relativa de los criterios citados dependerán de la costumbre y de la práctica nacionales.

16. (1) Los trabajadores cuya relación de trabajo se hubiere dado por terminada a consecuencia de una reducción de personal deberían, en la medida de lo posible, gozar de prioridad para ser readmitidos cuando el empleador vuelva a contratar trabajadores.

(2) Dicha prioridad para la admisión podría limitarse a un período determinado; en su caso, la cuestión de la conservación de derechos de antigüedad debería ser decidida con arreglo a la legislación nacional, contratos colectivos u otras prácticas nacionales adecuadas.

(3) La readmisión debería efectuarse basándose en los criterios definidos en el párrafo 15.

(4) La tasa de salario de los trabajadores readmitidos no debería ser afectada adversamente por la interrupción de su empleo, habida cuenta de las diferencias que existan entre su ocupación anterior y la ocupación a la cual sean readmitidos, así como de los cambios introducidos en la estructura de salarios de la empresa, el establecimiento o el servicio.

17. Deberían utilizarse plenamente los servicios públicos del empleo u otros servicios adecuados para garantizar, en la medida de lo posible, que los trabajadores cuya relación de trabajo se hubiere dado por terminada a consecuencia de una reducción de personal sean colocados sin demora en otros empleos.

IV. Campo de Aplicación

18. La presente Recomendación se aplica a todos los sectores de actividad económica y a todas las categorías de trabajadores, pudiendo excluirse de su campo de aplicación:

(a) a los trabajadores contratados por un período o para una obra previamente especificados, en aquellos casos en que, por la naturaleza del trabajo que haya de efectuarse, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada;
(b) a los trabajadores que efectúen un período de prueba, cuya duración sea fijada de antemano y sea razonable;
(c) a los trabajadores contratados con carácter ocasional por un período de corta duración;
(d) a los funcionarios públicos de la administración del Estado, pero sólo en la medida en que las disposiciones constitucionales se opongan a la aplicación de una o varias disposiciones de la presente Recomendación.
19. De conformidad con el principio enunciado en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la presente Recomendación no menoscabará cualquier disposición que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que en ella figuran.
20. La presente Recomendación debería considerarse aplicada en lo que concierne a los trabajadores cuyo empleo se rige por un estatuto especial, cuando este último prevea condiciones que en su conjunto sean por lo menos tan favorables como la totalidad de las previstas por la presente Recomendación.

Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312457:NO>. Acesso em: 31.01.2013

R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)

Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador
Adopción: Ginebra, 68ª reunión CIT (22 junio 1982) –
Estatus: Sin conclusiones (Convenios Técnicos).

Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 2 junio 1982, en su sexagésima octava reunión;
Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y
Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complete el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982,
adopta, con fecha 22 de junio de mil novecientos ochenta y dos, la presente Recomendación, que

podrá ser citada como la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982:

I. Métodos de Aplicación, Campo de Aplicación y Definiciones

1. Las disposiciones de la presente Recomendación se podrán aplicar mediante la legislación nacional, contratos colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme con la práctica nacional y que resulte apropiada según las condiciones nacionales.

2. (1) La presente Recomendación se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas.

(2) Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de alguna de las disposiciones de la presente Recomendación a las siguientes categorías de personas empleadas:

(a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea;

(b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable;

(c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

(3) En la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación de la presente Recomendación o de algunas de sus disposiciones a ciertas categorías de personas empleadas cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé la Recomendación.

(4) En la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación de la presente Recomendación o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea.

3. (1) Se deberían prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevén el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, y la presente Recomendación.

(2) Con este fin, se podría, por ejemplo, prever una o varias de las siguientes medidas:

(a) limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que, a causa de la

índole del trabajo que haya de realizarse, a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada;
(b) salvo en los casos mencionados en el apartado precedente de este subpárrafo, considerar los contratos de duración determinada como contratos de trabajo de duración indeterminada;
(c) considerar que, salvo en los casos mencionados en el apartado a) del presente subpárrafo, los contratos de trabajo de duración determinada, cuando se renueven una o varias veces, tendrán los mismos efectos que los contratos de duración indeterminada.

4. A los efectos de la presente Recomendación, las expresiones ***terminación*** y ***terminación de la relación de trabajo*** significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

II. Normas de Aplicación General

Justificación de la terminación

5. Además de los motivos mencionados en el artículo 5 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, los siguientes tampoco deberían constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo:
(a) la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación;
(b) la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de obligaciones cívicas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

6. (1) La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debería constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.
(2) La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del subpárrafo 1) del presente párrafo deberían determinarse de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el párrafo 1 de la presente Recomendación.

Procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta

7. No debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajor por una falta cuya índole, en virtud de la legislación o la práctica nacional, sólo justificaría la terminación en caso de reincidencia una o varias veces, a menos que el empleador haya prevenido por escrito al trabajador de manera apropiada.

8. No debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore.

9. Todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo que puedan llevar a la terminación

de su relación de trabajo; este derecho puede ser regulado por los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1 de la presente Recomendación.

10. Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta.

11. El empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo.

12. El empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su relación de trabajo.

13. (1) El trabajador a quien se haya notificado la terminación de su relación de trabajo o cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho a que su empleador le extienda, a su pedido, una constancia por escrito en la que se exponga el motivo o los motivos de tal terminación.

(2) No será necesario aplicar la disposición del subpárrafo 1) del presente párrafo en los casos de terminación colectiva que se produjeren por los motivos mencionados en los artículos 13 y 14 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, a reserva de que se observen los procedimientos en ellos previstos.

Recurso contra la terminación

14. Se podrá prever un procedimiento de conciliación antes de interponer un recurso contra una terminación de la relación de trabajo o durante el mismo.

15. Las autoridades públicas, los representantes de los trabajadores y las organizaciones de trabajadores deberían esforzarse por asegurar que los trabajadores estén plenamente informados acerca de las posibilidades de recurso de que disponen.

Tiempo libre durante el período de preaviso

16. Durante el plazo de preaviso previsto en el artículo 11 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, el trabajador debería tener derecho a períodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de remuneración, que tomará en momentos convenientes para ambas partes, con el fin de buscar otro empleo.

Certificado de trabajo

17. Todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho a recibir, a solicitud suya, un certificado del empleador en que se indiquen sólo las fechas de comienzo y de terminación de la relación de trabajo y la naturaleza de las tareas que desempeñaba. Sin embargo, a solicitud del trabajador, podría incluirse una evaluación de su conducta y de su trabajo en ese mismo certificado o en un segundo certificado.

Indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos

18. (1) De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de

trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho:
(a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o
(b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o
(c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.
(2) Cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asitencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no sería exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el subpárrafo 1), apartado a), del presente párrafo por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del apartado b) de dicho subpárrafo.
(3) En caso de terminación por falta grave podría preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el subpárrafo 1), apartado a), de este párrafo, por los métodos de aplicación mencionados en el párrafo 1 de la presente Recomendación.

III. Disposiciones Complementarias sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Motivos Económicos, Tecnológicos, Estructurales o Análogos

19. (1) Todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados.
(2) Cuando proceda, la autoridad competente debería ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen las terminaciones previstas.
Consultas sobre cambios importantes en la empresa
20. (1) El empleador que prevea la introducción en la producción, el programa, la organización, la estructura o la tecnología de cambios importantes susceptibles de provocar terminaciones debería consultar lo antes posible a los representantes de los trabajadores interesados, entre otras cosas, sobre la introducción de tales cambios, sus posibles repercusiones y las medidas para prevenir o atenuar sus efectos perjudiciales.
(2) A fin de que los representantes de los trabajadores interesados puedan participar eficazmente en las consultas a que se hace referencia en el subpárrafo 1) del presente párrafo, el empleador debería

proporcionarles en tiempo oportuno toda la información pertinente sobre los cambios importantes previstos y sus posibles repercusiones.

(3) A los efectos del presente párrafo, la expresión ***representantes de los trabajadores interesados*** se aplica a los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

Medidas para evitar o limitar al máximo las terminaciones

21. Entre las medidas que deberían considerarse con miras a evitar o limitar al máximo las terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos podrían figurar la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo.

22. Cuando se estime que una reducción temporal de la duración normal del trabajo podría evitar o limitar las terminaciones de la relación de trabajo debidas a dificultades económicas pasajeras, convendría tomar en consideración el otorgamiento de una compensación parcial por la pérdida de los salarios correspondientes a las horas normales no trabajadas, financiada según métodos adecuados conformes a la legislación y la práctica nacionales.

Criterios de selección a efectos de la terminación

23. (1) La selección por el empleador de los trabajadores cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos debería efectuarse según criterios, en lo posible fijados de antemano, que tengan debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa, establecimiento o servicio como los de los trabajadores.

(2) Estos criterios, su orden de prelación y su importancia relativa deberían determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el párrafo 1 de la presente Recomendación.

Prioridad de readmisión

24. (1) Los trabajadores cuya relación de trabajo se haya dado por terminada por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos deberían gozar de cierta prioridad para ser readmitidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores con calificaciones comparables, a condición de que hubieran indicado su deseo de ser readmitidos dentro de cierto plazo a partir de la terminación.

(2) La prioridad de readmisión podría limitarse a un período determinado.

(3) El orden de prelación de los criterios de readmisión, las cuestiones relativas a la conservación de derechos, en particular de los derechos de antigüedad en caso de readmisión, y las disposiciones en materia de salario de los trabajadores readmitidos deberían determinarse de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el párrafo 1 de la presente Recomendación.

Atenuación de los efectos de la terminación

25. (1) En caso de terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, debería promoverse con medidas adecuadas a las circunstancias nacionales tomadas por la autoridad competente, en lo posible con la colaboración del empleador y de los representantes de los trabajadores interesados, la colocación lo antes posible de los trabajadores afectados en otros empleos apropiados, impartiendo a dichos trabajadores, llegado el caso, la formación o el readiestramiento necesarios.

(2) Siempre que sea posible, el empleador debería ayudar a los trabajadores afectados a buscar otro empleo adecuado, por ejemplo mediante contactos directos con otros empleadores.

(3) Al ayudar a los trabajadores afectados a obtener otro empleo adecuado o a recibir la formación o el readiestramiento necesarios se podrían tener en cuenta el Convenio y la Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975.

26. (1) Con miras a atenuar las consecuencias perjudiciales de las terminaciones de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, se debería considerar la posibilidad de proporcionar una protección de los ingresos durante cualquier curso de formación o de readiestramiento y el reembolso parcial o total de los gastos en que se haya incurrido para la formación o readiestramiento y para la búsqueda de un empleo, así como para la incorporación al mismo, cuando ésta implique cambio de residencia.

(2) De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, la autoridad competente debería estudiar la posibilidad de otorgar recursos financieros que cubran en todo o en parte el costo de las medidas a que se hace referencia en el subpárrafo 1) del presente párrafo.

IV. Efectos sobre la Recomendación anterior

27. Esta Recomendación y el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, reemplazan a la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963.

Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO>. Acesso em: 31.01.2013.

R166 - Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982 (No. 166)[1]

Recomendação relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador

Adoção: Genebra, 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (22 de junho de 1982) - Status: sem conclusões.

Preâmbulo

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua sexagésima oitava sessão, e

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma Recomendação que complementasse a Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982[2];

adota, neste vigésimo segundo dia do mês de junho do ano de mil novecentos e oitenta e dois, a presente Recomendação, que poderá ser citada como a 'Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982':

I. Métodos de Aplicação, Área de Aplicação e Definições

1. Dever-se-á dar efeito às disposições da presente Recomendação por meio da legislação ou regulamentos nacionais, contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais ou por qualquer outra forma de acordo com a prática nacional e que sejam apropriadas às condições nacionais.

2.
(1) A presente Recomendação aplica-se a todos as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas

1 A Recomendação 166 da OIT não possui versão oficial publicada na língua portuguesa, apenas em inglês, francês, espanhol, árabe, alemão e russo, conforme a página da *International Labour Organization* (<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO>) e da OIT Brasil (<http://www.oitbrasil.org.br/content/recommendations>). A presente versão foi livremente traduzida a partir do francês, com apoio na língua inglesa e na redação oficial da Convenção 158 da OIT contida no Decreto nº 1855, de 10 de abril de 1996 (<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm>).

2 N.T.: Convenção número 158 da OIT.

empregadas.

(2) Todo Membro poderá excluir da totalidade ou de algumas das disposições da presente Recomendação as seguintes categorias de pessoas empregadas:

(a) os trabalhadores com contrato de trabalho por tempo determinado ou para realizar uma determinada tarefa;

(b) os trabalhadores que estejam em período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração do contrato tenha sido previamente fixada e seja razoável;

(c) os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.

(3) Na medida que for necessário, e com a prévia consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Recomendação, ou de algumas de suas disposições, certas categorias de pessoas empregadas, cujas condições de emprego forem regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta Recomendação.

(4) Na medida que for necessário, e com a prévia consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente Recomendação ou de algumas de suas disposições, outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentam-se problemas especiais que assumam certa importância, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou a natureza da empresa que os emprega.

3.
(1) Deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista na Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982, e a presente Recomendação.

(2) Para este fim poderiam, por exemplo, ser previstas uma ou mais das seguintes medidas:

(a) limitar a utilização dos contratos de duração determinada aos casos em que, devido à natureza do trabalho a ser realizado, às condições sob as quais deva ser executado ou em razão dos interesses do trabalhador, a relação de trabalho não pode ser de duração indeterminada;

(b) considerar os contratos de duração determinada, salvo nos casos mencionados na alínea (a) deste parágrafo, como contratos de trabalho de duração indeterminada;

(c) considerar os contratos de duração determinada, quando renovados por uma ou mais vezes, como contratos de duração indeterminada, salvo nos casos mencionados na alínea (a) deste parágrafo.

4. Para os efeitos da presente Recomendação, os termos '**término**' e '**término da relação de trabalho**' significam término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

II. Normas de Aplicação Geral

JUSTIFICATIVA PARA O TÉRMINO

5. Além dos motivos referidos no artigo 5 da Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982, não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho:

(a) a idade, sem prejuízo da legislação e das práticas nacionais em relação a aposentadoria;

(b) a ausência ao trabalho devido ao serviço militar obrigatório ou ao cumprimento de outras obrigações cívicas, em conformidade com a legislação e as práticas nacionais.

6.
(1) A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

(2) A definição do que constitui a ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um atestado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo (1) deste artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Recomendação.

PROCEDIMENTO PRÉVIO AO TÉRMINO E POR SUA OCASIÃO

7. A relação de trabalho não deverá ser terminada por motivo que, nos termos da legislação ou da prática nacionais, somente justificaria o término em caso de reincidência por uma ou mais vezes, a menos que o empregador tenha dado ao trabalhador uma advertência por escrito.

8. Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho, a menos que o empregador lhe tenha fornecido instruções adequadas e lhe tenha advertido por escrito e o trabalhador continue a exercer suas funções de

maneira insatisfatória após transcorrido um período de tempo razoável para que a melhora tenha ocorrido.

9. Todo trabalhador deverá ter o direito de ser assistido por outra pessoa quando, de acordo com o previsto no artigo 7 da Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982, se defender contra alegações a respeito de sua conduta que possam implicar no término da relação de trabalho; esse direito poderá ser regulamentado pelos métodos de aplicação mencionados no parágrafo 1 da presente Recomendação.

10. Deverá ser considerado que o empregador tenha renunciado ao seu direito de dar por terminada a relação de trabalho em virtude de falta cometida pelo trabalhador se não for tomada qualquer medida dentro de um período razoável desde que teve conhecimento da falta.

11. O empregador poderá consultar os representantes dos trabalhadores antes de tomar uma decisão definitiva nos casos de término individual da relação de trabalho.

12. O empregador deverá notificar o trabalhador por escrito de sua decisão de dar por terminada a relação de trabalho.

13.
(1) O trabalhador que tiver sido notificado do término da relação de trabalho ou cuja relação de trabalho tiver sido terminada deverá ter o direito de receber, a seu pedido, uma declaração escrita do empregador expondo o motivo ou motivos do término.

(2) O inciso (1) deste Parágrafo não precisa ser aplicado no caso de terminação coletiva pelos motivos referidos nos artigos 13 e 14 da Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982, desde que se observem os procedimentos previstos nos artigos mencionados.

PROCEDIMENTO DO RECURSO CONTRA O TÉRMINO

14. Poderá ser previsto um procedimento de conciliação antes ou durante a interposição de recurso contra o término da relação de trabalho.

15. As autoridades públicas, os representantes dos trabalhadores e as organizações de trabalhadores deverão esforçar-se para garantir que os trabalhadores sejam plenamente informados sobre as possibilidades de recurso de que dispõem.

TEMPO LIVRE DURANTE O AVISO PRÉVIO

16. Durante o aviso prévio previsto no artigo 11 da Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982, o trabalhador deverá ter direito a períodos razoáveis de tempo livre, sem perda da remuneração, concedidos em momentos convenientes para ambas as partes, com a finalidade de buscar outro emprego.

CERTIFICADO DE EMPREGO

17. O trabalhador cuja relação de trabalho tiver terminado terá direito a receber, a seu pedido, do empregador, um certificado especificando somente as datas de admissão e demissão assim como a natureza do trabalho ou trabalhos que desempenhou. No entanto, e a pedido do trabalhador, uma avaliação de sua conduta e de seu desempenho poderá ser incluída nesse mesmo certificado ou em outro.

INDENIZAÇÃO POR TÉRMINO DOS SERVIÇOS E OUTRAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO AOS RENDIMENTOS

18.
(1) Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

(a) a uma indenização por término dos serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do montante do salário, pagáveis diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregadores; ou

(b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou

(c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

(2) Quando o trabalhador não reunir as condições de qualificação para ter direito aos benefícios de seguro desemprego ou à assistência aos desempregados sob um sistema de alcance geral, não será exigível o pagamento das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, alínea (a), do presente artigo, pelo único fato do trabalhador não receber benefícios de desemprego em virtude da alínea (b) do parágrafo mencionado.

(3) No caso de término da relação de trabalho decorrente de falta grave, poder-se-á prever a perda do

direito de receber as indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, alínea (a) do presente artigo, pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Recomendação.

III. Disposições Complementares sobre o Término da Relação de Trabalho por Motivos Econômicos, Tecnológicos, Estruturais ou Análogos

19.
(1) As partes interessadas deverão procurar evitar ou limitar, tanto quanto possível, o término das relações de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos sem prejuízo ao bom funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, e esforçar-se para atenuar as consequências adversas do término por esses motivos para o trabalhador ou trabalhadores afetados.

(2) Se necessário, a autoridade competente deverá ajudar as partes a buscar soluções para os problemas decorrentes dos términos.

CONSULTAS SOBRE AS PRINCIPAIS MUDANÇAS QUE AFETAM A EMPRESA

20.
(1) O empregador que pretender introduzir na produção, programa, organização, estrutura ou tecnologia grandes mudanças que possam resultar em término das relações de trabalho, deverá consultar os representantes dos trabalhadores interessados com a antecedência possível, principalmente sobre a introdução dessas mudanças, os efeitos que elas possam ter e as medidas para evitar ou limitar suas consequências desfavoráveis.

(2) Para que os representantes dos trabalhadores interessados possam participar efetivamente das consultas referidas no parágrafo (1) deste parágrafo, o empregador deverá fornecer-lhes, em tempo oportuno, todas as informações pertinentes às principais mudanças previstas e suas possíveis consequências.

(3) Para os fins do presente parágrafo, o termo '***representantes dos trabalhadores interessados***' aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou a prática nacionais, em conformidade com a Convenção relativa aos Representantes dos Trabalhadores, 1971[3].

MEDIDAS PARA EVITAR OU LIMITAR O TÉRMINO

21. Dentre as medidas que deverão ser consideradas com o objetivo de evitar ou minimizar o

3 N.T.: Convenção número 135 da OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/489>.

término das relações de trabalho por motivos de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga poderão ser incluídas as restrições à contratação, o recurso à redução da força de trabalho sem reposição durante certo tempo, transferências internas, formação e reciclagem profissionais, incentivo à demissão voluntária com adequada proteção aos rendimentos, diminuição das horas extraordinárias e redução das horas normais de trabalho.

22. Sempre que se verifique que a redução temporária do período normal de trabalho poderia evitar ou minimizar o término das relações de trabalho decorrentes das dificuldades econômicas temporárias, dever-se-á examinar a possibilidade de conceder, em relação às horas normais não trabalhadas, uma compensação parcial pelas perdas salariais, financiadas segundo métodos adequados à legislação e às práticas nacionais.

CRITÉRIOS DE SELEÇÃO PARA O TÉRMINO

23.
(1) A seleção, pelo empregador, dos trabalhadores cuja relação de trabalho será terminada por motivos de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga deverá ser efetuada segundo critérios estabelecidos com antecedência, sempre que possível, que darão a devida importância tanto aos interesses da empresa, estabelecimento ou serviço quanto aos interesses dos trabalhadores.

(2) Esses critérios, sua ordem de prioridade e sua relativa importância deverão ser determinados pelos métodos de aplicação mencionados no parágrafo 1 da presente Recomendação.

PRIORIDADE DE RECONTRATAÇÃO

24.
(1) Aos trabalhadores cuja relação de trabalho foi terminada por motivos de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga deve ser dada prioridade na recontratação se o empregador recontratar trabalhadores com qualificações comparáveis, desde que tenham expressado o desejo de serem readmitidos dentro de certo período após sua saída.

(2) A prioridade na recontratação poderá ser limitada a um período de tempo específico.

(3) Os critérios de prioridade de recontratação, a questão relativa à manutenção dos direitos, notadamente os de antiguidade em caso de recontratação, assim como as disposições relativas ao salário dos trabalhadores recontratados deverão ser determinados de acordo com os métodos de aplicação mencionados no parágrafo 1 da presente Recomendação.

ATENUAÇÃO DOS EFEITOS DO TÉRMINO

25.
(1) Em caso de término da relação de trabalho por motivos de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga, a recolocação dos trabalhadores afetados no mercado de trabalho o mais rápido possível e, se necessário, após um período de formação ou reciclagem, deverá ser encorajada por meio de medidas apropriadas às condições nacionais, que serão tomadas pela autoridade competente com a colaboração do empregador e dos representantes dos trabalhadores interessados, sempre que possível.

(2) Sempre que possível, o empregador deverá ajudar os trabalhadores afetados pelo término da relação de trabalho na busca por outro emprego adequado mediante contatos diretos com outros empregadores, por exemplo.

(3) Ao decidir sobre a prestação de assistência aos trabalhadores afetados na obtenção de outro emprego adequado ou beneficiados por cursos de formação ou reciclagem, deve-se ter em conta a Convenção[4] e a Recomendação sobre o Desenvolvimento de Recursos Humanos[5], 1975.

26.
(1) Com o objetivo de atenuar os efeitos adversos do término das relações de trabalho por motivos de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga, deverá ser considerada a possibilidade de fornecer uma proteção à renda durante todo o curso de formação ou de reciclagem e um reembolso parcial ou total das despesas relacionadas à formação ou reciclagem e com a busca por outro emprego que exija mudança de residência.

(2) A autoridade competente deverá levar em consideração a possibilidade de fornecer recursos financeiros que cubram, no todo ou em parte, o custo das medidas referidas no parágrafo (1) deste parágrafo, conforme a legislação e a prática nacional.

IV. Efeitos sobre a Recomendação Anterior

27. Esta Recomendação e a Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982, substituem a Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho[6], 1963.

4 N.T.: Convenção nº 142 da OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/496>.

5 N.T.: Recomendação nº 150 da OIT. Sem tradução para a língua portuguesa. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312488:NO>.

6 Recomendação número 119 da OIT. Sem tradução para a língua portuguesa. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312457:NO>.

* Versão para o português da Recomendação 166 de autoria de Andréa Duarte Silva, servidora do TRT da 9ª Região.

Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo

Prefacio

El primer instrumento específico sobre despido fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1963 y tuvo la forma de una Recomendación (núm. 119). Años más tarde, en 1982, se adoptó el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo (núm. 158), que entró en vigor el 24 de noviembre de 1985. Junto con el Convenio núm. 158, la Conferencia adoptó la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), que lo complementa y sustituye la Recomendación núm. 119. Al 9 de septiembre de 2008, el Convenio núm. 158 recibió 34 ratificaciones [1] y fue denunciado por un país [2].

Poco después de su adopción, el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 fueron señalados a la atención del Grupo de Trabajo sobre las Normas Internacionales del Trabajo (1987) [el «Grupo Ventejol»] quien recomendó que se los promoviera de manera prioritaria. Estos instrumentos fueron considerados más tarde por el Grupo de Trabajo sobre la Política de Revisión de Normas [el «Grupo Cartier»], que se reunió entre 1997 y 2002. El Grupo Cartier no llegó a conclusión alguna sobre ninguno de los dos.

En su 303.ª reunión (noviembre de 2007), el Consejo de Administración convino en retomar la discusión sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 [3]. En la presente nota, que fuera originariamente preparada para facilitar las consultas sobre los dos instrumentos que tuvieron lugar en noviembre de 2008, se entiende dar una visión global del Convenio. La nota se ha actualizado para reflejar los resultados de la 79.ª reunión de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (noviembre-diciembre de 2008).

La nota se dividió en cuatro partes:

- En la Parte I se ofrece un panorama general del contenido y la aplicación de las principales disposiciones del Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166.
- En la parte II se presentan los resultados de una investigación efectuada en 55 países sobre las disposiciones de su legislación nacional sobre el despido.
- En la parte III se dan algunos ejemplos ilustrativos de la influencia que el Convenio núm. 158 ha tenido en la jurisprudencia de los tribunales nacionales respecto a los despidos.
- En la parte IV se presenta el Convenio núm. 158 desde una perspectiva económica, y se incluye una reflexión sobre la flexibilidad que permite el Convenio.

La presente nota fue preparada por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (Sector I), la Unidad de Análisis e Investigación sobre el Empleo (Sector II) y el

[1] Véase el cuadro de ratificaciones incluido en el anexo I de la presente nota. El Convenio estuvo abierto a denuncias del 23 de noviembre de 2006 al 23 de noviembre de 2007, período en el que no se registró ninguna denuncia.

[2] El Convenio fue denunciado por Brasil en 1996. En febrero de 2008, el Presidente Lula da Silva presentó el Convenio núm. 158 al Congreso Nacional para que se lo ratificara. En julio de 2008, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso Nacional votó contra la ratificación. La cuestión se transmitió a la Comisión de Trabajo del Congreso Nacional para proseguir con su examen.

[3] Véase el párrafo 95 del documento GB.300/13 (noviembre de 2007).

Parte I. Contenido del Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166

A. Definiciones y conceptos

Despido

El Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) (en adelante «el Convenio») regula la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. De ahí que en su ámbito de aplicación no entren la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador o mediante un acuerdo negociado libremente por ambas partes. El Convenio tampoco se aplica en aquellos casos en que el trabajador renuncia o se acoge a la jubilación por voluntad propia.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (de aquí en adelante, «la Comisión de Expertos») también señaló que la definición dada a efectos del Convenio no obliga a los países a modificar los términos que utilizan, siempre que las disposiciones de fondo contenidas en la legislación nacional se apliquen a las personas protegidas por el Convenio [4]. No obstante, la Comisión de Expertos subrayó que la forma en que se define la terminación de la relación de trabajo reviste singular importancia, ya que no debería permitir que el empleador se sustraiga al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la protección prevista en caso de despido [5].

Causa justificada

En el artículo 4 del Convenio, este requisito se estipula como sigue: «No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio». En sus comentarios, la Comisión de Expertos recordó más de una vez que la necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio [6].

La Comisión de Expertos sostuvo que al adoptar este principio, a tenor del artículo 4, «el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización» [7]. En realidad, el artículo 4 del Convenio no se limita a obligar a los empleadores a justificar los despidos, sino que ante todo exige que en virtud del «principio fundamental de la justificación»

[4] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Estudio general de 1995, *Protección contra el despido injustificado* (en adelante, «EG 1995»), párrafo 21.

[5] EG 1995, párrafo 22.

[6] Véase, por ejemplo, observación de la CEACR – *Francia (2007)*.

[7] EG 1995, párrafo 76.

no se despida a un trabajador salvo que para ello exista algún motivo relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa [8].

Cabe mencionar que el artículo 4 exige que la causa invocada tenga relación con al menos uno de los motivos siguientes: i) la capacidad del trabajador; ii) la conducta del trabajador; o iii) las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

i) Causas relacionadas con la capacidad del trabajador

La falta de capacidad, o de aptitud, del trabajador puede obedecer a dos motivos: *a)* carencia de las competencias o cualidades necesarias para desempeñar ciertas tareas, lo que redunda en un desempeño insatisfactorio; y *b)* desempeño laboral insuficiente no por causa de una falta cometida deliberadamente, así como diversos grados de incapacidad para hacer el trabajo a raíz de una enfermedad o lesión.

ii) Causas relacionadas con la conducta del trabajador

Las «faltas» pueden pertenecer a dos categorías: *a)* la primera suele referirse a la mala ejecución de las tareas para cuya realización se empleó al trabajador, lo que comprende, por ejemplo, la negligencia en el trabajo, la violación del reglamento de la empresa o la desobediencia de órdenes legítimas; y *b)* la segunda abarca diversas formas de comportamiento reprensible tales como indisciplina, violencia, agresión, injurias, la perturbación de la tranquilidad del lugar de trabajo, etc. [9]

iii) Motivos que guardan relación con las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio

Aun cuando el concepto de «necesidades de funcionamiento» de la empresa no está definido de manera específica en el Convenio ni en la Recomendación, en la definición propuesta por la Oficina durante la primera discusión en la

[8] *CEACR, solicitud directa – Luxemburgo (2007).* Véase el informe presentado a la 67.ª reunión de la CIT, en el que se señala: «Así pues, actualmente el principio de la justificación se ha convertido en el fundamento de la legislación de muchos países sobre la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador…» (CIT, 67.ª reunión, 1981, Informe VIII (1), página 7. Asimismo, cabe señalar que al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó en su Observación General núm. 18, sobre el derecho al trabajo, que las vulneraciones del derecho al trabajo pueden ser resultado de actos de omisión que ocurren, por ejemplo, cuando los Estados Partes no regulan las actividades de personas o grupos para impedirles que obstaculicen el derecho de otros a trabajar. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que «el incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros». Ese incumplimiento abarca ciertas omisiones [...] como «el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente». *El derecho al trabajo, observación general núm. 18, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (E/C.12/GC/18), aprobada el 24 de noviembre de 2005,* párrafo 35. Véase también el párrafo 11 de dicha Observación General, en el que se hace referencia al artículo 4 del Convenio núm. 158.

[9] EG 1995, párrafo 90.

Conferencia se indicó que estos motivos eran en general «de índole económica, tecnológica, estructural o similar. Las terminaciones por estas razones pueden ser individuales o colectivas e involucrar una reducción de personal o el cierre de la empresa» [10]. La Comisión de Expertos sostuvo también que «la causa relacionada con las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio podría definirse también de manera negativa como toda causa exigida por las necesidades económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, pero que no es inherente a la persona del trabajador y que, por lo tanto, no está relacionada con su capacidad ni con su conducta» [11].

Plazo de preaviso

Según lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio, a menos que el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada haya cometido una falta grave, éste «tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización». El propósito de esta obligación es evitar que la decisión de despido inmediato tome por sorpresa al trabajador y atenuar las consecuencias perjudiciales del despido. El preaviso tiene por finalidad que el trabajador pueda prepararse para adaptarse a la situación y buscar un nuevo empleo [12]. Con arreglo al párrafo 16 de la Recomendación, durante el plazo de preaviso «el trabajador debería tener derecho a períodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de remuneración, que tomará en momentos convenientes para ambas partes, con el fin de buscar otro empleo».

El Convenio requiere que el plazo de preaviso tenga una duración «razonable». La duración específica de dicho plazo será determinada por ley y podrá aumentarse en convenios colectivos, en el propio contrato de trabajo o según lo acostumbrado. El artículo 11 prevé también que el requisito en cuanto al plazo de preaviso puede obviarse si en lugar del preaviso se paga indemnización. La Comisión de Expertos considera que esta indemnización debería corresponder a la remuneración que el trabajador habría percibido durante el plazo de preaviso si éste se hubiera respetado [13].

Al respecto, también cabe señalar que la Comisión de Expertos ha insistido en que la *única* excepción a la obligación de dar un preaviso (o de pagar una indemnización en lugar del mismo) es el caso en que el trabajador comete una falta grave [14].

[10] CIT, 67.ª reunión, 1981, Informe VIII (1), pág. 23.

[11] EG 1995, párrafo 98.

[12] EG 1995, párrafo 239.

[13] EG 1995, párrafo 247.

[14] CEACR, solicitud directa – *Serbia (2006).*

B. Flexibilidad

Medios de aplicación

El Convenio concede cierto grado de flexibilidad a los Estados ratificantes en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones a escala nacional. Con tal fin, el artículo 1 del Convenio establece que «deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional».

La Comisión de Expertos reconoció también que los métodos que se citan en el artículo 1 del Convenio «no resultan igualmente adecuados en todos los campos y para todas las personas a las que se refiere el instrumento» [15]. Por consiguiente, «el Convenio concede al Estado que lo ratifica la posibilidad de elegir entre los distintos métodos de aplicación conformes a la práctica nacional, habida cuenta de las diferencias nacionales en cuanto a la manera de regular las relaciones entre los empleadores y los trabajadores, dejando así una gran flexibilidad en cuanto a las fórmulas de aplicación del instrumento» [16].

La Recomendación núm. 166 complementa al artículo 1 del Convenio estipulando que sus disposiciones «se podrán aplicar mediante la legislación nacional, contratos colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme con la práctica nacional y que resulte apropiada según las condiciones nacionales».

La Comisión reconoció que muchas de las disposiciones del Convenio no se refieren tan sólo al derecho del trabajo, sino que abarcan además otros campos, como los derechos humanos, los procedimientos de apelación que competen al sistema judicial, la seguridad social o el empleo [17]. Por lo tanto, los Estados ratificantes pueden dar efecto al Convenio núm. 158 mediante numerosas fuentes del derecho. Aun así, algunos Estados ratificantes incorporaron directamente el Convenio en su legislación nacional (véase, por ejemplo, Australia).

Reconociendo la diversidad de fuentes del derecho que se pueden usar para aplicar el Convenio, la Comisión de Expertos ha atribuido una importancia considerable a la jurisprudencia establecida por organismos imparciales que examinaron la legislación nacional en materia de despido. En la parte III de la presente nota se dan datos sobre la utilización del Convenio núm. 158 por tribunales nacionales.

Otras disposiciones que incluyen criterios de flexibilidad

El Convenio contiene disposiciones que permiten que los Estados ratificantes ejerzan un grado de flexibilidad en cuanto a la forma de aplicación. Gracias a esta flexibilidad, los Estados pueden aplicar diversos métodos para promover el empleo, garantizando al mismo tiempo el respeto de las normas básicas de equidad en materia de seguridad del empleo a los trabajadores. La Comisión de Expertos

[15] EG 1995, párrafo 25.

[16] EG 1995, párrafo 24.

[17] EG 1995, párrafo 26.

ha puesto de relieve que el Convenio muestra una clara toma de conciencia en cuanto a que hace falta alcanzar un equilibrio entre la protección de los trabajadores ante el despido injustificado y la necesidad de garantizar la flexibilidad del mercado de trabajo [18].

Si bien el Convenio, en su aplicación general, rige para todas las ramas de actividad económica y todos los trabajadores asalariados sin distinción de nacionalidad, el artículo 2 del Convenio permite una gran flexibilidad, pues ofrece a los Estados ratificantes la posibilidad de excluir a determinados tipos o categorías de personas empleadas basándose en la índole de su contrato de trabajo o en la categoría de trabajadores de que se trate. En el anexo II de la presente nota se reseña la aplicación de estas exclusiones por los gobiernos, según datos disponibles en las memorias sobre la aplicación del Convenio que se presentaron de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la OIT.

i) Exclusiones basadas en la índole del contrato de trabajo

Las exclusiones en función de la índole del contrato de trabajo se indican en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio que prevé: «Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: *a)* los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea; *b)* los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; *c)* los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración».

Garantías adecuadas

El párrafo 3 del artículo 2 del Convenio, que tiene por objeto asegurar la aplicación adecuada del Convenio, dispone: «Se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio». A tales efectos, la Comisión de Expertos examina de manera pormenorizada las prácticas nacionales en cuanto a la utilización de contratos de trabajo por períodos preestablecidos, descrita en la información aportada por los gobiernos y los interlocutores sociales, para asegurarse que los contratos de duración determinada no se utilicen para eludir la protección prevista en el Convenio [19].

Al respecto, la Comisión se refirió a la función que ha de cumplir el diálogo tripartito para lograr que se establezcan las garantías adecuadas. En la observación que formuló en 1995 con respecto a España, la Comisión manifestó la esperanza de que el Gobierno siguiera desarrollando un diálogo tripartito y alentando la participación de los interlocutores sociales en el seguimiento de las formas de contratación, a efectos de prever y poner en práctica garantías adecuadas contra el recurso a los contratos de trabajo temporales con el objeto de eludir la protección derivada del Convenio [20].

[18] CEACR, *observación general sobre el Convenio núm. 158 (2001).*

[19] CEACR, observación – *Finlandia (2007).*

[20] CEACR, solicitud directa – *España (1995).*

ii) Exclusiones basadas en la categoría de trabajadores

En los párrafos 4 y 5 del artículo 2 se prevén exclusiones basadas en las categorías de trabajadores. Sobre este particular, el párrafo 4 del artículo 2 dispone que, previa celebración de consultas con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, se podrán tomar medidas para excluir de la aplicación del Convenio o de algunas de sus disposiciones a ciertas categorías de personas empleadas cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que, en su conjunto, confieran una protección por lo menos equivalente a la protección prevista en el Convenio.

Dos disposiciones son dignas de mención. En primer lugar, las exclusiones indicadas en el párrafo 4 del artículo 2 del Convenio sólo pueden aplicarse previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas. Sobre este punto, la Comisión indicó que la «consulta debe dar la posibilidad de influir en la decisión» [21]. En segundo lugar, se exige que las categorías de trabajadores excluidas se rijan por un régimen especial que, en conjunto, garantice una protección al menos equivalente a la que resulta de las disposiciones comprendidas en el Convenio. La Comisión señaló que «corresponde en primer lugar a cada gobierno determinar de buena fe si una categoría particular de trabajadores asalariados está amparada por una protección diferente pero en su conjunto por lo menos equivalente a la que ofrece el Convenio, a reserva del dictamen de los órganos de control de la OIT» [22].

El párrafo 5 del artículo 2 contempla la posibilidad de que también se excluya a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea. La Comisión ha recordado que cuando se redactó esta disposición «se estimó que era necesaria cierta flexibilidad, en particular para permitir que los Estados Miembros excluyeran a determinadas categorías de asalariados a las que era particularmente difícil aplicar algunos aspectos de la protección prevista en el Convenio». No obstante, la Comisión determinó que la utilización del artículo 2 estaba sujeta a que la exclusión cumpliera «los criterios especificados» [en los párrafos 5 y 6], es decir, que «de la misma manera que en el caso de las exclusiones previstas en el párrafo 4, las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas deberán ser consultadas para una eventual adopción de medidas de exclusión» [23].

El párrafo 6 del artículo 2 del Convenio requiere que en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que se presente de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la OIT, cada Estado ratificante enumere las categorías que haya excluido en virtud de los párrafos 4 y 5 del artículo 2, explicando los motivos de dicha exclusión; además, deberá indicar la medida en que aplica o se propone aplicar el Convenio a tales categorías.

En 2007, la Comisión observó que, cuando el Gobierno de Australia había indicado que la exclusión de los empleadores de 100 o menos trabajadores era

[21] CIT, 79.ª reunión, 1992, Informe III (Parte 4B), párrafo 191.

[22] EG 1995, párrafo 62.

[23] EG 1995, párrafo 67.

conforme con el párrafo 5 del artículo 2 del Convenio, tal exclusión sólo podría aplicarse si el Gobierno la hubiera enumerado en su primera memoria. Por consiguiente, dado que el Gobierno no enumeró estas exclusiones particulares en su primera memoria, se le pidió que modificara la ley en cuestión a fin de que se ajustara al Convenio [24]. También en 2007, la Comisión de Expertos examinó la memoria presentada por el Gobierno de Turquía sobre la aplicación del Convenio, en la que se indicaba que, en virtud del párrafo 5 del artículo 2, se había excluido de la aplicación del Convenio a los establecimientos con menos de 30 trabajadores, y tomó en consideración los comentarios presentados por las organizaciones de trabajadores al respecto. Haciendo notar que el Gobierno de Turquía no había enumerado en su primera memoria las empresas que serían excluidas en virtud de esta disposición, la Comisión solicitó al Gobierno que indicara de qué manera se garantizaba «a los trabajadores empleados en establecimientos con 30 o menos trabajadores la protección que confiere el artículo 4 del Convenio» [25].

Del análisis de la información suministrada por los gobiernos en las memorias presentadas de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la OIT, reseñada en el anexo II de la presente nota, se desprende que muchos Estados ratificantes se acogieron a la flexibilidad prevista en el artículo 2 del Convenio. De los 34 países que lo han ratificado, 23 aplican algunas o todas las exclusiones previstas en el párrafo 2 del artículo 2 y que 16 países, es decir, casi la mitad de los Estados ratificantes, han registrado en su primera memoria las exclusiones establecidas en virtud de los párrafos 4 ó 5 del artículo 2 del Convenio [26].

Estudio de caso: Reclamación presentada en virtud del artículo 24 en la que se alega el incumplimiento por Francia del Convenio núm. 158
(Documento GB.300/20/6 del Consejo de Administración)

Se constituyó un comité tripartito para examinar una reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General del Trabajo – Fuerza Obrera, en la que se alegaba el incumplimiento por Francia del Convenio núm. 158 y otros convenios. Por lo que se refería al Convenio núm. 158, el comité tripartito analizó la cuestión de si la ordenanza núm. 2005-893 era acorde con las disposiciones del Convenio núm. 158, que Francia había ratificado. En la citada ordenanza se había establecido un contrato de trabajo de duración indeterminada para las nuevas contrataciones en las empresas con un máximo de 20 trabajadores (en adelante, «CNE» por su sigla en francés), el cual permitía eludir la aplicación de algunas protecciones previstas en el Código del Trabajo en caso de despido, individual o colectivo, en el período de dos años transcurrido desde la celebración de un CNE.

El comité tripartito examinó dos cuestiones relativas al Convenio núm. 158: i) si los trabajadores contratados en virtud de un CNE podían quedar válidamente excluidos del ámbito de protección del Convenio, sobre la base del párrafo 2, *b)*, del artículo 2; y si la aplicación de la ordenanza núm. 2005-893 privaba a los trabajadores de la protección prevista en el artículo 4 del Convenio y, de ser así, en qué medida.

Exclusiones con arreglo al apartado *b)* del párrafo 2 del artículo 2

El comité tripartito examinó la posibilidad de que los trabajadores sujetos a un CNE fuesen excluidos del ámbito de aplicación del Convenio en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio. Al respecto, aunque por una parte el Comité observó que era posible aplicar, sin procedimiento particular, exclusiones en virtud del párrafo 2 del artículo 2, por otra parte manifestó dudas acerca de si el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio constituía «un fundamento suficiente para

[24] CEACR, observación – *Australia (2007)*.

[25] CEACR, observación – *Turquía (2007)*.

[26] No se dispuso de información completa sobre nueve Estados ratificantes.

justificar toda exclusión de la protección que pudiera considerarse necesaria para alcanzar esos objetivos». A juicio del Comité, las consideraciones de política subyacentes a la institución del CNE, incluido en particular el fomento del pleno empleo productivo, bien podrían haber justificado, por su índole, la adopción de medidas en virtud de los párrafos 4 ó 5 del artículo 2. El Comité estimó que esas consideraciones guardaban escasa relación con las situaciones contempladas en el párrafo 2 del artículo 2, y que el objetivo de calificar el período de consolidación del empleo como período de acumulación del «tiempo de servicios exigido» tenía esencialmente por objeto permitir la exclusión de los trabajadores contratados por CNE de la aplicación de ciertas disposiciones del Convenio.

Por otra parte, el Comité analizó la cuestión de si el «período de consolidación del empleo» tenía una duración razonable, en el contexto del apartado *b)* del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio. A este respecto, el Comité señaló que «la principal preocupación debería estribar en garantizar que la duración del período de exclusión de los beneficios derivados del Convenio quede limitada a lo que cabe considerar razonablemente necesario a la luz de los objetivos para los cuales se instauró este tiempo de servicios exigido, a saber, en particular [para permitir] a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa y permitir a los trabajadores interesados que adquieran competencias laborales o experiencias». Así, el Comité se vio imposibilitado de concluir, a partir de los criterios aparentemente considerados por el Gobierno para determinar esa duración, que un período de hasta dos años fuese razonable.

Por consiguiente, el Comité concluyó que no había fundamentos suficientes para considerar que el período de consolidación del empleo fuera un tiempo de servicios exigido de duración razonable, en el sentido del apartado *b)* del párrafo 2 del artículo 2, lo cual justificaría la exclusión de los trabajadores interesados de la protección derivada del Convenio durante ese período.

Protecciones en virtud del artículo 4 del Convenio

El comité tripartito también examinó la cuestión de si los trabajadores sujetos a un CNE estaban amparados por las protecciones previstas en virtud del artículo 4 del Convenio. Basándose en las comunicaciones del Gobierno, el Comité observó que, en caso de despido durante el período cubierto por el CNE: *a)* los trabajadores despedidos por motivos de rendimiento o conducta (salvo en los casos de índole disciplinaria) no tendrán necesariamente, ni en el momento del despido ni antes de éste, la oportunidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas; *b)* el requisito previsto en el artículo 4 del Convenio, en concomitancia con el artículo 7 del mismo, en virtud del cual se debe comunicar al trabajador un motivo válido en el momento del despido o antes de éste, al menos en los casos relacionados con su conducta o su rendimiento, sólo debe aplicarse cuando el despido sea de índole disciplinaria; *c)* los trabajadores podrían verse obligados a incoar acciones judiciales simplemente para obtener información en cuanto al motivo del despido; y *d)* aun cuando debe haber una razón válida para el despido, en el sentido de que éste no debe constituir un abuso de derecho ni obedecer a motivos relacionados con el estado de salud del trabajador, sus opiniones políticas o religiosas, o sus costumbres, en circunstancias que evidencien un acoso o cualquier motivo de discriminación enunciado en el Código del Trabajo, no resultaba claro que la ordenanza permitiera la adopción efectiva de medidas contra los despidos por otros motivos no válidos.

Por lo tanto, el Comité llegó a la conclusión de que la ordenanza núm. 2005-893 se apartaba considerablemente de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio núm. 158.

Respecto a lo que antecede, el comité tripartito invitó al Gobierno a que, en consulta con los interlocutores sociales: i) tomara todas las medidas necesarias para velar por que las exclusiones de la protección prevista en virtud de la legislación por la que se aplica el Convenio núm. 158 se encuentren en plena conformidad con las disposiciones del Convenio; y ii) diera cumplimiento al artículo 4 del Convenio núm. 158, velando por que los CNE no puedan darse por terminados de no concurrir una causa justificada.

En la memoria presentada en virtud del artículo 22 de la Constitución, comunicada en 2008, el Gobierno informó que teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité Tripartito se aprobó la ley núm. 2008-596 de 25 de junio de 2008, dando ejecución a un acuerdo nacional tripartito, abrogándose las disposiciones sobre el CNE. Los CNE que se encontraban en vigencia al publicarse la ley se reclasificaron en contratos de duración ilimitada. Además, la Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia, en su sentencia del 1.º de julio de 2008 (núm. 1210) dictaminó también la falta de conformidad del CNE con el artículo 2, párrafo 2, *b)* del Convenio. El CNE no pertenecía a ninguna de las categorías contractuales que podían excluirse de la protección del Convenio. El Tribunal sostuvo también que el CNE no se conformó con los requerimientos del Convenio.

En su observación de 2008, la Comisión de Expertos tomó nota con satisfacción de la información brindada por el Gobierno dando aplicación a nivel nacional al Convenio.

C. Prohibiciones

En el artículo 5 se incluye una lista no exhaustiva de los motivos que no constituirán causa justificada de despido. Esos motivos que no constituyen causa justificada son un reflejo de la protección que confieren otros instrumentos de la OIT. Entre los motivos que no constituirán causa justificada de despido a tenor del artículo 5 figuran los siguientes: i) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; ii) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; iii) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; iv) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social, y v) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. La Recomendación complementa esta lista con otros dos motivos: i) la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación, y ii) la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de otras obligaciones cívicas, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

En el artículo 6 del Convenio se dispone además que «la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo». Ahora bien, el Convenio permite que «la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones» sean determinadas de conformidad con los métodos de aplicación nacionales. No obstante, la Comisión indicó que si bien «el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales», a su juicio, «si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor» [27].

D. Procedimiento relativo al despido: recurso, indemnización por fin de servicios y protección del ingreso

El Convenio sirve para establecer normas de equidad en el procedimiento de despido y, por lo tanto, entre sus condiciones incluye disposiciones relativas al mecanismo que ha de aplicarse antes del despido o en ocasión de éste, al procedimiento de recurso contra el despido y a los derechos del trabajador despedido.

i) Procedimiento previo al despido o en ocasión de éste

El artículo 7 del Convenio dispone que «no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los

[27] EG 1995, párrafo 137.

cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad».

La Comisión consideró que «aparte de los términos del artículo 7 y de su significado, que es permitir que el trabajador pueda exponer su caso al empleador, el objetivo de este artículo es asegurar que la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes» [28].

El Convenio no indica explícitamente la forma que debería adoptar esta defensa, ni la forma en que deberían presentarse los cargos; de ahí que también conceda un cierto grado de flexibilidad en cuanto a la forma de aplicar las disposiciones en la materia.

Al respecto, es preciso que el trabajador pueda ejercer el derecho a defenderse antes del despido mismo, más allá de que tenga o no derecho a entablar procedimientos después del despido, incluso si éste no se considera definitivo mientras no se hayan agotado todas las vías de recurso.

Además, la Recomendación núm. 166 complementa las disposiciones del artículo 7 del Convenio enumerando otros procedimientos que pueden iniciarse antes del despido o en ocasión de éste. En efecto, la Recomendación postula, *inter alia*, que el empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su relación de trabajo [29], y que el trabajador despedido debería tener derecho a que su empleador le extienda una constancia por escrito en la que se exponga el motivo o los motivos de tal terminación [30]. Asimismo, en la Recomendación se prevé la posibilidad de que el empleador entable consultas con los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo [31], y se dispone que todo trabajador tendrá derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio, se defienda de los cargos formulados con respecto a su conducta o su trabajo que pudieran dar lugar a su despido [32].

La Recomendación también preconiza que el trabajador sea prevenido por escrito antes de que se aplique la medida de despido. Con respecto al despido por faltas del trabajador, la Recomendación postula que no debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por una falta cuya índole, en virtud de la legislación o la práctica nacionales, sólo justificaría la terminación en caso de reincidencia una o varias veces, a menos que el empleador haya prevenido por escrito al trabajador de manera apropiada [33]. Por otra parte, la Recomendación también prevé que se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una

[28] EG 1995, párrafo 148.

[29] Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo (en adelante, «R166»), párrafo 12.

[30] R166, párrafo 13.

[31] R166, párrafo 11.

[32] R166, párrafo 9.

[33] R166, párrafo 7.

falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período de tiempo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta [34]. Con respecto al despido por rendimiento insatisfactorio, según la Recomendación, no debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore [35].

ii) Procedimiento de recurso contra el despido

Los artículos 8 y 9 del Convenio tratan del derecho de recurso, considerado como elemento esencial de la protección del trabajador contra el despido injustificado. El párrafo 1 del artículo 8 del Convenio dispone que «el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro». El párrafo 2 del artículo 8 prevé un cierto grado de flexibilidad, en el sentido de que si el despido ha sido autorizado por una autoridad competente, el requisito establecido en el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio podrá variar en función de la legislación y la práctica nacionales. En el párrafo 3 del artículo 8 se indica también que cada país tiene un margen de maniobra para imponer o no un plazo después del despido al cabo del cual podrá considerarse que el trabajador ha renunciado al derecho de recurrir contra su despido.

La Recomendación núm. 166 complementa las disposiciones del artículo 8 al estipular que se podrá prever un procedimiento de conciliación antes de interponer un recurso contra un despido o durante el mismo. Según la Comisión de Expertos, «la conciliación da a cada parte la posibilidad de examinar en presencia de una tercera persona la cuestión de la justificación de la terminación habida cuenta de las normas jurídicas aplicables, y de evaluar las probabilidades de ganar o perder el caso ante el tribunal competente o de llegar a una solución por acuerdo mutuo [...] lo que permite reducir [...] el número de casos sobre los que tendrían que pronunciarse los organismos competentes» [36].

El artículo 9 del Convenio da orientaciones adicionales sobre los procedimientos que se han de seguir cuando el trabajador se propone ejercer el derecho de recurrir. El párrafo 1 del artículo 9 estipula que los organismos neutrales «estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada».

El párrafo 2 del artículo 9 estipula que el trabajador no deberá asumir por sí solo la carga de la prueba de que el despido fue injustificado.

[34] R166, párrafo 10.

[35] R166, párrafo 8.

[36] EG 1995, párrafo 190.

Al respecto, la Comisión de Expertos observó que «en los casos de terminación, la aplicación de la regla general aplicable en derecho contractual, según la cual la carga de la prueba incumbe al demandante, podría hacer que fuera prácticamente imposible para el trabajador demostrar que la terminación estaba injustificada, en consideración del hecho de que las pruebas de las causas reales son, por lo general, detentadas por el empleador» [37]; de ahí que el Convenio proponga varios métodos para asegurar que el trabajador no asuma por sí solo la carga de la prueba.

iii) Derechos del trabajador despedido

A tenor del artículo 12 del Convenio, todo trabajador despedido tiene derecho: *a)* a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones similares; *b)* a prestaciones del seguro de desempleo o a una asistencia a los desempleados o a otras prestaciones de seguridad social; o *c)* a una combinación de estas indemnizaciones y prestaciones. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 12, cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de carácter general, no será exigible el pago de las indemnizaciones u otras prestaciones de despido mencionadas en el apartado *a)* del párrafo 1 del artículo 12, por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del apartado *b)* de dicho párrafo. El párrafo 3 del artículo 12 del Convenio también deja margen para la adopción de métodos nacionales de aplicación que limiten el ejercicio de los derechos antes citados en caso de despido por falta grave.

La Comisión de Expertos destacó la flexibilidad de esta disposición del Convenio cuya finalidad es que se tomen en consideración los distintos programas o regímenes destinados a garantizar una cierta protección de los ingresos del trabajador despedido. La Comisión señaló que esta disposición puede aplicarse en: «los numerosos países (sobre todo en desarrollo) dotados de una legislación nacional que prevé indemnizaciones por fin de servicios, pero desprovistos de sistemas de seguridad social que prevean prestaciones de desempleo u otro tipo de prestaciones; en algunos países industrializados en los que existen regímenes de seguridad social de alcance general, pero que dejan a la negociación colectiva las cuestiones relativas a las indemnizaciones por fin de servicios; y en los países que posean a la vez regímenes de seguridad social y de indemnización por fin de servicios dotados de alcance general [38]. Por consiguiente, «las fórmulas de flexibilidad del artículo 12 ofrecen a los países la posibilidad de desarrollar sistemas de protección adaptados a las condiciones específicas de su situación a este respecto» [39].

Se debe tener presente que en la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* se afirma que «los gobiernos, en cooperación con las empresas multinacionales y con las empresas nacionales,

[37] EG 1995, párrafo 199.

[38] EG 1995, párrafo 266.

[39] EG 1995, párrafo 268.

deberían asegurar alguna forma de protección de los ingresos de los trabajadores cuyo empleo haya terminado» [40].

E. Despidos colectivos

En los artículos 13 y 14 del Convenio se incluyeron disposiciones complementarias aplicables en caso de terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. La Comisión de Expertos señaló «que el respeto de los principios contenidos en el Convenio puede facilitar el desarrollo de una actividad económica socialmente responsable cuando se adopten decisiones concernientes a los despidos colectivos», y que, en consecuencia, «la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos debe observar las disposiciones de los artículos 13 y 14 del Convenio, en particular, en relación con la consulta de los representantes de los trabajadores y la notificación a la autoridad competente» [41].

Los artículos 13 y 14 se consideran complementarios de las disposiciones del Convenio antes citadas y, por lo tanto, deberían interpretarse conjuntamente con las partes I y II del Convenio. Al respecto, la Comisión de Expertos observó que «la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos u otros debe fundarse en una causa justificada, y debe darse al interesado la posibilidad de valerse de procedimientos de recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 en lo referente a la justificación de la terminación» [42].

Cabe hacer notar que en el Convenio no se establece ningún criterio cuantitativo específico ni se fija un límite respecto al número de despidos a partir del cual se aplicarán los procedimientos previstos en estas disposiciones complementarias. En otras palabras, el párrafo 2 del artículo 13 y el párrafo 2 del artículo 14 conceden cierto grado de flexibilidad a los Estados ratificantes, pues prevén que en las medidas de aplicación nacionales se pueden especificar límites con respecto a la aplicación de dichas disposiciones complementarias.

En la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* también se afirma que «las empresas multinacionales, cuando prevean cambios en las operaciones (incluidos los resultantes de fusiones, adquisiciones de empresas o transferencias de producción) que puedan tener efectos importantes sobre el empleo, deberían notificar estos cambios con antelación razonable a las autoridades gubernamentales competentes y a los representantes de sus trabajadores y sus organizaciones, a fin de que las repercusiones puedan ser examinadas conjuntamente con miras a mitigar los efectos adversos al máximo posible. Esto es particularmente importante en el caso de cierre de un establecimiento que implique suspensiones o despidos

[40] Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (2006), párrafo 28.

[41] CEACR, observación – *Camerún* (2007).

[42] EG 1995, párrafo 276.

colectivos» [43]. Asimismo, en la Declaración Tripartita se dice que «deberían evitarse los procedimientos de despido arbitrario» [44].

Información y consulta de los representantes de los trabajadores

Según el artículo 13 del Convenio, cuando el empleador prevea despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, deberá proporcionar oportunamente a los representantes de los trabajadores interesados la información pertinente, en la que se precisarán los motivos de los despidos previstos, el número y la categoría de los trabajadores que puedan ser objeto del despido y el período durante el cual se ha proyectado llevar a cabo tal medida.

El artículo 13 prevé también que, lo antes posible, se deben entablar consultas con los representantes de los trabajadores afectados sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o minimizar los despidos y las medidas necesarias para atenuar las consecuencias adversas de los despidos para los trabajadores afectados, como, por ejemplo, la búsqueda de otros empleos.

En agosto de 2005, la Corporación Financiera Internacional publicó una «nota de buenas prácticas» sobre la gestión de las reducciones de personal *(Managing Retrenchment)* en la que subraya la importancia de la celebración de consultas, tanto en la etapa de elaboración de los planes de reducción como en su aplicación. En dicha nota se afirma que si no celebran consultas, las empresas corren el riesgo no sólo de equivocarse cuando tomen decisiones fundamentales, sino también de infringir la legislación y los convenios colectivos, provocando así su distanciamiento con respecto a los trabajadores y a la comunidad. A menudo, los trabajadores pueden aportar ideas importantes y proponer alternativas para llevar adelante el proceso, minimizando su impacto sobre la fuerza de trabajo y la comunidad en general [45].

La Recomendación núm. 166 da orientaciones sobre el tipo de medidas que podrían adoptarse para evitar o reducir al mínimo los despidos y preconiza diversas medidas entre las que podrán figurar «la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo» [46]. La Recomendación sostiene además que «cuando se estime que una reducción temporal de la duración normal del trabajo podría evitar o limitar las terminaciones de la relación de trabajo debidas a dificultades económicas pasajeras, convendría tomar en consideración el otorgamiento de una compensación parcial por la pérdida de los salarios correspondientes a las horas

[43] Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (2006), párrafo 26.

[44] *Ibíd.*, párrafo 27.

[45] Corporación Financiera Internacional del Grupo del Banco Mundial, *Good Practice Note – Managing Retrenchment*, agosto de 2005 (núm. 4), http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_Retrenchment/$FILE/Retrenchment.pdf.

[46] R166, párrafo 21.

normales no trabajadas, financiada según métodos adecuados conformes a la legislación y la práctica nacionales» [47]. La Recomendación preconiza también la celebración de consultas antes de llegar a la fase en que los despidos parecen inevitables.

La Comisión de Expertos destacó el valor que tiene la celebración de consultas, las cuales dan lugar a «un intercambio de opiniones y al mantenimiento de un diálogo, que indefectiblemente redundan en beneficio tanto de los trabajadores como del empleador, al preservar el empleo, en la medida en que ello sea factible, y, por ende, unas relaciones laborales armoniosas y un clima social propicio a la continuación de las actividades del empleador» [48].

Notificación a la autoridad competente

En el párrafo 1 del artículo 14 del Convenio se dispone que el empleador que prevea despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos notifique lo antes posible a la autoridad competente, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, y adjunte a la información pertinente una constancia por escrito de los motivos que fundamentan los despidos, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual se llevarán a cabo dichos despidos.

En el Convenio no se indica el momento en que deberá hacerse la notificación, ni tampoco si ésta debería ser simultánea o posterior a la celebración de consultas. El párrafo 3 del artículo 14 del Convenio se limita a estipular que el plazo mínimo del que dispone el empleador para notificar a la autoridad competente antes de ejecutar los despidos deberá indicarse en la legislación nacional.

La Comisión de Expertos también hizo hincapié en la flexibilidad inherente al Convenio por lo que se refiere a la función desempeñada por la autoridad competente en estas materias, al destacar que «en el artículo 14 del Convenio no se menciona el papel que podría corresponderle a la autoridad competente ante la cual se presentó la notificación. Por lo tanto, el instrumento deja a cada país entera libertad para decidir el curso que se dará a la notificación presentada» [49].

En la Recomendación núm. 166 se detalla el papel que podría desempeñar la autoridad competente para atenuar los efectos del despido por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o de índole similar. En particular, según la Recomendación núm. 166, se debería promover la colocación sin demora de los trabajadores afectados en otros empleos apropiados — lo que supone, cuando proceda, ofrecerles una formación o recapacitación laboral — mediante la adopción de medidas por la autoridad competente, de ser posible con la colaboración del empleador y de los representantes de los trabajadores afectados. Dichas medidas deberían ser adecuadas a las circunstancias nacionales [50].

[47] R166, párrafo 22.

[48] EG 1995, párrafo 283.

[49] EG 1995, párrafo 290.

[50] R166, párrafo 25, 1).

Al respecto, la Recomendación prevé que para atenuar las consecuencias perjudiciales de los despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, se considere la posibilidad de proporcionar una protección de los ingresos durante cualquier curso de formación o de recapacitación laboral, así como el reembolso parcial o total de los gastos en que se haya incurrido en la formación o recapacitación y en la búsqueda de un empleo, así como en la incorporación al mismo, cuando ésta exija el cambio de residencia. En consecuencia, la autoridad competente debería estudiar la posibilidad de otorgar recursos financieros para respaldar estas medidas [51].

F. Observaciones finales

Las disposiciones del Convenio conceden cierto grado de flexibilidad en cuanto a la manera de aplicarlas y su alcance. Se observa también que la mayoría de los Estados ratificantes se acogieron a las exclusiones previstas en los párrafos 2, 4 y 5 del artículo 2 del Convenio. En particular, de los 34 Estados ratificantes [52]:

- 23 excluyeron a las personas empleadas según contratos de trabajo de duración determinada o para realizar tareas determinadas (apartado *a)* del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio);
- 22 excluyeron a los trabajadores en período de prueba o período de acumulación del «tiempo de servicios exigido» (apartado *b)* del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio), y
- 17 excluyeron del ámbito del Convenio a las personas contratadas con carácter ocasional (apartado *c)* del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio).

Asimismo, se observa que 16 Estados ratificantes excluyeron a ciertas categorías de trabajadores del alcance del Convenio, tal como lo permiten los párrafos 4 y 5 del artículo 2. En algunas memorias, no se incluyeron indicaciones en cuanto a si las exclusiones se fundamentaban en el párrafo 4 o en el párrafo 5 del artículo 2 del Convenio.

Mientras que, por una parte, el Convenio deja en manos de los Estados ratificantes la determinación de las modalidades precisas de su aplicación, por otra establece ciertos requisitos básicos que se deben aplicar en todos los casos de despido. Entre esos requisitos básicos figuran la causa justificada de despido, el plazo de preaviso y el derecho de recurso contra el despido. El Convenio admite un margen de flexibilidad respecto a la forma en que se han de cumplir dichos requisitos básicos

En la observación general sobre el Convenio adoptada en 2008, la Comisión de Expertos advirtió que muchos más países que aquellos que han ratificado el Convenio «dan efecto a sus principios básicos tales como el preaviso, la oportunidad de defenderse antes del despido, la causa justificada y el recurso ante

[51] R166, párrafo 26.

[52] No se dispuso de la información relativa a nueve Estados ratificantes, pues las memorias presentadas por los gobiernos en virtud del artículo 22 de la Constitución están siendo examinadas por la Comisión de Expertos.

un órgano independiente. La mayoría de los países que hayan ratificado o no el Convenio, cuentan en la legislación nacional vigente con disposiciones que se conforman con algunos o todos de los requisitos básicos del Convenio» [53].

Parte II. El Convenio núm. 158 y la reforma de la legislación laboral en materia de despido [54]

Para complementar la información sobre las disposiciones del Convenio que figura en las páginas anteriores, se llevó a cabo un examen de la legislación de 55 países en materia de despido. Al seleccionar la muestra de países que se incluirían en el examen, se prestó especial atención a garantizar la representatividad tanto en términos de los sistemas jurídicos como del equilibrio entre las regiones consideradas. También se puso un cuidado especial en asegurar un equilibrio en cuanto al examen de la legislación de los países que ratificaron el Convenio y aquellas de los países que no lo hicieron. Esto redundó en el examen de un número elevado de legislaciones de países europeos.

Por lo que atañe a los 34 países que ratificaron el Convenio núm. 158, no se examinó la legislación de nueve de ellos, debido principalmente a que las memorias presentadas por los gobiernos en virtud del artículo 22 de la Constitución estaban siendo examinadas por la Comisión de Expertos.

Como se muestra en el cuadro comparativo que figura en el anexo III de la presente nota, el examen de la legislación de estos 55 países fue deliberadamente muy selectivo, pues se entendía centrarse en los requisitos básicos del Convenio núm. 158, a saber: artículo 2 (exclusión de ciertas categorías de trabajadores o empresas); artículo 4 (causa justificada para el despido); artículo 5 (motivos que no constituyen causa justificada para el despido); artículo 11 (plazo de preaviso); artículo 12 (indemnización por despido); artículo 13 (despido colectivo – consultas con los representantes de los trabajadores); artículo 14 (despido colectivo – notificación a la autoridad competente). En el anexo III se resume la información esencial sobre el contenido de las 55 legislaciones en un cuadro de fácil consulta.

En los cinco últimos años, 36 de los 55 países incluidos en el examen emprendieron reformas parciales o completas de su legislación laboral. La revisión de las disposiciones que tratan del despido suele ser el núcleo de estas reformas y, a menudo, se requieren los servicios de asesoramiento técnico de la OIT. La Oficina respondió a 17 solicitudes de comentarios técnicos sobre la legislación laboral de estos países; uno de ellos (China) también pidió la asistencia de la Oficina para hacer un estudio sobre las perspectivas de ratificación del Convenio núm. 158. Además, se observó que algunas entidades regionales, como la CARICOM, utilizaron el Convenio como base para una legislación modelo en materia de despido.

[53] Observación general sobre el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). Texto completo se reproduce en el anexo V.

[54] Esta sección fue preparada sobre la base de un examen selectivo de las distintas legislaciones nacionales en materia de despido, que la Oficina compila de forma continua. En la actualidad, esta información se recaba y organiza en función de perfiles nacionales que pueden consultarse en el sitio web de la OIT (http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifdial/info/termination/); a partir de enero de 2009, la información figurará en una base de datos sobre legislación nacional en materia de despido que se podrá consultar en línea.

Actividades de la OIT en materia de legislación nacional sobre despido

La Oficina Subregional de la OIT en Puerto España realizó varias actividades destinadas a dar asistencia a los países del Caribe para que den efecto al Convenio núm. 158. En particular, la Oficina Subregional contribuyó al desarrollo de una legislación modelo sobre despido, adoptada en 1995, entre cuyos objetivos figura el de aplicar el Convenio núm. 158.

En el contexto de un proyecto financiado por el Gobierno de Canadá, el Proyecto de Armonización de la Legislación del Trabajo en los países de habla inglesa y neerlandesa; la Oficina Subregional evaluó la legislación nacional de 14 Estados Miembros utilizando como referencia las cuatro legislaciones modelo del CARICOM (incluyendo la legislación modelo sobre despido), así como también los convenios pertinentes de la OIT. Como resultado del proyecto, la OIT publicó en 2008 un Digesto de Legislación del Trabajo sobre Despido, que se espera poner en línea en un futuro próximo.

La finalidad de este análisis es proponer una breve reseña sobre la forma en que las legislaciones nacionales regulan actualmente los principales aspectos del despido y destacar las tendencias al respecto. Este examen no pretende ofrecer un detallado análisis comparativo.

Cuadro 1. Muestra de países cuya legislación laboral se examinó en el marco del presente ejercicio [55]

Región	Países
Africa (12)	*Camerún*, *República Democrática del Congo*, Egipto, *Etiopía*, *Gabón*, Ghana, *Lesotho*, *Malawi*, *Marruecos*, *Níger*, Senegal y Sudáfrica
Américas (11)	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, República Dominicana, Estados Unidos, México, Panamá, Perú y *República Bolivariana de Venezuela*
Estados árabes (1)	Arabia Saudita
Asia (7)	*Australia*, Bangladesh, Camboya, China, República de Corea, India y Japón
Europa (24)	Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Belarús, *Bosnia y Herzegovina*, *Chipre*, *Eslovenia*, *España*, *Finlandia*, *Francia*, Georgia, Kazajstán, Kirguistán, *Letonia*, *Luxemburgo*, *República de Moldova*, *Portugal*, Reino Unido, Federación de Rusia, *Serbia*, *Suecia*, *Turquía* y *Ucrania*

A. Exclusión de ciertas categorías de trabajadores o empresas (artículo 2)

La información disponible indica que sólo unos pocos países excluyen hoy a determinados tipos de empresas del ámbito de aplicación de la legislación en materia de despido. De los siete países que excluyen a determinados tipos de empresas, sólo *Australia* [56] y la India excluyen a las empresas con menos de 100 trabajadores. Alemania, Austria, Bangladesh y la República de Corea excluyen a las empresas con menos de cinco trabajadores, mientras que *Turquía* [57] excluye a las empresas con menos de 30 trabajadores. El umbral del número de trabajadores empleados tiende a variar con el tiempo en cada país, como es el caso

[55] Los países que ratificaron el Convenio se indican en cursiva.

[56] Véase en CEACR 2007 la observación al respecto.

[57] *Idem.*

de *Australia* y Alemania, donde se produjeron ajustes en función de la evolución del mercado de trabajo.

En cambio, casi todos los países, salvo *Bosnia y Herzegovina* y la República Dominicana, excluyeron a una o más categorías de trabajadores del alcance de su legislación laboral. Las exclusiones más habituales conciernen a los funcionarios públicos, la policía, las fuerzas armadas, los trabajadores domésticos, la gente de mar y los miembros de la familia. No obstante, algunas de estas categorías de trabajadores son objeto de normativas específicas que regulan sus condiciones de empleo y no se puede descartar la posibilidad de que su exclusión del ámbito de aplicación de la legislación laboral obedezca *de facto* a una falta de protección contra el despido injustificado. Las categorías vulnerables de trabajadores están potencialmente más expuestas al riesgo de quedar excluidas. Con bastante frecuencia, las disposiciones que regulan el despido no son aplicables a los trabajadores temporales ni a los trabajadores empleados en virtud de un contrato de duración determinada o en período de prueba.

B. Causas justificadas y motivos que no constituyen causas justificadas para el despido (artículos 4 y 5)

Del examen se desprende claramente que en la gran mayoría de los países se exige fundamentar el despido en una causa justificada. Los cinco países que no exigen una causa justificada son Austria (salvo en caso del despido inmediato), Estados Unidos, Georgia, Japón y *Zambia*. Aun así, todos estos países, sin excepción, prevén garantías contra el despido abusivo y el despido improcedente. Casi la mitad de los países comprendidos en el examen están incorporando en su legislación nacional todos los motivos injustificados de despido previsto en el artículo 5 del Convenio. En los otros, para proteger a los trabajadores contra los despidos abusivos o los despidos improcedentes se aplican las disposiciones que prohíben la discriminación en el empleo.

C. El preaviso (artículo 11)

El derecho a recibir oportunamente un preaviso está claramente reconocido en la legislación de un número importante de países. Estados Unidos, Georgia, México, Panamá y Perú son los únicos países comprendidos en el examen que no exigen que se prevea un preaviso para los trabajadores objeto de medidas de despido.

Con todo, cabe señalar que la noción de «plazo de preaviso razonable» difiere de país en país, así como en un mismo país, en función de la antigüedad del trabajador y del tipo de contrato de trabajo.

D. Despidos colectivos – consultas con los representantes de los trabajadores (artículo 13)

La legislación de tres cuartas partes de los países comprendidos en el examen estipula que se consulte a los representantes de los trabajadores cuando se prevean despidos colectivos.

Siete de los 14 países cuya legislación no contempla dicho requisito se encuentran en las Américas (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, República

Dominicana, Estados Unidos y Panamá), cuatro en Europa (Azerbaiyán, Georgia, *Turquía* y *Ucrania*), uno en los Estados árabes (Arabia Saudita), uno en Africa (*Malawi*) y otro en Asia (Bangladesh).

E. Despidos colectivos – notificación a la autoridad competente (artículo 14)

En 44 (de 55) países, todo despido colectivo debe notificarse a las autoridades administrativas. Los países cuya legislación no exige dicha notificación son Arabia Saudita, Azerbaiyán, Bolivia, China, Etiopía, Georgia, Kazajstán, *Lesotho, Malawi,* Federación de Rusia y *Turquía.*

F. Indemnización de despido (artículo 12)

La legislación de 48 (entre 55) países dispone que los empleadores deben pagar una indemnización a los trabajadores que despiden. En *Eslovenia*, Ghana, Kazajstán y *Serbia* se prevé una indemnización únicamente en caso de reducción de plantilla, mientras que en Estados Unidos y Japón no se exige indemnización alguna en caso de despido. En la *República Democrática del Congo* no se prevé indemnización, excepto para los trabajadores del sector comercial.

G. Observaciones finales

De la legislación examinada se deduce que en la mayoría de los países, sean o no Estados ratificantes, las disposiciones vigentes a escala nacional son congruentes con algunos o todos los requisitos básicos del Convenio. Por ejemplo, todos los países comprendidos en el examen prevén garantías contra los despidos improcedentes o injustificados y la gran mayoría exige que los despidos se fundamenten en causas justificadas. Por otra parte, la legislación de la mayoría de los países comprendidos en el examen estipula que haya preaviso antes del despido, pero la antelación con la que se debe dar tal preaviso varía de un país a otro.

Además, se observó que casi todos los países comprendidos en el examen excluyen a una o varias categorías de trabajadores del ámbito de aplicación de las disposiciones de su legislación nacional en materia de despido y que un número limitado de países consideró la posibilidad de excluir a ciertas categorías de empresas.

Parte III. Utilización del Convenio núm. 158 en los tribunales nacionales

Tal como indicado anteriormente, el Convenio prevé diversas modalidades de aplicación. A tenor de su artículo 1, además de dar efecto a las disposiciones del Convenio por medio de la legislación nacional, los Estados ratificantes podrán aplicarlas también por medio de convenios colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme con la práctica nacional. De esta manera, la jurisprudencia cumple un papel fundamental para dar efecto a las disposiciones del Convenio. La Comisión de Expertos ha señalado que, «especialmente cuando los textos relativos a la terminación de la relación de

trabajo tengan un carácter o alcance general, en ausencia de normas expresas, las decisiones judiciales pueden [servir de sustento para la formulación] de principios generales de derecho en relación con ciertas cuestiones concretas» [58].

En esta perspectiva, la Comisión de Expertos ha recordado continuamente la importancia que reviste la comunicación de extractos de las decisiones judiciales pertinentes en materia de despido, así como de datos estadísticos sobre el número de recursos interpuestos contra los despidos, el resultado de dichos recursos, la naturaleza de la reparación concedida y el tiempo promedio empleado para pronunciar sentencia sobre cada recurso [59], conforme a lo requerido en el formulario de memoria para el Convenio núm. 158 [60], y ha tomado nota con interés de la información recibida [61]. En la observación general sobre el Convenio adoptada en 2008, la Comisión de Expertos advirtió que «los principios del Convenio son una fuente de derecho importante para los juzgados del trabajo y los tribunales laborales en los países que lo ratificaron y aun en aquellos que no lo han ratificado» [62].

En un estudio de decisiones jurisprudenciales pertinentes compilado por el Centro Internacional de Formación de la OIT [63] se aportan datos que confirman que algunos tribunales nacionales invocaron directamente las disposiciones del Convenio o se refirieron a éste al dictar sentencia en juicios sobre despidos. Dicha práctica se observa tanto en países que ratificaron el Convenio como en aquellos que no lo ratificaron. Del estudio se desprende que los tribunales nacionales invocaron el Convenio por diversos motivos ya fuera como: i) norma de aplicación directa en los sistemas jurídicos; ii) medio para interpretar la legislación nacional, cuando ésta es ambigua o incompleta; iii) instrumento para reforzar la aplicación del derecho nacional, poniendo en relieve las características esenciales de la ley o el principio en cuestión, y iv) fuente de derecho.

A. Utilización por tribunales nacionales de países que ratificaron

Los tribunales nacionales de los países que ratificaron el Convenio recurrieron a las disposiciones del mismo como fuente de orientación sobre la interpretación y aplicación de la legislación nacional en materia de despido. En una sentencia reciente, el Tribunal Federal de Australia [64] tuvo en cuenta las disposiciones del Convenio al elucidar el concepto de «autoridades administrativas

[58] EG 1995, párrafo 32.

[59] Véase, por ejemplo, CEACR, observaciones – *República Democrática del Congo* (2007); *Finlandia* (2007); *Gabón* (2007) y *Luxemburgo* (2007).

[60] Véanse las partes IV y V del formulario de memoria para el Convenio núm. 158.

[61] Véase, por ejemplo, CEACR, observaciones – *España* (2006) y *Letonia* (2007).

[62] Véase el anexo V.

[63] Véase también ILO-ITC: *Use of International Law by Domestic Courts – Compendium of Court Decisions (July 2006).*

[64] *CSR Viridian Limited* (*formerly Pilkington Australia Ltd.*) contra *Claveria* [2008] FCAFC 177, decisión que anuló la sentencia del 8 de noviembre de 2007 en la causa de *Claveria v. Pilkington Australia Ltd. (2007) FCA 1692*.

competentes» en su legislación nacional. Dicho tribunal observó que el objeto de esa disposición legislativa específica era dar efecto al apartado *c)* del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo y que, por ende, en la legislación nacional, la expresión «autoridades administrativas competentes» tenía el mismo significado que en el Convenio. De ahí que considerara los trabajos preparatorios del Convenio y el Estudio general de la Comisión de Expertos como aportes a la interpretación de dicha disposición de su legislación nacional.

En Francia, el Tribunal de Casación dictaminó en 2006 que el Convenio núm. 158 era directamente aplicable [65]. Por esta razón, cuando se adoptó una normativa nacional incompatible con los términos del Convenio, dicho tribunal recalcó la necesidad de dar pleno efecto al Convenio [66].

B. Utilización por tribunales nacionales de países que no ratificaron el Convenio

Cabe señalar que la práctica de tomar en consideración las disposiciones del Convenio no se limita simplemente al sistema judicial de los países que ratificaron el Convenio, ya que también aparece en sentencias y decisiones dictadas por las autoridades judiciales y los tribunales laborales de los Estados Miembros que no lo ratificaron. En estos países, los tribunales se refirieron al Convenio en su argumentación jurídica por considerar que en este instrumento no sólo se expresan o codifican principios básicos de equidad y derecho, también se plasman los principios de buena práctica de relaciones laborales y, además, es una importante referencia.

También se observó que cuando los países armonizaron la legislación nacional con las disposiciones del Convenio o se sirvieron de este último como modelo para elaborar su legislación nacional, los tribunales propendieron a referirse a las disposiciones del Convenio en la aplicación de su legislación nacional.

Fuente de derecho

El Tribunal Laboral de Botswana, por ejemplo, recurrió al Convenio cuando en su legislación nacional no encontró disposiciones sobre el procedimiento pertinente en materia de despido y concluyó que, si bien la Ley de Empleo de Botswana no contemplaba ningún procedimiento que los empleadores debieran aplicar antes de proceder a un despido por falta, las normas del derecho natural exigían que el despido se fundamentara en causas justificadas. De ahí que el Tribunal Laboral consideró que las normas de derecho natural, denominadas también normas de equidad, se derivan de los convenios y recomendaciones de la OIT. Por consiguiente, pese a que Botswana no había ratificado el Convenio núm. 158, el Tribunal Laboral aplicó el artículo 4 del Convenio a los hechos de la causa examinada, manifestando que el artículo 4 era el origen del requisito de

[65] Tribunal de Casación – Soc, 29 de marzo de 2006, Sté Euromédia télévision c/M. Christophe X.

[66] Sentencia núm. 1210, de 1.º de julio de 2008, Tribunal de Casación de la Sala de lo Social, Francia. Véase también el estudio de caso que figura en la página 7 de la presente nota.

equidad según el cual un trabajador puede ser despedido únicamente si el empleador tiene una causa justificada para hacerlo [67].

Fuente de principios para la práctica de buenas relaciones laborales

El Tribunal Laboral de Trinidad y Tabago recurrió al Convenio por considerar que en el mismo se plasmaban los principios de la práctica de las buenas relaciones laborales y consideró que en el Convenio núm. 158 se habían puesto por escrito los tradicionales principios que sustentan la práctica de las buenas relaciones laborales y que el hecho de que Trinidad y Tabago no lo hubiera ratificado era irrelevante. El Tribunal Laboral añadió que el Convenio era aplicable no porque formara parte de la legislación nacional de Trinidad y Tabago, sino porque en éste se materializan los principios de la práctica de las buenas relaciones laborales, principios que han sido aceptados internacionalmente [68].

Aporte a la interpretación y aplicación de la legislación nacional

Además, algunos tribunales tuvieron en cuenta el Convenio como aporte a la interpretación de disposiciones de su legislación nacional, a pesar de no estar vinculados a las obligaciones internacionales enunciadas en el Convenio. Por ejemplo, el Tribunal del Trabajo de Sudáfrica estimó que, si bien Sudáfrica no había ratificado el Convenio núm. 158, y por lo tanto no estaba obligada a aplicar las disposiciones del mismo en su legislación nacional, el Convenio es un punto de referencia importante e influyente para la interpretación y aplicación de la Ley de Relaciones de Trabajo. Asimismo, el tribunal consideró que las observaciones y el estudio de la Comisión de Expertos sobre el Convenio núm. 158 son igualmente importantes como referencia para la interpretación de la Ley de Relaciones de Trabajo y el Código del Trabajo que daban contenido a las normas establecidas en el Convenio [69].

El Convenio núm. 158 como modelo legislativo

En Sudáfrica, por ejemplo, el Tribunal del Trabajo consideró que el Convenio y las observaciones y estudios de la Comisión de Expertos de la OIT son referencias importantes, en particular, porque las disposiciones pertinentes de la Ley de Relaciones de Trabajo y el Código del Trabajo en gran medida se basaban en el texto del Convenio núm. 158 [70]. Asimismo, en febrero de 2008, al invocar el artículo 8 del Convenio para dictaminar que los trabajadores tenían un derecho de recurso, el Tribunal del Trabajo de Zimbabwe sostuvo que los convenios de la OIT

[67] *Botswana Industrial Court, Sebako and Another v. hona Gas (IC 665/04) [2005] BWIC 2 (1.º de septiembre de 2005), párrafo 14.*

[68] *Industrial Court of Trinidad and Tobago, Bank and General Workers' Union* v. *Public Service Association of Trinidad and Tobago*, 27 Apr*il 2001, Trade dispute No.15 of 2000.*

[69] *Labour Court of South Africa, Avril Elizabeth Home for the Mentally Handicapped* v. *Commission for Conciliation Mediation and Arbitration and Others* (JR 782/05) ZALC [2006] ZALC 122.

[70] *Ibíd.*

habían sido aplicados en su jurisdicción, tanto a nivel regional como internacional [71], pese a que Zimbabwe no había ratificado el Convenio núm. 158.

C. Observaciones finales

Estos ejemplos del derecho jurisprudencial sólo se refieren a unos pocos países que recurrieron a las disposiciones del Convenio núm. 158 pero aun así son ilustrativos de la influencia del Convenio más allá de los Estados ratificantes. El Convenio fue citado como referencia por tribunales nacionales, en muchos casos teniendo en cuenta la manera en que éste, o los principios plasmados en él, se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional. El Convenio fue utilizado por los tribunales para sustentar sus resoluciones por considerar que es i) una norma de aplicación directa en los sistemas jurídicos; ii) un aporte para interpretar la legislación nacional; iii) un instrumento útil para reforzar la aplicación del derecho nacional, y iv) una fuente de derecho.

Parte IV. El despido: una perspectiva económica [72]

La cuestión de la flexibilidad que concede el Convenio se ha discutido previamente en el contexto del aumento de las presiones competitivas y la consiguiente necesidad que tienen las empresas de ajustar sus operaciones y su fuerza de trabajo con frecuencia y rapidez para hacer frente a las fluctuaciones de la demanda y aumentar su productividad. La necesidad de contar con mercados de trabajo más flexibles dio lugar a un movimiento generalizado de desregulación centrado casi exclusivamente en los costos que se derivan de la aplicación de la legislación de protección del empleo (en adelante, «LPE») [73]. El argumento en que se sustenta dicha postura es que los costos directos, derivados, por ejemplo, de las indemnizaciones por fin de servicios o de la aplicación de otros requisitos de procedimiento en favor de los trabajadores despedidos, tales como la asistencia para obtener un nuevo empleo y la financiación de la formación para integrarse en el mercado de trabajo, pueden tener efectos perjudiciales sobre los costos laborales, el empleo y la productividad.

Tras décadas de investigaciones tanto teóricas como empíricas, el debate sobre los efectos de las normas en materia de contratación y despido no son concluyentes, y los círculos académicos tampoco llegaron a un consenso al respecto. Esta sección de la nota tiene por objeto i) ofrecer una visión general de las principales conclusiones teóricas y empíricas sobre los efectos de la LPE en lo que se refiere a los logros en los planos económico y del empleo, y ii) recalcar la importancia de adoptar un enfoque integrado, basado en las interacciones entre los distintos mecanismos institucionales que influyen en el mercado de trabajo, al

[71] *Labour Court of Zimbabwe, Ignatius Ncube and 12 Others v. Solus University (LC/MT/45/08) (14 de febrero de 2008).*

[72] Véase en el anexo IV la lista completa de las referencias de esta sección.

[73] Se entiende por legislación de protección del empleo el conjunto de disposiciones reguladoras de las prácticas de contratación y despido, en particular las que rigen los despidos, la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, las indemnizaciones de fin de servicios, los plazos mínimos de preaviso, la autorización administrativa de los despidos y la celebración de consultas antes de los despidos con los representantes de los sindicatos y/o de la administración del trabajo.

tiempo que se analiza la necesidad de adoptar un enfoque de costos-beneficios en la materia. En este sentido, el concepto de «flexiseguridad» se presenta como una alternativa al debate excluyente entre la rigidez y la flexibilidad. Por último, se examina el papel que puede cumplir el Convenio núm. 158 teniendo en cuenta el nexo flexibilidad-seguridad-estabilidad.

A. La teoría económica y las repercusiones de la legislación de protección del empleo

Para evaluar si las instituciones del mercado de trabajo contribuyen a maximizar el bienestar social, es importante recordar en primer lugar los vínculos que existen entre las políticas públicas, las instituciones y los resultados del mercado de trabajo. Las restricciones en materia de despido, tales como la exigencia de un plazo de preaviso o del pago de una indemnización por fin de servicios, son costos directos para los empleadores, por lo que podrían ser consideradas como un obstáculo para la competitividad de las empresas. Sin embargo, algunos sectores han sostenido que este enfoque no tiene en cuenta tres factores: i) el postulado de que el «tiempo cuesta» o no permite tomar en consideración los beneficios inherentes a las prestaciones sociales que podrían otorgarse en caso de despido; ii) estos «obstáculos» pueden tener un impacto positivo sobre los resultados de las empresas, y iii) la flexibilidad no debería definirse únicamente como una simple eliminación de las regulaciones.

Los modelos económicos dan a entender que, por una parte, los costos del despido tienden a frenar los despidos en las fases recesivas y, por la otra, tienen un efecto disuasivo en cuanto a la contratación en los períodos de bonanza económica, ya que los empleadores saben de antemano que, en el futuro, será difícil despedir a los nuevos trabajadores [74]. Además, si los mercados de trabajo son competitivos, el aumento de los costos de despido podría traducirse en una reducción de los salarios a fin de contrarrestar los efectos que una LPE más estricta surtiría sobre el empleo. Si los mercados de trabajo no son competitivos, los efectos sobre el empleo pueden ser más complejos y dependerán de la calidad del sistema de negociación colectiva y del grado de influencia que los empleadores y los trabajadores tengan sobre el mercado (como determinante de la flexibilidad salarial). En general, los modelos teóricos indican claramente que cuando la LPE es más estricta, el empleo debería ser más estable y las relaciones individuales de trabajo más durables, en una situación dada de pautas salariales cíclicas constantes [75]. Esto significa que los efectos sobre la población, como los niveles de empleo o desempleo, son *a priori* ambiguos, y que es más probable que la LPE reduzca la fluctuación entre desempleo y empleo [76]. También es importante recordar que la legislación que rige las normas sobre contratación y despido

[74] Véase Bertola, G., *Microeconomic perspectives on aggregate labour markets*, en Ashenfelter y Card (eds.), *Handbook of Labour Economics*, vol. 3, North-Holland; Boeri T., 1998. *Enforcement of employment security regulations, on-the-job search and unemployment duration*, en European Economic Review (Amsterdam), vol. 43, núm. 1, págs. 65-89, 1998.

[75] Véase *Employment protection and labour market adjustment in OECD countries: Evolving institutions and variable enforcement*, Bertola, Boeri y Cazes; *Employment and Training Paper 48*, 1999.

[76] Véase Protección del empleo en los países industrializados y necesidad de nuevos indicadores, Bertola, Boeri y Cazes, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, 2000.

pueden influir en las decisiones de los empleadores y de los trabajadores y generar así una serie de efectos sobre los costos laborales, el empleo y la productividad.

En la práctica, la función principal de la LPE es promover mejores condiciones de empleo y la seguridad de los ingresos de los trabajadores, tanto en sus actuales puestos de trabajo como en el caso de despido. Se acepta, por ejemplo, que el plazo de preaviso de despido otorgue a los trabajadores el tiempo necesario para buscar un nuevo puesto de trabajo, al tiempo que la indemnización por fin de servicios les permite mitigar la pérdida de ingresos. Una relación de empleo más estable, alienta a los trabajadores a dedicar esfuerzos a su propia formación y aceptar nuevas tecnologías y prácticas de trabajo. Por otra parte, las empresas se sienten alentadas a aprovechar el potencial de sus reservas internas, invertir en recursos humanos y mejorar constantemente sus capacidades tecnológicas y su organización [77]. Por último, la protección del empleo ayuda a mitigar la discriminación contra las categorías vulnerables de trabajadores (como los trabajadores de edad avanzada, las mujeres, los jóvenes, las personas con discapacidad y otros grupos), y contribuye a preservar los fondos de bienestar social que son indispensables para apoyar el ingreso de estos grupos desfavorecidos. Por consiguiente, una LPE más generosa que garantice la estabilidad en el empleo debería redundar en un aumento de la productividad total, gracias a una mejor adaptación de las empresas al progreso tecnológico y la formación continua de trabajadores, al tiempo que también permitiría asegurar una situación más equitativa en el plano del ingreso y prevenir la discriminación. De ahí que algunos sectores sostuvieran que los efectos generales previsibles son mejores resultados económicos y niveles de vida más altos [78].

Aun así, se ha afirmado que la LPE también podría generar el aumento de algunos costos. En primer lugar, porque tiende a ampliar la brecha entre quienes están incorporados en el mercado de trabajo y quienes no, principalmente, debido a que fomenta el aumento de las formas atípicas de empleo y la posibilidad de que se sustituyan los puestos de trabajo regulares. En segundo lugar, en algunos casos, las empresas no disponen de los recursos necesarios para sufragar los altos costos del despido. En tercer lugar, para la sociedad en su conjunto, los costos derivados de la aplicación de una LPE más estricta pueden ser dobles ya que: *a)* la segmentación del mercado de trabajo puede redundar en una mayor desigualdad, y *b)* la aplicación de dicha legislación puede ser un freno al establecimiento de una armonización eficaz entre la oferta y la demanda de fuerza de trabajo. Es probable que el impacto neto de todos estos efectos varíe según el tamaño de la empresa, el tipo de actividad y las condiciones económicas. En cualquier caso, del análisis del conjunto de los modelos teóricos se desprende que en un contexto de LPE más estricta, el empleo será más estable y la relación individual de trabajo más duradera.

Otro aspecto que se ha de tomar en consideración es la forma en que la legislación se aplica en la práctica y, en particular, el papel que cumple el sistema

[77] Véase Akerlof, G., *An Economic Theorist's Book of Tales.* Nueva York: Cambridge University Press, 1984.

[78] Véanse C. Ichinwski, K. Shaw y G. Prennushi, 1997, *The effects of human resource management practices on productivity: A study of steel finishing lines*, en *The American Economic Review*, 87: 291-313; Nickell, S. y Layard, R., 1999, *Labor Market Institutions and Economic Performance*, en O. Ashenfelter y D. Card (eds.), *Handbook of Labor Economics*, vol. 3, Amsterdam, Netherlands, págs. 3029-3084.

judicial en este plano. Algunos investigadores sostienen que la protección del empleo no se debería llevar a la práctica mediante la aplicación de cargas sobre el despido o la intervención de las autoridades judiciales dado que las empresas comprenden mejor sus necesidades de ajuste que los tribunales [79]. En realidad, los principales obstáculos detectados por estos investigadores no se refieren al papel del sistema judicial en sí, sino a la facultad discrecional que tienen los tribunales y la incertidumbre sobre sus decisiones; es decir, se trata de entender que si se definen de manera clara las disposiciones jurídicas, los beneficios de los procedimientos de ejecución podrán compensar sus inconvenientes.

B. Datos empíricos

La investigación empírica ha explorado las repercusiones de la legislación mediante análisis econométricos, lo cual dio hasta ahora resultados poco concluyentes sobre la influencia de la LPE en los resultados del mercado de trabajo. Un problema crítico es medir la legislación laboral. Por lo tanto, se debe actuar con prudencia y no generalizar algunos resultados, ya que su obtención podría depender de la metodología utilizada para construir los indicadores relativos a la LPE, así como de las hipótesis subyacentes del modelo.

A partir del examen global de la información empírica que lleva a cabo la OCDE [80], se pueden sacar algunas conclusiones generales: i) se ha determinado que, casi siempre, la LPE tuvo un efecto escaso o nulo sobre el desempleo global, si bien puede incidir en la duración del desempleo y en su composición demográfica; ii) una LPE más estricta tiende a reducir la rotación de la fuerza de trabajo y a aumentar la proporción de puestos de trabajo duraderos, mientras que su efecto sobre el empleo temporal y el empleo a tiempo parcial es más bien ambiguo, y iii) una LPE más estricta puede inducir un aumento del desempleo entre las mujeres, los trabajadores poco calificados y los jóvenes. Además, el análisis multivariante permite formarse una idea de los vínculos que hay entre la LPE y otras instituciones del mercado de trabajo; por ejemplo, se ha determinado que la negociación colectiva a nivel central tiende a atenuar los efectos negativos de una LPE más estricta. El estudio de la OCDE también pone de manifiesto que los niveles de sustitución de las prestaciones de desempleo tienen un impacto negativo importante en materia de empleo y desempleo, si bien este último se disipa en parte cuando se combina un sistema de prestaciones generosas con la aplicación de políticas del mercado de trabajo eficaces y dinámicas. Por último, el análisis confirma que el impacto de la LPE parece ser mayor sobre la dinámica y la composición del empleo que sobre el nivel de empleo.

No obstante, la información empírica reciente sugiere que se está lejos de alcanzar un consenso sobre la cuestión. Por ejemplo, algunos autores consideran que la legislación sobre seguridad en el empleo de la India tiene un efecto negativo sobre las oportunidades de empleo y reduce el nivel de bienestar de los

[79] Blanchard, O., 2005, *Designing labour market institutions*, en J. Restrepo y A. Tokman, (eds.): *Labour Markets and Institutions,* Banco Central de Chile, Santiago; Blanchard, O. y Tirole, J., 2004, *The optimal design of labor market institutions*, MIT, documento mimeografiado.

[80] Véase Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2006, *Employment Outlook*, París.

trabajadores [81]; en otro documento se llega a la conclusión de que el plazo de preaviso y las indemnizaciones por despido en América Latina no surtieron ningún efecto sobre el empleo y el desempleo, al tiempo que las retenciones sociales parece redundar en una reducción del empleo y un aumento del desempleo [82]. Otros investigadores encontraron pruebas de que la LPE ha tenido un efecto positivo sobre los resultados en el empleo [83] o sobre la duración prolongada de la permanencia en un puesto de trabajo y la productividad [84], lo que sugiere que las disposiciones de la LPE pueden surtir efectos positivos al estimular el aumento de las inversiones en recursos humanos. Resumiendo, las recomendaciones de política sobre el efecto de la LPE en los resultados a nivel de la economía y el mercado de trabajo se deberían formular con gran cautela, habida cuenta de los resultados empíricos ambiguos y las cuestiones de medición que se han planteado.

C. La necesidad de contar con un enfoque equilibrado e integrado

Para abordar la cuestión de la flexibilidad del mercado de trabajo es preciso contar con un enfoque equilibrado e integrado. Un investigador señaló que la formalización exige aplicar mecanismos de compensación entre los costos anteriores y posteriores, lo que podría redundar en grandes beneficios mediante la reducción de las asimetrías de información y la incertidumbre del mundo empresarial [85]. Además, se ha argumentado que la flexibilidad no sólo requiere una flexibilidad numérica externa, sino que también comprende la posibilidad de redistribuir a los trabajadores y adaptar a las empresas para afrontar los nuevos retos (flexibilidad funcional).

Por otra parte, el debate actual se centra en el posible nexo entre la seguridad y la flexibilidad. Ahora bien, a pesar de las intensas deliberaciones mantenidas, no se ha llegado a adoptar una definición común y ampliamente reconocida del concepto de «flexiseguridad» [86]. Se sugirió que el significado de la

[81] Véase Ashan, A. y Pagès, C., 2007, *Are all labor regulation equal? Assessing the effects of job security, labor dispute and contract labor in India*, World Bank.

[82] Véase Heckman, J. y Pagès, C., 2000. *The cost of job security regulation: evidence from Latin America countries*, NBER Working paper 7773, NBER, Cambridge, Massachussets, USA.

[83] Véase Amable, B. Demmou, L. y Gatti, D. *Employment performance and institutions: new answers to an old question*, Institute of the Study of Labour (IZA) Bonn, March 2007.

[84] Véase Auer, P., Berg, J. y Coulibaly, I., 2005, «¿El trabajo estable mejora la productividad?», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 124, núm. 3.

[85] Véase Arrunada, B., 2007, *Pitfalls to avoid when measuring institutions: is Doing Business damaging business?* en *Journal of Comparative Economics*, vol. 35, pp. 729-747.

[86] La primera definición, propuesta por Wilthagen (2004), establece un marco satisfactorio al calificar la flexiseguridad como *«una estrategia de política que de manera sincronizada y deliberada tiene por objeto incrementar la flexibilidad de los mercados de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales, por una parte y, por otra, aumentar la seguridad — seguridad del empleo y seguridad social — sobre todo para los grupos vulnerables dentro y fuera del mercado de trabajo»*. Véase Wilthagen, T., y Tros, F. (2004), *The concept of «flexicurity»: a new approach to regulating employment and labour markets,* Transfer, 10 (2), 166-186.

«flexiseguridad» se refiere tanto a un marco conceptual como a una estrategia de política. De ahí que algunos sectores sostuvieran que la competencia en un mundo globalizado exige adaptabilidad más que una simple flexibilidad, es decir, que cuando haya que reformar las instituciones del mercado de trabajo, se debería introducir un nuevo tipo de seguridad que tenga en cuenta la complementariedad entre las diferentes instituciones del mercado de trabajo [87].

En un documento de investigación reciente se subraya que cuando la inseguridad en el empleo es alta, resulta más difícil conciliar el trabajo y la vida privada, el incentivo para invertir en capital humano disminuye y, en un caso extremo, se genera un descontento generalizado que podría socavar la disposición de las personas a aceptar las reformas [88]. Investigaciones realizadas en Europa Central y Oriental también demostraron que la desregulación significativa del mercado de trabajo, en particular, el desmantelamiento de las protecciones jurídicas de que gozan los trabajadores despedidos, resultó ineficiente en términos de recuperación del empleo y que en algunos casos tuvo incluso efectos adversos sobre la reasignación del trabajo y la productividad. Al respecto, se constató que muchos trabajadores eran, por ejemplo, reacios a abandonar su empleo voluntariamente, incluso en período de auge económico, debido a la debilidad general de la estructura institucional del mercado de trabajo y al consiguiente sentimiento de inseguridad [89]. En ese contexto, el concepto de flexiseguridad demostró ser un enfoque muy pertinente que ofrece una alternativa a las propuestas de política centradas exclusivamente en la flexibilidad que se promovieron en la región y los medios para propiciar sinergias entre los objetivos sociales y económicos.

D. Observaciones finales

Al evaluar la flexibilidad prevista en el Convenio, conviene destacar varios aspectos. En primer lugar, se ha señalado que las investigaciones económicas sobre los efectos de la legislación laboral, y en particular de las disposiciones relacionadas con el despido, no dan lugar a resultados claros: según algunas teorías, la LPE debería redundar en una situación de empleo más estable, pero los datos al respecto no son concluyentes. En segundo lugar, se puede sostener que la flexibilidad y la seguridad no son conceptos opuestos, sino complementarios, cuyo fundamento se encuentra en un nivel de protección adecuada que mantenga el bienestar social y refuerce el comportamiento eficaz de las empresas. En este sentido, las disposiciones del Convenio no son restrictivas, sino que establecen una base mínima común para adoptar una legislación sobre protección del empleo que no comprenda umbrales cuantitativos.

Por otra parte, se han previsto muchas alternativas para aquellas protecciones acerca de las que no hay acuerdo (por ejemplo, el papel de los tribunales o las

[87] Véase Cazes, S., 2008, *Flexicurity in Europe, a short note on moving forward*, documento preparado para un diálogo tripartito de alto nivel sobre el modelo social europeo en el contexto de la globalización, Turín 1.º-3 de julio de 2008.

[88] European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, *Employment security and employability: a contribution to the flexicurity debate*, documento publicado en el marco de la EWCS, Dublín.

[89] Cazes, S.; Nesporova, A.; 2007. *Flexicurity, a relevant approach in Central and Eastern Europe*, International Labour Office, Geneva.

indemnizaciones en caso de despido injustificado). La Comisión Europea ha señalado que no hay un sistema institucional que se ajuste a todos los países y situaciones, ni un modelo institucional que, a largo plazo, sea superior a todos los demás [90]. De acuerdo con esta perspectiva, y teniendo en cuenta los resultados contradictorios que arrojan los datos empíricos, se puede considerar que el Convenio permite que cada Estado Miembro determine los requisitos específicos y necesarios para dar efecto a sus disposiciones, ajustándose a las características del respectivo mercado de trabajo. En este sentido, cabe señalar que seis de los países que ratificaron el Convenio figuraron entre los 35 primeros países donde existe una mayor facilidad para hacer negocios, según la clasificación *Doing Business Economy Rankings* del Grupo del Banco Mundial (2008) [91]. Por consiguiente, se puede considerar que el Convenio no resulta un obstáculo para hacer negocios, sino que es más bien un elemento clave para un enfoque integrado que refuerce tanto la flexibilidad como la seguridad del mercado del trabajo si se lo incorpora en un programa equilibrado de reformas elaboradas y aplicadas con la participación de los interlocutores sociales.

[90] COM(2007)359 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, *Towards common principles of flexicurity: more and better jobs through flexibility and security*, Bruselas, 27 de junio de 2007.

[91] World Bank Group, *Doing Business Economy Rankings*, http://www.doingbusiness.org/economyrankings/.

Anexo I

Ratificaciones del Convenio núm. 158
(al 20 de enero de 2009)

País	Fecha de ratificación
Antigua y Barbuda	16-09-2002
Australia	26-02-1993
Bosnia y Herzegovina	02-06-1993
Camerún	13-05-1988
República Centroafricana	05-06-2006
Chipre	05-07-1985
Congo, República Democrática del	03-04-1987
Eslovenia	29-05-1992
España	26-04-1985
Etiopía	28-01-1991
Ex República Yugoslava de Macedonia	17-11-1991
Finlandia	30-06-1992
Francia	16-03-1989
Gabón	06-12-1988
Lesotho	14-06-2001
Letonia	25-08-1994
Luxemburgo	21-03-2001
Malawi	01-10-1986
Marruecos	07-10-1993
Montenegro	03-06-2006
Moldova, República de	14-02-1997
Namibia	28-06-1996
Níger	05-06-1985
Papua Nueva Guinea	02-06-2000
Portugal	27-11-1995
Santa Lucía	06-12-2000
Serbia	24-11-2000
Suecia	20-06-1983
Turquía	04-01-1995
Ucrania	16-05-1994
Uganda	18-07-1990
Venezuela, República Bolivariana de	06-05-1985
Yemen	13-03-1989
Zambia	09-02-1990

Anexo II

Información recabada de las memorias de los gobiernos en las que se indica el uso de exclusiones respecto a: i) la índole del contrato de trabajo (artículo 2, párrafo 2) y ii) las categorías de trabajadores (artículo 2, párrafos 4 y 5)

Estado ratificante	Artículo 2, párrafo 2*			Artículo 2, párrafo 4**	Artículo 2, párrafo 5**
	Contratos de duración determinada o para una determinada tarea	Contratos en período de prueba o acumulación de tiempo de servicios exigido	Contratos ocasionales por períodos cortos		
Antigua y Barbuda	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Aparentemente se utilizan exclusiones	Los funcionarios del Gobierno, el personal militar de la marina, del ejército y de la fuerza aérea; el personal de la policía; las personas con calidad de agente diplomático; y las personas empleadas por las Naciones Unidas y las agencias especializadas	No se utilizan exclusiones
Australia	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Personal de la Policía Federal, trabajadores incluidos en el laudo de 1983 sobre el personal embarcado del sector marítimo, personal de altos ingresos no sujeto a convenio. *(En 2007, la CEACR pidió aclaraciones sobre la legislación citada en la memoria del Gobierno de 2006, según la cual quedan exentos de las disposiciones sobre despido injustificado los empleadores que ocupan a menos de 100 trabajadores. La próxima memoria del Gobierno está prevista para 2009)*	No se utilizan exclusiones
Bosnia y Herzegovina	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones
Camerún	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones
República Centroafricana	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	Examen en curso (véase la solicitud directa de la CEACR de 2008)	Examen en curso (véase la solicitud directa de la CEACR de 2008)

Estado ratificante	Artículo 2, párrafo 2*			Artículo 2, párrafo 4**	Artículo 2, párrafo 5**
	Contratos de duración determinada o para una determinada tarea	Contratos en período de prueba o de acumulación de tiempo de servicios exigido	Contratos ocasionales por períodos cortos		
Chipre	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	Se excluye al personal del Gobierno del Reino Unido, de la Marina, el Ejército y la Fuerza Aérea, si sus condiciones de empleo en cuanto a las prestaciones de fin de servicio no son inferiores	No se utilizan exclusiones
República Democrática del Congo	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	Magistrados y personal del sistema judicial, funcionarios bajo un régimen especial y personal de gendarmería y ejército regulado por disposiciones especiales	No se utilizan exclusiones
Eslovenia	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones
España	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Puestos de alta dirección y empresas familiares	No se utilizan exclusiones (*véase la observación de la CEACR de 2006, sobre la intención del Gobierno de excluir las relaciones laborales de los reclusos, pese a que tal exclusión no figuró en su primera memoria)*
Ex República Yugoslava de Macedonia	*Aún no se recibió la primera memoria del Gobierno.*				

Estado ratificante	Artículo 2, párrafo 2			Artículo 2, párrafo 4**	Artículo 2, párrafo 5**
	Contratos de duración determinada o para una determinada tarea	Contratos en período de prueba o de acumulación de tiempo de servicios exigido	Contratos ocasionales por períodos cortos		
Etiopía	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Personas en puestos de alta dirección y gestión directa; trabajadores con contratos de prestación de servicios personales no lucrativos; miembros de las fuerzas armadas, miembros de la policía, trabajadores de la administración pública, jueces, fiscales y otras personas cuya relación de trabajo se rige por leyes especiales	No se utilizan exclusiones
Finlandia	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones
Francia	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	Trabajadores del sector público no comprendidos en el Código del Trabajo, pero a quienes la legislación reconoce una condición jurídica específica	No se utilizan exclusiones
Gabón	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	El Código del Trabajo no se aplica a las personas con empleo permanente en la administración pública. El Gobierno comunicó las condiciones de despido de dichos trabajadores, según las cuales éstos gozan de una protección al menos equivalente a la prevista en el Convenio	No se utilizan exclusiones

Estado ratificante	Artículo 2, párrafo 2			Artículo 2, párrafo 4**	Artículo 2, párrafo 5**
	Contratos de duración determinada o para una determinada tarea	Contratos en período de prueba o de acumulación de tiempo de servicios exigido	Contratos ocasionales por períodos cortos		
Lesotho	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se excluye a los miembros del ejército y las fuerzas de defensa. También se excluye a los funcionarios públicos por decisión de exención del Tribunal del Trabajo. Los pasantes o aprendices comprendidos en la Ley de Formación Técnica Profesional de 1984 están excluidos de la aplicación de las disposiciones del código sobre contratos de trabajo, terminación, despido e indemnización por fin de servicios. En virtud del mismo, cualquier grupo de trabajadores puede quedar exento de las disposiciones relativas al despido injustificado si el Ministro, tras celebrar consultas con los representantes de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, considera que tal grupo, esté o no sujeto al código, beneficia de indemnizaciones de despido análogas a las que se otorgan en caso de despido injustificado	No se utilizan exclusiones
Letonia	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Algunas categorías de personal directivo del sector público están comprendidas en un estatuto especial y varias disposiciones del Convenio no se aplican a dichas categorías	No se utilizan exclusiones
Luxemburgo	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones

Estado ratificante	Artículo 2, párrafo 2			Artículo 2, párrafo 4**	Artículo 2, párrafo 5**
	Contratos de duración determinada o para una determinada tarea	Contratos en período de prueba o de acumulación de tiempo de servicios exigido	Contratos ocasionales por períodos cortos		
Malawi	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Al parecer, se utilizan exclusiones	Personal de las fuerzas armadas, el servicio penitenciario o la policía, salvo aquél contratado como personal civil	No se utilizan exclusiones
Marruecos	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Examen en curso (véase la solicitud directa de la CEACR de 2008)	Examen en curso (véase la solicitud directa de la CEACR de 2008)
República de Moldova	*Se utilizan exclusiones*			No se utilizan	No se utilizan exclusiones
Montenegro	*No se dispone de información. Aún no se recibió la primera memoria del Gobierno*				
Namibia	*Examen en curso*			Fuerzas de defensa y personal de policía de Namibia	No se utilizan exclusiones
Níger	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Personal del sistema judicial, las fuerzas armadas, el cuerpo docente de las universidades, las instituciones públicas de carácter comercial y las comunidades territoriales	No se utilizan exclusiones
Papua Nueva Guinea	*Examen en curso. No se ha promulgado legislación pertinente*				
Portugal	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Administración pública	No se utilizan exclusiones
Santa Lucía	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	Funcionarios	No se utilizan exclusiones
Serbia	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones

Estado ratificante	Artículo 2, párrafo 2			Artículo 2, párrafo 4**	Artículo 2, párrafo 5**
	Contratos de duración determinada o para una determinada tarea	Contratos en período de prueba o de acumulación de tiempo de servicios exigido	Contratos ocasionales por períodos cortos		
Suecia	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Personas en puestos directivos, personal del servicio doméstico del empleador y personas ocupadas en empleos de carácter social o protegidos. Quienes ocupan puestos regulados por el Estado tampoco están amparados por algunas disposiciones relativas al despido inmediato	*No* se utilizan exclusiones
Turquía	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones *(véase la observación de la CEACR de 2007 relativa a la información del Gobierno según la cual los establecimientos con menos de 30 trabajadores están excluidos de la aplicación del Convenio, pese a que no indicó esta exclusión en su primera memoria. Se pidió al Gobierno que explicara esta situación en su memoria de 2009)*
Ucrania	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones
Uganda	*La información facilitada por el Gobierno en sus memorias es insuficiente*				
República Bolivariana de Venezuela	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Examen en curso (véase la observación de la CEACR de 2008)	No se utilizan exclusiones
Yemen	*Examen en curso. El Gobierno examina actualmente un proyecto de enmienda del Código del Trabajo*				

Estado ratificante	Artículo 2, párrafo 2			Artículo 2, párrafo 4**	Artículo 2, párrafo 5**
	Contratos de duración determinada o para una determinada tarea	Contratos en período de prueba o de acumulación de tiempo de servicios exigido	Contratos ocasionales por períodos cortos		
Zambia	Se utilizan exclusiones	No se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones	Se utilizan exclusiones respecto a los trabajadores del servicio público, las pequeñas empresas con menos de cinco trabajadores, las empresas declaradas en quiebra y las empresas en liquidación	No se utilizan exclusiones
Número total de países que recurren a exclusiones	26	26	18	16	Ninguno

* La expresión «se utilizan exclusiones», referida al artículo 2, párrafo 2, del Convenio, indica que en sus memorias sobre la aplicación del Convenio, presentadas en virtud del artículo 22 de la Constitución, el gobierno señaló que recurrió a estas exclusiones y que los trabajadores sujetos a estos contratos de trabajo están excluidos de algunas o todas las disposiciones del Convenio.

** La expresión «se utilizan exclusiones», referida al artículo 2, párrafos 4 y 5, del Convenio, indica que en su primera memoria sobre la aplicación del Convenio, presentada en virtud del artículo 22 de la Constitución, el gobierno señaló que excluía a determinadas categorías de trabajadores de algunas o todas las disposiciones del Convenio según lo previsto en dichos párrafos.

Anexo III

Cuadro comparativo de la legislación nacional de 55 países en materia de despido

País	Recurso a las cláusulas de flexibilidad		Causas de despido		Preaviso	Procedimientos específicos para el despido colectivo		Indemnización de despido
Los países que ratificaron el Convenio se indican en fondo gris	Empresas excluidas, en función del número de trabajadores (art. 2)	Categorías de trabajadores excluidos (art. 2)	Causa justificada de despido (art. 4)	Causa injustificada (art. 5)	Plazo de preaviso razonable (art.11)	Consultas con representantes de los trabajadores (art.13)	Notificación a la autoridad competente (art.14)	Indemnización de despido u otra prestación análoga pagada por el empleador (art. 12, párr. 1, *a)*
Alemania	5	Funcionarios públicos	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	Sí	Sí
Arabia Saudita	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba, categorías particulares de trabajadores (trabajadores domésticos, gente de mar, deportistas)	Sí		Sí	No	No	Sí
Argentina	No	Funcionarios públicos, categorías particulares (trabajadores agrícolas, trabajadores domésticos)	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	Sí	Sí
Armenia	No	Contrato de duración determinada (CDD), trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Australia	100 [1]	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí

País	Recurso a las cláusulas de flexibilidad		Causas de despido		Preaviso	Procedimientos específicos para el despido colectivo		Indemnización de despido
Los países que ratificaron el Convenio se indican en fondo gris	Empresas excluidas, en función del número de trabajadores (art. 2)	Categorías de trabajadores excluidos (art. 2)	Causa justificada de despido (art. 4)	Causa injustificada (art. 5)	Plazo de preaviso razonable (art.11)	Consultas con representantes de los trabajadores (art.13)	Notificación a la autoridad competente (art.14)	Indemnización de despido u otra prestación análoga pagada por el empleador (art. 12, párr. 1, *a)*
Austria	5	Categorías particulares (trabajadores agrícolas, trabajadores domésticos, periodistas, actores)	No, salvo en caso de despido sin preaviso por falta grave	Todos los motivos previstos en el C158, salvo la presentación de una queja	Sí	Sí	Sí	Sí
Azerbaiyán	No	Ejército, personal judicial, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	No	No	Sí
Bangladesh	5	Funcionarios públicos, directivos, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	No	Sí	Sí
Belarús	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	Sí	Sí
Bolivia	No	Funcionarios públicos, trabajadores agrícolas	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	No	No	Sí
Bosnia y Herzegovina	No	No	Sí	Todos los motivos previstos en el C158, salvo la presentación de una queja	Sí	Sí	Sí	Sí
Brasil	No	Funcionarios públicos	Sí	Principio general de no discriminación [2]	Sí	No	Sí	Sí

País	Recurso a las cláusulas de flexibilidad		Causas de despido		Preaviso	Procedimientos específicos para el despido colectivo		Indemnización de despido
Los países que ratificaron el Convenio se indican en fondo gris	Empresas excluidas, en función del número de trabajadores (art. 2)	Categorías de trabajadores excluidos (art. 2)	Causa justificada de despido (art. 4)	Causa injustificada (art. 5)	Plazo de preaviso razonable (art.11)	Consultas con representantes de los trabajadores (art.13)	Notificación a la autoridad competente (art.14)	Indemnización de despido u otra prestación análoga pagada por el empleador (art. 12, párr. 1, *a)*
Camboya	No	Funcionarios públicos, personal judicial, policía, ejército, policía militar, personal del transporte aéreo y marítimo, trabajadores domésticos	Sí	Todos los motivos previstos en el C158, salvo la presentación de una queja contra el empleador, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la ausencia durante la licencia de maternidad	Sí	Sí	Sí	Sí
Camerún	No	Funcionarios públicos, personal judicial, ejército, policía, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	Sí	Sí
Chile	No	Funcionarios públicos	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	No	Sí	Sí
China	No	Funcionarios públicos	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	No	Sí
Chipre	No	Funcionarios públicos, ejército, CDD, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Colombia	No	Funcionarios públicos	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	No	Sí	Sí
República de Corea	5	Miembros de la familia, categorías particulares (trabajadores domésticos)	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	Sí	Sí
República Democrática del Congo	No	Funcionarios públicos, ejército, gendarmería, en CDD, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158, salvo la presentación de una queja	Sí	Sí	Sí	No, salvo los empleados de comercio

País	Recurso a las cláusulas de flexibilidad		Causas de despido		Preaviso	Procedimientos específicos para el despido colectivo		Indemnización de despido
	Empresas excluidas, en función del número de trabajadores (art. 2)	Categorías de trabajadores excluidos (art. 2)	Causa justificada de despido (art. 4)	Causa injustificada (art. 5)	Plazo de preaviso razonable (art.11)	Consultas con representantes de los trabajadores (art.13)	Notificación a la autoridad competente (art.14)	Indemnización de despido u otra prestación análoga pagada por el empleador (art. 12, párr. 1, *a)*)
Los países que ratificaron el Convenio se indican en fondo gris								
República Dominicana	No	No[3]	Sí[4]	Principio general de no discriminación	Sí	No	Sí	Sí
Egipto	No	Funcionarios públicos, trabajadores domésticos, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Eslovenia	No	CDD, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí por despido económico[5]
España	No	Funcionarios públicos, directivos, empresas familiares	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Estados Unidos	No	Funcionarios públicos, categorías particulares (trabajadores agrícolas, trabajadores domésticos, empresas familiares, trabajadores sujetos a la Ley Laboral de Ferrocarriles)	No	Principio general de no discriminación	No	No	Sí	No
Etiopía	No	Puestos de dirección, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	No	Sí
Finlandia	No	CDD, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Francia	No	Funcionarios públicos	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí

País	Recurso a las cláusulas de flexibilidad		Causas de despido		Preaviso	Procedimientos específicos para el despido colectivo		Indemnización de despido
Los países que ratificaron el Convenio se indican en fondo gris	Empresas excluidas, en función del número de trabajadores (art. 2)	Categorías de trabajadores excluidos (art. 2)	Causa justificada de despido (art. 4)	Causa injustificada (art. 5)	Plazo de preaviso razonable (art.11)	Consultas con representantes de los trabajadores (art.13)	Notificación a la autoridad competente (art.14)	Indemnización de despido u otra prestación análoga pagada por el empleador (art. 12, párr. 1, *a*)
Gabón	No	Funcionarios públicos, CDD, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Georgia	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	No	Principio general de no discriminación	No	No	No	Sí
Ghana	No	Ejército, policía, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	No, salvo el despido por motivos económicos
India	100	Funcionarios públicos, puestos directivos, ejército, fuerza aérea, policía.	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Japón	No	Funcionarios públicos, gente de mar	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	No [6]
Kazajstán	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	No	No, salvo el despido por motivos económicos
Kirguistán	No	Ejército, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	Sí	Sí
Letonia	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba, ciertas categorías de funcionarios	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	No

País	Recurso a las cláusulas de flexibilidad		Causas de despido		Preaviso	Procedimientos específicos para el despido colectivo		Indemnización de despido
Los países que ratificaron el Convenio se indican en fondo gris	Empresas excluidas, en función del número de trabajadores (art. 2)	Categorías de trabajadores excluidos (art. 2)	Causa justificada de despido (art. 4)	Causa injustificada (art. 5)	Plazo de preaviso razonable (art.11)	Consultas con representantes de los trabajadores (art.13)	Notificación a la autoridad competente (art.14)	Indemnización de despido u otra prestación análoga pagada por el empleador (art. 12, párr. 1, *a)*
Lesotho	No	Funcionarios públicos, ejército, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	No	Sí
Luxemburgo	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158, salvo la presentación de una queja	Sí	Sí	Sí	Sí
Malawi	No	Ejército, policía, CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	No	No	Sí
México	No	Funcionarios públicos	Sí	Principio general de no discriminación	No	Sí	Sí	Sí
República de Moldova	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	Sí	Sí
Marruecos	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba [7]	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Níger	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba, categorías particulares de trabajadores (ejército, funcionarios públicos)	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Panamá	No	Funcionarios públicos	Sí	Principio general de no discriminación	No	No	Sí	Sí

País	Recurso a las cláusulas de flexibilidad		Causas de despido		Preaviso	Procedimientos específicos para el despido colectivo		Indemnización de despido
Los países que ratificaron el Convenio se indican en fondo gris	Empresas excluidas, en función del número de trabajadores (art. 2)	Categorías de trabajadores excluidos (art. 2)	Causa justificada de despido (art. 4)	Causa injustificada (art. 5)	Plazo de preaviso razonable (art.11)	Consultas con representantes de los trabajadores (art.13)	Notificación a la autoridad competente (art.14)	Indemnización de despido u otra prestación análoga pagada por el empleador (art. 12, párr. 1, *a)*
Perú	No	Funcionarios públicos	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	No	Sí	Sí	Sí
Portugal	No	Funcionarios públicos	Sí	Todos los motivos previstos en el C158, salvo el estado civil y el origen social	Sí	Sí	Sí	Sí
Federación de Rusia	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba, categorías particulares de trabajadores (ejército)	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	No	Sí
Senegal	No	Funcionarios públicos	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Serbia	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	No, salvo el despido por motivos económicos [8]
Sudáfrica	No	Categorías particulares (ejército, personas que trabajan menos de 24 horas por mes)	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí
Suecia	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba, categorías particulares (directivos, personas empleadas en talleres protegidos, personal doméstico)	Sí	Todos los motivos previstos en el C158	Sí	Sí	Sí	Sí

País	Recurso a las cláusulas de flexibilidad		Causas de despido		Preaviso	Procedimientos específicos para el despido colectivo		Indemnización de despido
Los países que ratificaron el Convenio se indican en fondo gris	Empresas excluidas, en función del número de trabajadores (art. 2)	Categorías de trabajadores excluidos (art. 2)	Causa justificada de despido (art. 4)	Causa injustificada (art. 5)	Plazo de preaviso razonable (art.11)	Consultas con representantes de los trabajadores (art.13)	Notificación a la autoridad competente (art.14)	Indemnización de despido u otra prestación análoga pagada por el empleador (art. 12, párr. 1, *a)*
Turquía	30 [9]	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí (salvo la gente de mar)	Sí	Sí	No	No	Sí
Ucrania	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales, en período de prueba	Sí	Sí	Sí (en parte)	No	Sí	Sí
Reino Unido	No	Policía, ejército, gente de mar	Sí	Todos los motivos previstos en el C158, salvo el origen social y el estado civil	Sí	Sí	Sí	Sí
República Bolivariana de Venezuela	No	Contratos de duración determinada, trabajadores ocasionales y estacionales, trabajadores durante el período de prueba [10]	Sí	Principio general de no discriminación	Sí	Sí	Sí	Sí
Zambia	No	CDD, trabajadores ocasionales o estacionales	No	Sí	Sí	Sí	Sí	No

[1] Véase la observación de la CEACR 2007 – Esta exclusión no se indicó en la primera memoria en virtud del artículo 22 de la Constitución y, por ende, no está en conformidad con el C158.

[2] (Desahucio). Las partes pueden poner fin a la relación de trabajo sin causa justificada, a condición de respetar un preaviso.

[3] Véase el artículo 5 del Código del Trabajo de la República Dominicana (1999).

[4] Véase el artículo 75 del Código del Trabajo – (Desahucio). Las partes pueden poner fin a la relación de trabajo sin causa justificada, a condición de respetar un preaviso.

[5] En todos los demás casos de despido, la persona desempleada que busca trabajo percibirá un subsidio de desempleo.

[6] Las indemnizaciones de despido pueden establecerse en los convenios colectivos.

[7] Véanse los comentarios de la CEACR de 2008 sobre los trabajadores domésticos y los trabajadores en el sector tradicional.

[8] Véase la observación de la CEACR en que se pide enmendar la legislación de conformidad con el artículo 12, párrafo 1.

[9] Véase la observación de la CEACR 2007 – Esta exclusión no se indicó en la primera memoria en virtud del artículo 22 de la Constitución y, por ende, no está en conformidad con el C158.

[10] Véase la observación de la CEACR 2009 sobre el personal directivo.

Anexo IV

Bibliografía de la parte IV

Akerlof, G. *An Economic Theorist's Book of Tales.* New York: Cambridge University Press, 1984.

Amable, B., Demmou, L. y Gatti, D.. «Employment performance and institutions: new answers to an old question», Institute of the Study of Labour (IZA), Bonn, marzo de 2007.

Arrunada, B., 2007. «Pitfalls to avoid when measuring institutions: Is Doing Business damaging business?», en *Journal of Comparative Economics,* vol. 35, páginas 729-747.

Ashan, A. y Pagès, C., 2007. «Are all labor regulation equal? Assessing the effects of job security, labor dispute and contract labor in India», Banco Mundial.

Auer, P., 2007. «In search of optimal labour market institutions», en Economic and Labour Market Paper.

—, P., Berg, J. y Coulibaly, I., 2005. «¿El trabajo estable mejora la productividad?», en *Revista Internacional del Trabajo,* vol. 124, núm. 3.

Bertola, G., 1998. «Microeconomic perspectives on aggregate labour markets», en Ashenfelter y Card (coordinadores de la publicación), «Handbook of Labour Economics», vol. 3, North-Holland.

—, Boeri, T. y Cazes, S., 2000. «Employment protection and labour market adjustment in OECD countries: evolving institutions and variable enforcement» Employment and Training Paper 48, 1999.

—, «Protección del empleo en los países industrializados y necesidad de nuevos indicadores», en *Revista Internacional del Trabajo,* vol. 119, núm. 1, páginas 61-78.

Blanchard, O., 2005. «Designing labour market institutions» en J. Restrepo y A. Tokman, (coordinadores de la publicación), «Labour Markets and Institutions», Banco Central de Chile, Santiago.

— y Tirole, J., 2004. «The optimal design of labor market institutions», MIT, documento mimeografiado.

Boeri T., 1998. «Enforcement of employment security regulations, on-the-job search and unemployment duration», en *European Economic Review* (Amsterdam), vol. 43, núm. 1, páginas 65-89.

—, 2005. «Reforming Labor and Product Markets: Some lessons from two decades of experiments in Europe», IMF Working Paper WP/05/07, Washington.

Cazes, S. 2008: «Flexicurity in Europe, a short note on moving forward», documento preparado para un diálogo tripartito de alto nivel sobre el

modelo social europeo en el contexto de la globalización, Turín 1.º-3 de julio de 2008.

— y Nesporova A., 2003. «Labour markets in transition. Balancing flexibility and security in Central and Eastern Europe», Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

—, Nesporova A., 2007. «Flexicurity, a relevant approach in Central and Eastern Europe», Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Comisión Europea - COM(2007)359 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, Hacia los principios comunes de la flexiguridad: Más y mejor empleo mediante la flexiguridad y la seguridad, Bruselas, 27 de junio de 2007.

European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008. «Employment security and employability: a contribution to the flexicurity debate», documento publicado en el marco de la EWCS, Dublín.

Heckman, J. y Pagès, C., 2000. «The cost of job security regulation: evidence from Latin America countries», NBER Working paper 7773, NBER, Cambridge, Massachussets, Estados Unidos.

Ichinwski C., K. Shaw y G. Prennushi, 1997. «The effects of human resource management practices on productivity: A study of steel finishing lines», en *The American Economic Review*, 87, páginas 291-313.

Nickell, S. y Layard, R., 1999. «Labor Market Institutions and Economic Performance», en O. Ashenfelter y D. Card (coordinadores de la publicación), *Handbook of Labor Economics*, vol. 3, Amsterdam, Países Bajos, páginas 3029-3084.

OCDE, 1999. «Employment Outlook», París.

—, 2006. «Employment Outlook», París.

Wilthagen, T., 2004. «Balancing flexibility and security in European Labour Markets», documento presentado a la conferencia «Recent developments in European industrial relations», organizada por el Consejo Socioeconómico de los Países Bajos en el marco de la Presidencia de la UE por los Países Bajos, La Haya, 7-8 de octubre de 2004.

— y Tros, F., 2004. «The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets», en *European Review of Labour and Research*, vol. 10, núm. 2.

Grupo del Banco Mundial, *Doing Business Economy Rankings* en: http://www.doingbusiness.org/economyrankings/

Anexo V

Observación general de la Comisión de Expertos sobre el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptada en su 79.ª reunión, 2008

Observación general

La Comisión fue informada de las consultas que tuvieron lugar en la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo en oportunidad de la 303.ª reunión del Consejo de Administración, en noviembre de 2008 sobre la situación del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). La Comisión es consciente que se reiteró la preocupación sobre el número de ratificaciones del Convenio, el recurso a las exclusiones previstas en el *artículo 2* y la flexibilidad para su aplicación.

La Comisión advierte que muchos más países que aquellos que han ratificado el Convenio dan efecto a sus principios básicos tales como el preaviso, la oportunidad de defenderse antes del despido, la causa justificada y el recurso ante un órgano independiente. La mayoría de los países que hayan ratificado o no el Convenio, cuentan en la legislación nacional vigente con disposiciones que se conforman con algunos o todos de los requisitos básicos del Convenio. La Comisión observa que los principios del Convenio son una fuente de derecho importante para los juzgados del trabajo y los tribunales laborales en los países que ratificaron y aun en aquellos que no lo han ratificado. En la presente reunión, la Comisión tomó nota con satisfacción de las sentencias dictadas en marzo de 2006 y julio de 2008 por el Tribunal de Casación de Francia dando aplicación directa al Convenio. Como un ejemplo de país que no ratificó el Convenio, la Comisión advierte que según las informaciones disponibles, los tribunales han recurrido al Convenio para desarrollar su jurisprudencia en Sudáfrica.

La Comisión entiende que en los principios básicos del Convenio hay un equilibrio bien construido entre los intereses del empleador y los intereses del trabajador como lo demuestran las disposiciones sobre despidos por motivos relacionados con las necesidades del funcionamiento de la empresa. Lo anterior tiene particular importancia en el contexto de la crisis financiera actual. Dado que el Convenio apoya a las empresas productivas y sostenibles, se reconoce que un derrumbe económico puede ser causa justificada de despido. La Comisión subraya que el diálogo social es un procedimiento esencial para responder a los despidos colectivos — la consulta con los trabajadores o con sus representantes debería permitir encontrar la manera de evitar o de minimizar el impacto social y económico de los despidos para los trabajadores.

La Comisión expresó su convicción de que una mejor difusión de las informaciones disponibles sobre el Convenio y el reconocimiento por las partes interesadas de los requisitos básicos del Convenio pueden servir de base en futuras consultas para alcanzar consensos tripartitos.

Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 18.05.2001
EMENTÁRIO Nº 2 0 3 1 - 2

213

04/09/97 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL
(Medida Liminar)

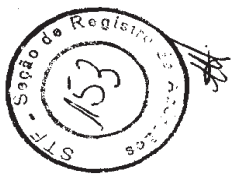
RELATOR: **MIN. CELSO DE MELLO**
REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADVOGADOS: **LUIZ CARLOS BETTIOL E OUTROS**
REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADVOGADOS: ALDOVRANDO TELES TORRES E OUTROS
REQUERIDO: **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - **CONVENÇÃO Nº 158/OIT** - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - **ARGÜIÇÃO** DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 **E** DECRETO Nº 1.855/96) - **POSSIBILIDADE** DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - **ALEGADA** TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA **E** AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB **RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR** - CONSEQÜENTE **IMPOSSIBILIDADE** JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO **SUCEDÂNEO** DA LEI COMPLEMENTAR **EXIGIDA** PELA CONSTITUIÇÃO (**CF**, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE **INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA** COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (**CF**, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - **CONTEÚDO PROGRAMÁTICO** DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE **DEPENDE** DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - **POSSIBILIDADE** DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR **DEFERIDO, EM PARTE**, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

- **É na Constituição da República** - e **não** na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se **deve** buscar a solução normativa para a questão da **incorporação** dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a **execução** dos tratados internacionais **e** a sua **incorporação** à ordem jurídica interna **decorrem**, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da **conjugação** de duas vontades homogêneas: **a do Congresso Nacional**, que resolve, definitivamente, **mediante decreto legislativo**, sobre tratados,



02-002

acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) **e a do Presidente da República**, que, **além** de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), **também** dispõe - **enquanto Chefe de Estado que é** - da competência para promulgá-los **mediante decreto**.

O **iter** procedimental de incorporação dos tratados internacionais - **superadas** as fases prévias da **celebração** da convenção internacional, de sua **aprovação** congressional e da **ratificação** pelo Chefe de Estado - **conclui-se** com a expedição, pelo Presidente da República, de **decreto**, de cuja edição derivam **três efeitos** básicos que lhe são inerentes: (a) a **promulgação** do tratado internacional; (b) a **publicação** oficial de seu texto; e (c) a **executoriedade** do ato internacional, que passa, então, **e somente então**, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. **Precedentes**.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- No sistema jurídico brasileiro, os **tratados** ou **convenções internacionais** estão hierarquicamente **subordinados** à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, **nenhum** valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, **transgredirem**, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O exercício do **treaty-making power**, pelo Estado brasileiro - não obstante o **polêmico** art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (**ainda** em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, **está sujeito** à **necessária** observância das limitações jurídicas **impostas** pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

- O Poder Judiciário - fundado na **supremacia** da Constituição da República - **dispõe** de competência, para, **quer** em sede de fiscalização abstrata, **quer** no âmbito do controle difuso, efetuar o **exame de constitucionalidade** dos tratados ou convenções internacionais **já incorporados** ao sistema de direito positivo interno. **Doutrina** e **Jurisprudência**.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

- Os **tratados** ou **convenções internacionais**, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, **situam-se**, no sistema jurídico brasileiro, nos **mesmos** planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as **leis ordinárias**, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera **relação de paridade normativa**. **Precedentes**.

02-002

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais **não** dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A **eventual** precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno **somente** se justificará quando a **situação de antinomia** com o ordenamento doméstico **impuser**, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do **critério cronológico** ("*lex posterior derogat priori*") **ou**, quando cabível, do **critério da especialidade. Precedentes.**

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.

- O **primado** da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é **oponível** ao princípio **pacta sunt servanda, inexistindo**, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da **concorrência** entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá **sempre** prevalecer sobre os atos de direito internacional público.

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - **não podem**, em conseqüência, **versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar**. É que, em tal situação, **a própria Carta Política** subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao **exclusivo** domínio normativo da lei complementar, que **não** pode ser substituída por **qualquer** outra espécie normativa infraconstitucional, **inclusive** pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- A **Convenção nº 158/OIT**, além de **depender** de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, **configurando**, sob tal aspecto, mera **proposta de legislação** dirigida ao legislador interno, **não** consagrou, como **única** conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, **como o Brasil**, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. **Pelo contrário**, a Convenção nº 158/OIT expressamente **permite** a cada Estado-Parte (**Artigo 10**), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, **opte** pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, **adotando**, em conseqüência, **sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País** (a Constituição brasileira, **no caso**), a fórmula da reintegração no emprego **e/ou** da indenização compensatória. Análise de **cada** um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (**Artigos 4º a 10**).

Supremo Tribunal Federal

ADI 1.480-3 DF

216

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em **deferir, parcialmente, sem redução de texto**, o pedido de medida cautelar, para, **em interpretação conforme a Constituição**, e até final julgamento da ação direta, **afastar** qualquer exegese, que, **divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator** (Ministro Celso de Mello), e **desconsiderando** o caráter meramente programático das normas da Convenção nº 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, **desrespeitando**, desse modo, as regras constitucionais e infraconstitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores.

Brasília, 04 de setembro de 1997.

CELSO DE MELLO - PRESIDENTE E RELATOR

- 102-001

25/09/96 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL
(Medida Liminar)

RELATOR: **MINISTRO CELSO DE MELLO**
REQUERENTES: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT E OUTRO
ADVOGADOS: LUIZ CARLOS BETTIOL E OUTROS
REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria ajuízam a presente ação direta, com pedido de liminar, visando à declaração de inconstitucionalidade parcial do Decreto Legislativo nº 68, de 16/09/92, e do Decreto nº 1.855, de 10/04/96, que , respectivamente, aprovaram e promulgaram a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

As Confederações autoras sustentam que os arts. 4º a 10 da Convenção nº 158/OIT **conflitam** com o art. 7º, I, da Constituição da República e, **também**, com o que dispõe o art. 10, I, do ADCT/88.

As normas inscritas nos arts. 4º a 10 da Convenção nº 158/OIT têm o seguinte conteúdo material:

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

Art. 5° - *Entre os motivos que não constituirão causa de justificação para o término da relação de trabalho constam os seguintes:*

a) *a filiação a um sindicato ou participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do 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, ascendência nacional ou a origem social;*

e) *a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.*

Art. 6° - 1. *A ausência temporária do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificadora do término da relação de trabalho.*

2. *A definição do que constitui uma ausência temporária do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1° do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1° da presente Convenção.*

Art. 7° - *Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.*

Art. 8° - 1. *O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.*

2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1° do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.

3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.

Art. 9° - 1. Os organismos mencionados no artigo 8° da presente Convenção estarão habilitados para examinar as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado.

2. A fim de o trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o ônus da prova de que o término da relação de trabalho foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1° da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

a) caberá ao empregador o ônus da prova da existência de uma causa de justificação para o término, tal como foi definido no artigo 4° da presente Convenção;

b) os organismos mencionados no artigo 8° da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causas alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais.

3. Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, os organismos mencionados no artigo 8° da presente Convenção estarão habilitados para verificar se o término foi devido realmente a essas razões, mas a medida em que esses organismos estejam habilitados também para decidir se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1° desta Convenção.

Art. 10 - Se os organismos mencionados no artigo 8° da presente Convenção 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."*

As autoras, depois de enfatizarem que as normas convencionais em questão revestem-se de inconstitucionalidade formal e material, assim expõem, **em seus aspectos essenciais**, com fundamento em parecer da lavra do ilustre jurista, Dr. J. SAULO RAMOS, as razões de seu pleito (**fls. 7/10**):

> *"A Matéria objetivada na Convenção 158 da OIT encontra disciplina em norma constitucional que exige, para sua plena eficácia, a edição de lei complementar. A impositividade desta competência afasta todas as normas infraconstitucionais que não tenham o **status** de lei complementar e, obviamente, o decreto legislativo, o decreto executivo, a própria convenção internacional, por eles aprovada e promulgada, não têm tal **status**.*
>
> *Logo, quando a Constituição exige lei complementar para dar concreção a determinado e especificado assunto, nenhuma outra forma normativa poderá substituí-la, pois a forma de produzir a regra é subordinante para a validade e eficácia, no Estado de Direito, da matéria a ela reservada.*
>
> *O Brasil não pode, internamente, dar vigência a tratados sobre matéria que sua Constituição reserva à lei complementar, porque os acordos e convenções internacionais, sobretudo os de caráter normativo, incorporam-se ao direito interno como leis ordinárias, bastando a observância das condições rituais consubstanciadas no decreto legislativo, que os aprova, e o decreto executivo, que os promulga e publica.*
>
> *Tratando-se de matéria expressamente condicionada à edição da mais alta norma infraconstitucional para ter eficácia, somente através de lei complementar poderia a Convenção 158, da OIT, ser incorporada ao direito doméstico brasileiro, porque regula precisamente a proteção ao emprego de que trata o art. 7° da Carta da República.*

A incorporação processada, através da rotineira adoção do decreto legislativo e promulgação pelo decreto executivo, faz surgir, de pronto e gritante, a inconstitucionalidade formal, que pode ser imediatamente declarada nos casos concretos pela competência difusa dos juízes trabalhistas e seus Tribunais, ou em ação direta de inconstitucionalidade, pela competência concentrada do Supremo Tribunal Federal.

.....

Conseqüentemente está em desarmonia com o texto constitucional brasileiro, posto que adota critério político e jurídico diametralmente oposto ao consagrado na Carta da República, tanto que os termos daquele acordo instituem a reintegração ao emprego como forma de anular a despedida arbitrária ou sem justa causa, admitindo, apenas, a dispensa por motivos econômicos, baseados na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviços, tudo sujeito a um complexo processo probatório, que envolve sindicatos, levantamentos de mercado, laudos e outras exigências, práticas muito estranhas aos costumes empresariais brasileiros.

Estas observações levam, fatalmente, a verificar-se que a Convenção 158, da OIT, além da inconstitucionalidade formal, acima e longamente demonstrada, sofre igualmente de insanável inconstitucionalidade material no art. 4°, porque consagra a reintegração, conferindo ao juiz a competência para decretar a nulidade do término da relação de emprego.

Para não deixar qualquer dúvida sobre a vontade do constituinte, o art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, decretou o valor da indenização compensatória, dando-lhe eficácia provisória, mas plena, até que seja alterado pela lei complementar prevista no art. 7°.

Registre-se que a Lei n° 5.107/66 foi revogada pela Lei n° 8.036, de 11 de maio de 1990, que, no p. 1°, do artigo 18, manteve a indenização compensatória em 40%, pois, não sendo complementar o novo diploma, não poderia alterar nem a quantia, nem o critério, constantes da disposição constitucional transitória, cujo conteúdo deu concreção provisória ao comando permanente do art. 7°, I, da Carta da República.

E enquanto não promulgada a lei complementar prevista, impera o disposto no art. 10, das Disposições Constitucionais Transitórias.

STI 102002

Imprensa Nacional

> *É absolutamente subordinante este comando constitucional, pois o constituinte, entre outros direitos, mencionou e destacou a 'indenização compensatória', precisamente para que o legislador ordinário não a substituísse pela reintegração. Indenização compensatória e reintegração são distintos critérios jurídicos e políticos, que se excluem reciprocamente. Adotado um, estará excluído o outro.*
>
> *E os 'outros direitos', referidos genericamente no art. 7°, inciso I, da Constituição, dizem respeito, por exemplo, a décimo terceiro salário, participação nos lucros, quando regulada, férias proporcionais, etc., igualmente devidos, e, por maior razão, na dispensa sem justa causa. Nenhum desses possíveis direitos, a serem criados ou assegurados pelo legislador complementar, poderá eliminar aquele consubstanciado na indenização compensatória, cuja inclusão, na futura lei integradora, é ordenada sob o comando imperativo do verbo 'preverá'. Dúvida inexiste, portanto, sobre o critério adotado pelo constituinte de 1988, mesmo porque, entre os demais direitos do trabalhador, reiterou o fundo de garantia por tempo de serviço no inciso III, do próprio art. 7°, completando, assim, a opção juspolítica que disciplinou a questão, e dando, para o trabalhador, direito autônomo sobre estes depósitos, que perderam, em conseqüência, o caráter indenizatório."*

Os órgãos de que emanaram os atos estatais domésticos ora impugnados (Presidência da República e Congresso Nacional), ao prestarem as informações que lhes foram **previamente** requisitadas, defenderam a plena validade constitucional dos diplomas em questão (**fls. 398/408** e **413/448**), cabendo assinalar, ainda, que o Senhor Presidente da República suscitou **questões preliminares** concernentes à ilegitimidade ativa das autoras e à inadmissibilidade, no caso, da ação direta de inconstitucionalidade.

STF-102.002 Imprensa Nacional

Havendo **pedido de medida cautelar**, submeto o exame dessa postulação à apreciação do E. Plenário do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.



TF 102 002 Imprensa Nacional

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, que, ajuizada em formação litisconsorcial ativa, tem por objetivo questionar a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo nº 68/92, que **aprovou** a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), e do Decreto nº 1.855/96, que **promulgou** esse mesmo ato normativo de direito internacional público.

Sustenta-se, na presente sede de controle normativo abstrato, que os arts. 4º a 10 da Convenção O.I.T. nº 158 qualificam-se como normas inconstitucionais, **quer sob o aspecto formal** (porque esse ato internacional, mesmo já incorporado ao sistema de direito positivo interno, não pode atuar como **sucedâneo** da lei complementar exigida pela Carta Política - **art. 7º, I** - para a disciplinação do tema concernente à proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária), **quer sob a dimensão material** (a Convenção nº 158, ao dispor sobre a possibilidade de reintegração compulsória do empregado arbitrariamente demitido, **divergiu** do modelo constitucional que **apenas** consagra, nos termos do art. 7º, I, da Carta Política, e do art. 10, I, do ADCT/88, a garantia da indenização compensatória).

SEI 302002 Imprensa Nacional

Impõe-se destacar que, **na matéria**, registra-se ampla controvérsia doutrinária, pois, se **existem** autores ilustres que sustentam a plena **validade** constitucional da Convenção nº 158 da O.I.T. (SÉRGIO PINTO MARTINS, **"A Dispensa do Trabalhador e a Convenção n. 158 da OIT"**, **in** Repertório IOB de Jurisprudência n. 5/96, p. 75; DENISE MARIA SCHELLENBERGER, **"Convenção 158 da OIT: Aplicabilidade e Compatibilidade com o Direito Positivo Brasileiro"**, **in** Síntese Trabalhista, vol. 81/20, 1996; JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL, **"Comentários à Convenção 158 da OIT - Garantia no Emprego"**, 1996, LTr; ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, **"A Convenção 158 da OIT"**, p. 35/45, 1996, Editora RTM Ltda.), **também há aqueles** que, em magistério **igualmente** autorizado, perfilham a tese da **incompatibilidade** desse ato internacional com o texto da Constituição da República (ARION SAYÃO ROMITA, **"Os Direitos Sociais na Constituição"**, p. 129, 1991, LTr; JOSÉ OTÁVIO PATRÍCIO DE CARVALHO, **"Aplicabilidade da Convenção n. 158, da OIT, nas Relações de Emprego no Brasil"**, **in** Revista LTr, vol. 60, n. 04, p. 516/519, 1996, **v.g.**).

A existência desse intenso dissídio doutrinário levou-me a requisitar prévias informações aos órgãos de que emanaram os atos estatais ora impugnados.

STF 102.002 Imprensa Nacional

Tanto a Presidência do Congresso Nacional (**fls. 413/448**) quanto a Presidência da República (**fls. 398/408**), em suas informações, sustentaram a plena validade constitucional dos atos questionados na presente sede de controle normativo abstrato, **repelindo**, em conseqüência, a argüição de inconstitucionalidade deduzida pelas Confederações patronais autoras.

O Senhor Presidente da República, por sua vez, suscita quatro questões preliminares, pertinentes (**a**) à **ausência** de legitimidade ativa das autoras, (**b**) à **existência** de vício formal na petição inicial, consistente na inadequada impugnação das normas da Convenção e não, como seria de rigor, dos atos que viabilizaram a incorporação do texto convencional ao plano do direito positivo interno, (**c**) à **inadmissibilidade** do controle abstrato de constitucionalidade, por tratar-se de Convenção internacional destituída de normatividade e (**d**) à falta de competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a constitucionalidade da Convenção, que, por ser ato internacional de caráter multilateral, transcende a esfera jurídica de interesse meramente unilateral do Estado brasileiro.

Rejeito todas as preliminares argüidas pelo Senhor Presidente da República.

STF 102002 Imprensa Nacional

Cumpre reconhecer, desde logo, que a presente ação direta foi ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte e pela Confederação Nacional da Indústria, que constituem entidades sindicais de grau superior, com regular existência jurídica desde 1954 (**CNT**) e 1938 (**CNI**), respectivamente, satisfazendo, em conseqüência, a regra inscrita no art. 103, IX, da Carta Política, que atribui legitimidade ativa às Confederações sindicais para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade.

O aspecto concernente ao requisito da pertinência temática foi bem justificado pelas autoras, que, a esse respeito, fizeram consignar (**fls. 5**):

> *"Por outro lado, há rigorosa relação de pertinência entre as finalidades sociais das entidades sindicais requerentes, dirigidas à defesa das categorias econômicas das empresas e estabelecimentos industriais e dos transportadores, que mantêm relações de trabalho com milhões de empregados em todo País, e o objeto da ação direta, consistente na declaração de inconstitucionalidade de normas que proibem o rompimento de contratos de trabalho, por decisão unilateral dos empregadores, e conferem aos órgãos da Justiça do Trabalho a faculdade de determinar a reintegração desses trabalhadores, nos casos de dispensa imotivada."*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu o **vínculo de pertinência temática** à condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa **ad causam** do autor,

STF 102.002 Empresa Nacional

naquelas hipóteses de ação direta ajuizada, **como no caso**, por confederações sindicais, ou, então, por entidades de classe de âmbito nacional, ou por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal.

As litisconsortes ativas são Confederações sindicais de caráter patronal. Os objetivos institucionais que motivaram a sua constituição **guardam** estrita relação de pertinência temática com o conteúdo normativo dos atos estatais ora impugnados.

Sendo assim - e tendo presente a própria jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal (**ADIn 1.114-DF**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **ADIn 1.096-RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, torna-se inquestionável a legitimidade ativa **ad causam** dessas entidades sindicais de grau superior para a instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

De outro lado, também não procede a objeção de que as autoras teriam impugnado, de maneira formalmente inidônea, ato insuscetível de controle normativo abstrato. **Na realidade**, as Confederações sindicais questionam, formalmente, na presente sede de controle abstrato, a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 68/92 (que aprovou definitivamente a Convenção nº 158/OIT) e do

STF 102.002 Imprensa Nacional

Decreto nº 1.855/96 (que promulgou essa mesma Convenção). A impugnação das normas convencionais só se faz por efeito conseqüencial, eis que a fiscalização de constitucionalidade em causa - ao incidir, **corretamente**, sobre os atos de direito interno referidos - estende-se, necessariamente, às normas convencionais que, **por seu intermédio**, foram introduzidas no ordenamento doméstico brasileiro.

É por essa razão que se revela plenamente admissível a presente ação direta, muito embora estenda-se a normas convencionais de caráter pré-constitucional, pois a Convenção nº 158/OIT foi subscrita em 1982, quando ainda vigorava, no Brasil, a Carta Federal de 1969. **No entanto**, as autoras, ao ativarem a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, indicaram, corretamente, como objeto do controle abstrato, precisamente, os atos estatais que, editados em 1992 (Decreto Legislativo nº 68) e em 1996 (Decreto nº 1.855), foram responsáveis - já vigente a nova Constituição de 1988 - pela formal introdução do texto convencional no âmbito do sistema de direito positivo interno do Brasil.

Também não se mostra acolhível a preliminar concernente à alegada inadmissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade da Convenção nº 158/OIT, por se qualificar -

STF 102062 Imprensa Nacional

consoante sustentam as informações do Presidente da República - como tratado-contrato.

Impõe-se reconhecer, desde logo, que a Convenção nº 158/OIT qualifica-se como ato internacional de conteúdo essencialmente normativo, veiculador de regras gerais, abstratas e impessoais, destinadas - enquanto consubstanciadoras de verdadeiras diretrizes de legislação - à observância dos Estados-Partes.

Sustenta-se, ainda, **em preliminar**, que o Supremo Tribunal Federal não dispõe de competência para apreciar a constitucionalidade da Convenção nº 158/OIT, eis que, tratando-se de ato internacional de caráter multilateral, esse controle abstrato transcenderia a esfera jurídica de interesse meramente unilateral do Estado brasileiro, afetando, em conseqüência, as relações normativas já estabelecidas, entre diversos Países signatários, no plano internacional.

Registre-se, antes de mais nada, que os atos estatais impugnados nesta sede de controle abstrato **compreendem** o Decreto Legislativo nº 68/92 e o Decreto nº 1.855/96, de cuja edição sucessiva resultou a definitiva incorporação, ao plano do direito interno brasileiro, das normas consubstanciadas na Convenção nº 158/OIT.

STF 102 (8/2 Imprensa Nacional

As normas convencionais, portanto, **agora reduzidas à dimensão doméstica do ordenamento jurídico brasileiro**, expõem-se, em conseqüência, ao pleno controle jurisdicional de constitucionalidade.

O exame desta **última** questão preliminar impõe reflexões que se fazem necessárias para efeito de **reconhecer** a possibilidade jurídica de o Supremo Tribunal Federal exercer, de maneira plena, o controle de constitucionalidade de normas de direito internacional, **quando já incorporadas, definitivamente, ao sistema normativo interno do Brasil**.

Na realidade, a fiscalização de constitucionalidade dos atos de direito internacional (**rectius**: dos atos estatais domésticos que incorporaram as normas convencionais ao sistema de direito positivo interno) qualifica-se, na perspectiva do sistema jurídico vigente no Brasil, como conseqüência necessária que deriva da **irrecusável** supremacia da Constituição da República sobre **todos** os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro.

Sabemos que o exercício do **treaty-making power**, pelo Estado brasileiro - não obstante o **polêmico** art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (**ainda** em curso de tramitação

STF-102/002 Imprensa Nacional

perante o Congresso Nacional) -, **está sujeito** à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional.

A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. **Nessa condição**, todas as leis e **tratados** celebrados pelo Brasil **estão subordinados** à autoridade normativa desse instrumento básico. **Nenhum** valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, **transgredir,** formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

É que o sistema jurídico brasileiro **não confere** qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional. É essencial reconhecer, portanto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais **impedirá** a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira, **ao contrário** do que prevalece, **p. ex.**, no sistema normativo vigente em Portugal, cuja Constituição (1976) - com as alterações introduzidas pela Segunda Revisão Constitucional (1989) - **excepcionalmente admite** a incidência de normas **formalmente** inconstitucionais constantes de tratados internacionais (**art. 277, n. 2**): "*A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra*

parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental".

Impõe-se enfatizar, **neste ponto**, que o modelo consagrado pela Constituição de Portugal revela-se semelhante, ainda que com algumas variações, ao que prescrevem importantes textos constitucionais vigentes no plano do direito comparado.

Assim, a Constituição do Reino dos Países Baixos, promulgada em 1982, **permite**, expressamente, que qualquer cláusula de tratado internacional que se revele incompatível com a Carta Política do Estado holandês seja, não obstante o vício de inconstitucionalidade, suscetível de incorporação ao direito interno daquele País, desde que o tratado venha a ser aprovado pelo voto de dois terços dos membros integrantes das Câmaras que compõem os Estados-Gerais (**Artigo 91, n. 3**).

O **mesmo** ocorre com a **recente** Constituição do Peru (1993), que **admite** a incorporação de **tratados inconstitucionais**, desde que esse ato de direito internacional público seja *"aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição..."* (**Artigo 57**).

STF-102.002 Imprensa Nacional

A Constituição argentina de 1853, por sua vez, com as inovações introduzidas pela reforma de 1994, atribuiu hierarquia constitucional a determinados tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (**Artigo 75, n. 22**).

Vê-se, portanto, que já se esboça, no plano do direito constitucional comparado, uma significativa tendência contemporânea que busca conferir verdadeira equiparação normativa aos tratados internacionais em face das próprias Constituições políticas dos Estados.

Essa, porém, não é a situação prevalecente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, **que prestigia**, de maneira incondicional, **a absoluta supremacia da Constituição** sobre todo e qualquer ato de direito internacional público.

Desse modo, a relação de eventual antinomia entre o tratado internacional e a Constituição da República **impõe** que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional. Daí a **procedente** advertência de JOSÉ FRANCISCO REZEK (**"Direito dos Tratados"**, p. 462/463, item n. 388, 1984, Forense), para quem:

> *"Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma* ***pacta sunt servanda****, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.*
>
> *Embora sem emprego de linguagem direta,* ***a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade****, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico.*
>
> *Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o Direito das Gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional.*
>
> .....
>
> ***Abstraída a constituição do Estado****, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente."* (**grifei**)

Foi por essa razão - e tendo presente o **absoluto primado** da Constituição da República sobre os atos de direito internacional público - que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, atuando em sede de controle normativo abstrato (**Rp. n° 803-DF**), **declarou** a inconstitucionalidade parcial da Convenção n° 110 da Organização Internacional do Trabalho (**RTJ 84/724**, Rel. Min. DJACI FALCÃO).

O eminente Prof. CELSO LAFER, quando Ministro das Relações Exteriores, ao propor à Presidência da República o

STF - 02/00 Imprensa Nacional

encaminhamento, ao Congresso Nacional, do texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, entendeu conveniente enfatizar, em sua Exposição de Motivos, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, a **necessária** subordinação hierárquica dos atos internacionais à ordem normativa fundada na Constituição da República:

> *"Infelizmente, o Brasil até hoje não ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em cuja elaboração participaram brilhantes especialistas nacionais. Dúvidas, a meu ver infundadas, surgidas no seio do próprio Executivo, acerca da compatibilidade de algumas cláusulas sobre entrada em vigor de tratados e a prática constitucional brasileira em matéria de atos internacionais (...) retardaram sua submissão ao referendo do Congresso Nacional. Esse impedimento é tanto mais injustificado quando se considera a possibilidade de fazer-se, no momento da ratificação, alguma reserva ou declaração interpretativa, se assim for o desejo do Poder Legislativo.* ***Seja como for, a eventual aprovação integral da Convenção****, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional,* ***nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição.*** *"*
> (**Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 19/5/92, p. 9241 - **grifei**)

O **fato irrecusável**, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro, reside na circunstância de que **todos** os tratados e convenções celebrados pelo Brasil devem **necessariamente** conformar-se ao **domínio normativo** da Constituição da República, sob pena de **invalidade** e de **ineficácia** das cláusulas convencionais.

STF 102002 Imprensa Nacional

Não se justifica, desse modo, a tese suscitada pelo Presidente da República, que sustenta, nas informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União, a impossibilidade jurídica do controle de constitucionalidade de tratados multilaterais. O Senhor Presidente da República, ao fundamentar essa questão preliminar concernente à inidoneidade do controle de constitucionalidade, alega que os atos multilaterais de direito internacional público - por transcenderem a esfera jurídica do interesse meramente unilateral do Brasil - não podem ser afetados por uma decisão judicial de origem doméstica, cujos efeitos, em última análise, culminariam por interferir no âmbito das relações pactuadas por diversas soberanias estrangeiras.

Na realidade, Senhor Presidente, **os tratados internacionais** - uma vez incorporados ao direito positivo interno do Brasil - **submetem-se, por inteiro, à supremacia normativa da Constituição da República**, expondo-se, em conseqüência, à possibilidade de controle de sua constitucionalidade.

A fiscalização jurisdicional de constitucionalidade dos atos de direito internacional público, desde que já definitivamente incorporados ao sistema de direito positivo interno do Brasil, compreende a possibilidade de contraste dos tratados internacionais

tanto no plano do controle incidental (**método difuso**) quanto no plano do controle principal ou abstrato (**método concentrado**).

Não há dúvida, portanto, de que se revela possível impugnar **in abstracto**, perante o Supremo Tribunal Federal, a legitimidade constitucional de atos normativos de direito internacional público, desde que - **reitere-se** - já incorporados ao plano do direito positivo interno brasileiro.

O magistério doutrinário **reconhece** a possibilidade jurídica de os **atos domésticos** - que aprovaram (decreto legislativo) e que promulgaram (decreto presidencial) os tratados e convenções internacionais, **incorporando-os formalmente ao plano do direito positivo interno** - qualificarem-se como atos **passíveis** de controle abstrato de constitucionalidade (GILMAR FERREIRA MENDES, "**Jurisdição Constitucional**", p. 155 e 168, 1996, Saraiva; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**", p. 142, 1995, RT; ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS, "**O Poder de Celebrar Tratados**", p. 277, 1995, Fabris Editor, Porto Alegre; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "**Direito Internacional Público**", p. 104, item n. 49, 5ª ed., 1995, Saraiva).

Mais do que isso, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar essa questão sob a égide da Carta Política de 1969,

STF 102002 Imprensa Nacional

expressamente **admitiu** a sua competência, para, **em sede de fiscalização concentrada**, efetuar a verificação em abstrato da constitucionalidade de atos internacionais, **enfatizando** que as regras acolhidas em Tratado ou em convenção, "*não obstante oriundas de instrumento internacional (...), **não guardam validade** na órbita interna, **se afrontam** preceito da Lei Magna*" (**RTJ** 84/724, **727**, Rel. Min. DJACI FALCÃO - **grifei**).

Esta Suprema Corte, ao **reconhecer** a competência do Poder Judiciário para efetuar o controle de constitucionalidade dos atos internacionais, **limitou-se**, na realidade, **a proclamar a inquestionável supremacia jurídica** da ordem constitucional sobre as prescrições emergentes de qualquer tratado internacional, pois, consoante **adverte** PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**", tomo IV/146, item 35, 2ª ed., 1974, RT), "***Também ao tratado**, como a qualquer lei, **se exige ser constitucional.***" (**grifei**)

Na verdade, essa compreensão do tema, **que confere absoluta precedência à Constituição da República sobre os tratados internacionais celebrados pelo Brasil**, tem sido reiterada em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal, de que constitui exemplo expressivo a decisão proferida no **RE 109.173-SP**, de que foi Relator o eminente Ministro CARLOS MADEIRA (**RTJ** 121/270-276).

23

Nesse julgamento, os votos proferidos pelos eminentes Ministros CARLOS MADEIRA ("*Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política.*" - **RTJ** 121/272) e CÉLIO BORJA ("*...tenho que nenhum tratado prevalece sobre a Constituição...*" - **RTJ** 121/276) enfatizaram a supremacia jurídica da ordem constitucional sobre quaisquer tratados e convenções internacionais.

Assim sendo, **rejeito** a preliminar suscitada pelo Senhor Presidente da República e **reconheço**, em conseqüência, a **possibilidade** de o Supremo Tribunal Federal efetuar o controle abstrato de constitucionalidade da Convenção nº 158/OIT, porque - não obstante o caráter multilateral desse ato normativo internacional - está ele sujeito, uma vez incorporado definitivamente ao direito positivo interno do Brasil, à eficácia subordinante das cláusulas inscritas na Constituição da República.

Passo, em conseqüência, **a examinar** o pedido de suspensão cautelar de eficácia dos atos estatais ora impugnados na presente sede de controle abstrato.

A Convenção nº 158 foi adotada pela Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), em 1982, com o objetivo de estabelecer normas destinadas a disciplinar o término ou a extinção da relação de trabalho, por iniciativa do empregador.

Essa Convenção - **ratificada**, até o presente momento, pelo **Brasil**, Austrália, Bósnia-Herzegovina, Camarões, Chipre, Eslovênia, Espanha, Etiópia, Finlândia, França, Gabão, Iugoslávia, Letônia, Malawi, Marrocos, Niger, Portugal, República do Iemen, Suécia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Venezuela, Zaire e Zâmbia - prescreve regras de fundamental importância, vocacionadas a conferir, no âmbito de sua incidência, efetiva proteção de ordem jurídica e de natureza econômica e social aos trabalhadores, outorgando-lhes prerrogativas que, substancialmente, **já lhes defere** o ordenamento positivo brasileiro.

Devo assinalar, por necessário, que a Convenção nº 158 da O.I.T. (1982) - que estabelece a disciplina normativa concernente ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e que fixa regras de proteção contra a despedida arbitrária do trabalhador - acha-se definitivamente incorporada à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que **já se concluiu** o procedimento de sua solene recepção pelo sistema de direito positivo interno do Brasil.

25

A questão da **executoriedade** dos tratados internacionais no âmbito do direito interno - analisado esse tema na perspectiva do sistema constitucional brasileiro - **supõe** a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica.

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do **monismo** e do **dualismo** tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (**"Droit International Public Approfondi"**, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera ***"discussion d'école"***, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de **recepção**, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional **não dispõe**, por autoridade própria, de exeqüibilidade e de operatividade **imediatas** no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, **depende**, essencialmente, de um processo de integração normativa **que se acha delineado**, em seus aspectos básicos, **na própria Constituição da República**.

Daí a **precisa** observação de JOÃO GRANDINO RODAS (**"Tratados Internacionais"**, p. 17, item n. 8, 1991, RT):

> *"É corolário da teoria dualista a necessidade de,* ***através de alguma formalidade****, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o Direito interno, para que estes,* ***embora já existentes no plano internacional****, possam ter validade e executoriedade no território nacional.* ***Consoante o monismo****, não será necessária a realização de* ***qualquer*** *ato pertinente ao Direito interno após a ratificação.*
>
> *Grande parte dos Estados,* ***seguindo a concepção dualista nesse pormenor****, prescreve sejam os tratados já ratificados incorporados à legislação interna através da promulgação ou simples publicação."* (**grifei**)

Não se pode desconhecer, **na linha da concepção dualista** - que supõe a pluralidade, em caráter autônomo, de ordens normativas distintas e independentes e que sustenta a existência de limites definidos entre o direito interno e o direito externo -, que se impõe, **para efeito de absorção das cláusulas constantes de tratados internacionais**, um ato de formal recepção (**que não se confunde com a mera ratificação**) praticado segundo as regras inscritas no ordenamento positivo do Estado subscritor.

Impõe-se, neste ponto, fazer uma observação necessária: **a visão dualista**, precisamente por enfatizar que a ordem internacional e o ordenamento interno qualificam-se como ordens normativas **independentes**, entende **necessário** que o conteúdo normativo do ato internacional - para revestir-se de aplicabilidade **no plano interno** - deve ser transformado, **mediante formalidade estabelecida no sistema constitucional**, em norma jurídica interna, **não bastando**, em conseqüência, na perspectiva do regime instituído

na Carta Política do Brasil, a mera e só ratificação do tratado, consoante pretendem os adeptos da concepção monista.

Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à **definição do momento** a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno **excede**, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois **cabe à Constituição da República** - e a esta, **somente** - disciplinar a questão pertinente à **vigência doméstica** dos tratados internacionais.

Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que **não exige** a edição de lei para efeito de **incorporação** do ato internacional ao direito interno (**visão dualista extremada**) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de **iter** procedimental que **compreende** a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (**visão dualista moderada**).

Uma coisa, porém, é absolutamente inquestionável sob o **nosso** modelo constitucional: a **ratificação** - que se qualifica como típico ato de direito internacional público - **não basta**, por si só, para promover a **automática** incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno. É que, para esse específico efeito,

impõe-se a coalescência das vontades autônomas do Congresso Nacional **e** do Presidente da República, cujas deliberações individuais - embora necessárias - não se revelam suficientes para, isoladamente, gerarem a integração do texto convencional à ordem interna, tal como adverte JOSÉ FRANCISCO REZEK ("**Direito Internacional Público**", p. 69, item n. 34, 5ª ed., 1995, Saraiva).

Desse modo, e para além da controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas, impõe-se reconhecer que, **em nosso** sistema jurídico, **é na Constituição da República** que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao ordenamento doméstico brasileiro. Para esse efeito, a Lei Fundamental da República qualifica-se como a **sedes materiae**, por excelência, **essencial** - a partir das prescrições que nela se acham consubstanciadas - à **identificação** do procedimento estatal concernente à **definição** do momento em que as normas constantes de tratados internacionais **passam a vigorar**, com força executória, no plano do sistema jurídico **nacional**.

O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da **conjugação** de duas vontades homogêneas: **a do Congresso Nacional**, que

resolve, definitivamente, **mediante decreto legislativo**, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (**CF**, art. 49, I) **e a do Presidente da República**, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (**CF**, art. 84, VIII), também dispõe - **enquanto Chefe de Estado que é** - da competência para promulgá-los **mediante decreto**.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão pertinente à inserção dos atos internacionais no âmbito do direito positivo interno brasileiro, **destacou** - na perspectiva da disciplina constitucional que rege esse processo de recepção - que, *"Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna"* (**RTJ 58/70**, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO).

No caso, o **iter** procedimental de incorporação da Convenção O.I.T. nº 158 à ordem positiva interna do Brasil **já se concluiu**, eis que, além de sua aprovação definitiva pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 68/92), sobreveio - a par da ratificação (**que é ato de direito internacional público**) - a promulgação do texto convencional pelo Presidente da República (Decreto n. 1.855/96).

Todos sabemos que o decreto presidencial, que **sucede** à aprovação congressual do ato internacional e à troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, revela-se - enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico - manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: (**a**) a **promulgação** do tratado internacional; (**b**) a **publicação** oficial de seu texto; e (**c**) a **executoriedade** do ato internacional, que passa, então, **e somente então**, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Daí a **exata** observação de JOÃO GRANDINO RODAS ("**A Publicidade dos Tratados Internacionais**", p. 200, 1980, RT), que, ao identificar o decreto presidencial de promulgação do ato de direito internacional público como assinalador do momento a partir do qual a fonte internacional (tratado ou convenção) passa a integrar-se à ordem normativa interna do Estado, acentua: "*a promulgação* ***atesta*** *a adoção da lei pelo legislativo,* ***certifica*** *a sua existência e o seu texto e* ***afirma****, finalmente, o seu valor imperativo e executório.*" (**grifei**)

Lapidar, **sob essa perspectiva**, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, **bem apreciando** a questão da integração dos tratados internacionais ao

nosso direito interno - e **refletindo** o próprio magistério da doutrina (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, **"Comentários à Constituição Brasileira de 1988"**, vol. 2/21, 1992, Saraiva) -, acentuou:

> *"... No direito brasileiro, dá a Constituição Federal competência privativa ao Presidente da República para celebrar tratados e convenções internacionais* ***ad referendum*** *do Congresso Nacional (...). Por outro lado, tem o Congresso Nacional competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República (...). Assim,* ***celebrado*** *o tratado ou convenção por representante do Poder Executivo,* ***aprovado*** *pelo Congresso Nacional e* ***promulgado*** *pelo Presidente da República, com a publicação do texto em português no órgão de imprensa oficial,* ***tem-se como integrada*** *a norma da convenção internacional no direito interno."* (**grifei**)
> (**Revista de Jurisprudência do TJRS**, vol. 4/193, Rel. Des. PAULO BOECKEL VELLOSO)

O eminente Ministro FRANCISCO REZEK, em valiosíssima obra monográfica (**"Direito dos Tratados"**, p. 384/386, itens ns. 321 e 322, 1984, Forense), ao discorrer sobre esse tema, ressalta a **imprescindibilidade** da promulgação **e** da publicação, **por ordem presidencial**, dos tratados celebrados pelo Brasil (desde que já definitivamente aprovados pelo Congresso Nacional), sob pena de absoluta ineficácia jurídica desses atos internacionais no plano doméstico:

> *"O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe - resulte de produção legislativa internacional ou doméstica - presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado*

> *regularmente concluído* ***depende*** *dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário.*
> .....
> *No Brasil se* ***promulgam****, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional.*
> .....
> *Cuida-se de um* ***decreto****, unicamente porque os atos do Chefe de Estado costumam ter esse nome. (...). Vale aquele como ato de* ***publicidade*** *da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial,* ***para que o tratado*** *- cujo texto completo vai em anexo -* ***se introduza na ordem legal****, e opere desde o momento próprio."* (**grifei**).

Vê-se, portanto, que a aprovação congressual **e** a promulgação executiva atuam, nessa condição, como pressupostos indispensáveis da própria aplicabilidade, **no plano normativo interno**, da convenção internacional celebrada pelo Brasil (CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, "**Curso de Direito Internacional Público**", vol. 1/125, itens 89 e 90, 4ª ed., 1974, Freitas Bastos; HILDEBRANDO ACCIOLY, "**Tratado de Direito Internacional Público**", vol. I/577 e 601-603, itens 904 e 933-935, 2ª ed., 1956, RJ).

Torna-se irrecusável admitir, portanto, que a Convenção nº 158 da O.I.T. **está** formalmente incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil.

Fixadas as premissas que me pareceram essenciais - **especialmente** aquelas concernentes, de um lado, ao **reconhecimento** da

STF - 102 002 ... Nacional

incorporação formal da Convenção n. 158/OIT ao direito interno brasileiro e, de outro, à **possibilidade** de controle normativo abstrato da constitucionalidade de atos internacionais -, **resta verificar** se a tese sustentada pelas Confederações sindicais autoras reveste-se, ou não, de plausibilidade jurídica, quanto à **alegada** inconstitucionalidade dos arts. 4° a 10 da Convenção em referência.

As autoras da presente ação direta - **apoiando-se** em parecer da lavra do eminente jurisconsulto J. SAULO RAMOS (**fls. 93/153**) - sustentam que as normas inscritas nos arts. 4° a 10 da Convenção n° 158/OIT qualificam-se como normas inconstitucionais, **quer sob o aspecto material** (a Convenção n° 158, ao dispor sobre a possibilidade de reintegração compulsória do empregado arbitrariamente demitido, divergiu do modelo constitucional que **apenas** consagra, nos termos do art. 7°, I, da Carta Política, e do art. 10, I, do ADCT/88, a garantia da indenização compensatória), **quer sob a dimensão formal** (porque esse ato internacional, já incorporado ao sistema de direito positivo interno, não pode atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pelo art. 7°, I, da Carta Política, para efeito de disciplinação do tema concernente à proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária).

Impõe-se examinar, portanto, a alegação de **inconstitucionalidade material** em que teriam incidido os atos ora impugnados.

As Confederações autoras enfatizam que a Constituição brasileira promulgada em 1988 - ao **afastar** o instituto jurídico da estabilidade e, por efeito conseqüencial, ao **não mais admitir** a validade da previsão legislativa concernente à reintegração compulsória, no emprego, do trabalhador demitido - "*abonou a possibilidade de rescisão de contrato de trabalho, não só por justa causa, como também por razões de caráter técnico ou conveniência empresarial, econômica ou financeira, mediante indenização compensatória ...*" (**fls. 114**).

Sob tal perspectiva, as autoras - com suporte no parecer do Dr. J. SAULO RAMOS (**fls. 114**) - fizeram consignar a absoluta **inconvivência** entre o instituto da reintegração forçada (que constitui consectário da estabilidade) e a garantia da indenização compensatória:

> "*É absolutamente subordinante este comando constitucional, pois o constituinte, entre outros direitos, mencionou e destacou a 'indenização compensatória', precisamente para que o legislador ordinário não a* ***substituísse*** *pela* ***reintegração.*** *Indenização compensatória e reintegração são distintos critérios jurídicos e políticos, que se excluem reciprocamente. Adotado um, estará excluído o outro.*

> *E os '**outros direitos**', referidos genericamente no art. 7°, inciso I, da Constituição, dizem respeito, por exemplo, a décimo terceiro salário, participação nos lucros, quando regulada, férias proporcionais, etc, igualmente devidos, e por maior razão, na dispensa sem justa causa. Nenhum desses possíveis direitos, a serem criados ou assegurados pelo legislador complementar, poderá eliminar aquele consubstanciado na indenização compensatória, cuja inclusão, na futura lei integradora, é ordenada sob o comando imperativo do verbo '**preverá**'. Dúvida inexiste, portanto, sobre o critério adotado pelo constituinte de 1988, mesmo porque, entre os demais direitos do trabalhador, reiterou o fundo de garantia do tempo de serviço no inciso III, do próprio art. 7°, completando, assim, a opção juspolítica que disciplinou a questão, e dando, para o trabalhador, direito autônomo sobre estes depósitos, que perderam, em conseqüência, o caráter indenizatório".*

A Constituição do Brasil, ao proclamar os direitos sociais da classe trabalhadora, instituiu um mecanismo de significativa importância destinado a preservar o vínculo laboral. O legislador constituinte, atento à necessidade de expandir os direitos dos trabalhadores, prescreveu, no art. 7°, I, da Carta Política, que:

> *"**Art. 7°.** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
> *I. relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos."*

A União Federal ainda não editou a lei complementar exigida pelo texto constitucional. Com o objetivo de colmatar

possível omissão inconstitucional do Poder Público, decorrente do inadimplemento da prestação legislativa reclamada pela Carta Política, o próprio legislador constituinte instituiu solução normativa destinada a impedir os graves inconvenientes que derivam de situações caracterizadoras de **vacuum legis**. Estabeleceu no art. 10, I, do ADCT/88, que, até a promulgação da lei complementar em referência, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deverá limitar-se a quarenta por cento dos valores depositados na conta vinculada do FGTS, titularizada pelo empregado despedido.

A norma inscrita no art. 7°, I, da Constituição, ao enunciar a garantia jurídico-social da proteção contra a despedida arbitrária do trabalhador, por iniciativa do empregador, contemplou, em seu texto, verdadeira **fórmula de ponderação**, que institucionalizou **solução de caráter transacional** destinada a conciliar posições contrastantes que se formaram no seio da Assembléia Nacional Constituinte: **nem** se reconheceu ao empregador o poder absoluto de despedir imotivadamente e **nem** se atribuiu ao empregado a garantia da intangibilidade do vínculo laboral.

Na realidade, o preceito consubstanciado no art. 7°, I, da Carta Política **restringe** o direito potestativo do empregador em tema de rescisão unilateral do contrato individual de trabalho,

exigindo, para efeito de legítima extinção do vínculo laboral, a ocorrência de uma causa de justificação.

A infringência dessa regra constitucional - tendo-se presente a solução conciliatória consagrada pela Carta Política - imporá ao empregador o dever de prestar ao empregado, injusta ou arbitrariamente demitido, uma indenização compensatória, dentre outros direitos, afastado, no entanto, o acesso do trabalhador ao regime da estabilidade plena.

Cumpre ter presente, bem por isso, a análise do texto constitucional (**CF**, art. 7°, I) feita por AMAURI MASCARO NASCIMENTO ("**Direito do Trabalho na Constituição de 1988**", p. 44/46, 1989, Saraiva):

> *"A Constituição dispõe que a relação de emprego será protegida contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, mediante o pagamento de indenização compensatória, dentre outros direitos.*
>
> ***Desde logo** fica certo que o princípio seguido não é o da estabilidade plena. **Esta foi afastada**.*
>
> .....
>
> *A **primeira** novidade que se observa é a da **supressão da estabilidade** da Constituição, o que pode ser interpretado como um recuo no plano constitucional, e desde que se admita que a mesma é medida de proteção ao trabalhador.*
>
> *A **segunda** modificação é a volta da indenização em caso de dispensa, que, antes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, beneficiava todo empregado com mais de um ano no emprego, despedido sem justa causa. Após o fundo de garantia, os optantes passaram a ter direito aos depósitos efetuados na conta bancária no lugar da*

38

*indenização. Com a alteração introduzida, todo trabalhador terá direito à indenização, **sem prejuízo** dos depósitos do fundo. Os dois direitos são cumulativos. Somam-se portanto. Um não excluirá o outro. Nesse ponto houve um aumento de direitos dos trabalhadores.*

Porém, como a efetivação dessas medidas depende de lei complementar, foram aprovadas disposições transitórias, segundo as quais, até a promulgação dessa lei, a indenização será representada pela elevação da multa prevista para a dispensa, sem justa causa, do empregado optante do Fundo de Garantia, estipulada pela Lei n. 5.107, de 1966.

Essa multa, de 10%, é elevada em quatro vezes, portanto, para 40% (...).

*A **terceira** alteração é a adoção do conceito de dispensa arbitrária. Não é o mesmo que dispensa sem justa causa, já que a Constituição faz referência às duas figuras - à dispensa arbitrária e à dispensa sem justa causa - o que faz supor que aquela contempla hipóteses mais amplas do que esta. Essas hipóteses serão definidas pela lei.*

*A **quarta** modificação é a garantia de outros direitos, **além da indenização compensatória**, a serem definidos também pela lei, e que não estão previstos, com o que se abre uma oportunidade para a adoção de medidas efetivamente protecionistas contra a dispensa arbitrária, como a introdução de um sistema legal de disciplina das dispensas coletivas determinadas por causas econômicas, como há em diversos países.*

De outro lado, foram preservadas as estabilidades provisórias previstas em lei, contratos ou sentenças normativas, como as do membro da CIPA, do dirigente sindical, da gestante etc. A nova Constituição não as excluiu." (**grifei**).

Esse mesmo entendimento é também exposto por ARION SAYÃO ROMITA ("**Efeitos da Ratificação da Convenção nº 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro**", **in** Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª Quinzena de Março de 1996 - nº 5/96, p. 77), que, a esse propósito, observa:

> *"Não há dúvida, porém, de que a corrente doutrinária mais acreditada apóia o entendimento de que a Constituição em vigor exclui a possibilidade de reintegração: já que o art. 7°, I, manda a lei complementar prever indenização compensatória, implicitamente veda a estabilidade absoluta como regra geral (só a admite nas hipóteses taxativamente enumeradas: dirigente sindical, gestante e diretor da CIPA)."*

OCTÁVIO BUENO MAGANO e ESTEVÃO MALLET ("**O Direito do Trabalho na Constituição**", p. 65-66, item n. 7, 2ª ed., 1993, Forense), por sua vez, **perfilham igual orientação** nessa matéria, **sustentando** que a indenização compensatória, e não a reintegração no emprego, é a sanção constitucionalmente admissível para as hipóteses de despedida arbitrária ou sem justa causa, por iniciativa do empregador. Esse autores, ao versarem o tema em análise, assinalam:

> *"A sanção, por excelência, para a hipótese de inobservância das limitações impostas ao direito de dispensa é a da indenização compensatória. Contudo, para situações especiais, como, por exemplo, a do dirigente sindical, outra sanção poderá ser cominada, **verbi gratia**, a de reintegração no emprego, como, aliás, já ficou estabelecido no item VII do art. 8° da Constituição. Das disposições transitórias, que a complementam, consta, ademais, que o empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes deverá ser também aquinhoado com estabilidade, desde o registro de sua candidatura, até um ano após o final de seu mandato (art. 11, II, a). O mesmo benefício atribuiu-se à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.*
>
> *Até o advento de lei complementar que trace os contornos da indenização compensatória, referida no item I, do art. 7° da Constituição, a sanção, por excelência, para despedidas imotivadas é a do adicional*

de 40% do FGTS. A aplicação dessa sanção para empregados urbanos, já vinculados ao FGTS, não suscita maiores dificuldades: deve incidir sobre o total dos depósitos existentes na conta vinculada do empregado despedido, a partir do início do respectivo contrato de trabalho."

ARNALDO SÜSSEKIND, em autorizado magistério (**"Instituições de Direito do Trabalho"**, vol. I/625-626, 13ª ed., 1993, LTr), após destacar que o tema da estabilidade do trabalhador no emprego gerou ampla controvérsia no âmbito da Assembléia Nacional Constituinte, enfatiza a circunstância de que o mecanismo da indenização compensatória foi instituído como sucedâneo da garantia da estabilidade, expendendo, em torno do alcance do art. 7°, I, da Constituição, as seguintes e exatas considerações:

"(...) Ora, a indenização em caso de despedida arbitrária, adotada como regra, exclui a reintegração, que seria o corolário jurídico da despedida sem justa causa do empregado com direito à estabilidade.

A expressão 'outros direitos', incluída no mesmo inciso I do art. 7° da Carta Magna, poderá ensejar a previsão de hipóteses especiais de estabilidade; não o direito ao emprego como regra geral. E tanto é assim, que o art. 8°, inciso VIII, assegurou a estabilidade absoluta dos dirigentes e representantes sindicais, desde o registro das respectivas candidaturas até doze meses após a extinção do mandato. Por seu turno, as Disposições Constitucionais Transitórias previram duas hipóteses de nulidade da despedida arbitrária (estabilidade relativa): a) para a empregada gestante, da confirmação da gravidez até cinco meses depois do parto; b) em favor do empregado eleito 'para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes', até um ano após o término do mandato (art. 10, II, a e b). Essas garantias constitucionais vigorarão até que sobrevenha a Lei Complementar

cogitada pelo art. 7°, I, da Carta Magna, a qual deverá dispor sobre a matéria.

.....

A proteção ao emprego de que cogita a Lei Fundamental não configura nem a estabilidade absoluta, nem a relativa, porquanto não garante o emprego; corresponde apenas a normas que objetivam dificultar e compensar economicamente a despedida arbitrária, na qual se insere a praticada sem justa causa:

a) indenização compensatória (art. 7°, I);

b) seguro-desemprego (arts. 7°, II, e 239, § 4°);

c) levantamento dos depósitos do FGTS (art. 7°, III);

d) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7°, XXI).

O ordenamento jurídico a respeito estatuído pela nova Constituição visa, destarte, à efetividade do empregado e não, como regra, a estabilidade.

*A expressão 'dentre outros direitos' (art. 7°, I, **in fine**) há de ser interpretada à luz desse sistema.*

***Embora tenhamos defendido a tese de que a despedida arbitrária deveria gerar o direito de reintegração do trabalhador** - conseqüência lógica e jurídica da estabilidade no emprego - tal como na hipótese do art. 165 da CLT, por nós redigido, **não vemos como a Lei Complementar prevista no aludido inciso constitucional possa, agora, adotar essa solução como regra geral.**"* (**grifei**).

Impõe-se verificar, uma vez assentadas tais premissas, se as normas inscritas na Convenção 158/OIT, objeto de impugnação na presente sede processual (arts. 4° a 10), ensejam, **em função de seu próprio texto** - e não em função de interpretações judiciais eventualmente equivocadas - a possibilidade de **aplicação imediata** da garantia da reintegração forçada no emprego, **com prejuízo** do mecanismo da indenização compensatória.

A análise das normas impugnadas **parece** evidenciar que a Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade, no plano interno, **não consagrou**, como **única** conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes instituírem, em sua legislação nacional, a garantia da reintegração no emprego. **Pelo contrário**, a Convenção nº 158/OIT **expressamente permite** a cada Estado-Parte (**Artigo 10**), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, **opte** pela solução que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em conseqüência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País, a fórmula da reintegração no emprego **ou** da indenização compensatória.

O **Artigo 4º** da Convenção nº 158/OIT contém a enunciação de um princípio básico, que, além de consagrado por esse ato de direito internacional público, **também** foi proclamado pelo ordenamento constitucional brasileiro, que instituiu norma destinada a proteger a relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou dispensas sem justa causa.

Essa proclamação constante do texto convencional não se qualifica, só por si, como declaração revestida de inconstitucionalidade, eis que se limita a prestigiar, no ponto,

precisamente um postulado fundamental adotado pelo próprio legislador constituinte brasileiro. A mera referência explicitadora de um princípio fundado na Constituição, que guarda solidariedade e fidelidade a um valor essencial prestigiado pela própria Carta Política do Estado, não se reveste, à toda evidência, da eiva de inconstitucionalidade, especialmente se se tiver presente - considerada a natureza programática do documento convencional em questão - a cláusula inscrita em seu Artigo 1°, que estabelece, como regra geral, que as disposições da Convenção 158/OIT deverão ser implementadas e desenvolvidas ***"através da legislação nacional ..."***.

É importante assinalar, neste ponto, que a própria Convenção n° 158/OIT, considerando imprescindível para efeito de sua implementação a observância das peculiaridades domésticas de cada ordenamento positivo nacional, estabelece, nas diversas cláusulas que lhe compõem o texto, que a aplicabilidade das normas convencionais estará sempre sujeita ao que dispuser a ***"legislação nacional"*** do Estado-Parte (**Art. 1°**, **Art. 6°**, n. 2 e **Art. 14**, n. 3) **ou** ao que estabelecerem ***"a legislação e a prática nacional"*** (**Art. 8°**, n. 2; **Art. 10**; **Art. 12**, n. 1; **Art. 13**, n. 1, **b**, v.g.).

O **Artigo 5°** da Convenção n° 158/OIT, por sua vez, relaciona motivos que não poderão justificar a extinção unilateral, por iniciativa do empregador, do contrato individual do trabalho,

fazendo expressa referência às seguintes situações: (**a**) filiação sindical e participação em atividades sindicais; (**b**) disputa e exercício de função de representação dos trabalhadores; (**c**) exercício do direito de petição, inclusive em juízo, para denunciar e reclamar contra violações legais e atos ilícitos supostamente praticados pelo empregador; (**d**) discriminação fundada em razões de ordem racial, étnica, sexual, política, social, fisiológica ou confessional; (**e**) ausência da mulher ao trabalho durante a licença maternidade.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao proclamar a declaração dos direitos sociais da classe trabalhadora - incorporando ao seu texto expressivas conquistas consagradas em documentos internacionais da maior relevância, como a Carta Interamericana de Garantias Sociais aprovada em Bogotá em 1948 (**Art. 26**) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovado em 1966 pela 21ª Assembléia Geral da ONU (**Arts. 7° e 8°**) - instituiu um sistema articulado de proteção **destinado a impedir** a ruptura abusiva e arbitrária do contrato individual de trabalho, por iniciativa do empregador.

Esse mecanismo de tutela compreende a garantia constitucional da estabilidade provisória, que beneficia (**a**) o dirigente sindical (**CF**, art. 8°, VIII), (**b**) o empregado que exerce

funções de representação sindical da categoria profissional a que pertence (**CF**, art. 8°, VIII), (**c**) o empregado que disputa e, também, aquele que se elege para cargo de direção nas comissões internas de prevenção de acidentes (**ADCT**, art. 10, II, **a**) e (**d**) a empregada gestante (**ADCT**, art. 10, II, **b**).

Também no plano meramente infraconstitucional, essa mesma garantia de estabilidade provisória já era assegurada aos empregados dirigentes de cooperativas legalmente reconhecidas (**Lei n. 5.764/71**) e aos empregados que houvessem sofrido acidente do trabalho (**Lei n° 8.213/91**, art. 118).

Convém assinalar, ainda, que práticas discriminatórias, fundadas nas mesmas razões elencadas pela própria Convenção n° 158, além de se qualificarem como transgressões explícitas a postulados constitucionais básicos consagrados pela Carta da República (**art. 5°**, inc. I, XLI e XLII; **art. 7°**, inc. XXX e XXXI), configuram, em nosso direito positivo, atos revestidos de ilicitude, aptos a induzirem, até mesmo, a responsabilidade penal dos infratores, consoante prescreve a **Lei n° 9.029/95**, que pune, com a pena de um a dois anos de detenção, e multa, a conduta do empregador que deixa de contratar, ou despede, a trabalhadora, por razões vinculadas ao seu estado de gravidez (**art. 2°, I**).

De outro lado, a própria Lei nº 9.029/95, ao repudiar práticas discriminatórias que limitam o acesso, ou que afetam a manutenção da relação de emprego, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (**art. 3º**), comina punições ao empregador, permitindo seja ele punido administrativamente com sanções pecuniárias e com a proibição de empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Impende assinalar, ainda, que a própria jurisprudência dos tribunais - notadamente a do Supremo Tribunal Federal e a do Tribunal Superior do Trabalho - construiu um sistema de proteção em torno do empregado, em ordem a impedir rupturas abusivas do contrato individual do trabalho. Assim é que esta Suprema Corte - apreciando questão surgida ainda na vigência do regime anterior - reputou abusiva a extinção unilateral do contrato individual de trabalho, por motivo de filiação político-partidária. Ao assim decidir, o STF - julgando controvérsia que surgiu sob a égide da Carta Política de 1969 - reputou ilícito o ato do empregador, qualificando-o, ante o caráter discriminatório que assumiu, como típica expressão do abuso empresarial no exercício do poder de despedir (**RTJ 138/284**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO).

Vê-se, portanto, que as hipóteses previstas no **art. 5°** da Convenção n° 158/OIT constituem situações **já previstas** no ordenamento positivo interno do Brasil, seja no plano constitucional, seja na esfera meramente legal ou jurisprudencial.

O **art. 6°** da Convenção n° 158/OIT, **de sua vez**, sensível à circunstância de que ausências transitórias ao trabalho, por motivo de doença ou de lesão, não devem qualificar-se como causa legitimadora da ruptura do contrato de trabalho, por iniciativa patronal, remete ao plano da legislação interna de cada Estado-Parte a definição normativa do que deve constituir, para esse específico efeito, uma ausência temporária ao trabalho.

Como precedentemente pude assinalar, o direito positivo brasileiro **já contém** - desde **antes** da própria incorporação da Convenção 158/OIT ao nosso sistema normativo interno - normas legais, que, ao dispensarem proteção jurídico-social aos empregados, visam a preservar-lhes o vínculo contratual com a empresa.

É o que ocorre, por exemplo, com o empregado acidentado. A **Lei n. 8.213/91** dispõe, em seu art. 118, que "O *segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário ...*".

48

Registre-se, ainda, no contexto do Art. 6° da Convenção n° 158/OIT, que, nos afastamentos **superiores** a quinze (15) dias, "*O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado*" (**Lei n. 8.213/91**, art. 63, **caput**), incumbindo ao empregador, de outro lado, o dever de pagar ao segurado empregado o seu salário integral (**salário enfermidade**) durante os **primeiros** quinze (15) dias subseqüentes àquele em que se deu o afastamento da atividade laboral por motivo de doença (**lex cit**, art. 60, § 3°).

Vê-se, portanto, que a Convenção n. 158/OIT em nada inovou na matéria ora em análise, pois a legislação interna do Brasil já prevê e estabelece quais são as causas que, justificadas por motivo de doença ou de lesão, conservam íntegro o vínculo laboral do empregado com a empresa.

Na realidade, a Convenção n° 158/OIT adotou princípios básicos **já consagrados** pelo ordenamento constitucional e pela legislação infraconstitucional do Brasil.

É certo, ainda, tal como enfatizou o eminente Ministro ALMIR PAZZIANOTTO, no exercício eventual da Presidência do E. Tribunal Superior do Trabalho (**Revista LTr**, vol. 60, n. 8,

p. 1.024, 1996), que a própria Convenção nº 158/OIT, considerando a essencial diversidade sócio-econômica e político-institucional dos inúmeros Estados que viessem a subscrevê-la, não estabeleceu modelos rígidos ou critérios únicos concernentes à disciplina e à proteção da relação de emprego.

Ao contrário, esse ato de direito internacional público consagrou soluções normativas abertas e flexíveis destinadas a permitir que cada País, observando o seu próprio modelo constitucional, pudesse adequar o texto convencional às exigências formais e materiais de seu estatuto político.

A Convenção nº 158/OIT, portanto, não sendo um texto normativo de aplicabilidade imediata, constitui, na realidade, uma fonte jurídica de princípios gerais, consubstanciadora de verdadeiro **compromisso de legislar** assumido pelo Brasil, em ordem a viabilizar, no plano interno, segundo o modelo de seu próprio sistema constitucional, as diretrizes consagradas pelo instrumento convencional.

A Convenção n. 158/OIT, de outro lado, enuncia, **em seu Artigo 7º**, um princípio de fundamental importância, destinado a permitir que o empregado tenha ciência prévia das causas que lhe são

imputadas pelo empregador e de cuja comprovação poderá resultar a ulterior ruptura do contrato individual de trabalho.

Essa cláusula convencional, na realidade, tem por objetivo estimular o legislador interno a dispor sobre a instituição de órgãos de conciliação no âmbito das próprias empresas, em ordem a viabilizar, com a criação de comissões paritárias de conciliação, a celebração extrajudicial de acordos, a reduzir o número de demissões injustas e a conter o excesso de litigiosidade perante os órgãos da Justiça do Trabalho, consoante pondera, em objetiva análise da matéria, JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL ("**Comentários à Convenção 158 da OIT - Garantia no Emprego**", p. 65, 2ª ed., 1996, LTr).

Impõe-se registrar, por necessário, que, dessa exortação convencional, dirigida ao legislador doméstico de cada Estado-Parte, já tivera nítida percepção a própria jurisprudência dos Tribunais trabalhistas, tanto que o E. Tribunal Superior do Trabalho consagrara, na súmula de sua jurisprudência predominante, a orientação segundo a qual reveste-se de nulidade a punição disciplinar de empregado não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar (**Súmula 77/TST**).

O reconhecimento, em favor do empregado, da possibilidade de pronunciar-se, previamente, sobre a falta que lhe é imputada - e de cuja prática pode derivar a ruptura unilateral do contrato de trabalho - impõe-se, enquanto providência compatível com os princípios gerais de Direito, como medida indispensável à formalização desse ato revestido de gravíssimas conseqüências no plano jurídico e social.

O **Artigo 8°** da Convenção n° 158/OIT - **sempre permitindo** ao Estado-Parte a **adequação compatibilizadora** do texto convencional ao que dispõem "*a legislação e a prática nacionais*" (Art. 8°, n. 2, **in fine**) - assegura ao empregado, que considerar injustificada a extinção unilateral do seu contrato de trabalho, o direito de reclamar, **inclusive perante órgãos competentes do Poder Judiciário**, contra a despedida arbitrária que sofreu.

A norma convencional em referência nada mais reproduz senão uma significativa diretriz, que, inscrita no art. 5°, XXXV, da Constituição de 1988, tem sido consagrada, explicitamente, em nosso sistema constitucional, desde a Lei Fundamental promulgada em 1946.

Não se pode vislumbrar qualquer eiva de inconstitucionalidade na norma convencional que proclama, na linha

de nossa melhor tradição constitucional republicana, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A possibilidade de revisão judicial de quaisquer atos que provoquem lesão efetiva ou potencial a direitos individuais ou coletivos traduz postulado absolutamente inderrogável de nosso sistema constitucional, eis que **nenhum ato** do Poder Público pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A Convenção nº 158/OIT presume que o trabalhador renunciou ao direito de reclamar contra a despedida arbitrária, se não exercer esse mesmo direito "*dentro de um prazo razoável após o término*" da relação de trabalho.

Essa norma convencional - que também submete ao legislador nacional de cada Estado-Parte a incumbência de definir a natureza e a extensão temporal desse "***prazo razoável***" - **parece** ajustar-se, **à primeira vista**, em tema de prescrição laboral, ao que dispõe o art. 7º, XXIX, da Carta Política.

Devo observar, no entanto, que se registra, na definição desse "***prazo razoável***", certo dissídio doutrinário, pois, enquanto JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL ("**Comentários à Convenção 158 da OIT**", p. 66, 2ª ed., 1996, LTr) **sustenta** que esse prazo **não deve** ser

superior a sessenta dias, **outros** autores, como ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA (**"A Convenção 158 da O.I.T."**, p. 83, 1996, RTM, Belo Horizonte) e ALAOR SATUF REZENDE (**"Teoria e Prática da Convenção 158"**, p. 53-54, 1996, LTr) sugerem lapsos temporais diversos, **preconizando**, respectivamente, para efeito do que dispõe o art. 8°, n. 3, da Convenção n. 158/OIT, os prazos de dois anos e de trinta dias.

A mera existência dessa divergência já demonstra, por si só, que a norma convencional em referência **exige**, para efeito de sua aplicabilidade, definição legislativa interna, **necessária** à positivação do ***"prazo razoável"*** a que alude o texto em questão.

A Convenção n° 158/OIT, **em seu Artigo 9°**, por sua vez, veicula norma consubstanciadora de diretrizes destinadas à observância do legislador nacional, a quem incumbe definir - tal como o faz a Constituição do Brasil em seu art. 114 - o órgão competente para dirimir os conflitos de trabalho resultantes da ruptura abusiva, pelo empregador, do contrato individual de trabalho.

Mais do que isso, a norma inscrita no Art. 9° da Convenção n° 158/OIT contém **formulação de caráter programático**, a ser desenvolvida *"em conformidade com os procedimentos estabelecidos*

pela legislação e a prática nacionais" (**Art. 9°**, n. 2, **b**, **in fine**), a evidenciar, claramente, a necessidade de intermediação normativa do legislador doméstico de cada Estado-Parte.

A própria questão do ônus da prova foi disciplinada de maneira flexível, em ordem a permitir que, na implementação do texto convencional, o sistema nacional de cada Estado-Parte preveja *"uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas"* (**Art. 9°**, n. 2, **in fine**): (**a**) incidência do **onus probandi** sobre o empregador, no que se referir à demonstração da existência de causa justificadora da extinção unilateral, por iniciativa da empresa, do contrato individual de trabalho; ou (**b**) partilha do encargo probatório entre as partes do litígio e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e pela prática nacionais.

O que se revela importante salientar consiste no reconhecimento de que, tal como já ocorria no direito interno pré-convencional, a demonstração de causa legítima para efeito da válida rescisão do contrato de trabalho pelo empregador incumbe, em nosso sistema jurídico, àquele que alega o fato constitutivo (**CLT**, art. 818).

Vê-se, portanto, que a questão pertinente ao ônus da prova, em tema de despedida arbitrária do empregado, foi relegada

pela Convenção nº 158/OIT à definição normativa do próprio legislador interno de cada País, ainda que o texto convencional - dispondo de maneira inquestionavelmente aberta - haja indicado algumas possibilidades a serem livremente consideradas pelo Estado-Parte, em seu ordenamento doméstico.

Finalmente, o **Artigo 10** da Convenção nº 158/OIT dispõe, **sempre de maneira a permitir que cada Estado-Parte ajuste as prescrições convencionais às características específicas de seu próprio ordenamento interno**, que a decisão que reconhecer o caráter arbitrário da despedida do empregado possa, ou (**a**) **ordenar** a reintegração do trabalhador, ou, **então**, caso a legislação e a prática nacionais não permitam essa medida de reintegração compulsória, (**b**) **determinar** o pagamento "*de uma indenização adequada ou outra reparação que for apropriada*".

O conteúdo dessa cláusula convencional evidencia a sua índole essencialmente programática, pois, ao contrário do que sustentam as Confederações patronais autoras, o Art. 10 da Convenção nº 158/OIT **não impõe**, como única conseqüência possível nas hipóteses de despedida arbitrária, a obrigação empresarial de reintegrar o empregado despedido.

É preciso acentuar, neste ponto, que eminentes Autores, como AMAURI MASCARO NASCIMENTO ("**Direito do Trabalho na Constituição de 1988**", p. 43/83, 1989, Saraiva), ARION SAYÃO ROMITA ("**Efeitos da Ratificação da Convenção nº 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro**", **in** Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª Quinzena de Março/96 - nº 5/96, p. 77), OCTÁVIO BUENO MAGANO E ESTÊVÃO MALLET ("**O Direito do Trabalho na Constituição**", p. 65-66, item n. 7, 2ª ed., 1993, Forense) e VALENTIN CARRION ("**Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**", p. 344, 19ª ed., 1995, Saraiva, **v.g.**), tendo presente a nova realidade constitucional, sustentam a essencial diversidade entre a garantia de emprego, assegurada pela nova Constituição da República (art. 7º, I), e o instituto da estabilidade, que - ressalvadas as hipóteses previstas no texto constitucional - não mais poderá ser estabelecido por via legislativa, com a conseqüente vedação de um de seus mais conspícuos efeitos: a reintegração compulsória do trabalhador despedido.

Esse entendimento, por sua vez, reflete-se em voto (vista) proferido nesta Corte pelo em. Ministro MOREIRA ALVES, que, no julgamento ainda inconcluso do **RE 179.193-PE**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, sustentou, em face do que dispõe o art. 10 do ADCT e do que prescreve o art. 7º, I, da Carta Política, que, enquanto não sobrevier a ainda faltante lei complementar exigida pelo texto constitucional, a **única** proteção dispensada ao empregado despedido

resumir-se-á ao pagamento de uma indenização compensatória de valor equivalente a 40% sobre o total depositado em conta vinculada (FGTS) titularizada pelo trabalhador:

> *"Por esses dispositivos constitucionais verifica-se que estão consagrados constitucionalmente três tipos de despedida em relação de emprego: a por justa causa, a sem justa causa e a por causa arbitrária. E não há um quartum genus, porque, mesmo no caso de estabilidades excepcionais - como as duas previstas no inciso II, letras 'a' e 'b' do artigo 10 do ADCT e a referida no inciso VIII do artigo 8° da parte permanente da Constituição (a relativa ao empregado sindicalizado candidato a cargo de direção ou representação sindical, ou eleito para tal, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei), essa proteção só se dá com relação à dispensa arbitrária ou sem justa causa, e não com referência à dispensa por justa causa.*
>
> .....
>
> *Por outro lado, do disposto no artigo 10 do ADCT, verifica-se que, enquanto não for editada a lei complementar a que alude o artigo 7°, I, da Constituição, a regra geral de proteção do emprego contra as despedidas arbitrárias ou sem justa causa, não é a vedação delas, mas, sim, a título de indenização, o pagamento do correspondente ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6°, caput e § 1°, da Lei n° 5.107, de 13 de setembro de 1966. As exceções a essa regra geral são as vedações que a Constituição faz expressamente à dispensa arbitrária ou sem justa causa, e que são as do inciso II do artigo 10 do ADCT e a do inciso VIII do artigo 8° da parte permanente da Carta Magna, todas elas gerando, apenas, estabilidade temporária.*
>
> .....
>
> *Por isso mesmo, não há mais na Constituição de 1988 a opção entre 'estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente' que o artigo 165, XIII, da Emenda Constitucional n° 1/69 admitia. Agora, o que há contra dispensa arbitrária ou sem justa causa é indenização compensatória e o fundo de garantia (artigo 7°, I e III, combinado com o artigo 10, I e II, do ADCT, que*

está em vigor enquanto não for editada a Lei Complementar prevista na Carta Magna a esse respeito). E - note-se - em face do disposto no inciso I do artigo 10 do ADCT todo o empregado tem que participar do fundo de garantia por tempo de serviço, uma vez que a indenização prevista nesse dispositivo constitucional é o aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6°, caput e § 1°, da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966."

O legislador constituinte brasileiro, objetivando impedir que a existência de lacuna normativa afetasse a situação jurídica dos trabalhadores arbitrariamente demitidos, instituiu solução destinada a reger, provisoriamente, os conflitos emergentes das relações de trabalho, estabelecendo - até a superveniência da lei complementar exigida pelo art. 7°, I, da Carta Política - que a proteção dispensada aos empregados contra a despedida arbitrária ou sem justa causa **restringir-se-á** a uma indenização pecuniária correspondente a 40% do valor existente na conta vinculada (FGTS) titularizada pelo profissional despedido.

Essa é a razão pela qual **autorizado** magistério doutrinário insiste - não obstante a existência de posição em sentido contrário (JOSÉ AFONSO DA SILVA, **"Curso de Direito Constitucional Positivo"**, p. 282, item n. 4, 12ª ed., 1996, Malheiros; PINTO FERREIRA, **"Comentários à Constituição Brasileira"**, vol. 1/224, 1989, Saraiva) - no entendimento de que, **ressalvadas as hipóteses previstas no próprio texto constitucional**, não mais subsiste a possibilidade jurídica de o legislador comum introduzir

a estabilidade em nosso sistema jurídico, com todas as conseqüências que derivam do regime que lhe é próprio, **notadamente** a reintegração compulsória do empregado (CELSO RIBEIRO BASTOS, **"Comentários à Constituição do Brasil"**, vol. 2/410-414, 1989, Saraiva; EDUARDO GABRIEL SAAD, **"Constituição e Direito do Trabalho"**, p. 86/93, 2ª ed., 1989, LTr; HUGO GUEIROS BERNARDES, **"Direito do Trabalho"**, vol. I/436, 1989, LTr; ARNALDO SÜSSEKIND, **"Instituições do Direito do Trabalho"**, vol. I/624-626, 13ª ed., 1993, LTr, **v.g.**).

Entendo, portanto, consideradas as razões expostas, que nada **parece** afetar - ao menos à primeira vista - a validade da cláusula inscrita no Art. 10 da Convenção nº 158/OIT. É que essa norma convencional, como já enfatizado, por qualificar-se como preceito de caráter programático, estabelece, em sede normativa, uma recomendação, que, dependendo da opção a ser feita pelo legislador nacional de cada País, em consonância com seu respectivo sistema constitucional, pode consagrar o regime da estabilidade, com reintegração no emprego, **ou** o mecanismo da indenização compensatória.

Vê-se, portanto, que essa norma convencional supõe, para efeito de sua aplicabilidade, o integral desenvolvimento de seu conteúdo eficacial, dependente de necessária e ulterior ação

normativa a ser exercida, **no âmbito de cada Estado-Parte**, pelo respectivo legislador nacional.

Na realidade, as normas constantes da Convenção nº 158/OIT - objeto de exame nesta sede de controle abstrato - claramente evidenciam o conteúdo programático que delas emerge, **tanto que** a implementação das diretrizes nelas consagradas **depende**, essencialmente, no plano da regulação estatal da matéria, da **necessária** intervenção disciplinadora do legislador nacional de cada Estado-Parte.

Impende enfatizar, neste ponto, que a **existência** de controvérsia sobre o tema em análise (reintegração no emprego **ou** indenização compensatória) tornou necessário que a Conferência Internacional do Trabalho, ao adotar a Convenção nº 158/OIT, estipulasse **cláusulas normativas abertas** destinadas a permitir a cada Estado-Parte - **consideradas as peculiaridades de seu ordenamento doméstico** - que acolhesse, **em sua legislação interna**, apenas as opções convencionais reputadas compatíveis com o estatuto político de cada um dos Países signatários.

Na verdade, a Conferência Internacional do Trabalho, ao assim proceder - consideradas as divergências que antagonizavam os Estados no reconhecimento das conseqüências derivadas da ruptura

empresarial abusiva do contrato de trabalho (reintegração no emprego **ou** indenização compensatória) - adotou, no texto da Convenção nº 158/OIT, uma **fórmula de conciliação**, caracterizada pelo sentido de maior **flexibilidade** que se conferiu a cada País no processo de definitiva adoção, **em sede de legislação interna**, dos mecanismos convencionais destinados a proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Cumpre ter presente, **bem por isso**, Senhor Presidente, o valioso magistério expendido por ARNALDO SÜSSEKIND, que, em trabalho jurídico sobre a matéria ora em exame (**"Aspectos Controvertidos da Convenção OIT-158"**, **in** LTr Suplemento Trabalhista 106/96, p. 613-614), **assinala** os aspectos referidos e **ressalta** que a Convenção nº 158/OIT **admite**, expressamente, que cada Estado-Parte adote, **em seu ordenamento interno**, o mecanismo da indenização compensatória, se as peculiaridades de seu sistema jurídico não permitirem a instituição do retorno compulsório ao emprego do trabalhador despedido arbitrariamente:

> *"A própria aplicação da Convenção n. 158 tem gerado ampla controvérsia, sendo que algumas Juntas de Conciliação e Julgamento - **não a maioria** - têm determinado a reintegração de empregados despedidos sem justa causa, até por meio de liminares, sob fundamento de que os arts. 4 e 10 desse tratado asseguram-lhes tal direito.*
>
> *O art. 4 consagra o princípio ético perseguido pela convenção, em virtude do qual:*

'Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isto causa justificada relacionada com sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.'

Entretanto, porque somente um reduzido número de países assegurava ao trabalhador a estabilidade no emprego e a convenção teria de ser aprovada por dois terços dos delegados presentes à Conferência, o texto dispôs, ***com algumas opções****, sobre as conseqüências das despedidas injustificadas:*

a) previu a concessão de um prazo de aviso prévio, ou de uma indenização que o substitua, sempre que o empregado não 'seja culpado de uma falta grave' (art. 11);

b) assegurou ao trabalhador o 'direito de recorrer contra a mesma (a despedida injustificada) perante um organismo neutro, como um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro' (art. 8);

c) tratou do ônus da prova nesse procedimento (art. 9);

d) disciplinou, ***com algumas alternativas****, as conseqüências jurídicas das despedidas imotivadas:*

'Art. 10 - Se os organismos mencionados no artigo 8° da presente Convenção chegarem à conclusão de que a terminação da relação de trabalho é injustificada e se, em virtude da legislação e das práticas nacionais, não estiverem facultados ou não considerem possível, dadas as circunstâncias, anular a terminação e eventualmente ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que se considere apropriada.'

O texto do art. 10, aqui reproduzido, é o que consta do Decreto de Promulgação. Mas é evidente que contém erros de tradução pois a versão francesa, que é a oficial, refere ***licenciement*** *(despedida) e não 'terminação da relação de trabalho';* ***pouvoir*** *(poder) e não facultados;* ***réintegration*** *(reintegração) e não readmissão.*

Deduz-se, no entanto, de qualquer das versões, que o tratado da OIT deixou a critério da legislação e/ou dos instrumentos da negociação coletiva de cada país se a decisão judicial ou o laudo arbitral poderão determinar*, ou em que casos poderão determinar:*

a) o retorno do empregado despedido imotivadamente;

b) uma indenização adequada;

63

c) outra reparação apropriada.

Decompondo, numa análise lógica e jurídica, o estatuído no art. 10, fácil será concluir-se que, nos casos de despedida injustificada:

a) se o organismo neutro (no Brasil, a Justiça do Trabalho) estiver autorizado a determinar ou propor a readmissão do trabalhador, deverá fazê-lo, salvo se, em virtude das circunstâncias que envolvem o dissídio, considerar desaconselhável o retorno ao emprego;

b) se o organismo neutro não estiver a tanto autorizado pela lei ou pelo direito consuetudinário, deverá ter a faculdade de determinar o pagamento de justa indenização ou outra reparação apropriada.

Aliás, essa interpretação está afirmada pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e de Recomendações da OIT:

*'**O artigo 10**, tal como está redigido, **dá preferência** à anulação da despedida e a readmissão, como meios de reparação da terminação injustificada, **porém segue mantendo-se flexível**, já que prevê **outras** vias de reparação **em função dos poderes do organismo neutro** (...) O texto especifica, ademais, que em caso que se pague uma indenização, esta deverá ser adequada' ('Informe III - Parte 4-b', Genebra, OIT, 1995, pág. 91).*

*Ora, a previsão da indenização adequada, tal como a indenização compensadora do art. 7°, I, da Constituição brasileira, exclui, se adotada pela legislação nacional, a reintegração do trabalhador como fórmula de reparação da despedida injustificada ou arbitrária. Daí a completa sintonia entre os dispositivos examinados da Convenção 158 e a **Lex fundamentalis** do nosso País."*

Com efeito, a Convenção n° 158 da O.I.T. - que revela, nas diversas cláusulas discutidas na presente sede de controle abstrato, um conteúdo essencialmente programático, subordinando a sua aplicabilidade ao que emerge da prática e da legislação nacionais de cada País - limita-se a estabelecer **diretrizes**, muitas das quais já incorporadas ao sistema jurídico vigente no Brasil.

64

Impõe-se registrar, **de outro lado** - e já analisando a questão sob a perspectiva da **inconstitucionalidade formal** -, que a eficácia e a concretização das normas inscritas na Convenção nº 158/OIT estão **necessariamente** subordinadas à edição de ato legislativo interno que **deverá** revestir a forma de **lei complementar**, consoante explícita determinação fundada no art. 7º, I, da Constituição Federal.

Isso significa, portanto, que a Convenção nº 158/OIT, mesmo que se revestisse de auto-aplicabilidade, ainda assim não se revelaria legítimo conferir-lhe o necessário grau de eficácia no plano interno, eis que tratados e convenções internacionais - **mesmo guardando relação de paridade normativa com as leis ordinárias** - não podem reger matérias, sujeitas, **por efeito de reserva constitucional**, ao domínio normativo das leis complementares.

Impõe-se, neste ponto, uma observação que se torna necessária em face da expressa exigência constitucional de lei complementar para o tratamento normativo, **no plano interno**, da matéria concernente à garantia de emprego.

Sabemos que os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no **mesmo** plano de validade e eficácia das normas **infraconstitucionais**. Essa

visão do tema foi **prestigiada** em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do **RE n. 80.004-SE** (**RTJ 83/809**, Rel. p/ o acórdão Min. CUNHA PEIXOTO), quando se consagrou, entre nós, a tese - **até hoje prevalecente na jurisprudência da Corte** - de que **existe**, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, mera relação de **paridade** normativa.

A normatividade emergente dos tratados internacionais, **dentro do sistema jurídico brasileiro**, por isso mesmo, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no **mesmo** plano e no **mesmo** grau de eficácia em que se posicionam as leis internas (JOSÉ ALFREDO BORGES, **in Revista de Direito Tributário**, vol. 27/28, p. 170-173; FRANCISCO CAMPOS, **in RDA** 47/452; ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA, "**Da Lei Tributária no Tempo**", p. 41, 1968; GERALDO ATALIBA, "**Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**", p. 110, 1969, RT; IRINEU STRENGER, "**Curso de Direito Internacional Privado**", p. 108/112, 1978, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "**Direito dos Tratados**", p. 470/475, itens 393-395, 1984, Forense, **v.g.**).

A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas **infraconstitucionais** de direito interno **somente** ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma **inexistente** primazia

hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (**lex posterior derogat priori**) ou, quando cabível, do critério da especialidade (**RTJ** 70/333 - **RTJ** 100/1030 - **RT** 554/434).

É certo que já se registra no plano do direito comparado uma clara tendência no sentido de os ordenamentos constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas. É o que ocorre, **por exemplo**, na ARGENTINA (**Const. de 1853**, com a **Reforma** de 1994, Art. 75, n. 22), na HOLANDA (**Const. de 1982**, Art. 94), na FEDERAÇÃO RUSSA (**Const. de 1993**, Art. 15, n. 4), no PARAGUAI (**Const. de 1992**, Arts. 137 e 141) e na FRANÇA (**Const. de 1958**, Art. 55).

Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, **por mais de uma vez**, reconheceu - como precedentemente assinalado - que os atos internacionais situam-se, após sua formal incorporação ao sistema positivo doméstico, no **mesmo** plano de autoridade e de eficácia das leis internas.

É preciso enfatizar, no entanto, que essa **relação de paridade normativa** entre o tratado internacional e os atos

legislativos internos **não se estabelece** quando se tratar de **lei complementar**, posto que, **em tal situação**, as peculiaridades que caracterizam a lei complementar (conteúdo temático próprio **e** exigência de aprovação por maioria qualificada) derivam de expressa reserva constitucional que permite distinguir esse especial tipo legislativo das leis ordinárias em geral.

Devo insistir que não se trata de reconhecer uma **inexistente** relação hierárquica entre leis ordinárias e leis complementares. É que - consoante salienta, **corretamente**, o magistério da doutrina (MICHEL TEMER, **"Elementos de Direito Constitucional"**, P. 149, 5ª ed., 1989, RT) - *"não há hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária"*, pois ambas têm, **na Constituição**, que atua como **único** parâmetro subordinante de sua eficácia, o indispensável pressuposto de validade jurídica.

Há, no entanto, um âmbito de incidência material expressamente reservado pela Constituição ao domínio normativo da lei complementar. Esse âmbito de incidência material - **que se revela exclusivo da lei complementar** -, quando eventualmente desrespeitado por outras espécies normativas infraconstitucionais (**inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno**), gerará uma típica situação de inconstitucionalidade, eis que, em tal

hipótese, terão sido descumpridos os limites traçados pelo próprio legislador constituinte.

Ocorre, no entanto, Senhor Presidente - tal como pude assinalar - que a Convenção nº 158/OIT constitui instrumento normativo veiculador de princípios que deverão orientar, no âmbito doméstico de cada Estado, o respectivo legislador nacional, no processo de formulação legislativa e de implementação concretizadora das diretrizes fundamentais consagradas por esse ato de direito internacional.

A Convenção nº 158/OIT, sob tal perspectiva, qualifica-se, portanto, em seus aspectos essenciais, como um ato normativo definidor das **bases gerais** a serem observadas pelo legislador interno de cada País na construção do regime jurídico pertinente à garantia de emprego.

Trata-se, na realidade, de uma convenção internacional essencialmente redutível à noção **interna** das leis de bases, ou leis de princípios, ou, ainda, leis-quadro (**lois-cadre**). Essa Convenção, ao consagrar em seu texto **referências paradigmáticas** que constituem o núcleo fundamental justificador de sua própria celebração, tem por finalidade estimular o Estado-Parte a **desenvolver** os princípios nela

proclamados, dando-lhes, **mediante ação legislativa própria**, conseqüência jurídica no plano interno.

Em outras palavras, a Convenção nº 158/OIT desempenha uma clara **função impulsionadora** de produção normativa **a ser formalizada** pelo Estado-Parte mediante atividade legislativa disciplinada por seu respectivo estatuto fundamental.

E, no caso, como já enfatizado, o instrumento exigido pela Constituição brasileira **deve ser** a lei complementar (art. 7º, I), que se revela - enquanto espécie normativa autônoma - meio formal absolutamente infungível, não podendo, **em conseqüência de expressa reserva constitucional**, ser substituído por **qualquer** outro diploma.

Isso significa, portanto, que a Convenção nº 158/OIT - por encerrar, a partir dos princípios e diretrizes que enuncia, uma **proposta de legislação** exclusivamente dirigida ao legislador interno de cada Estado-Parte - **não parece** haver ofendido, no plano estritamente formal, o texto da Constituição da República, pois, como ressaltado, a eficácia das normas desse ato internacional depende, essencialmente, da superveniência da lei complementar reclamada e exigida pelo estatuto constitucional.

SEI 202002 Imprensa Nacional

Por tais razões, entendo não se justificar o deferimento do pedido de suspensão cautelar de eficácia dos atos estatais ora impugnados.

A circunstância de existirem **algumas** decisões judiciais que possam haver dado interpretação eventualmente inconstitucional à Convenção nº 158/OIT, que **parece** revestir-se de legitimidade jurídica à luz de nossa Carta Política, **não pode justificar** que se acolha o pedido de medida liminar formulado pelas Confederações patronais autoras.

Cumpre destacar, a propósito de tais decisões, que - tal como mencionado pelo Professor ARNALDO SÜSSEKIND em **recentíssimo** trabalho - somente **algumas** Juntas de Conciliação e Julgamento (não a maioria, porém) - têm determinado a reintegração de empregado despedido sem justa causa, aplicando, de forma direta e imediata, não obstante a ausência da lei complementar exigida pela Constituição, o texto da Convenção nº 158/OIT.

Mesmo nessas hipóteses excepcionais, os Tribunais Regionais do Trabalho têm ordenado a suspensão cautelar da execução das decisões que haviam determinado a reintegração compulsória do trabalhador no emprego. As próprias autoras demonstraram essa

circunstância, trazendo **lealmente** aos autos cópia de decisão nesse sentido proferida pelo TRT/4ª Região (**fls. 334/335**).

De outro lado, mesmo a decisão proferida pelo TRT/2ª Região, em sede de dissídio coletivo de greve, que declarou constitucional a Convenção nº 158/OIT, reconhecendo-lhe plena vigência e eficácia (**fls. 345/372**), expõe-se a controle recursal mediante recurso ordinário interponível para o TST, sem prejuízo da possibilidade de concessão, pela Presidência daquela alta Corte Trabalhista, de efeito suspensivo ao recurso ordinário em questão.

Há, portanto, instrumentos processuais adequados, que, corretamente manejados, permitirão o controle das decisões emanadas das Juntas de Conciliação e Julgamento e dos próprios Tribunais Regionais do Trabalho.

Desse modo, tendo presentes as razões expostas, **indefiro** o pedido de medida cautelar.

É o meu voto.

STF 102002 Imprensa Nacional

Supremo Tribunal Federal

289

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1480-3 - medida liminar
ORIGEM : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
REQTE. : CONFEDERACAO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT E OUTRO
ADV. : LUIZ CARLOS BETTIOL E OUTROS
REQDO. : PRESIDENTE DA REPUBLICA
REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 18.09.96.

Decisão : Por votação unânime, o Tribunal rejeitou as preliminares. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Ministro Moreira Alves, depois do voto do Ministro Celso de Mello, Relator, indeferindo o pedido de medida liminar. Ausente, justificadamente, o Ministro Francisco Rezek. Plenário, 25.09.96.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

LUIZ TOMIMATSU
Secretário

STF 102/002 Imprensa Nacional

25/09/96 PLENÁRIO

ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1480-3 DISTRITO FEDERAL
(Medida Liminar)

V O T O - VISTA

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES:

1. Preliminarmente, observo que uma das autoras - a Confederação Nacional do Transporte - CNT - não tem legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Recentissimamente, depois de haver eu pedido vista nesta ADIN, fui relator da ADIN 1479, de que não se conheceu por se entender que essa entidade não era nem confederação sindical nem associação de classe, mas sim uma entidade híbrida integrada por federações sindicais e associações de associações. No voto que então proferi, acentuei:

> "1. *Entre as preliminares levantadas pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, encontra-se a de que a autora não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade por não ser confederação sindical nem entidade de classe.*
>
> *Por isso, determinei que a autora relacionasse as entidades que a integram, especificando os Estados-membros onde se acham situadas. Pela resposta por ela dada, verifica que é ela integradas por várias federações de transporte em diversos Estados-membros e por diversas associações nacionais.*
>
> *Ora, esta Corte já firmou o entendimento (assim nas ADINs 324, relator Ministro Ilmar Galvão, 705, relator Ministro Celso de Mello, 706, relator Ministro Carlos Velloso, 433, 444, 530, 853 e 1.409, de que fui relator, e 1427, relator Ministro Néri da Silveira) de que entidade*

de composição híbrida, por ser integrada por órgãos de caráter sindical e por associações civis, não é confederação sindical, por ter entre seus filiados entidades que não pertencem à hierarquia dos órgãos sindicais, nem é entidade de classe por ser associação de associações, e, portanto, uma associação em que os associados não são os integrantes da classe, mas as associações a que membros dela pertencem.
É o que sucede no caso.

Com efeito, a autora, que foi reconhecida como confederação sindical em 1954 quando era a Confederação Nacional dos Transportes Terrestres, em virtude de reforma estatutária passou a denominar-se Confederação Nacional do Transporte, e seu novo estatuto social, aprovado em 06.10.94, estabelece, no artigo 5°:

> "ART. 5° - Poderão filiar-se á CNT federações representativas de uma ou mais modalidades de transporte, desde que isso não implique duplicidade ou superposição, total ou parcial, de representação associativa ou de base territorial em relação à entidade pré-existente no quadro social, observadas as demais exigências legais e estatutárias.
>
> § 1° - Enquadra-se excepcionalmente no disposto neste artigo o sindicato nacional da categoria que não reúna, temporariamente, condições para fundar uma federação.
>
> § 2° - Poderão também ser admitidas no quadro social, em caráter especial, outras pessoas jurídicas, de direito público ou privado, que tenham o Transporte como seu objetivo principal."

Por admitir esse estatuto que, além de federações e de sindicatos nacionais, possam fazer parte da autora "outras pessoas jurídicas, de direito público ou privado, que tenham o Transporte como seu objetivo principal", integram-na várias associações civis de empresas ligadas ao transporte que não têm natureza sindical.
2. Em face do exposto, e não tendo a autora, por não ser confederação sindical nem entidade de classe, legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, não conheço da presente ação, e julgo prejudicado o pedido de liminar."

STI 102.002 Imprensa Nacional

Portanto, por falta de legitimação ativa, excluo da presente relação jurídica processual a Confederação Nacional do Transporte - CNT.

2. Quanto às demais preliminares levantadas nas informações do Exmo. Sr. Presidente da República, foram elas corretamente rejeitadas pelo eminente Ministro Celso de Mello. Com efeito, não se demonstra que a Confederação Nacional da Indústria não seja uma confederação sindical; os objetivos institucionais dessa Confederação - que é de caráter patronal - guarda evidente pertinência temática com os atos normativos impugnados nesta ação direta; esses atos normativos não são insuscetíveis de controle de constitucionalidade em abstrato, porquanto se impugnam atos estatais (o Decreto Legislativo nº 68 e o Decreto nº 1.855 editados respectivamente em 1992 e em 1996) que integraram o texto da Convenção em causa, que é de caráter essencialmente normativo, no ordenamento jurídico nacional; e esse controle abstrato de constitucionalidade não transcende a esfera jurídica de interesse unilateral do Brasil, porque o que se ataca são normas de Convenção internacional no estrito limite de sua incorporação ao direito nacional, certo como é que, em face da jurisprudência desta Corte, essas normas se incorporam ao nosso ordenamento jurídico como normas infraconstitucionais, e, portanto, suscetíveis de controle de constitucionalidade.

3. No mérito, a autora, depois de acentuar que a Convenção nº 158/OIT "*limita a dispensa de empregados aos casos de justa causa, proibindo a demissão imotivada e, mesmo no caso de dispensa por*

STF 302002 Imprensa Nacional

justa causa, a Convenção estabelece uma série de requisitos quanto ao prazo, forma e procedimento", sendo que *"no término das relações contratuais trabalhistas, sem justa causa, o convênio multilateral adota, em seu art. 4°, o preceito de reintegração no emprego"*, fazendo, assim, no seu conjunto ressurgir o instituto da estabilidade, sustenta que os artigos 4° a 10 dessa Convenção são inconstitucionais formalmente (porque os acordos e convenções internacionais se incorporam ao direito brasileiro como leis ordinárias e o artigo 7°, I, da Constituição Federal determina que a relação de emprego será protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, NOS TERMOS DE LEI COMPLEMENTAR, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos, tendo o artigo 10 do ADCT dessa mesma Carta Magna estabelecido, até que seja promulgada essa lei complementar, a indenização compensatória aludida naquele dispositivo da parte permanente e vedado a dispensa arbitrária ou sem justa causa apenas aos poucos casos de estabilidade provisória no emprego) e são inconstitucionais materialmente (porque entram em choque com os citados dispositivos constitucionais, *"posto que (a Convenção) adota critério político e jurídico diametralmente oposto ao consagrado na Carta da República, tanto que os termos daquele acordo instituem a reintegração ao emprego como forma de anular a despedida arbitrária ou sem justa causa, admitindo, apenas, a dispensa por motivos econômicos, baseados na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviços, tudo sujeito a um complexo processo probatório)*.

4. Em seu douto voto, o eminente relator principia pelo exame da alegação de inconstitucionalidade material dos preceitos impugnados. Para isso, fixa, de início, as premissas de que partirá para essa análise. Observa S. Exa. que a Constituição Federal, ao proclamar os direitos sociais dos trabalhadores, para preservar o vínculo laboral, estabeleceu *"a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos"; que essa lei complementar ainda não foi editada, e, para preencher a lacuna de possível omissão legislativa, o próprio constituinte determinou, no artigo 10, I, do ADCT que, até a promulgação dessa lei complementar, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deverá limitar-se a quarenta por cento dos valores depositados na conta vinculada do FGTS de titularidade do empregado despedido; que essa norma encerra verdadeira "fórmula de ponderação", destinada a conciliar posições contrastantes no seio da Assembléia Nacional Constituinte, nem se reconhecendo ao empregador o poder absoluto de despedir imotivadamente, nem se atribuindo ao empregado a garantia da intangibilidade do vínculo de trabalho; e que o preceito do art. 7°, I, da Carta Magna restringe o direito potestativo do empregador de rescindir unilateralmente o contrato de trabalho, exigindo uma causa de justificação, e a infringência dessa norma constitucional "imporá ao empregador o dever de prestar ao empregado, injusta ou arbitrariamente demitido, uma indenização compensatória, dentre outros direitos, afastado, no entanto, o acesso do trabalhador ao regime da estabilidade plena"",*

STF-102/002 Imprensa Nacional

citando, em apoio dessa afirmação, obras doutrinárias de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, ARION SAYÃO ROMITA, OCTÁVIO BUENO MAGANO e ESTEVÃO MALLET, que sustentam que a indenização compensatória, e não a reintegração no emprego, é a sanção constitucionalmente admissível para as hipóteses de despedida arbitrária ou sem justa causa por parte do empregador, bem como de ARNALDO SÜSSEKIND, que enfatiza que o mecanismo da indenização compensatória foi instituído como sucedâneo da garantia da estabilidade.

Em seguida, o eminente relator, para verificar se os artigo 4° a 10 da Convenção 158/OIT, em função de seu próprio texto e não de interpretações judiciais eventualmente equivocadas, examina se eles apresentam "*a possibilidade de aplicação imediata da garantia da reintegração forçada no emprego, com prejuízo do mecanismo da indenização compensatória*". E após a análise de cada um deles, salientando as convergências e divergências em face da legislação constitucional e infraconstitucional do Brasil, conclui com estas considerações:

> "*Na realidade, as normas constantes da Convenção n° 158/OIT - objeto de exame nesta sede de controle abstrato - claramente evidenciam o conteúdo programático que delas emerge, tanto que a implementação das diretrizes nelas consagradas depende, essencialmente, no plano da regulação estatal da matéria, da necessária intervenção disciplinadora do legislador nacional de cada Estado-parte.*
>
> *Impende enfatizar, neste ponto, que a existência de controvérsia sobre o tema em análise (reintegração no emprego ou indenização compensatória) tornou necessário que a Conferência Internacional do Trabalho, ao adotar a Convenção n° 158/OIT, estipulasse cláusulas normativas abertas destinadas a permitir a cada Estado-parte - consideradas as peculiaridades de seu ordenamento doméstico - que acolhesse, em sua legislação*

interna, apenas as opções convencionais reputadas compatíveis com o estatuto político de cada um dos Países signatários.

Na verdade, a Conferência Internacional do Trabalho, ao assim proceder - consideradas as divergências que antagonizavam os Estados no reconhecimento das conseqüências derivadas da ruptura empresarial abusiva do contrato de trabalho (reintegração no empregou ou indenização compensatória) - adotou, no texto da Convenção nº 158/OIT, uma fórmula de conciliação, caracterizada pelo sentido de maior flexibilidade que se conferiu a cada País no processo de definitiva adoção, em sede de legislação interna, dos mecanismos convencionais destinados a proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Cumpre ter presente, bem por isso, Senhor Presidente, o valioso magistério expendido por ARNALDO SÜSSEKIND, que, em trabalho jurídico sobre a matéria ora em exame ("Aspectos Controvertidos da Convenção OIT-158", in LTr Suplemento Trabalhista 106/96, p. 613-614), assinala os aspectos referidos e ressalta que a Convenção nº 158/OIT admite, expressamente, que cada Estado-Parte adote, em seu ordenamento interno, o mecanismo da indenização compensatória, se as peculiaridades de seu sistema jurídico não permitirem a instituição do retorno compulsório ao emprego do trabalhador despedido arbitrariamente:

.....

Com efeito, a Convenção nº 158 da OIT - que revela, nas diversas cláusulas discutidas na presente sede de controle abstrato, um conteúdo essencialmente programático, subordinando a sua aplicabilidade ao que emerge da prática e da legislação nacionais da cada País - limita-se a estabelecer diretrizes, muitas das quais já incorporadas ao sistema jurídico vigente no Brasil".

5. No tocante à alegação de inconstitucionalidade formal, o eminente Ministro Celso de Mello acentua que os tratados internacionais se incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro como leis infraconstitucionais, e acentua: *"É preciso enfatizar, no entanto, que essa relação de paridade normativa entre o tratado internacional e os atos legislativos internos não se estabelece*

quando se tratar de lei complementar, posto que, em tal situação, as peculiaridades que caracterizam a lei complementar (conteúdo temático próprio e exigência de aprovação por maioria qualificada) derivam de expressa reserva constitucional que permite distinguir esse especial tipo legislativo das leis ordinárias em geral". Mas, ainda que não considere que os tratados internacionais possam ingressar na ordem jurídica interna brasileira como leis complementares, e saliente que, em face do artigo 7°, I, da Carta Magna, o instrumento exigido seja lei complementar, volta S. Exa. a salientar que, no caso, a Convenção n° 158/OIT é *"uma convenção internacional essencialmente redutível à noção interna das leis de bases, ou leis de princípios, ou, ainda, leis-quadro"* e que *"essa convenção, ao consagrar em seu texto referências paradigmáticas que constituem o núcleo fundamental justificador de sua própria celebração, tem por finalidade estimular o Estado-Parte a desenvolver os princípios nela proclamados, dando-lhes, mediante ação legislativa própria, conseqüência jurídica no plano interno"*, e arremata: *"isso significa, portanto, que a Convenção n° 158/OIT - por encerrar, a partir dos princípios e diretrizes que enuncia, uma proposta de legislação exclusivamente dirigida ao legislador interno de cada Estado-Parte - não parece haver ofendido, no plano estritamente formal, o texto da Constituição da República, pois, como ressaltado, a eficácia das normas desse ato internacional depende, essencialmente, da superveniência da lei complementar reclamada e exigida pelo estatuto constitucional".*

STF 102/002

Imprensa Nacional

6. Portanto, como se vê, o eminente relator tem como relevantes os fundamentos jurídicos da argüição de inconstitucionalidade tanto material quanto formal dos dispositivos impugnados - como também eu os tenho inclusive pelas razões que expendi em voto que S. Exa. cita -, mas, dando a essa Convenção a interpretação - que não vem sendo dada por Juizes de primeiro grau e pelo menos por um Tribunal de segundo grau da Justiça do Trabalho - de que ela "*revela, nas diversas cláusulas discutidas na presente sede de controle abstrato, um conteúdo essencialmente programático, subordinando a sua aplicabilidade ao que emerge da prática e da legislação nacionais de cada País*", termina por entender que esse caráter programático e a sua não auto-aplicabilidade conduzem ao indeferimento do pedido de liminar.

7. Como já salientei, estou inteiramente de acordo com o eminente relator no estabelecimento das premissas que demonstram que são indubitavelmente relevantes os fundamentos jurídicos das argüições de inconstitucionalidade formal e material dos dispositivos objeto da presente ação direta, mas, no que concerne à conclusão de S. Exa., parece-me que toda a fundamentação de seu voto leva a concluir que, no âmbito do exame do pedido cautelar, só não defere a liminar por causa da interpretação que dá quanto à natureza das normas atacadas. Parece-me, no entanto, com a devida vênia do eminente relator, que, em casos como tais, a orientação dessa Corte é deferir parcialmente a liminar para suspender todos os demais sentidos que as normas em causa possam ter que não aquele resultante dessa interpretação conforme à Constituição.

STF 102/002 Imprensa Nacional

E é - tendo em vista, inclusive, a existência da divergência, comprovada nos autos, entre decisões na Justiça do Trabalho em matéria dessa relevância, o que caracteriza o "periculum in mora" - neste sentido que voto: defiro, sem redução do texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme à Constituição, afastar qualquer exegese que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do relator e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção OIT nº 158, as repute auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, especialmente as regras constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam, presentemente, no sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores.

Supremo Tribunal Federal

18/12/96 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL
(Medida Liminar)

V O T O
(Retificação da **parte dispositiva** do voto)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Acolho as ponderações constantes do voto do eminente Ministro MOREIRA ALVES, **quer** no que se refere à ilegitimidade de **uma** das litisconsortes ativas (Confederação Nacional do Transporte - CNT), **quer** no que concerne à **proposta** de interpretação conforme a Constituição, **observados**, no entanto, **tal como salientado em seu douto pronunciamento**, os estritos fundamentos jurídicos em que se assenta o meu voto.

Cumpre assinalar que **essa** proposta de interpretação conforme, **fundada** nas próprias razões que longamente expus em meu voto, enfatiza, de maneira **ainda** mais expressiva, que as normas convencionais ora impugnadas **não** se revestem de auto-aplicabilidade, **dependendo**, por isso mesmo, para efeito de sua integral incidência, da **necessária** intermediação legislativa do Congresso Nacional.

Na realidade, **e tal como pude acentuar em meu voto** - que subsiste, **integralmente**, quanto às premissas e aos fundamentos jurídicos nele expostos -, a **Convenção nº 158/OIT**, além de **depender** de ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, **configurando**, sob tal aspecto,

mera **proposta de legislação** dirigida ao legislador interno, **não** consagrou, como **única** conseqüência possível derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, **como o Brasil**, instituírem, em suas respectivas **legislações nacionais, apenas a garantia da reintegração** no emprego. **Pelo contrário**, a Convenção nº 158/OIT expressamente **permite** a cada Estado-Parte (**Artigo 10**), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, **opte** pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, **adotando**, em conseqüência, **sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País** (a Constituição brasileira, **no caso**), a fórmula da reintegração no emprego **e/ou** da indenização compensatória.

Desse modo, e tendo presentes as ponderações ora feitas pelo eminente Ministro MOREIRA ALVES, além de **excluir** do polo ativo a CNT, por ser parte ilegítima, **defiro**, parcialmente, **sem redução de texto**, o pedido de medida cautelar, para, **em interpretação conforme a Constituição**, e até final julgamento da ação direta, **afastar** qualquer exegese, que, **divorciando-se dos fundamentos jurídicos do meu voto**, e **desconsiderando** o caráter meramente **programático** das normas da Convenção nº 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, **desrespeitando**, desse modo, as regras constitucionais e infraconstitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1480-3 - medida liminar
ORIGEM : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
REQTE. : CONFEDERACAO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT E OUTRO
ADV. : LUIZ CARLOS BETTIOL E OUTROS
REQDO. : PRESIDENTE DA REPUBLICA
REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 18.09.96.

Decisão : Por votação unânime, o Tribunal rejeitou as preliminares. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Ministro Moreira Alves, depois do voto do Ministro Celso de Mello, Relator, indeferindo o pedido de medida liminar. Ausente, justificadamente, o Ministro Francisco Rezek. Plenário, 25.09.96.

Decisão: Preliminarmente, por proposta do Ministro Moreira Alves, o Tribunal excluiu do processo a Confederação Nacional do Transporte. Votou o Presidente. Unânime. Em seguida, após o voto do Ministro Moreira Alves, que deferia em parte o pedido de medida liminar para dar à Convenção questionada interpretação conforme à Constituição Federal, nos termos do seu voto, e da retificação, em parte, do voto do Ministro Celso de Mello, Relator, aderindo ao do Ministro Moreira Alves, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Velloso. Plenário, 18.12.96.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

LUIZ TOMIMATSU
Secretário

04/09/97 PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL - Medida Cautelar

V O T O V I S T A

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - A Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria aforaram ação direta, com pedido de liminar, visando à declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 68, de 16.09.92, e do Decreto nº 1.855, de 10.04.96, que, respectivamente, aprovaram e promulgaram a Convenção nº 158, da O.I.T. Sustentam que os arts. 4º a 10 da Convenção conflitam com o artigo 7º, I, da C.F., e também com o art. 10, I, ADCT.

Os fundamentos da inicial foram assim resumidos pelo eminente Ministro Moreira Alves, no seu voto:

"(...)

3. No mérito, a autora, depois de acentuar que a Convenção nº 158/OIT "limita a dispensa de empregados aos casos de justa causa, proibindo a demissão imotivada e, mesmo no caso de dispensa por justa causa, a Convenção estabelece uma série de requisitos quanto ao prazo, forma e procedimento", sendo que "no término das relações contratuais trabalhistas, sem justa causa, o convênio multilateral adota, em seu art. 4º, o preceito de reintegração no emprego", fazendo, assim, no seu conjunto ressurgir o instituto da estabilidade, sustenta que os artigos 4º a 10 dessa Convenção são inconstitucionais formalmente (porque os acordos e convenções internacionais se incorporam ao direito brasileiro como leis ordinárias e o artigo 7º, I, da Constituição Federal determina que a relação de emprego será protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, NOS TERMOS DE LEI

COMPLEMENTAR, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos, tendo o artigo 10 do ADCT dessa mesma Carta Magna estabelecido, até que seja promulgada essa lei complementar, a indenização compensatória aludida naquele dispositivo da parte permanente e vedado a dispensa arbitrária ou sem justa causa apenas aos poucos casos de estabilidade provisória no emprego) e são inconstitucionais materialmente (porque entram em choque com os citados dispositivos constitucionais, "posto que (a Convenção) adota critério político e jurídico diametralmente oposto ao consagrado na Carta da República, tanto que os termos daquele acordo instituem a reintegração ao emprego como forma de anular a despedida arbitrária ou sem justa causa, admitindo, apenas, a dispensa por motivos econômicos, baseados na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviços, tudo sujeito a um complexo processo probatório)."

(...)"

O Sr. Ministro Moreira Alves analisa, depois, o voto do eminente Ministro Celso de Mello:

"(...)

4. Em seu douto voto, o eminente relator principia pelo exame da alegação de inconstitucionalidade material dos preceitos impugnados. Para isso, fixa, de início, as premissas de que partirá para essa análise. Observa S.Exa. que a Constituição Federal, ao proclamar os direitos sociais dos trabalhadores, para preservar o vínculo laboral, estabeleceu "a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos"; que essa lei complementar ainda não foi editada, e, para preencher a lacuna de possível omissão legislativa, o próprio constituinte determinou, no artigo 10, I, do ADCT que, até a promulgação dessa lei complementar, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deverá limitar-se a quarenta por cento dos valores depositados na conta vinculada do FGTS de titularidade do empregado despedido; que essa norma encerra verdadeira "fórmula de ponderação", destinada a conciliar posições contrastantes no seio da Assembléia Nacional Constituinte, nem se reconhecendo ao empregador o poder absoluto de despedir imotivadamente, nem se atribuindo ao empregado a garantia da

intangibilidade do vínculo de trabalho; e que o preceito do art. 7°, I, da Carta Magna restringe o direito potestativo do empregado de rescindir unilateralmente o contrato de trabalho, exigindo uma causa de justificação, e a infringência dessa norma constitucional "imporá ao empregador o dever de prestar ao empregado, injusta ou arbitrariamente demitido, uma indenização compensatória, dentre outros direitos, afastado, no entanto, o acesso do trabalhador ao regime da estabilidade plena", citando, em apoio dessa afirmação, obras doutrinárias de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, ARION SAYÃO ROMITA, OCTÁVIO BUENO MAGANO e ESTEVÃO MALLET, que sustentam que a indenização compensatória, e não a reintegração no emprego, é a sanção constitucionalmente admissível para as hipóteses de despedida arbitrária ou sem justa causa por parte do empregador, bem como de ARNALDO SÜSSEKIND, que enfatiza que o mecanismo da indenização compensatória foi instituído como sucedâneo da garantia da estabilidade.

Em seguida, o eminente relator, para verificar se os artigos 4° a 10 da Convenção 158/OIT, em função de seu próprio texto e não de interpretações judiciais eventualmente equivocadas, examina se eles apresentam "a possibilidade de aplicação imediata da garantia da reintegração forçada no emprego, com prejuízo do mecanismo da indenização compensatória". E após a análise de cada um deles, salientando as convergências e divergências em face da legislação constitucional e infraconstitucional do Brasil, conclui com estas considerações:

> 'Na realidade, as normas constantes da Convenção n° 158/OIT — objeto de exame nesta sede de controle abstrato — claramente evidenciam o conteúdo programático que delas emerge, tanto que a implementação das diretrizes nelas consagradas depende, essencialmente, no plano da regulação estatal da matéria, da necessária intervenção disciplinadora do legislador nacional de cada Estado-parte.
>
> Impende enfatizar, neste ponto, que a existência de controvérsia sobre o tema em análise (reintegração no emprego ou indenização compensatória) tornou necessário que a Conferência Internacional do Trabalho, ao adotar a Convenção n° 158/OIT, estipulasse cláusulas normativas abertas destinadas a permitir a cada Estado-parte — consideradas as peculiaridades de seu ordenamento doméstico —

que acolhesse, em sua legislação interna, apenas as opções convencionais reputadas compatíveis com o estatuto político de cada um dos Países signatários.

Na verdade, a Conferência Internacional do Trabalho, ao assim proceder — consideradas as divergências que antagonizavam os Estados no reconhecimento das conseqüências derivadas da ruptura empresarial abusiva do contrato de trabalho (reintegração no emprego ou indenização compensatória) — adotou, no texto da Convenção nº 158/OIT, uma fórmula de conciliação, caracterizada pelo sentido de maior flexibilidade que se conferiu a cada País no processo de definitiva adoção, em sede de legislação interna, dos mecanismos convencionais destinados a proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Cumpre ter presente, bem por isso, Senhor Presidente, o valioso magistério expendido por ARNALDO SÜSSEKIND, que, em trabalho jurídico sobre a matéria ora em exame ("Aspectos Controvertidos da Convenção OIT-158", **in** LTr Suplemento Trabalhista 106/96, p. 613/614), assinala os aspectos referidos e ressalta que a Convenção nº 158/OIT admite, expressamente, que cada Estado-parte adote, em seu ordenamento interno, o mecanismo da indenização compensatória, se as peculiaridades de seu sistema jurídico não permitirem a instituição do retorno compulsório ao emprego do trabalhador despedido arbitrariamente:

.....

Com efeito, a Convenção nº 158 da OIT — que revela, nas diversas cláusulas discutidas na presente sede de controle abstrato, um conteúdo essencialmente programático, subordinando a sua aplicabilidade ao que emerge da prática e da legislação nacionais de cada País — limita-se a estabelecer diretrizes, muitas das quais já incorporadas ao sistema jurídico vigente no Brasil.'

4

5. No tocante à alegação de inconstitucionalidade formal, o eminente ministro Celso de Mello acentua que os tratados internacionais se incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro como leis infraconstitucionais, e acentua: "É preciso enfatizar, no entanto, que essa relação de paridade normativa entre o tratado internacional e os atos legislativos internos não se estabelece quando se tratar de lei complementar, posto que, em tal situação, as peculiaridades que caracterizam a lei complementar (conteúdo temático próprio e exigência de aprovação por maioria qualificada) derivam de expressa reserva constitucional que permite distinguir esse especial tipo legislativo das leis ordinárias em geral". Mas, ainda que não considere que os tratados internacionais possam ingressar na ordem jurídica interna brasileira como leis complementares, e saliente que, em face do artigo 7°, I, da Carta Magna, o instrumento exigido seja lei complementar, volta S.Exa. a salientar que, no caso, a Convenção n° 158/OIT é "uma convenção internacional essencialmente redutível à noção interna das leis de bases, ou leis de princípios, ou, ainda, leis-quadro" e que "essa convenção, ao consagrar em seu texto referências paradigmáticas que constituem o núcleo fundamental justificador de sua própria celebração, tem por finalidade estimular o Estado-Parte a desenvolver os princípios nela proclamados, dando-lhes, mediante ação legislativa própria, conseqüência jurídica no plano interno", e arremata: "isso significa, portanto, que a Convenção n° 158/OIT — por encerrar, a partir dos princípios e diretrizes que enuncia, uma proposta de legislação exclusivamente dirigida ao legislador interno de cada Estado-Parte — não parece haver ofendido, no plano estritamente formal, o texto da Constituição da República, pois, como ressaltado, a eficácia das normas desse ato internacional depende, essencialmente, da superveniência da lei complementar reclamada e exigida pelo estatuto constitucional".

(...)"

O eminente Ministro Moreira Alves, em seguida, ressalta que o não menos eminente Ministro Relator tem como relevantes os fundamentos jurídicos da argüição de inconstitucionalidade tanto formal como material dos dispositivos impugnados. S.Exa., o eminente Relator, entretanto, empresta à Convenção interpretação no sentido

de que ela "revela, nas diversas cláusulas discutidas na presente sede de controle abstrato, um conteúdo essencialmente programático, subordinando a sua aplicabilidade ao que emerge da prática e da legislação nacionais de cada País". Destarte, para o eminente Relator, esse caráter programático e a sua não auto-aplicabilidade conduzem ao indeferimento da cautelar.

Concluiu, então, o Sr. Ministro Moreira Alves o seu voto:

"(...)

7. Como já salientei, estou inteiramente de acordo com o eminente relator no estabelecimento das premissas que demonstram que são indubitavelmente relevantes os fundamentos jurídicos das argüições de inconstitucionalidade formal e material dos dispositivos objeto da presente ação direta, mas, no que concerne à conclusão de S.Exa., parece-me que toda a fundamentação de seu voto leva a concluir que, no âmbito do exame do pedido cautelar, só não defere a liminar por causa da interpretação que dá quanto à natureza das normas atacadas. Parece-me, no entanto, com a devida vênia do eminente relator, que, em casos como tais, a orientação dessa Corte é deferir parcialmente a liminar para suspender todos os demais sentidos que as normas em causa possam ter que não aquele resultante dessa interpretação conforme à Constituição.

E é — tendo em vista, inclusive, a existência da divergência, comprovada nos autos, entre decisões na Justiça do Trabalho em matéria dessa relevância, o que caracteriza o **periculum in mora** — neste sentido que voto: defiro parcialmente o pedido de liminar para suspender, até a decisão final desta ação, todos os sentidos que as normas ora impugnadas possam ter que não a interpretação, conforme à Constituição, de que, sendo elas meramente programáticas e subordinando a sua aplicabilidade à legislação nacional, não são auto-aplicáveis, continuando em vigor, em sua plenitude, as normas constitucionais e infraconstitucionais de nosso País que atualmente disciplinam a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores."

6

O eminente Relator reformulou a conclusão do seu voto para ficar de acordo com o Sr. Ministro Moreira Alves.

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do pedido de cautelar.

Preliminarmente, ponho-me de acordo com os votos que me precederam no sentido de dar pela ilegitimidade ativa da Confederação Nacional do Transporte - CNT. Excluo-a, por isso, da relação processual.

Aprecio o mérito da causa.

I. Da inconstitucionalidade formal da Convenção 158/OIT.

As disposições constitucionais que estariam sendo afrontadas pelos artigos 4° a 10 da Convenção 158, da OIT, estão contidas nos artigos 7°, I, da C.F., e 10, I, ADCT, que dispõem:

> *"Art. 7° São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *I. - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;"*

Art. 10, I, ADCT:

> "Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7°, I, da Constituição:
>
> I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6°, **caput** e § 1°, da Lei n° 5.107, de 13 de setembro de 1966;"

É dizer: o artigo 7°, I, da Constituição, assegura ao trabalhador relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Tem-se, portanto, no artigo 7°, I, da C.F., norma cuja eficácia depende de normatização ulterior, ou seja, de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Até que seja promulgada a referida lei complementar, a proteção inscrita no art. 7°, I, da C.F., fica limitada ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6°, **caput** e § 1°, da Lei 5.107/66.

O eminente Relator, conforme vimos, entende que, dependendo a garantia inscrita no art. 7°, I, da C.F., de lei complementar, a Convenção 158/OIT seria inconstitucional, sob o ponto de vista formal, dado que não poderia ela fazer as vezes de lei complementar. Noutras palavras, o Tratado incorpora-se ao

direito interno como lei ordinária e não como lei complementar. O eminente Ministro Moreira Alves defende a mesma idéia.

Com a vênia dos eminentes Ministros Celso de Mello e Moreira Alves, divirjo de seus doutos entendimentos.

É que, celebrado o tratado ou a convenção pelo Presidente da República (C.F., art. 84, VIII) e aprovado este ou esta pelo Congresso Nacional (C.F., art. 49), dá-se a sua incorporação ao direito interno, incorporação que se faz, tradicionalmente, mediante decreto do Presidente da República. Essa incorporação ocorre, de modo direto — já que a doutrina aqui adotada é a do monismo — na condição de norma infraconstitucional, vale dizer, na condição de lei. O que deve ser entendido é que a incorporação ocorrerá ou como lei ordinária ou como lei complementar.

É que, todos sabemos, em certos casos a Constituição exige, para a regulamentação ou complementação da norma constitucional, lei complementar; noutros casos, lei, simplesmente. No primeiro caso, ter-se-á lei complementar; no segundo, lei ordinária. Mas o que deve ser compreendido é que lei constitui gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, medida provisória e lei delegada são espécies. A Constituição Federal, na Subseção III, da Seção VIII, do Capítulo I, do Título IV, sob o título "Das Leis", artigos 61 a 69, cuida dessas espécies legislativas: art. 61: a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer

membro da Câmara dos Deputados, etc. No art. 62, das medidas provisórias. No artigo 68, das leis delegadas. E, finalmente, no artigo 69, estabelece a única diferença existente entre lei ordinária e lei complementar, diferença puramente formal: as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta. A diferença, pois, entre lei ordinária e lei complementar, diferença puramente formal, é esta: enquanto as leis ordinárias são aprovadas por maioria simples, as leis complementares exigem o **quorum** da maioria absoluta.

A demonstrar que lei é gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória, no sistema constitucional brasileiro, são espécies, e que o tratado é equiparado ao gênero e não a uma das espécies daquele, são as disposições constitucionais que estabelecem os pressupostos dos recursos extraordinário e especial, inscritas nos artigos 102, III, **b** e **c**, e 105, III, **a**, **b** e **c**, da Constituição. Lei, naquelas disposições constitucionais, é a lei ordinária, ou a complementar, ou a lei delegada ou mesmo a medida provisória. É que, nas referidas disposições, a Constituição se refere ao gênero. E mais: o tratado, na alínea **b**, do art. 102, III, e na alínea **a**, do art. 105, III, é posto em situação equivalente à lei, como gênero.

Então, se, para a regulamentação de determinada norma constitucional, exige a Constituição lei complementar, e se, no trato da matéria, celebra o Presidente da República um tratado,

tratado que vem, justamente, regulamentar matéria constitucional dependente de lei complementar, aprovado esse tratado pelo Congresso Nacional e incorporado ao direito interno, por decreto do Presidente da República, essa incorporação que ocorre como lei, nesse caso ocorrerá como lei complementar. É que, conforme já foi dito, lei é gênero, do qual lei ordinária, lei complementar, medida provisória e lei delegada constituem espécies.

Cumpre registrar, ademais, o que já constitui um truísmo na ordem jurídico-constitucional brasileira: não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar. A diferença entre ambas está, apenas, no **quorum** de aprovação desta última: enquanto a lei ordinária é aprovada por maioria simples, a lei complementar exige, para a sua aprovação, maioria absoluta (C.F., art. 69). **Quorum** de aprovação, entretanto, não determina hierarquia. O que deve ser entendido é que, "no sistema constitucional brasileiro, a lei complementar tem limites de fundo e limites de forma, como já sustentara Pontes de Miranda, com relação ao regime instituído pela emenda parlamentarista. Relativamente aos limites de fundo, não podem regular senão matérias delimitadas prévia e exaustivamente pela Constituição. Quanto aos limites de forma, a Constituição vincula o Congresso Nacional à observância do **quorum** do art. 50". "Assim como a lei ordinária não pode invadir o campo legislativo sob reserva de lei complementar, é defeso a esta extrapolar os casos constitucionalmente previstos." (José Souto Maior Borges, "Lei Complementar Tributária", Ed. Rev. dos Tribs., 1975, págs. 54/55). É

dizer, se a Constituição estabelece que determinada matéria será regulada por lei complementar, e o legislador extrapola do comando constitucional, o que não estiver contido na matéria deste será lei ordinária, se o Congresso podia assim legislar. Se não, será inconstitucional. E no que o legislador foi além do comando constitucional, não ocorrendo inconstitucionalidade, a norma excedente sendo considerada lei ordinária poderá ser revogada por lei ordinária. A diferença substancial, portanto, entre uma e outra reside nos campos de atuação de uma e de outra, nada mais, sem, contudo, hierarquia. É que, na lição de José Souto Maior Borges, forte em Roberto José Vernengo, "o termo "hierarquia" só tem sentido juridicamente para significar que uma norma é inferior a outra norma quando a segunda regule a forma de criação da primeira norma. Esse diverso posicionamento hierárquico não existe indistintamente entre a lei complementar e a lei ordinária, no direito brasileiro." (José Souto Maior Borges, ob. Cit., pág. 56). Dessa lição não destoa Michel Temer, a dizer que "Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior. A lei é hierarquicamente inferior à Constituição porque encontra nesta o seu fundamento de validade. Aliás, podemos falar nesse instrumento chamado lei, porque a Constituição o cria. (...) Pois bem, se hierarquia assim se conceitua é preciso indagar: lei ordinária, por acaso encontra seu fundamento de validade, seu engate lógico, sua razão de ser, sua fonte geradora na lei complementar? Absolutamente não!" (Michel

Temer, "Elementos de Direito Constitucional", Malheiros Ed., 9ª ed., 1992, pág. 136).

Concedo que, na ordem jurídico-constitucional brasileira há, em certos casos, lei complementar hierarquicamente superior à lei ordinária. Assim, por exemplo, a lei complementar prevista no parágrafo único do art. 59 da Constituição, que deverá dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Tem-se, neste caso, lei complementar especial, que servirá de fundamento de validade das leis de modo geral, inclusive de lei complementar. No campo tributário há leis complementares que fundamentam a validade de atos normativos. É o caso, por exemplo, da lei complementar do art. 146 da Constituição Federal, como há outras leis complementares que realizam a sua missão constitucional sem se constituírem em atos normativos que fundamentam a validade de outros atos normativos (C.F., art. 148). No primeiro caso, tem-se uma lei nacional; no segundo, lei federal em sentido estrito. As lições de José Souto Maior Borges, no ponto, são de leitura obrigatória (Ob. cit. págs. 79 e segs.).

No caso sob exame, fácil é verificar que a lei complementar, inscrita no art. 7°, I, é lei complementar que realiza sua missão constitucional sem se constituir em ato normativo que fundamenta a validade de outros atos normativos.

TF-3026002

A Convenção 158/OIT, pois, incorporou-se ao direito brasileiro como lei complementar. Não há falar, em conseqüência, presente as normas inscritas no art. 7°, I, da C.F., e art. 10, I, ADCT, em inconstitucionalidade formal da Convenção 158/OIT.

II. A Convenção 158/OIT e o art. 5°, § 2°, da C.F.

Escrevendo a respeito do tema, o Prof. Antônio Álvares da Silva, professor titular da UFMG e Juiz do TRT de Minas coloca a questão sob a ótica do art. 5°, § 2°, da C.F.: a Convenção 158/OIT contém direitos e garantias que, presente a norma do citado § 2° do art. 5°, têm **status** de direitos constitucionais (Antônio Álvares da Silva, "A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT", Ed. RTM, Belo Horizonte, 1996, págs. 31 e segs.).

Comungo da opinião do ilustre juiz e professor mineiro.

Na verdade, a Convenção 158/OIT contém direitos que integram a doutrina dos direitos fundamentais. No voto que proferi quando do julgamento da cautelar requerida na ADIn n° 1.497-DF e em trabalho doutrinário que escrevi — "Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais e a reforma tributária" no prelo — registrei que, hoje, a doutrina dos direitos fundamentais distingue direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração, registra Celso Lafer ("Direitos Humanos e Democracia: no plano interno e internacional", em "Desafios: ética e política", Ed. Siciliano, 1995, ps. 201 e segs.). O tema pode ser assim

TF 102002

desenvolvido: os direitos de 1ª geração constituem herança liberal. São os direitos civis e políticos: a) direitos de garantia, que são as liberdades públicas, de cunho individualista: a liberdade de expressão e de pensamento, por exemplo; b) direitos individuais exercidos coletivamente: liberdades de associação: formação de partidos, sindicatos, direito de greve, por exemplo. Os direitos de 2ª geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, constituindo herança socialista: direito ao bem estar social, direito ao trabalho, à saúde, à educação, são exemplos desses direitos. Os direitos de 3ª geração são direitos de titularidade coletiva: a) no plano internacional: direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à paz; b) no plano interno: interesses coletivos e difusos, como, por exemplo, o direito ao meio-ambiente.

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição do Brasil, registra Antônio Álvares da Silva, têm três vertentes: a) estão expressamente designados na Constituição; b) decorrem do regime e dos princípios nela adotados; c) decorrem dos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil (C.F., art. 5°, § 2°).

Os direitos e garantias fundamentais estão, especialmente, no Título II da Constituição: Capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, art. 5°, incisos I a LXXVII, §§ 1° e 2°; Capítulo II - Dos direitos sociais, artigos 6°, 7°, 8°, 10 e 11;

EI 102 002

Capítulo III - Da nacionalidade (direitos inerentes à nacionalidade); arts. 12 e 13; Capítulo IV - Dos direitos políticos, arts. 14 a 17. Mas eles não estão apenas nesses capítulos, espalhando-se na Constituição: por exemplo: art. 150, (Estatuto dos Contribuintes), 225 (meio-ambiente), art. 220 (comunicação social).

Além dos que decorrem do regime e dos princípios adotados na Constituição, há os decorrentes dos tratados celebrados pelo Presidente da República e aprovados pelo Congresso Nacional (C.F., art. 84, VIII, art. 49, I). Referindo-se ao § 2° da C.F., Celso Bastos registra que "a menção do parágrafo em questão ao direito internacional como fonte possível de direitos e garantias deverá trazer mudanças sensíveis em alguns aspectos do nosso direito". E acrescenta o professor paulista que "não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente os Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais." (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, "Comentários à Constituição do Brasil", Saraiva, 1989, II/396).

Assim posta a questão, é lícito afirmar que a Convenção 158/OIT incorporou-se à ordem jurídica brasileira com característica

autônoma, vale dizer, independentemente da disposição inscrita no art. 7°, I, da C.F. Além da garantia inscrita no art. 7°, I, da C.F., que subordina a dispensa do empregado à existência de uma causa de justificação, não admitindo a despedida arbitrária ou sem justa causa e estabelecendo que a infringência dessa regra impõe ao empregador a obrigação de pagar ao empregado despedido indenização compensatória, dentre outros direitos, além dessa garantia, inscrita no citado art. 7°, I, gozam os trabalhadores brasileiros dos direitos e garantias que decorrem da Convenção 158/OIT.

Posta a questão sob essa ótica, não há falar que a Convenção 158/OIT esteja a consagrar garantia não inscrita no art. 7°, I, da C.F., a estabilidade, quando a norma do art. 7°, I, da C.F., consagra, apenas, a indenização compensatória, e que, por isto, seria inconstitucional sob o ponto de vista material. A inconstitucionalidade material, não custa repetir, não ocorreria, dado que a Convenção 158/OIT, na forma do disposto no § 2° do art. 5°, da C.F., incorporou-se à ordem jurídica brasileira de forma autônoma. É dizer, ela contém direitos e garantias, que são direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores de cunho constitucional, na forma do que estabelece o § 2° do art. 5°, da C.F.

III. O art. 7°, I, da C.F. consagra apenas a indenização compensatória e não a reintegração: inconstitucionalidade material da Convenção 158/OIT.

A norma inscrita no art. 7°, I, da C.F., subordina a dispensa do empregado à existência de uma causa de justificação. É

dizer, o art. 7°, I, da C.F., não admite a despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado. Todavia, a infringência dessa regra não impõe a reintegração do empregado, senão que o empregador deverá pagar-lhe indenização compensatória, dentre outros direitos. Não consagrando o art. 7°, I, pois, a estabilidade plena, e adotando a Convenção OIT/158 critério outro, o da reintegração ao emprego como forma de anular a despedida arbitrária ou sem justa causa, seria ela, Convenção 158/OIT, inconstitucional sob o ponto de vista material.

Examino a questão.

Também entendo que a norma do art. 7°, I, da C.F., não consagra a estabilidade plena. Se não é admitida a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado, certo é que a infringência dessa regra não impõe a reintegração do empregado, senão que o empregador deverá pagar-lhe indenização compensatória, dentre outros direitos. Assim é a lição de Amauri Mascaro Nascimento, em "Direito do Trabalho na Constituição de 1988", Saraiva, 1989, págs. 44/45). No mesmo sentido as lições de Arion Sayão Romita ("Efeitos da Ratificação da Convenção n° 158 da OIT sobre o Direito Brasileiro", em "Repertório IOB de Jurisprudência, n° 5/96, p. 77), Octávio Bueno Magano e Estevão Mallet ("O Direito do Trabalho na Constituição", ps. 65/66, Forense, 2ª ed., 1993), Arnaldo Sussekind ("Instituições de Direito do Trabalho", 13ª ed., 1993, LTr, I/625-626).

TF 102402

Arnaldo Sussekind, invocado pelo eminente Ministro Relator, leciona que a indenização compensatória foi instituída como sucedâneo da estabilidade. É dizer, a indenização exclui a reintegração. "Tanto é assim", acrescenta Sussekind, "que o art. 8°, item VIII, assegurou a estabilidade absoluta dos dirigentes e representantes sindicais, desde o registro das respectivas candidaturas até doze meses após a extinção do mandato". Indica o mestre, em seguida, as estabilidades do art. 10, II, **a** e **b**, do ADCT. (Arnaldo Sussekind, ob. e loc. cits.).

O eminente Ministro Relator não acolhe a afirmativa no sentido de que a Convenção 158/OIT consagra, apenas, a garantia da reintegração.

Leio no voto do eminente Ministro Celso de Mello, Relator:

> *"A análise das normas impugnadas parece evidenciar que a Convenção n° 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade, no plano interno, não consagrou, como única conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária de contrato de trabalho, o dever, os Estados-Partes instituírem, em sua legislação nacional, a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção n° 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em conseqüência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País, a fórmula da reintegração no emprego ou da indenização compensatória."*

> *O Artigo 4° da Convenção n° 158/OIT contém a enunciação de um princípio básico, que, além de consagrado por esse ato de direito internacional público, também foi proclamado pelo ordenamento constitucional brasileiro, que instituiu norma destinada a proteger a relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou dispensas sem justa causa.*
>
> *Essa proclamação constante do texto convencional não se qualifica, só por si, como declaração revestida de inconstitucionalidade, ..."*

Todavia, o Sr. Ministro Relator, no que foi seguido pelo Ministro Moreira Alves, entende que a Convenção 158/OIT não é auto-aplicável, constituindo-se em norma programática. S.Exa. que, no voto que proferiu quando o julgamento teve início, indeferiu a medida cautelar, reformulou o seu voto para deferi-la, residindo no voto do Ministro Moreira Alves a razão para isto: se a Convenção 158/OIT não é auto-aplicável e se juízes e Tribunais estão aplicando-a, deve ela ser suspensa.

Entendo que a Convenção 158/OIT não é inconstitucional sob o aspecto indicado. A uma, porque subsiste ela independentemente do disposto no art. 7°, I, tendo em vista o estabelecido no § 2° do art. 5°, da C.F., conforme vimos, linhas atrás. A duas, porque não consagra a Convenção 158/OIT a reintegração no emprego, apenas.

É o que examinaremos, a seguir.

O artigo 4° da Convenção 158/OIT estabelece que "não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que

TF 102/002

exista para isso uma causa de justificação relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço".

Para os que entendem que a Convenção 158/OIT, há de ser compreendida apenas na ótica do art. 7°, I, da C.F. — e não autonomamente, como nós, que sustentamos, na forma do § 2° do art. 5°, da C.F., que trouxe ela novo direito e garantia para os trabalhadores — e que a indenização compensatória e não a reintegração é o que assegura a Constituição, basta interpretar o art. 4° em consonância com o art. 10, ambos da Convenção. É que o art. 10 admite tanto a reintegração como a indenização compensatória. Essa indenização poderá ser arbitrada tendo presente as normas inscritas nos artigos 477, 478 e 497, CLT.

A jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas construirá a melhor forma de se dar cumprimento à Convenção, no particular. Certo é que o direito brasileiro já estabelece meio de se arbitrar a indenização, isto para os que entendem que a citada Convenção 158/OIT há de ser compreendida apenas na ótica do art. 7°, I, da C.F.

Também sob esse aspecto a Convenção tem, está-se a ver, legitimidade constitucional.

TF 102402

Entretanto, o que deve ser entendido, como regra maior, a afastar qualquer alegação de inconstitucionalidade dos artigos 4° a 10 da citada Convenção, é que, segundo o disposto no § 2° do artigo 5°, da C.F., a referida Convenção 158/OIT, incorporada ao direito brasileiro, trouxe para os trabalhadores mais um direito, o da garantia ao emprego, com a reintegração, na forma do que dispõe o seu artigo 4°.

IV. A questão da eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou da auto-aplicabilidade da Convenção 158/OIT.

A Convenção 158/OIT, nas suas regras maiores, especialmente as que consubstanciam direitos e garantias, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou auto-aplicável. É possível que um ou outro dispositivo seu, dispositivo periférico, demande normatização ulterior. As suas normas básicas, que consubstanciam direitos fundamentais dos trabalhadores — direitos fundamentais sociais, de 2ª geração, conforme linhas atrás explicitado — repito, são auto-aplicáveis. No voto que proferi quando teve início o julgamento do RE 205.815-RS — a questão dos turnos ininterruptos de revezamento — votei no sentido da auto-aplicabilidade da norma do inc. XIV do art. 7°, da C.F., porque consagra ela um direito fundamental social, tal como ocorre aqui. Destaco do voto que proferi:

"(...)

Abrindo o debate, não tenho dúvida de que a norma constitucional acima transcrita — inc. XIV do art. 7°, C.F. — é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou auto-aplicável.

É que inscreve-se ela no Capítulo II do Título II, da Constituição, assim no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais. O mencionado Capítulo II cuida dos direitos sociais. Estes, os direitos sociais, são direitos fundamentais de segunda geração, herança socialista, na lição de Celso Lafer ("Direitos humanos e democracia: no plano interno e internacional", em "Desafios: ética e política", ps. 201 e segs.), no mesmo pé de igualdade com os direitos fundamentais de primeira geração, que constituem herança liberal. O constitucionalismo do Séc. XX, a partir da Constituição de Weimar, compatibiliza direitos individuais (1ª geração) com os direitos sociais (2ª geração). É dizer, a doutrina dos direitos fundamentais compreende direitos civis e políticos (1ª geração), direitos sociais (2ª geração) e, hoje, direitos de 3ª geração, que são direitos de titularidade coletiva, no plano interno e internacional, como os denominados interesses difusos e coletivos (plano interno) e, por exemplo, o direito ao patrimônio comum da humanidade (plano internacional).

Posta assim a questão, a esses direitos sociais aplica-se a regra inscrita no § 1° do art. 5° da Constituição: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

A regra inscrita no § 1° do art. 5° da Constituição, acima mencionada, põe-se na linha da doutrina do direito constitucional norte-americano, no sentido de que as normas constitucionais que veiculam declarações de direito, imunidade e vedações, são auto-aplicáveis. Neste sentido a lição de Ruy Barbosa:

> 'As proibições constitucionais e as declarações de direitos articuladas nas Constituições adicionam os arestos americanos, como dotadas, igualmente, de vigor imediato e anterior a qualquer explanação legislativa, as isenções constitucionalmente decretadas. "Exemptions may be regarded as prohibitions" (16 L.R.A., 284, not.)." (Ruy Barbosa, "Comentários à Constituição Federal Brasileira", coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, II/485).'

> *A lição de Thomas Cooley é exatamente em tal sentido, a falar que "Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (**self-executing**), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei." ("Das Limitações Constitucionais", ap. Ruy Barbosa, ob. e loc. cits., pág. 495).*
>
> *(...)"*

Os argumentos acima expostos têm aplicação também aqui, em que estão sob apreciação, direitos e garantias fundamentais, sociais, da 2ª geração.

É fácil demonstrar — e o argumento vem a duas — independentemente do que foi dito, a auto-aplicabilidade da Convenção 158/OIT, nas suas regras maiores, básicas.

O princípio maior, básico, da Convenção 158/OIT, o seu coração, está no artigo 4°; "Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com a sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço."

O dispositivo, está-se a ver, simplesmente veda a despedida imotivada do empregado, estabelecendo as exceções seguintes:

TF 102 002

a) existência de justa causa para a despedida em virtude da prática de falta grave, cujo elenco se encontra no art. 482, CLT, que corresponde à causa justificada relacionada com o comportamento do empregado;

b) justa causa para a despedida relacionada com a capacidade ou desempenho do empregado;

c) motivo justo para a despedida, baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

O que estaria a exigir normatização ulterior, aí? Nada, absolutamente nada.

O artigo 5° da Convenção relaciona hipóteses que não constituirão causa de justificação da despedida. Algumas delas já constituem direito constitucional dos trabalhadores: C.F., art. 8°, VIII; ADCT, art. 10, II, **a**, **b** e **d**.

O artigo 6° — itens 1 e 2 — deixa expresso que a ausência temporária ao serviço, por motivo de doença ou lesão (acidente) não pode ser caracterizado como justa causa para a despedida e define o que considera ausência temporária ao trabalho.

O artigo 7° consagra medida salutar, que se relaciona com o devido processo legal inscrito no art. 5°, LV, da C.F. É dizer, ao empregado é concedido o direito de defesa, ou a possibilidade de se defender.

O artigo 8° simplesmente assegura ao empregado despedido o direito de recorrer a um tribunal, a um tribunal especializado do trabalho, a uma junta de arbitramento ou a um árbitro, para demonstrar que foi injusta a sua despedida. O art. 8° da Convenção 158/OIT consagra, simplesmente, direito que vem da Magna Carta de 1215: o direito à tutela jurisdicional, que, felizmente, já está consagrado na Constituição do Brasil, art. 5°, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O artigo 9° parece envolver complexidades. Isto, entretanto, não ocorre. É verdade que esse artigo 9°, bem acentua Antônio Álvares da Silva, "é prolixo, confuso e mal redigido (ou traduzido)". ("A Convenção 158 da OIT", Ed. RTM, Belo Horizonte, 1996, pág. 85). É necessário, então, que a leitura se faça atentamente, sem preconceito.

Vejamos.

TF 102 002

O item 1 simplesmente afirma que os órgãos indicados no art. 8° decidirão se a rescisão do contrato de trabalho apoia-se numa causa de justificação.

O item 2 cuida do ônus da prova, em pormenor: a) esse ônus da prova cabe, de regra, ao empregador. É dizer, ao empregador cumprirá provar a existência da causa de justificação da dispensa; b) os órgãos indicados no art. 8° decidirão de acordo com as provas apresentadas pelas partes, na forma dos procedimentos estabelecidos pela legislação e a prática nacionais, vale dizer, segundo as leis processuais existentes; c) no caso de alegação no sentido de que a cessação da relação empregatícia se deveu a razões de necessidade de funcionamento da empresa, os órgãos indicados no art. 8° (tribunal, tribunal do trabalho, junta de arbitramento ou árbitro) têm competência para verificar se tais razões realmente foram a causa da cessação de emprego; todavia, esse item "remete para o art. 1° da Convenção 158 a decisão se os motivos alegados eram ou não suficientes para motivar a cessação. Em outras palavras: a legislação nacional ou a negociação coletiva é que vão dizer se os motivos eram ou não suficientes", esclarece Antônio Álvares da Silva que, após minuciosa análise do citado art. 9°, conclui os seus comentários afirmando que "bastaria que a Convenção 158 tivesse dito que cabe ao empregador o ônus da prova nas questões emergentes da dispensa de empregados. E nada mais." (Ob. cit., págs. 86/87). José Alberto Couto Maciel esclarece: "com relação ao ônus da prova, se o empregado foi despedido, inverte-se o ônus em seu favor, sendo que a

prova da existência da causa justificada para o término deverá ser feita, em princípio, pelo empregador, podendo, entretanto, o Juiz decidir, levando em consideração outros aspectos que, em conformidade com o processo do trabalho, possibilitem alcançar de melhor forma a verdade dos autos". E conclui os seus comentários ao citado art. 9°: "Quando o empregador alegar que o término da relação de trabalho se deu em decorrência de necessidades de funcionamento, poderá a Justiça do Trabalho requisitar, na forma da legislação nacional, documentos que comprovem efetivamente o fundamento do término da relação." ("Comentários à Convenção 158 da OIT", Ed. LTr, 1996, p.58).

O artigo 10 simplesmente estabelece que os órgãos a que pode recorrer o empregado para demonstrar que não foi justificada a sua despedida poderão ordenar ou propor a nulidade desta, ou determinar a readmissão do empregado no emprego, ou condenar o empregador ao pagamento de indenização compensatória.

Aos Tribunais do Trabalho, no exercício da jurisdição que lhes foi atribuída pela Constituição, caberão, portanto, diante do caso concreto, dizer a respeito do tema, ou seja, interpretando a Convenção, dar-lhe aplicação adequada, afastando o que, eventualmente, não for auto-aplicável. Reafirma-se, entretanto, que essa eventual não-aplicabilidade residiria apenas em normas periféricas, que não induziriam a não-auto-aplicabilidade das normas maiores.

TF 102 002

V. Conclusões.

Ao fim e ao cabo, podem ser tiradas as seguintes conclusões:

1) - Não há falar em inconstitucionalidade formal da Convenção 158/OIT, ao argumento de que o art. 7°, I, da C.F., exige lei complementar na sua regulamentação e, até que esta seja promulgada, tem vigência a regra inscrita no art. 10, I, ADCT, dado que a referida Convenção não faz as vezes de lei complementar. Não ocorre a inconstitucionalidade formal argüida, por isso que o tratado incorpora-se ao direito interno como lei, lei como gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória constituem espécies. Firmado o Tratado pelo Presidente da República (C.F., art. 84, VIII) e ratificado este pelo Congresso Nacional (C.F., art. 49, I), dá-se a sua incorporação ao direito interno como lei complementar, se, relativamente à matéria, a Constituição exige essa espécie de lei, mesmo porque não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, senão que a Constituição reserva para aquela certas matérias. Noutras palavras, se a C.F., para determinada matéria, exige lei complementar, e um certo Tratado dispondo a respeito de tal matéria, é ratificado pelo Congresso Nacional e, por decreto do Chefe do Executivo, é incorporado ao direito interno, é como lei complementar que se dá essa incorporação.

IT 102 002

2) - A Convenção 158/OIT contém direitos e garantias que integram a doutrina dos direitos fundamentais de 2ª geração. Os direitos e garantias fundamentais decorrentes de tratado internacional celebrado pelo Presidente da República (C.F., art. 84, VIII) e ratificado pelo Congresso Nacional (C.F., art. 49, I), constituem direitos fundamentais que a Constituição consagra — C.F., art. 5°, § 2°. Assim, os direitos e garantias contidos na Convenção 158/OIT constituem direitos e garantias com vida autônoma, não dependentes das normas inscritas no art. 7°, I, da C.F., e art. 10, I, ADCT/CF.

3) - O fato de a Constituição não consagrar, no art. 7°, I, c.c. o art. 10, I, ADCT, estabilidade plena, mas indenização compensatória, não faz inconstitucional, sob o ponto de vista material, a Convenção 158/OIT, dado que esta não estabelece, apenas, a garantia da reintegração. O que é preciso fazer é interpretar o artigo 4° da citada Convenção em consonância com o seu artigo 10, que admite tanto a reintegração como a indenização compensatória. Essa indenização poderia ser arbitrada tendo presentes as normas inscritas nos artigos 477, 478 e 497, CLT. Os Tribunais do Trabalho se incumbirão de construir jurisprudência a respeito.

4) - A Convenção 158/OIT, nas suas regras maiores, é auto-aplicável. Um ou outro dispositivo seu, simplesmente periférico, pode depender de explicitação legislativa. Isto, entretanto, não infirma a auto-aplicabilidade da Convenção, nas suas linhas maiores,

EF 102 002

básicas, certo que essas linhas maiores, básicas, inscrevem-se nos seus artigos 4° e 10.

VI.

Do exposto, com a vênia dos Ministros Celso de Mello (Relator) e Moreira Alves, indefiro a medida cautelar. MMello

STF 102002

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.480

(MEDIDA LIMINAR)

VOTO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM -

A Constituição, quando remete matérias, ora para a legislação ordinária, ora para a legislação complementar, não leva em consideração, no mais das vezes, a natureza da matéria.

A opção para remessa à legislação ordinária decorre de uma questão política, quando da discussão do texto.

Não havendo entendimento para um texto acordado, resta a disputa pelo voto.

No entanto, pode ocorrer - e na Constituinte de 1987/8 ocorreu várias vezes - que as correntes em debate não contem com a maioria necessária para a aprovação de suas teses.

Desta forma, acordam as correntes, em relação à questão que invabiliza um entendimento de conteúdo, que a matéria seja remetida para legislação infraconstitucional.

Chamávamos a esse entendimento de "compromisso dilatório".

Não havendo maioria necessária para aprovar-se determinada matéria, remetia-se a matéria para a legislação infraconstitucional.

Para esse fim, há formas.

Uma é exatamente a utilizada na Constituição.

Matérias controvertidas foram remetidas para a lei complementar. São exatamente aquelas em relação às quais as partes conflitantes não queriam submeter a um **quorum** de maioria simples no procedimento legislativo.

Não há, portanto, nenhuma essencialidade em relação a isso.

Vejam os Colegas, que os diversos incisos do art. 7º remetem-se à lei, mas só o primeiro deles à lei complementar.

Por quê?

Porque era exatamente a questão da estabilidade a grande matéria de debate quando da discussão da Assembléia Nacional Constituinte.

Então, é importante deixar claro que, à medida que matérias são enviadas pela Constituição à lei complementar, como disse corretamente e com absoluta precisão o eminente Ministro Celso de Mello, essa lei complementar tem um tema próprio e restrito.

E por que esse tema próprio está restrito à lei complementar?

Porque a manifestação popular, contida na Assembléia Popular, exigiu para si mesma maioria absoluta, tendo em vista as discussões.

Ora, se adotarmos o raciocínio exposto pelo eminente Ministro Carlos Velloso, teríamos uma situação curiosíssima.

A maioria não absoluta de Membros do Congresso Nacional tem uma determinada posição de conteúdo para uma lei complementar, mas não tem maioria absoluta para aprová-la como tal.

S.T.F. 102.002

Bastaria, para burlar a exigência constitucional de maioria absoluta para tratar o tema, firmar um tratado internacional com um país vizinho.

Fixadas as regras do tratado internacional com um país vizinho, esse seria aprovado por um decreto legislativo do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, após a mensagem presidencial, por maioria simples.

Ou seja, estar-se-ia burlando a exigência constitucional de que aquele tema, para ser aprovado e tratado pela legislação infraconstitucional, deva passar pelo crivo da maioria absoluta, que é a forma pela qual se protegem as minorias.

Estar-se-ia, exatamente, viabilizando a insubsistência das minorias, garantidas pela determinação constitucional ao exigir lei complementar.

Diria ao eminente Ministro Carlos Velloso, quando citou um determinado autor, referindo-se a um texto confuso e mal redigido, que, efetivamente, a má redação, a anemia significativa

S.T.F. 102.002

ou a ambigüidade do texto legal não são um erro de técnica legislativa.

Pelo contrário, essa pseudo deficiência se constitui em sólido instrumento de formação de maiorias.

Várias vezes os textos legislativos brasileiros são confusos e mal redigidos, na perspectiva da técnica, exatamente porque é a única forma pelo qual se possibilita a formação das maiorias necessárias para aprovar aquele texto.

Se o texto enfrenta uma questão de forma nítida e clara, pode não ser aprovado.

O Parlamento não forma a maioria.

Não tem condições políticas de decidir a matéria naquele momento.

A solução é jogar para frente.

É o que chamo de "acordos dilatórios". A matéria vai para frente.

Daí a "*ambigüidade*" ser uma forte técnica no processo legislativo democrático.

O voto universal reduziu as hegemonias nos parlamentos.

Temos de compreender, portanto, que a classificação, emendas, leis complementares e leis ordinárias decorrem, exatamente, desse problema.

Não podemos dar uma interpretação ao texto constitucional que importe em alterar a determinação constitucional.

Se a Constituição exigiu maioria absoluta para o trato de determinado tema, não se admite interpretação que viabilize maioria simples.

Burla-se a proteção das minorias, que a Constituição assegurou.

S.T.F. 102.002

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.480

É importante ter presente algo que teríamos que meditar, e o Congresso Nacional discutiu esse assunto em determinado momento.

Pergunta-se:

Matéria enviada pela Constituição para lei complementar pode ser objeto de tratado?

E, se isso for possível, só se converteria, só entraria para o Direito Brasileiro, se o decreto legislativo fosse aprovado por maioria absoluta?

Evidentemente, seria tergiversar.

No caso específico, não acolho a primeira parte do voto de VELLOSO, quando afirma que o tratado substituiria lei complementar.

A razão é simples.

S.T.F. 102.002

Não admito interpretação que burle a decisão constitucional de exigir que determinadas matérias sejam decididas por maioria absoluta.

Interpretação diversa lesa os interesses das minorias, que é exatamente o sentido da imposição de lei complementar.

Alguns comentaristas procuram encontrar essencialismos no conceito de lei complementar.

Não há essencialismo algum.

Na maioria dos casos da Constituição de 1988, a decisão é de natureza política e espelha a formação da Assembléia.

Afastada essa hipótese, devemos ver que, efetivamente, não é acoimada essa Convenção da OIT como inconstitucional, no sentido formal porque, como corretamente foi apreendido pelo Ministro Celso de Mello, tudo depende de lei nacional.

A regra da OIT não é inconstitucional, no sentido formal, porque depende da lei infraconstitucional.

S.T.F. 102.002

E qual é esta lei infraconstitucional?

É uma lei complementar quando o tema for o da despedida arbitrária.

Em relação ao segundo aspecto do raciocínio do eminente Ministro Carlos Velloso, no que diz respeito à interpretação dada ao §2° do art. 5°, teríamos uma situação curiosíssima se o interpretássemos de forma a entender que abrangeria também os tratados posteriores à edição da Constituição.

Além dos argumentos aduzidos pelo Ministro Moreira Alves, no sentido de que obteríamos emenda constitucional pela via do tratado, teríamos situações curiosas se ele fosse bilateral e outro país o denunciasse.

Se o considerássemos integrado à Constituição, observaríamos uma situação, no mínimo estranha: formulado o tratado multilateral, se todos os países o denunciassem, só o Brasil não poderia fazê-lo porque ele haveria adquirido a condição de cláusula pétrea!

S.T.F. 102.002

A conseqüência mostra o absurdo, ou melhor, o equívoco da premissa.

Com as vênias e homenagens ao eminente Ministro Carlos Velloso, acompanho integralmente o voto do Min. Celso de Mello, com os adendos do Ministro Moreira Alves, já que é necessário dar-se uma interpretação conforme à Constituição para afastar todas as versões feitas em nível infraconstitucional, no que diz respeito à auto-aplicabilidade dessa regra, pois não é auto-aplicável.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL (MEDIDA LIMINAR)

VOTO

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA - Sr. Presidente, nada tenho a acrescentar ao brilhante voto de V.Exa., cuja fundamentação acolho. V.Exa. exauriu o tema e chegou à conclusão do indeferimento.

O eminente Ministro Moreira Alves fez observações no sentido de que se deveria dar interpretação conforme a Constituição para evitar os equívocos que teriam sido cometidos, ou estão sendo cometidos por alguns Juízes do Trabalho, na aplicação dessa Convenção.

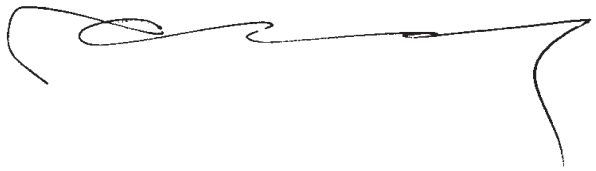
Vou pedir vênia ao e. Min. Carlos Velloso porque não empresto o **status** de lei complementar à decisão tomada pelo Congresso Nacional, no sentido da aprovação da Convenção n° 158 da OIT, dado que aí haveria inversão na hierarquia dos procedimentos legislativos. Lei complementar é uma coisa e lei ordinária é outra. Agora, querer dizer que o Tratado, sendo aprovado por maioria simples, atende os requisitos da lei complementar, para mim, parece ir além do que está definido no próprio texto constitucional.

Em segundo lugar - em relação ao que o Ministro Celso de Mello, parece-me, observou, e seguramente o Ministro Moreira Alves o fez -, o próprio texto da Convenção é expresso no sentido de fazer uma recomendação, quer dizer, se determinada norma do Tratado

se adapta ao ordenamento constitucional pátrio, a regra se aplica, se não se adapta, se contrasta com a norma constitucional, evidentemente que esses dispositivos não têm aplicabilidade no Brasil.

Dispenso-me de tecer outras considerações, ficando por aqui, pois o tema já foi exaustivamente debatido e discutido pelos Ministros que já se pronunciaram a respeito. Muitas das disposições do Convênio são meramente normas programáticas que poderão ser adotadas, amanhã ou depois, através de manifestação do Legislativo. Enquanto isso não ocorrer, prevalece o que determina o art. 10, I, do ADCT, na parte da dispensa não motivada.

Por essas razões, peço vênia ao Sr. Ministro Carlos Velloso, não sem antes cumprimentá-lo pelo brilhantismo do seu voto, para acompanhar V.Exa., Senhor Presidente, com as conclusões finais para dar às normas atacadas interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto.



04/09/97 PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(MEDIDA LIMINAR)

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Senhor Presidente, estou inteiramente de acordo com as premissas do voto de V. Exa. e do Ministro Moreira Alves. Mas me parece que a inconstitucionalidade, neste caso, está sendo decretada para evitar interpretações eventualmente errôneas do Tratado pela Justiça do Trabalho. Não acredito que se esteja diante de um critério razoável: o de decretar a inconstitucionalidade para evitar que a Justiça do Trabalho possa interpretar esse Tratado em benefício de algum trabalhador, ainda que erroneamente.

Portanto, peço vênia ao Ministro Carlos Velloso para indeferir a medida cautelar.

* * * * * * *

dfm

04/09/97 PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL

MEDIDA LIMINAR

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, também entendo que o inciso I do artigo 7º da Constituição exige lei complementar quanto à disciplina da matéria, isto é, à garantia de emprego, que entendo plenamente harmônica com a Constituição de 1988.

Apontou muito bem o Ministro Nelson Jobim, em relação a esse mesmo artigo, outros dispositivos que também estão a depender da vinda de uma legislação por meio da qual sejam fixados parâmetros para o exercício do direito neles previstos. Neles houve o abandono do vocábulo "complementar", ou seja, distinguiu-se de acordo com a importância da matéria.

Por mais que me esforce, não posso colocar no mesmo plano o tratado, aprovado mediante maioria simples, e a lei complementar. Fá-lo-ia no âmbito da eficácia, não há a menor dúvida, pois estão no mesmo patamar. Quanto às formalidades para chegar-se à

lei complementar e à aprovação de um tratado, a diversificação existe, especialmente no tocante ao quorum.

Indaga-se: essa visão conduz à concessão da liminar? A resposta não é negativa porque, como ressaltado muito bem por V Exª, há, no artigo 10, trecho que revela não ser a Convenção 158 auto-aplicável. A Convenção sinaliza ao legislador pátrio sobre a disciplina da matéria. Além desse artigo 10, verificamos, no intróito da Convenção, as seguintes expressões:

> *"Após ter decidido adotar diversas proposições* - proposições dirigidas a quem? Ao legislador nacional - *relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da Reunião, e*
>
> *Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma convenção..."*

Ao término da própria Convenção, voltou-se a aludir à legislação nacional, dispondo-se:

> *"A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1º do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma percentagem determinadas do total de pessoal."*

Se estou convencido de que não há como se acionar a Convenção, devo concluir, também, não concorrer risco quanto à eficácia do nela contida. Disso resulta que não há necessidade de exame da matéria de fundo. Não chego à concessão da liminar para

emprestar o alcance, anunciado no voto de V. Exª, à Convenção, tendo-a como simples sinalização ao legislador ordinário; se o fizesse, estaria, na verdade, exercendo, por via transversa, um controle concreto, estaria abandonando o que revelado apenas pelo diploma atacado, para tomar de empréstimo alguns julgamentos ocorridos na primeira instância da Justiça do Trabalho.

Dois vícios podem macular uma decisão: o defeito de procedimento, pelo desrespeito à legislação instrumental e o vício de julgamento, pelo menosprezo ao direito material. Todavia, nenhum deles - se a ocorrência é num processo que envolve lide - é corrigível via ação direta de inconstitucionalidade. A questão resolve-se no campo recursal, consideradas as atuações do Tribunal Regional do Trabalho respectivo e do Tribunal Superior do Trabalho.

Por isso, peço vênia a V. Exª e aos que o seguiram para simplesmente indeferir a liminar.

É o meu voto.

******

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL

(Medida Liminar)

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, várias vezes tenho sido rebelde - e nisso não tenho estado solitário - com o cerimonial dos julgamentos liminares, que recomenda não tanto limitar, mas dizer e jurar que se limita o juiz à delibação do tema, a um primeiro exame, aberto à revisão total, no julgamento definitivo: V. Exa., Sr. Presidente, é mestre no fazê-lo, posto que ao cabo de votos liminares muito mais do que exaustivos.

Várias vezes já rompi com esse cerimonial, sobretudo na apreciação das medidas provisórias cautelares, porque aí a concessão de liminar a fulminar de vez, pelo menos enquanto medida provisória: o que subsiste é só um projeto de lei (v. meu voto na ADIn MC 293, RTJ 147/707). E aí tenho dito claramente e de logo que a medida me parece constitucional ou irremediavelmente inconstitucional.

Na espécie, contudo, não me sinto seguro para a antecipação antiprotocolar. Não fosse o longo tempo em que este

julgamento já se arrasta, e a evidência, quase certa, de que não se vai chegar à decisão de mérito, pediria vista. Mas não peço. Ainda não posso vencer, porém, certa perplexidade. Por isso, deixarei reserva expressa, talvez na questão mais fascinante suscitada na causa: o problema da possibilidade de matéria objeto, na Constituição, de reserva de lei complementar, ser objeto de tratado e, como tal, ser recebida no ordenamento jurídico interno com força de lei complementar.

Impressionaram-me muito as objeções trazidas no ponto pelo Ministro Moreira Alves, por V.Exa e pelo Ministro Nelson Jobim, mas também a resposta afirmativa que deu à questão o voto igualmente impressionante do Ministro Carlos Velloso.

A mim me parece, pelo menos, que a resposta negativa não é tão inequívoca. Lembra-me de uma questão que estudei, mas não cheguei a pronunciar voto de mérito - já nem me lembro sequer qual era o sentido dele - sobre um tema que, vez por outra, aparece em matéria de Direito Tributário: são os tratados que, muito mais que fazer a vez de uma lei complementar no plano da União - cujos órgãos representativos participam do seu aperfeiçoamento - fazem as vezes de lei tributária **estadual**. E temos - não sei se ainda está em vigor ou se já está prejudicada; os especialistas me esclarecerão -

um exemplo desse no nosso repertório: trata-se da **Súmula** 575, segundo a qual do GATT se extrai a isenção de tributos estaduais.

Deixo, pois, em aberto o problema da referida inconstitucionalidade formal, que para mim não é essencial.

Dos dispositivos impugnados - o art. 4° e o 5° são os que os teóricos tradicionais chamariam de "*normas de direito substancial*": Kelsen, de norma secundária, Cossio, de endonorma -: não vejo resquício algum de inconstitucionalidade material ou de risco de interpretação inconstitucional.

Os arts. 7°, 8° e 9° da Convenção são garantias processuais, o primeiro extrajudicial e os dois últimos judiciais, plenamente harmônicos com as múltiplas garantias do **due process of law,** da Constituição Federal.

Chega-se, então, para mim, onde está o problema: no art. 10. Aqui se propõe interpretação conforme, e nela está a divergência até agora no Plenário.

A interpretação conforme, entendo eu, tem por pressuposto objetivo de que o texto do dispositivo legal comporte razoavelmente a hipótese de leituras normativas discrepantes: que dele razoavelmente se possam extrair normas diferentes, só uma delas, no entanto, acorde com a Constituição.

Não faria a V. Exª., depois do voto brilhantíssimo produzido a respeito, a injúria de dizer que ficou possibilidade de divisar-se ambigüidade no art. 10 da Convenção. Ele é manifestamente uma cláusula aberta. Põe, em princípio, a garantia de anular o chamado "*término da relação de trabalho*", que, na linguagem do nosso Direito, implicaria a reintegração do trabalhador, mas, se isso não for permitido segundo o direito interno respectivo, contém a alternativa de "*ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação considerada apropriada*". Desse texto, não posso ter outra leitura que não seja a dessa alternativa: o segundo termo, a indenização compensatória ao trabalhador injustamente despedido, para a hipótese de o direito interno não admitir a reintegração. Nem preciso aprofundar a análise da Constituição para saber se nela se veda à futura lei complementar estabelecer ou admitir a reintegrar. O certo é que, no estágio atual das coisas, no direito brasileiro, enquanto permaneça a omissão do legislador - incide a norma transitória do art. 10 do ADCT, e, em conseqüência, a hipótese de reintegração está excluída.

E porque não vejo ambigüidade no texto, a reclamar e autorizar "*interpretação conforme*", lamento não poder acompanhar o voto de V. Exª., que a ela acedeu depois de "*desencaminhado do bom*

caminho" pelo Sr. Ministro Moreira Alves, simplesmente, peço vênia para indeferir a cautelar.

04/09/97 PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL
MEDIDA LIMINAR

V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: Sr. Presidente, a questão não podia ter sido mais ampla e doutamente debatida do que o foi até agora.

Limito-me, por isso, a pedir vênia aos eminentes Colegas que dela divergiram, para acolher a interpretação conforme, proposta, para a Convenção, pelo eminente Ministro Moreira Alves, com a concordância de V. Exa.

Nesse sentido é o meu voto. leo gallotti.

vccca\

602

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SR. MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Sr. Presidente. A matéria está amplamente discutida no Plenário, e meu voto é o último a ser proferido. Nada mais teria, efetivamente, a acrescentar ao debate produzido.

Permito-me, entretanto, fazer duas observações quanto à técnica do julgamento dessa medida cautelar na presente ação direta de inconstitucionalidade.

A primeira, concerne ao exame feito por V. Exa., onde demonstrou, relativamente aos arts. 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Convenção da OIT, que, em verdade, todas as proposições neles inseridas encontram plena compatibilidade com a nossa ordem constitucional. Em face disso, não seria de se adotar outra conclusão, senão a do indeferimento da cautelar, como, de resto, assim acentuou V. Exa. no voto originalmente proferido.

Esse esclarecimento é importante na medida em que a Corte é chamada a manifestar-se sobre alguns dos artigos dessa Convenção, a que o Brasil aderiu, e, como tal, tornou-se uma norma do nosso direito interno. Se essas regras, enquanto normas legais, não têm incompatibilidade com o sistema constitucional, não haveria, desde logo, relevância nos fundamentos de sua impugnação. Isso conduziria, efetivamente, a que fizéssemos uma distinção entre as normas impugnadas, relativamente àquelas que comportariam um exame em face do sistema constitucional, e estas que estão adequadas plenamente à nossa ordem maior.

S.T.F. 102.002

Os artigos que, em realidade, comportam uma apreciação mais detida são, exatamente, os arts. 4º e 10, postos na parte segunda da Convenção, sobre normas que se dizem de aplicação geral e concernem, como a própria Convenção regula, ao término de relação de trabalho por iniciativa do empregador.

O art. 4º preceitua:

> "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."

E o art. 10 determina:

> "Art. 10 - Se os organismos mencionados no artigo 8º da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado e se em virtude da legislação e práticas 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."

É certo afirmar que, diante do art.7º, I, da parte permanente, c/c art.10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Carta de 1988, o que se prevê no nosso sistema é, tão-só, em caso de rescisão injustificável, a possibilidade de uma indenização compensatória, eis que o art.7º,I, estabelece, entre os direitos dos trabalhadores urbanos:

"Art.7º.....

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

Não seria possível, a esta altura, os organismos a que se refere a Convenção - no nosso sistema, à Justiça do Trabalho -, determinarem a reintegração, isto é, a readmissão na letra do art.10.

Prevê-se, aqui, na Convenção, em continuação:

Art.10 -..."ordenar ou propor readmissão do trabalhador". Terão a faculdade esses organismos - "de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada."

Penso que essa parte final do art.10, da Convenção, realmente, pode levar a uma certa equivocidade, se se entender que o art.10 é aplicável, em face do que está no art.7º. A cláusula final do art. 10 - pois não é prevista no nosso sistema a reintegração, e a lei complementar deveria estabelecer, tão-só, indenização - dispõe: outra medida, a que o organismo entender apropriada ou adequada à situação. Penso, então, que isso se justifica, diante do que se contém no art. 10, I, do ADCT, que efetivamente se possa dar ao art.10 e, em particular, em face do que consta de sua parte final, uma interpretação conforme, em ordem a tornar-se explícito que essas ações, previstas no art. 10, estão limitadas ao que dispõe o art.7º, c/c art. 10, I, e, em especial, à regra transitória do art. 10, enquanto não se editar a lei complementar prevista no art.7º,I, nesses termos:

"Art.10. Até que seja promulgada lei complementar a que se refere art.7º,I, da Constituição:

S.T.F. 102/002

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art.6º, **caput** e §1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;"

Parece que esta, efetivamente, até que venha lei complementar a dispor sobre o que se contém no inciso I do art.7º, é a solução estabelecida no sistema constitucional. Isto faz, portanto, com que se leia o art.10, da Convenção, em conformidade com o inciso I, do art.10, do Ato da Disposições Constitucionais Transitórias, assentando-se que a interpretação cabível ao art.10 da Convenção, é aquela definida no inciso I, do art.10, do ADCT, isto é, no caso de uma despedida sem justa causa, o que cabe aos organismos a que se refere a Convenção é, tão-só, no sistema brasileiro, a aplicação do que se contém no inciso I, do art.10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por isso, compreendo que é tecnicamente admissível se adote a solução proposta no voto de V.Exa. e dos que o acompanham, inclusive no voto do Sr. Ministro Moreira Alves, que propôs, e V.Exa. adequou o seu voto ao de S.Exa., acompanhado por outros eminentes Ministros.

Entendendo, assim, possível a solução relativamente ao que concerne aos arts.7º e 10, meu voto acompanha o de V.Exa. para, em relação a essas normas, que são as normas centrais desse sistema ora impugnado, dar a interpretação conforme, no sentido de que a única solução plausível, dentre os mecanismos previstos no art.10 da Convenção, é aquela estabelecida no inciso I, do art.10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Permito-me, em face do brilhante voto deduzido pelo eminente Ministro Carlos Velloso, também, como último voto, fazer referência ao conteúdo do voto de S.Exa., que compreendeu auto-executável a Convenção e, assim, aplicável o art. 10 impugnado, entendendo que, recebida no ordenamento, a Convenção 158, tornou-se

S.T.F. 002.002

norma a regular aquilo que previa o art.7º,I, da parte permanente da Constituição, o que vale dizer, enquanto não editada a lei complementar, dever-se-ia entender o sistema previsto no inciso I, do art. 7º, segundo a disciplina posta na Convenção 158.

Para isso, S. Exa. adota, em longo e brilhante voto, uma conclusão que, realmente, merece ser pensada na Corte, mas que não tem sido acolhida entre nós, qual seja, o Tratado, recebido como norma infraconstitucional, será lei ordinária simples, se a matéria nele prevista, nele regulada, for matéria de lei ordinária no nosso sistema constitucional. E, como norma, lei complementar, se a Constituição previr disciplina para esta matéria, por via da lei complementar.

E, assim, chega S.Exa., não estabelecendo uma hierarquia entre a lei ordinária simples e a lei complementar, já que de natureza ordinária são a lei ordinária **stricto sensu** e a lei complementar, diversas, apenas, no seu processo de elaboração legislativa. Também é preciso considerar que a lei complementar, desde que introduzida no sistema constitucional brasileiro, o foi para disciplinar matérias que a própria Constituição explicitamente prevê.

Tenho, realmente, dificuldade de acompanhar essa conclusão de S.Exa., não por considerar hierarquicamente superior a lei complementar em relação à lei ordinária, mas porque a nossa doutrina e jurisprudência, no tratamento que têm dispensado às normas pactícias recebidas, hão conferido a elas um caráter de simples norma ordinária.

Como a lei complementar é de previsão constitucional, para regular determinadas matérias, penso que seria substituir o processo legislativo, introduzindo na ordem constitucional norma que disciplinasse a matéria com caráter da lei complementar, por uma via inteiramente diversa daquela que limitadamente a Carta prevê. Tenho, portanto, essa dificuldade.

S.T.F. 102.002

No nosso sistema sempre foi considerado o tratado recebido, introduzido na intimidade do nosso ordenamento, como uma lei ordinária. Por isso mesmo, prevendo, com especialidade no art. 7º, I, a edição de uma lei complementar, sujeita, assim, ao debate congressual, próprio da elaboração dessas normas, penso não ser adequado dar-se às normas dessa Convenção, as quais se revestem, ademais, de um caráter tipicamente programático, natureza da lei complementar, que há de ter sentido de obrigatoriedade não compatível com o caráter meramente programático de que se reveste a norma a que fiz referência.

Não podemos pensar nessa lei complementar, a que se refere o art. 7º, I, como estabelecendo meramente normas programáticas dentro do sistema da despedida injustificada. A Constituição determinou que se fixassem as normas a darem a esse instituto uma execução definitiva e inequívoca. A Convenção, em si, não estabelece, não fixa, por exemplo, no art. 10, qual o comportamento a ser seguido; remeteu ao comportamento determinado na legislação de cada país. Não podemos dizer que ela tenha fixado, nessas opções, uma regra de obrigatoriedade, como fala a Convenção, isto é, os tribunais que devam aplicar essas normas possam utilizar uma opção ou outra, ou, ainda, a terceira, prevista na parte final, ou outra reparação que for considerada apropriada, se o sistema da Constituição é, tão-só, aquele que, fechadamente, se definiu no art. 7º, I, determinado-se que a norma complementar o definisse especificamente.

Penso que o sistema do art. 7º, I, foi o da indenização compensatória na despedida injustificada.

Se dependesse da minha opção, seria favorável ao princípio da estabilidade no emprego, como era no sistema anterior. Penso que esse cria uma situação de precárias garantias ao trabalhador, nada lhe adiantando receber uma indenização compensatória se não puder, logo a seguir, conseguir um novo

S.T.F. 102.002

emprego. Quer dizer, a garantia de emprego, a meu ver, seria, pel instituto da estabilidade, a opção mais favorável ao trabalhador.

Veja V. Exa. a Constituição, no art. 7º - não quer entrar no exame desse assunto -, mas, **si et in quantu** estabeleceu:

> "I - relação de emprego protegida contr despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de le complementar" - essa lei complementar vai definir o termos dessa despedida -, "que preverá indenizaçã compensatória, dentre outros direitos".

Na Constituição anterior se falava sempre em estabilidad ou no fundo de garantia por tempo de serviço.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Veja V.Exª que Constituição diz:

> "Art. 7º São direitos d trabalhadores.....(lê).....
> III - fundo de garantia do tempo de serviço;"

Conseqüentemente está afastando a estabilidade, pois n é possível haver fundo de garantia como direito que obviamente t de ser observado e, também, estabilidade.

O SR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Quero afirmar aqui ressalvar que não estou tomando uma posição definitiva, mas, apena quanto à conveniência, pois, se dependesse de mim, prevaleceria instituto antigo da estabilidade. Julgo que ele em nada prejudica economia da nação, porque há os mecanismos para a despedida do m empregado. A estabilidade representou uma conquista do trabalhado como foi uma conquista do servidor público. **De lege ferenda** - evidente que não sou legislador -, mas, sob o ponto de vis ideológico, penso que a estabilidade é o instituto que deveria s mantido, tanto na empresa privada quanto no serviço público. M incumbe ao legislador dispor sobre essa matéria.

S.T.F. 102.002

O Constituinte, ao menos, não deixou claro, como estav na Constituição anterior, dizendo serem a estabilidade ou fundo c garantia por tempo de serviço soluções equivalentes. Aqui, criou-s essa fórmula, e o eminente Ministro Nelson Jobim acaba de referi que essa fórmula do inciso I, do art. 7º, decorreu, exatamente, c grande divisão estabelecida na Assembléia Nacional Constituinte e torno da matéria, e foi, então, delegado ao legislador ordinári acabar por resolver esse problema.

Por isso digo: não estou afirmando, peremptoriamente, qu não se possa estabelecer estabilidade no sistema brasileiro. Estc dizendo que o texto da Constituição não me autorizaria interpreta a Convenção 158 por uma das opções nela previstas, isto é, que organismo, - o Tribunal, no caso brasileiro, - possa deferir readmissão, que não está prevista na Constituição; está prevista indenização compensatória, que a lei complementar "deve estabelecer" - reza a Constituição.

Por isso, penso que o legislador poderá dar a essa cláusul uma interpretação, entre esses outros direitos, incluindo ur garantia que tenha conseqüência semelhante à da estabilidade. Ma não se repetiu a fórmula da Constituição anterior.

E é só nesses limites em que fico, para concluir que s justifica essa interpretação conforme, a fim de limitar-se, n sistema atual, a possibilidade de solução àquela prevista no inci I, do art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com essas breves considerações, acompanho o voto do S. Ministro-Relator, quanto ao deferimento, em parte, para se dar u interpretação conforme.

STF 102.002

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3 - medida liminar
PROCED. : DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
REQTE. : CONFEDERACAO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV. : LUIZ CARLOS BETTIOL E OUTROS
REQTE. : CONFEDERACAO NACIONAL DA INDUSTRIA - CNI
ADV. : ALDOVRANDO TELES TORRES E OUTROS
REQDO. : PRESIDENTE DA REPUBLICA
REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 18.09.96.

Decisão : Por votação unânime, o Tribunal rejeitou as preliminares. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Ministro Moreira Alves, depois do voto do Ministro Celso de Mello, Relator, indeferindo o pedido de medida liminar. Ausente, justificadamente, o Ministro Francisco Rezek. Plenário, 25.09.96.

Decisão: Preliminarmente, por proposta do Ministro Moreira Alves, o Tribunal excluiu do processo a Confederação Nacional do Transporte. Votou o Presidente. Unânime. Em seguida, após o voto do Ministro Moreira Alves, que deferia, em parte, o pedido de medida liminar, para dar à Convenção questionada interpretação conforme a Constituição Federal, nos termos do seu voto, e da retificação, em parte, do voto do Ministro Celso de Mello, Relator, aderindo ao do Ministro Moreira Alves, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Velloso. Plenário, 18.12.96.

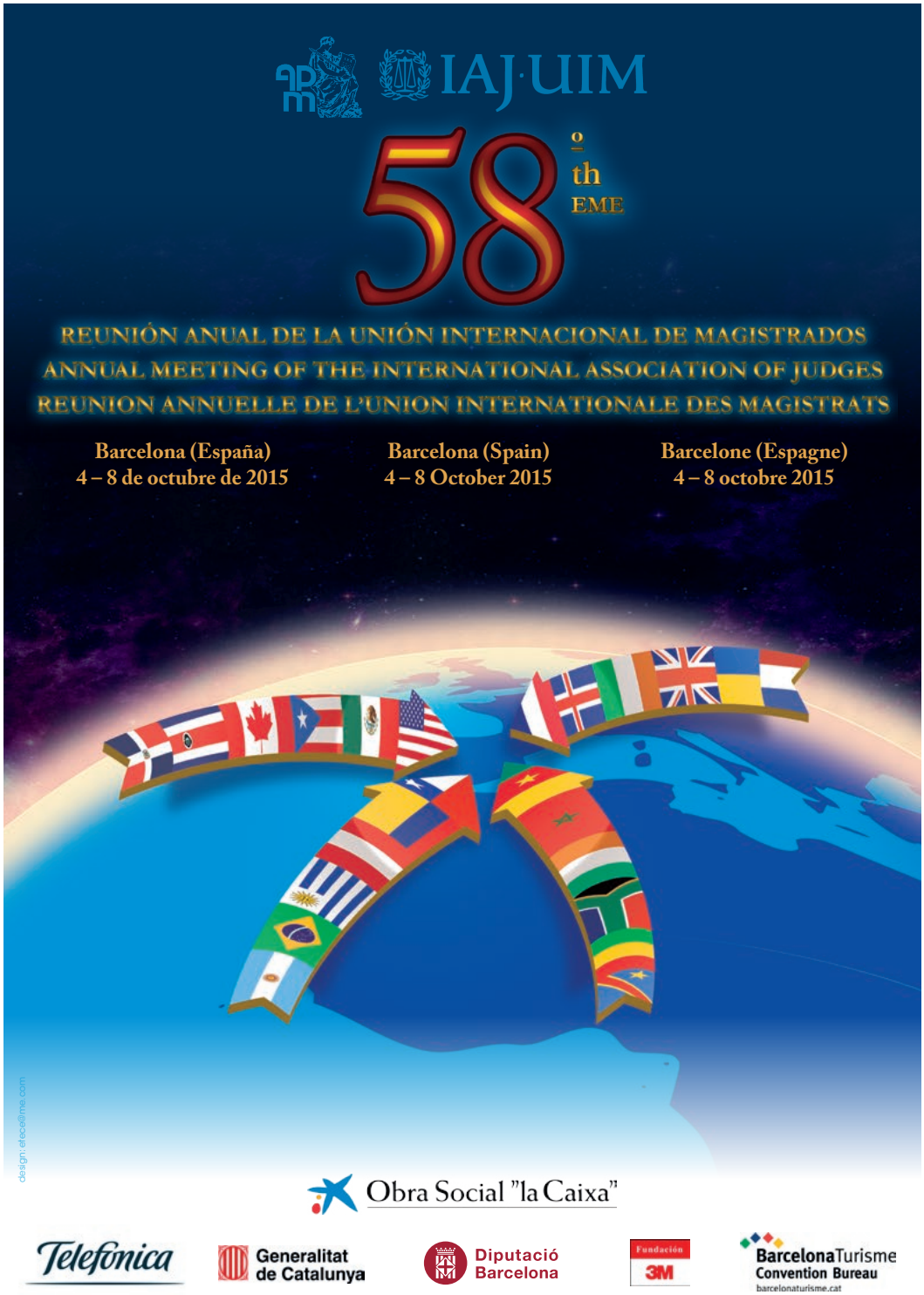
Decisão : Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por votação majoritária, deferiu, parcialmente, sem redução de texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme a Constituição e até final julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator (Ministro Celso de Mello) e desconsiderando o caráter *meramente programático das normas da Convenção nº 158 da OIT*, venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e *infra-constitucionais* que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que o indeferiam, nos termos dos votos que proferiram. Participou desta sessão de julgamento, com voto, o Ministro Nelson Jobim. Plenário, 04.9.97.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Luiz Tomimatsu
Secretário

58th Annual Meeting of the International Association of Judges – IAJ/UIM



MOZAMBIQUE

4ème étude de la Commission - DROIT PUBLIC ET DROIT CIVIL

Barcelone, 4-8 Octobre 2015

Sujet : « La motivation du licenciement d'un employé »

MOZAMBIQUE

1. Lois et règlements

Droit du travail - la loi n ° 23/2007, 1er Août .

La loi n ° 5/2002 , 5 Février (Allusif la protection des travailleurs avec le VIH / SIDA).

1. Y at-il une obligation pour l'employeur de justifier le licenciement?

La révocation ou la cessation d'emploi peuvent se produire seulement avec juste cause, sauf si pendant la période de stage, qui dure 15 jours pour un CDD maximum six mois, et les contrats à terme incertains prévu à moins de 90 jours, 30 jours contrats à certaine durée co-terme entre six mois à un an, 90 jours pour tous les travailleurs et les contrats à durée déterminée d'une durée supérieure à un an, et 180 jours pour les techniciens et les travailleurs à moyen et à plus haut niveau exerçant des postes de gestion et de direction (art. 47 et 50 du Code du travail), où l'employeur n'a pas besoin d'invoquer la cause et l'employé n'a pas droit à une indemnisation (art. 50, alinéa 1 de la loi de travail).

Le licenciement pour faute disciplinaire peut se produire que lorsque le comportement de l'employé est coupable et qui, par leur gravité et les conséquences, deviennent immédiatement et pratiquement impossible de poursuivre la relation de travail et doit se faire par l'introduction d'une procédure disciplinaire qui organise la poursuite, la défense et la décision (art. 67 de la loi sur le travail).

La résiliation du contrat de travail par l'initiative de l'employeur peut se produire uniquement pour une cause qui: Exprime l'inaptitude du salarié pour le service pour lequel il a été embauché, vérifié après la période probatoire; violation fautive et grave des droits du travail par l'employé; détention ou d'emprisonnement est dû à la nature des fonctions de l'employé, altère le fonctionnement normal des services; la résiliation du contrat pour des raisons économiques de la société, qui peuvent être technologique, structurelle ou de marché (art. 127, paragraphe 4 du Code du travail), (. Article 127 du Code du travail).

Si oui, est -il une obligation à l'employeur de préciser les motifs de licenciement , de sorte que

l'employé sait exactement pourquoi il a perdu son emploi , ou suffit-il , pour l'employeur , de donner un motif général comme « l'incompétence » ?

Lorsque l'employeur décide de la destitution ou la résiliation du contrat de travail, il doit préciser les raisons. L'employé a le droit de savoir pourquoi il a perdu son emploi (art . 67 , n ° 2 al . C) et Art . 131 du Code du travail).

Si l'employeur ne donne pas les véritables raisons du licenciement de l'employé, peut-il les invoquer devant les tribunaux ?

Si l'employeur est tenu de motiver le licenciement et la cessation d'emploi il ne peut plus l'invoquer devant les tribunaux. il est automatiquement réputé avoir été licenciement ou de cessation d'emploi sans cause (art. 67, paragraphe 2, 68, paragraphe 1, et 127, paragraphe 6 de la loi sur le travail) .

Quelle est la nature du contrôle judiciaire lors d'un licenciement :

- Es un contrôle marginal ? Dont le tribunal ne peut substituer son opinion à celle de l'employeur quant à la raison du licenciement, ou est-ce une compétence illimitée, ce qui signifie que le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et de donner la décision qui aurait dû être prise ?

Si le licenciement est déclaré illégal, le tribunal condamne l'employeur a réintégrer l'employé, mais lorsque les circonstances sont objectives , il est impossible de réintégrer l'employé , l'employeur doit verser une indemnité à l'employé en vertu de la loi du travail (art . 69 de la loi sur le travail) .

Dans le cas de résiliation de contrat de travail qui est déclarée juridiquement non fondée, le salarié est réintégré dans le lieu de travail et a droit au paiement de la somme due à l'intérêt de la date de résiliation du contrat et la date de réintégration effective , mais lorsque les circonstances sont objectives , il est impossible pour l'employé d'être réintégré , l'employeur est tenu de verser une indemnité à l'employé en vertu de la loi sur le travail (art . 135 du Code du travail) .

Quelles sont les conséquences pour l'employeur si il ne donne pas de raisons ou si les raisons sont insuffisantes:

Annulation du licenciement

- Une obligation de poursuivre la relation contractuelle (la réintégration)? Oui, si l'employé choisit et si il y a des conditions qui permettent sa réadmission. Si l'employeur n'a pas accepter la réadmission de l'employé ou ne veut pas être réintégré, l'employeur doit lui verser une indemnité.

- sanctions? Déclaration d'annulation du licenciement par le tribunal et le rétablissement ultérieur de l'indemnisation des travailleurs ou de salaire.

- Des sanctions civiles prévues par la loi? Déclaration d'annulation du licenciement par le tribunal et le rétablissement ultérieur de l'indemnisation des travailleurs ou de salaire.

- Des sanctions financières (dommages-intérêts) pour un congédiement injustifié? Le Code du travail ne prévoit pas de sanctions financières pour les dommages causés par un congédiement injustifié, certains juges peuvent comprendre que le mal une fois prouvé, peut contraindre l'employeur à indemniser l'employé dans le processus de travail, mais la majorité, croient que ça ne peut se produire.

Association des juges Mozambicains

BELGIQUE

4ème commission : sujet 2014 - BELGIQUE

« Protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel sur les lieux de travail »

Préambule

Deux ouvrages doctrinaux m'ont permis d'établir le présent rapport :

- le « *Guide de la réglementation sociale pour les entreprises* » 2013 de Monsieur Francis Verbrugge, édité chez Kluwer ;
- le « *Compendium social 2012-2013* » de messieurs W ; van Eeckhoutte et V. Neuprez, édité chez Kluwer.

Certaines parties de ce rapport reprennent de larges extraits de ces études.

*

Table des matières

Textes législatifs ou réglementaires

Existe-t-il dans votre pays une réglementation spécifique de nature à garantir la protection des travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel sur les lieux de travail ?

Oui.

En l'occurrence, la loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (Moniteur belge du 22.06.2002) concerne les différentes formes de violences physiques ou morales que le travailleur peut rencontrer sur le lieu de travail.

Cette loi, entrée en vigueur le 1er juillet 2002, a été insérée dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution du travail dont elle forme le chapitre V bis (articles 32bis à 32 tredecies).

Les dispositions de cette loi ont fait l'objet de mesures d'exécution contenues dans l'arrêté royal du 17 mai 2007 relatif à la prévention de la charge psychosociale occasionnée par le travail dont la violence, le harcèlement moral ou sexuel au travail, arrêté royal publié au Moniteur belge du 06.06.2007.

Trouve également à s'appliquer la circulaire du 11 juillet 2002 relative à la protection des travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail publié au Moniteur belge du 18.07.2002.

L'objectif du législateur était double :

- *prévenir les formes de violence au travail par la mise en place en entreprise de mesures concrètes de prévention ;*
- *assurer la protection des travailleurs victime d'actes de violence et de harcèlement moral et sexuel au travail.*

Champ d'application

A qui s'impose l'obligation de s'abstenir de tout acte de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail ? (secteur privé et/ou public - employeurs, travailleurs, tiers ?)

I. Quant au champ d'application personnel

L'obligation s'impose :

- *aux employeurs du secteur privé ou public ;*
- *aux travailleurs liés par un contrat de travail auxquels sont assimilées [1] toutes les personnes qui, autrement que dans le cadre d'un contrat de travail, exécutent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne, [2] les personnes sous contrat d'apprentissage, [3] les stagiaires, [4] les personnes qui suivent une formation professionnelle impliquant une forme de travail et [5] les élèves étudiants dont des études prévoient une forme de travail à effectuer au sein de l'établissement ;*
- *aux autres personnes qui entrent en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail, tels des clients, des fournisseurs, des patients, des prestataires de service, des visiteurs, des élèves et étudiants, des bénéficiaires d'allocations, etc…*

On aura compris que le champ d'application personnel vise les actes posés tant par l'employeur que par un autre travailleur ou par des personnes qui n'appartiennent pas au personnel de l'entreprise.

II. Quant au champ d'application matériel

Il vise :

- *« **la violence au travail** », c'est – à – dire toute situation de fait où un travailleur ou une autre personne à laquelle les dispositions de la loi du 4 août 1996 s'applique est menacé ou agressé*

psychiquement ou physiquement lors de l'exécution du travail ;

- *« **le harcèlement moral au travail** », c'est – à – dire « plusieurs conduites abusives similaires ou différentes, externes ou internes à l'entreprise ou l'institution, qui se produisent pendant un certain temps, qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un travailleur ou d'une autre personne, lors de l'exécution de son travail, de mettre en péril son emploi ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » ;*

  Ces conduites peuvent :

  - *se manifester par des paroles, des intimidations, des gestes ou des écrits unilatéraux,*
  - *et être liées par exemple à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge, à l'orientation sexuelle, au sexe, à la race ou à l'origine ethnique.*

  Ainsi, peuvent être considérés comme des actes de harcèlement moral, le fait de :

  - *isoler le travailleur en l'ignorant,*
  - *opérer une rétention de l'information destinée au travailleur,*
  - *de discréditer ou de dénigrer le travailleur,*
  - *de provoquer verbalement le travailleur,*
  - *d'intimider le travailleur,*
  - *de mettre en danger la santé du travailleur,*
  - *d'empêcher le travailleur de s'exprimer,*
  - *d'imposer des tâches inutiles, absurdes ou ne correspondant pas à la fonction du travailleur.*

- ***« le harcèlement sexuel au travail** » c'est – à – dire « tout comportement non désiré verbal, non verbal ou corporel à connotation sexuelle, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensants » ;*

  Ce harcèlement peut se manifester :

  - *par des regards insistants ou concupiscents, des propos graveleux, des remarques ou insinuations équivoques, l'exposition de photos pornographiques, des propositions grivoises ou compromettantes…*

- *ou consister en des faits présentant un certain degré de gravité : attouchements, gestes déplacés, coups et blessures, viol…*

Ces comportements peuvent, le cas échéant, s'accompagner de menaces de représailles (refus d'augmentation, menace de licenciement…) ou de propositions d'avantages donnés en échange (promesse de promotion, d'augmentation…)

Obligations de l'employeur

[1] ***L'employeur est-il tenu de mettre en place une politique de prévention de nature à prévenir la violence et le harcèlement moral ou sexuel sur les lieux de travail ?***

Le législateur impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires de nature à prévenir la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

Cette politique de prévention doit se manifester :

- *1° par l'analyse des risques inhérents à l'entreprise ;*
- *2° compte tenu de ces risques, par la prise de mesures de prévention adéquates ;*
- *3° par l'information du personnel et la formation de ce personnel quant à l'application :*
  - *des mesures de prévention,*
  - *des procédures,*
  - *des droits et obligations des travailleurs en matière de protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.*

[2] 1. ***Doit-il procéder à une analyse des risques compte tenu de la nature de ses activités et la taille de son entreprise ?***

Oui.

L'employeur doit plus particulièrement identifier les situations qui peuvent engendrer une charge psychosociale, ce qui implique de tenir compte notamment des situations où sont présents :

- *du stress,*
- *des conflits,*
- *de la violence,*
- *du harcèlement moral ou sexuel au travail.*

Le résultat de cette analyse réalisée en collaboration avec le conseiller en prévention compétent est communiqué au Comité pour la Prévention et la Protection du travail (à défaut à la délégation syndicale et à défaut directement aux travailleurs) qui dispose d'un droit d'avis quant aux mesures de prévention à mettre en œuvre.

[2] 2. ***Quelles mesures de prévention est-il au minimum tenu de prévoir ?***

Des mesures prises en application des principes généraux de l'article 5 de la loi du 4 août 1996 doivent être adaptées à la nature des activités et à la taille de l'entreprise.

Elles portent au minimum sur :

- *1° les mesures matérielles et organisationnelles par lesquelles la violence et le harcèlement moral ou sexuel peuvent être prévenus ;*
- *2° les procédures applicables quant des faits sont signalés et qui ont notamment trait à :*
    - *l'accueil et le conseil aux personnes qui se déclarent victimes de violence ou de harcèlement ;*
    - *les modalités selon lesquelles ces personnes peuvent faire appel au conseiller en prévention et à la personne de confiance ;*
    - *l'intervention rapide et impartiale du conseiller en prévention et de la personne de confiance ;*
    - *la remise au travail des travailleurs qui ont déclaré avoir été l'objet de violence ou de harcèlement et l'accompagnement de ceux-ci à l'occasion de leur remise au travail ;*
- *3° les mesures spécifiques de protection des travailleurs qui, lors de l'exécution de leur travail, entrent en contact avec des personnes externes à l'entreprise ;*
- *4° les obligations des membres de la ligne hiérarchique dans la prévention des faits de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail ;*
- *5° l'information et la formation des travailleurs ;*
- *6° l'information du Comité pour la Prévention et la Protection du travail.*

L'ensemble de ces mesures sont prises après avis du Comité pour la Prévention et la Protection du travail sauf en ce qui concerne les mesures sub 2° pour lesquels l'accord du Comité est requis.

L'analyse des risques et les mesures de préventions spécifiques à la question de la violence et du harcèlement moral ou sexuel au travail sont intégrées dans le plan global de prévention des risques

au sein de l'entreprise (durée du plan 5 ans), voire dans le plan d'action annuel de l'entreprise (plan de contrôle annuel du plan global de prévention).

[3] ***Comment le personnel est-il informé de ces risques, des mesures de prévention applicables ainsi que des procédures ouvertes aux travailleurs victimes d'actes de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail*** ?

1° L'employeur est tenu de mentionner dans un exemplaire du règlement de travail qui est remis à chacun de ses travailleurs lors de son engagement ainsi que chaque fois qu'une modification est intervenue :

- *les coordonnées du conseiller en prévention compétent et, le cas échéant, de la personne de confiance ;*
- *les procédures qui sont d'application lorsque des faits de violence ou de harcèlement sont signalés (cfr. ci-dessus : point [2].2.2°).*

2° L'employeur doit en outre veiller (obligation d'information générale) à ce que les travailleurs, les membres de la ligne hiérarchique et les membres du Comité pour la Prévention et la Protection du travail disposent de toutes les informations utiles relatives :

- *aux résultats de l'analyse des risques,*
- *aux mesures de prévention applicables,*
- *aux procédures qui sont instituées dans l'entreprise ou l'institution au bénéfice du travailleur qui estime être victime d'actes de violence ou de harcèlement ;*
- *au droit pour le travailleur de faire acter une déclaration lorsqu'il estime être victime de violence ou de harcèlement de la part d'une personne externe à l'entreprise ;*
- *aux institutions et services spécialisés auxquels l'employeur fait appel et qui octroient un soutien psychologique aux travailleurs victimes d'actes de violence ou de harcèlement ;*

3° L'employeur doit enfin veiller à ce que les travailleurs, les membres de la ligne hiérarchique et les membres du Comité pour la Prévention et la Protection du travail (ou à défaut les membres de la délégation syndicale) reçoivent la formation nécessaire pour appliquer de manière adéquate les mesures de prévention, les procédures, les droits et les obligations en matière de protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

[4] ***L'employeur est-il tenu de désigner des personnes disposant de compétences spécifiques pour traiter les cas de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail ?***

Toutes les entreprises doivent désigner un conseiller en prévention spécialisé dans les aspects psychosociaux du travail, dont la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

Les conseillers en préventions désignés depuis le 16 juin 2007 doivent être de formation universitaire, avoir suivi une formation complémentaire de 1er niveau et disposer d'une expérience de 5 ans dans le domaine des aspects psycho-sociaux au travail.

Ce conseiller sera éventuellement assisté dans ses tâches par une ou plusieurs personnes de confiance.

Selon la taille de l'entreprise (moins de 50 travailleurs ou plus de 50 travailleurs), l'employeur fera appel à un conseiller en prévention d'un service externe pour la prévention et la protection au travail (SEPP) où, avec l'accord du CPPT, à un conseiller en prévention d'un service interne pour la prévention et la protection au travail (SIPP)

Les tâches du conseiller en prévention sont les suivantes :

- *il collabore à l'analyse des risques ;*
- *il dispense des conseils, accueille les personnes qui déclarent avoir fait l'objet de violence ou de harcèlement et, le cas échéant, participe de manière informelle à la recherche d'une solution ;*
- *il reçoit les plaintes motivées et les témoignages ; en outre, il avise l'employeur de l'identité des personnes qui bénéficient d'une protection contre le licenciement suite à leurs déclarations ;*
- *il examine les plaintes motivées et propose à l'employeur des mesures appropriées ;*
- *il donne son avis sur les services spécialisés qui offriront un soutien psychologique aux travailleurs victimes d'une violence commise par des tiers sur les lieux de travail ;*
- *il ouvre et tient à jour le dossier individuel de plainte lorsqu'une plainte motivée a été déposée ;*
- *il fournit au conseiller en prévention du service interne de l'entreprise les données pertinentes pour la rédaction du rapport annuel.*

Le conseiller en prévention bénéficie d'une protection spécifique de manière à lui permettre d'exercer sa fonction en toute indépendance.

Il ne peut être licencié ou écarté de sa fonction que [1] pour incompétence ou pour des motifs étrangers à l'exercice de sa fonction et [2] dans le strict respect d'une procédure spécifique.

En cas de licenciement ou d'écartement irrégulier, l'employeur est tenu de payer une indemnité de 2 ou 3 ans de rémunération, sans préjudice de l'éventuelle indemnité de préavis ordinaire (+ ou – 1 mois par année d'ancienneté) selon que le conseiller en prévention à plus ou moins de 15 ans d'ancienneté.

[5] **Quelles sanctions sont-elles prévues à l'encontre de l'employeur en cas d'absence de politique de préventions contre la violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail ?**

L'employeur qui :

- *ne mène pas une politique de prévention contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail,*

- *ne respecte pas ses obligations en matière de protection des travailleurs*

encourt une amende pénale (50 à 500 € x 6) ou administrative (25 à 250 € x 6) visée aux articles 121 et 122 du Code pénal de droit social (loi du 6 juin 2010).

Possibilités de recours offerts aux victimes

Quelles sont les voies d'actions ouvertes aux victimes ?

- ***procédure interne à l'entreprise ?***

- ***recours externe à l'entreprise ?***

- ***procédure directe devant la juridiction compétente ?***

  - ***civile ?***

  - ***pénale ?***

Le travailleur qui estime être l'objet de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail dispose de 3 voies d'action :

- *[1] s'adresser à la personne de confiance ou au conseiller en prévention et déposer une plainte motivée auprès de ces personnes (procédure interne),*

- *[2] s'adresser au service d'inspection de la Direction Contrôle du Bien-être au travail du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale,*

- *[3] intenter une procédure judiciaire devant la juridiction compétente.*

[1] s'adresser à la personne de confiance ou au conseiller en prévention et déposer une plainte motivée auprès de ces personnes (procédure interne)

[2] Recours direct à l'Inspection de la Direction générale Contrôle du Bien-être

L'inspection :

- *vérifie si l'employeur respecte la réglementation et pourra obliger l'employeur à prendre certaines mesures organisationnelles ;*

- *peut recueillir la plainte motivée du travailleur et jouer un rôle de médiateur ou de conciliateur ;*

En cas d'échec, l'inspection peut dresser un « pro justitia » qu'elle transmettra à l'auditorat du travail (ministère public près les juridictions sociales) qui appréciera l'opportunité d'entamer des poursuites

judiciaires.

En toute hypothèse, l'inspection qui reçoit la plainte est tenue d'informer le plus rapidement possible l'employeur du fait qu'une plainte a été introduite et que la personne bénéficie par conséquent de la protection spéciale qui est reconnue aux victimes.

[3] Procédure directe devant la juridiction compétente

Toute personne qui justifie d'un intérêt peut intenter une action judiciaire devant la juridiction compétente pour faire respecter les dispositions relative à la protection des travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel.

Il s'agira :

- *soit du tribunal du travail lorsqu'il s'agit du respect de droit civil (mettre fin à un harcèlement par exemple),*
- *soit du tribunal correctionnel lorsque la victime se constitue partie civile sur base des dispositions pénales de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs (faits de violence physique par exemple).*

Le juge civil pourra toutefois ordonner au travailleur qui a fait appel à lui de faire préalablement application de la procédure interne mise en place par l'employeur pour le traitement d'une plainte motivée.

Par qui l'action judiciaire peut-elle être intentée (le travailleur et/ ou l'employeur, des travailleurs collègues de la victime, des tiers en contacts avec la victime, des organisations représentatives des travailleurs et des employeurs, etc…) ?

L'action judiciaire peut être intentée par le travailleur « victime » mais également par toute personne « qui justifie d'un intérêt » (employeur, travailleurs, collègues de la victime, tiers en contact avec les travailleurs durant l'exécution de leurs prestations).

Avec l'accord de la personne qui se déclare victime de violence ou de harcèlement, les organisations représentatives des travailleurs et d'employeurs, des associations de défense ou d'aides aux victimes ainsi que le « Centre pour l'égalité des chances » et « l'institut pour l'égalité des femmes et des hommes » peuvent également soutenir une action en justice.

A qui incombe la charge de la preuve des actes de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail ?

Devant la juridiction civile (tribunal du travail), le travailleur (demandeur) qui se déclare victime de violence ou de harcèlement doit, dans un premier temps, établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'une violence ou d'un harcèlement moral ou sexuel au travail.

Cette présomption étant établie, il revient au défendeur (autre travailleur, employeur, tiers) de prouver qu'il n'y a pas eu de violence, de harcèlement moral ou sexuel au travail.

La charge de la preuve se trouve donc partagée mais repose essentiellement sur le défendeur.

Cette règle ne s'applique toutefois pas aux procédures pénales où le défendeur (prévenu) est cette fois présumé innocent et où il appartient à « l'accusateur » (travailleur en sa qualité de partie civile et ministère public) de démontrer la culpabilité du défendeur.

De manière à éviter les représailles sur le plan professionnel, une protection spéciale est-elle prévue pour la victime et les éventuels témoins ?

En préciser la nature et sa durée.

Le législateur a prévu en faveur du travailleur et des témoins une protection spéciale contre le licenciement.

Dès l'instant où :

- *le travailleur a déposé une plainte motivée au niveau de l'entreprise ou de l'institution qui l'occupe selon les procédures en vigueur,*
- *le travailleur dépose une plainte auprès de l'Inspection de la Direction Contrôle du Bien-être au travail SPF Emploi, Travail et Concertation sociale,*
- *le travailleur a déposé une plainte auprès des services de police, d'un membre du Ministère public ou d'un juge d'instruction,*
- *le travailleur intente ou pour lequel est intentée une action en justice,*
- *le travailleur intervient comme témoin dans le cadre de l'examen de la plainte ou comme témoin en justice,*

l'employeur ne peut pas mettre fin à la relation de travail, sauf pour des motifs étrangers à la plainte, à l'action en justice ou au témoignage, ni modifier de façon injustifiée et unilatérale les conditions de travail.

La preuve des motifs de licenciement qui seraient étrangers au dépôt de la plainte, de l'action en justice ou de la déposition comme témoin incombe à l'employeur. Il en va de même pour les justifications à donner à la modification unilatérale des conditions de travail.

N.B. est considéré comme témoin dans le cadre de l'examen de la plainte le travailleur qui porte à la connaissance du conseiller en prévention, dans un document daté et signé, les faits qu'il a lui-même vus ou entendus en rapport avec la situation faisant l'objet de la plainte.

Cette protection est accordée pour une période de 12 mois, période qui débute :

- *au moment du dépôt d'une plainte motivée, c'est-à-dire dès l'instant où le conseiller en prévention informe l'employeur de l'existence d'une plainte, information qui doit être immédiate ;*

- *au moment de la déposition comme témoin auprès du conseiller en prévention lequel à l'obligation d'en informer immédiatement l'employeur.*

Pour le témoin en justice, il lui revient de communiquer à l'employeur que la protection lui est applicable à partir de la convocation ou de la citation à témoigner en justice. Mention de cette obligation est clairement précisée dans la convocation ou dans la citation.

Dans l'hypothèse où la plainte est reçue par d'autres personnes que le conseiller en prévention, il incombe à ces personnes d'informer le plus rapidement possible l'employeur du dépôt de la plainte et de la protection spéciale dont dispose cette personne à partir du moment où la plainte est introduite.

En cas d'intentement d'une action judiciaire, la période de protection prend fin 3 mois après que la décision judiciaire soit « coulée en force de chose jugée », c'est-à-dire qu'elle ait acquis un caractère définitif.

En cas de rupture irrégulière du contrat de travail ou de modification unilatérale et injustifiée des conditions de travail au cours de la période litigieuse, le travailleur ou son organisation syndicale peut (il s'agit d'une faculté et non d'une obligation) demander sa réintégration dans l'entreprise dans les conditions qui prévalaient avant les faits qui ont motivé la plainte.

Cette demande doit être introduite par lettre recommandée dans les 30 jours qui suivent la date de :

- *la notification du préavis,*

- *la rupture immédiate du contrat,*

- *la modification unilatérale des conditions de travail.*

L'employeur dispose d'un nouveau délai de 30 jours pour prendre position.

Deux situations peuvent alors se présenter :

- *soit l'employeur réintègre le travailleur dans les conditions qui prévalaient avant les faits qui ont motivé la plainte : en ce cas, il paie au travailleur la rémunération perdue et verse les cotisations patronales et personnelles au travailleur afférentes à cette rémunération ;*

- *soit l'employeur ne réintègre pas le travailleur où ne le rétablit pas dans les anciennes conditions de travail : en ce cas, le travailleur pourra réclamer une indemnité de protection.*

Cette indemnité de protection sera due par l'employeur dès l'instant où :

- *le travailleur ayant régulièrement introduit sa demande de réintégration, l'employeur s'y refuse alors que la juridiction a définitivement jugé que le licenciement était non fondé ou que la modification unilatérale des conditions de travail était injustifiée ;*

- *le travailleur n'ayant pas introduit de demande de réintégration, la juridiction saisie par ce travailleur a définitivement jugé que le licenciement était non fondé ou que la modification unilatérale des conditions de travail était injustifiée.*

Cette indemnité équivaut soit à un montant forfaitaire correspondant à 6 mois de rémunération brute du travailleur, soit au préjudice réellement subi par ce travailleur à charge cette fois pour lui d'établir l'étendue de son préjudice réel.

Quid en cas d'usage abusif des procédures ?

A quoi s'expose un travailleur qui aurait abusé de la procédure mise en place en vue de combattre les actes de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail ?

Suivant l'article 6, al.2, 7° de la loi du 4 août 1996, les travailleurs doivent s'abstenir de tout usage abusif de la procédure de plainte qui n'aurait pour but que de mettre en cause la réputation de l'auteur prétendu et cela, par vengeance ou mauvaise foi…

Pareil abus peut donner lieu :

- *aux sanctions disciplinaires prévues par le règlement de travail,*

- *à un licenciement pour faute grave,*

- *à la mise en cause de la responsabilité civile du travailleur (octroi de dommages et intérêts en application de l'article 1382 du Code civil),*

- *à la mise en cause de la responsabilité pénale du travailleur pour calomnie ou diffamation (art 443 et suivants du Code pénal).*

Surveillance et sanctions

Qui est chargé de la surveillance des dispositions mises en place pour combattre les actes de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail ?

L'article 80 de la loi du 4 août 1996 prévoit spécifiquement que les inspecteurs sociaux assurent d'initiative ou sur demande la surveillance du respect de la loi et de ses arrêtés d'exécution. A cette fin, ils disposent de pouvoirs étendus visés aux articles 23 à 39 du Code de droit pénal social.

Quelles sont les sanctions auxquelles s'exposent les auteurs d'actes de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail ?

Les articles 119 à 122 du Code de droit pénal social sanctionnent la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

La rigueur des sanctions varie suivant la nature des infractions (sanction de niveau 1à sanction de niveau 4).

L'article 101 du Code de droit pénal social définit le niveau des sanctions.

Chaque peine d'amende doit être multipliée par les décimes additionnels, ce qui correspond actuellement à un coefficient 6.

Ainsi, l'amende fixée à 100,00 € dans le Code de droit pénal social équivaut dans la réalité à 600,00 €.

Extraits du Code de droit pénal social

Art. 119. La violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail

Est punie d'une sanction de niveau 4, toute personne qui entre en contact avec les travailleurs lors de l'exécution de leur travail, et qui, en contravention à la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, commet un acte de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail.

Art. 120. Le non-respect de la décision judiciaire ordonnant de mettre fin à la violence ou au harcèlement moral ou sexuel au travail

Est punie d'une sanction de niveau 4, toute personne qui ne met pas fin à la violence ou au harcèlement moral ou sexuel au travail dans le délai fixé par la juridiction compétente sur la base de l'article 32decies de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Art. 121. Les mesures de prévention de la violence et du harcèlement moral ou sexuel au travail

Est puni d'une sanction de niveau 2, l'employeur, son préposé ou son mandataire qui, en contravention à la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et à ses arrêtés d'exécution :

1° ne détermine pas les mesures à prendre pour prévenir la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail;

2° détermine les mesures de prévention en ne se basant pas sur une analyse des risques ou en ne tenant pas compte de la nature des activités et de la taille de l'entreprise;

3° détermine les mesures de prévention sans l'avis du comité pour la prévention et la protection au travail;

4° détermine les mesures de prévention sans l'accord du comité pour la prévention et la protection au travail ou, le cas échéant, sans l'accord d'au moins deux tiers des membres représentant les travailleurs au sein du comité;

5° ne prend pas les mesures nécessaires pour que les travailleurs, les membres de la ligne hiérarchique et les membres du comité disposent des informations utiles prescrites par le Roi;

6° ne veille pas à ce que les travailleurs, les membres de la ligne hiérarchique et les membres du comité reçoivent la formation nécessaire, pour qu'ils puissent appliquer de manière adéquate les mesures de prévention, les procédures, les droits et les obligations au sujet desquels ils reçoivent les informations visées au 5°;

7° ne désigne pas un conseiller en prévention spécialisé dans les aspects psycho-sociaux du travail dont la violence et du harcèlement moral ou sexuel au travail;

8° n'effectue pas une analyse des risques relative aux situations qui peuvent engendrer une charge psycho-sociale en tenant compte des situations où sont présents du stress, des conflits, de la violence ou du harcèlement moral ou sexuel au travail;

9° n'effectue pas une analyse des risques relative à la charge psycho-sociale occasionnée par les personnes avec lesquelles les travailleurs entrent en contact sur les lieux de travail lors de l'exécution de leur travail;

10° n'effectue pas une analyse des risques relative aux incidents de nature psycho-sociale qui se répètent ou pour lesquels le conseiller en prévention a donné un avis ou n'effectue pas une analyse des risques de tous les faits qui ont fait l'objet d'une plainte motivée;

11° ne prend pas les mesures destinées à faire cesser les actes de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail lorsqu'ils sont portés à sa connaissance;

12° ne veille pas à ce que les travailleurs qui, lors de l'exécution de leur travail, ont été l'objet d'un acte de violence commis par des personnes autres que les travailleurs ou les travailleurs assimilés et qui se trouvent sur les lieux de travail, reçoivent un soutien psychologique approprié auprès de services ou d'institutions spécialisés.

Art. 122. Les obligations en matière de protection des travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail

Est puni d'une sanction de niveau 1, l'employeur, son préposé ou son mandataire qui, en contravention à la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et à ses arrêtés d'exécution :

> *1° n'intègre pas les résultats de l'analyse des risques et les mesures de prévention dans un volet spécifique, au plan global de prévention et, le cas échéant, au plan d'action annuel;*
>
> *2° ne prend pas connaissance des déclarations des travailleurs qui estiment avoir été l'objet de faits de violence, de harcèlement moral ou sexuel au travail causés par d'autres personnes lorsqu'il effectue une analyse des risques relative à la charge psycho-sociale occasionnée par les personnes avec lesquelles les travailleurs entrent en contact sur les lieux de travail lors de l'exécution de leur travail;*
>
> *3° ne transmet pas au comité pour la prévention et la protection au travail les résultats de l'analyse des risques ou, le cas échéant, les données collectives et anonymes relatives aux résultats de l'analyse des risques qu'il doit effectuer;*
>
> *4° ne tient pas le registre reprenant les déclarations visées au point 2° à la disposition du fonctionnaire chargé de la surveillance;*
>
> *5° ne conserve pas les déclarations des faits repris dans le registre pendant cinq ans à dater du jour où le travailleur a consigné ces déclarations.*

Art. 101. Les niveaux de sanction

Les infractions visées au Livre 2 sont punies d'une sanction de niveau 1, de niveau 2, de niveau 3 ou de niveau 4.

La sanction de niveau 1 est constituée d'une amende administrative de 10 à 100 euros.

La sanction de niveau 2 est constituée soit d'une amende pénale de 50 à 500 euros, soit d'une amende administrative de 25 à 250 euros.

La sanction de niveau 3 est constituée soit d'une amende pénale de 100 à 1000 euros, soit d'une amende administrative de 50 à 500 euros.

La sanction de niveau 4 est constituée soit d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende pénale de 600 à 6000 euros ou de l'une de ces peines seulement, soit d'une amende administrative de 300 à 3000 euros.

Art. 102. Les décimes additionnels

Les décimes additionnels visés à l'article 1er, alinéa 1er, de la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales sont également applicables aux amendes administratives visées dans le présent Code.

L'administration compétente indique dans sa décision la multiplication en vertu de la loi précitée du 5 mars 1952 ainsi que le chiffre qui résulte de cette majoration.

4ème commission 2014 BELGIQUE

Mons, le 3 avril 2014

ALGÉRIENS

4e COMMISSION – DROIT PUBLIC ET DROIT SOCIAL

Barcelone – 4 au 8 octobre 2015

Thème 2015 : « La motivation du licenciement du travailleur »

Réponses du Syndicat National des Magistrats Algériens

(1) **Législation applicable :**

I/Loi 90/11 du 21/04/1990 relative aux relations de travail, modifiée et complétée par :

1. La loi 91/29 du 21/12/1991,
2. L'Ordonnance 96/21 du 09/07/1996 et,
3. L'Ordonnance 97/01 du 11/01/1997 ;

II/ Loi 90/02 du 06/02/1990, relative à la prévention et au règlement des conflits collectifs de travail et à l'exercice du droit de grève, modifiée et complétée par la loi 91/27 du 21/12/1991 ;

III/ Loi 90/04 du 06/02/1990, relative au règlement des conflits individuels de travail, complétée par la loi 91/28 du 21/12/1991.

(2) Y a-t-il obligation ou simplement faculté de motiver le licenciement ?

Ici, il faut différencier entre, d'une part le licenciement collectif (compression d'effectifs), et le licenciement individuel ; et d'autre part, entre le licenciement abusif et le licenciement justifié.

En effet, l'employeur peut procéder à des compressions d'effectifs pour des raisons économiques (article : 67 de la loi 90/11). C'est le licenciement collectif qui se traduit par des licenciements individuels simultanés. Cette compression intervient après négociation collective ; et dans ce cas, l'employeur doit justifier la mesure nécessaire à la vie de l'entreprise, par l'inefficacité des mesures intermédiaires tendant à la préservation de l'emploi, telles que l'aménagement ou la réduction des horaires de travail, le transfert du personnel vers d'autres activités que l'employeur pourrait développer, ou vers d'autres entreprises.

Par ailleurs, et en dehors de la faute disciplinaire et de la compression pour raison économique et de survie de l'entreprise, tout licenciement individuel ou collectif doit être motivé car il sera soumis à l'appréciation de la juridiction saisie par le salarié ou l'organisation syndicale éventuellement ; après échec de la médiation des organes internes de règlement des conflits de travail (bureaux de conciliation), et de l'inspection de travail.

Le décret 94/09 du 26/05/1994 portant préservation de l'emploi et protection des salariés susceptibles de perdre involontairement leur emploi, dispense l'employeur de motivation en cas de compression d'effectifs justifiée, au cas ou les salariés concernés par la mesure, auront bénéficié d'une assurance chômage et d'une indemnité de trois mois de salaire versée par l'employeur au moment du licenciement.

(3)En cas d'obligation de motiver le licenciement :

- **La motivation est-elle formelle ou réelle (concrète) ? L'employeur a-t-il simplement l'obligation de donner un motif général (par exemple l'incompétence), ce qui serait la motivation formelle, ou doit-il préciser les motifs du licenciement, ce qui constitue la motivation réelle ?**

La motivation doit être réelle, car le licenciement d'un travailleur permanent ne peut légalement se justifier que par la commission de faute professionnelle grave. Il s'agit là d'une sanction ultime qui tient compte de la nature de la faute commise par le travailleur, et dont le degré de gravité est supposé rendre le maintien de la relation de travail préjudiciable à l'entreprise. A noter que c'est le règlement intérieur de l'entreprise élaboré en consultation avec le comité de participation des travailleurs, qui détermine la nature (qualification) des fautes et les motifs du licenciement ; ainsi que les indemnités à allouer.

(1) **En cas d'inexactitude du motif à l'origine du licenciement :**

- **L'employeur peut-il encore invoquer les motifs réels du licenciement lors du débat judiciaire ?**

Il n'y a aucune disposition légale qui prévoit la possibilité ou l'interdiction pour l'employeur d'invoquer les motifs réels du licenciement lors du débat judiciaire. Ce qui n'est pas interdit par la loi est donc toléré. Seulement les motifs invoqués risquent d'être, ipso-facto, écartés par le juge en application du principe général de droit qui rend inopérants les griefs invoqués pour la première fois devant le juge, s'ils n'ont pas été invoqués dans les recours préalables (ici, devant les bureaux de

conciliation et l'inspection de travail).

(5) **Nature du contrôle du juge sur les motifs du licenciement :**

Est-ce un contrôle marginal, c'est à dire que le juge ne peut pas substituer son opinion à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité du licenciement, ou de pleine juridiction, ce qui signifie que le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait dû être rendue?

La décision de l'employeur peut faire, en effet, l'objet d'un recours judiciaire, après épuisement des recours intermédiaires, par le salarié qui estime que son licenciement est abusif de la part de l'employeur. Dans ce cas, il faut souligner l'importance attachée à la clarté de la demande introduite tant auprès de l'inspecteur de travail, que devant le tribunal, et qui va, tout au long de la procédure, être déterminante quant à l'objet du conflit et à la nature du droit revendiqué.

Ceci dit, le contrôle du juge sur les motifs du licenciement ne peut être que de pleine juridiction. Il substitue son appréciation des motifs à celle de l'employeur. Ceci est autant vrai que le tribunal est saisi, non seulement par l'employé, mais aussi et éventuellement, par l'inspection du travail ou par l'organe syndical de l'entreprise.

(6) **Quelles sont les conséquences de la non-motivation ou de la motivation non adéquate du licenciement :**

a. **La nullité du licenciement ?**

b. **Une obligation de poursuivre la relation contractuelle (réintégration)?**

c. **Des sanctions ?**

d. **Sanctions civiles prévues par le législateur ?**

e. **Sanctions financières au titre de dommages et intérêts pour licenciement manifestement déraisonnable ?**

La plus importante conséquence étant la nullité du licenciement qui entraîne presque automatiquement la décision de réintégration (c'est-à-dire une obligation de poursuivre la relation de travail) assortie d'une compensation pécuniaire imposée à l'employeur qui ne saurait être inférieure au salaire perçu par le travailleur comme s'il avait continué à travailler. Toutefois, l'employeur peut refuser d'exécuter la décision de réintégration, à charge pour lui de supporter toutes les conséquences pécuniaires découlant d'une éventuelle décision de justice pour refus d'obtempérer à une décision

de justice ayant acquis autorité de chose jugée

A noter que les sanctions financières au titre de dommages pour licenciement abusif sont fixées par le juge, et ne sauraient dépasser un mois de salaire par année de travail dans la limite de 15 ans ; en plus d'indemnités pour préjudices matériel et moral subis par le salarié.

En conclusion, on notera qu'un avant-projet de loi portant code du travail a été élaboré par le gouvernement et présenté pour discussion avec le patronat et le partenaire social en septembre 2014. Cet avant-projet a réuni toute la législation éparse des relations de travail en un seul code. Ses grands traits étant la fin du statut de travail permanent exigée par le patronat et imposée par les contraintes économiques d'une crise mondiale de l'emploi ; la multiplication des contrats à durée déterminée(CDD) qui ne seront renouvelables que trois fois (article26). Le contrat à durée indéterminée(CDI) ne sera valable et de mise que pour le travail à temps partiel (article28). Le licenciement ne sera plus obligatoirement justifié et sera à moindre coût pour l'employeur qui aura en plus la possibilité désormais de recourir au travail intérimaire et au contrat de sous-traitance et qui sont les formes les plus précaires de l'emploi selon les syndicats des travailleurs.

Pour le Syndicat National des Magistrats Algériens

Le vice-président du Syndicat

Mr : BOUSSOUF Moussa

DENMARK'S

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: <The motivation of an employee's dismissal>

DENMARK'S RESPONSE

[1] Laws and Regulations

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

The main rule is that an employer has the right to terminate an employment – without a reason – but usually with a specific notice according to either the law, or to an agreement between the parties, or to an agreement between the trade union and the employers union.

If the employer cannot or will not give a reason for the termination, he must – in most cases - pay remuneration ("payment for damages/economic compensation").

An employment can also stop automatically, if it was agreed to only have a certain time limit, or it was agreed to only be a specific and terminated job.

It is not unusual to engage a person on probationary conditions. It will typically be for the first 3 month, where both parties have the right to terminate the employment with a notice of 14 days.

An employer has the right to suspend an employee without notice, if the employee substantially misbehaves.

A) Most employees are covered by law:

Funktionærloven, which have the following dismissal notes (shorter notice cannot be agreed):

The employment have lasted up till	Dismissal is possible with a note of

5 month	1 month until end of next month
2 years and 9 month	3 month -
5 years and 8 month	4 month -
8 years and 7 month	5 month -
More	6 month -

The employee can always end the employment with a notice of 1 month (until the end of the next month).

If the employment has lasted more than 12 years the employer must pay extra 1 month salary, and if it has lasted more than 17 years, he must pay extra 3 month salary.

If the employment has lasted more than 1 year, the employee can get remuneration for a missing or not acceptable (inadequate) reason for the dismissal. The amount will be of maximum the same size as half of the salary in the period of notice.

B) Some special governmental servants (there are very few left, and usually they are on a higher educational level, they are close to the age of pension, and/or they are in specific professions, e.g. the church, the defense) has a special protection in the law:

Tjenestemandsloven

They can be dismissed with a notice of three month but only if it is on a reasoned basis. They have the right to make a statement before the dismissal, and the minister of financial affairs must declare questions about the servant's affairs of pension. The reason could be serious problems in the cooperation, if it is not possible to solve the problems in a less radical way (e.g. moving the person to another job). The servant must be the main reason of the problems. The reason could also be a criminal behavior or an extremely misbehavior in another way, and they will typically be suspended immediately. If the dismissal is because of changes in the organization and the servant job will no longer exist, and there is not another appropriate job for him, he has the right of three year salary.

A servant can always be dismissed in the month, where he turn 70 years (like judges).

C) Sailers are covered by law:

Sømandsloven

Both parties can stop the employment with a notice of 7 days until the ship arrives to a harbor. A longer notice can be agreed. Usually the employment is agreed for a specific period. The sailor can be

dismissed and suspended because of long termed illness or serious misbehavior like incompetence, not arriving in time for ships departure, committing crime, hiding goods onboard that should have been through customs, iterative compulsive behavior or drunkenness.

D) Employees in the agriculture profession are covered by law:

Lov om vise arbejdsforhold i landbruget mv.

If the employment is not agreed for a specific period both parties can terminate it with a notice of 1 month. If the employment has lasted more than 12 month the notice from the employer must be 3 month. The employer can suspend the employee without notice, if the employee has roughly not done his duties (also if he has been ill for more than 1 month) or broken the house rules.

E) In lots of other professions the notices and conditions is agreed between the unions.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like <incompetence>?

The employer can give relatively short reasons for the dismissal. It can be because of circumstances relating to the company/the employer, or the reasons can relate to the employee. The employee can ask for more specific reasons. Usually the employer has the documents or other kind of information's that the reasons are based on. But as a starting point is it is up to the employee to convince the court, that the reasons are not acceptable, and that he is therefore justified to get remuneration.

Reasons relating to the company/the employer can be:

- Economy. If the company has lack of income and it is not just temporary
- Reorganizations in the company

Reasons relating to the employee can be:

- If he is not able/good enough to do his work anymore
- If he can not cooperate with the colleagues or the superiors
- If he is absent for a longer period

If the reasons of the dismissal turn out to be connected to the employee's position as a union representative or working environment representative it will not be considered as acceptable unless there is an extremely necessary reason, and the employer must pay remuneration.

According to law it is not allowed to dismiss a woman because of pregnancy. If the employee is absent because of pregnancy or maternity leave, the employee has the right to a written and specific reason for a dismissal. And in this situation the burden of proof is heavy and lies on the employer. He must convince the court that the reasons are acceptable, or otherwise he must pay remuneration. The employer must pay full salary in the dismissal period and as a minimum until 14 weeks after the baby is born.

According to law it is not allowed to dismiss a person because of complains about equal salary for men and women, because of race, skin color, religion, political convincement, sexual orientation, national, social or ethnical origin. The injured employee can get remuneration.

In many agreements between unions there are rules about giving reasons for dismissal. And employees in the state also have the right to reasons for the dismissal and to make a statement before the final dismissal.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?

Yes. And when the court evaluate if the reason is acceptable, the court will look at the "real", but until that moment hidden, reason.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal?

> **Is it a marginal control, i.e that the court cannot substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?**

When the judge evaluate if the given reason is inadequate, he has unlimited and full jurisdiction. The burden of proof is described above.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

>The nullity of the dismissal?

No

>An obligation to continue the contractual relationship?

No, not according to Funktionærloven (the law that covers most employees). In some agreements between unions it is a possible sanction, that the relationship must continue, if the cooperation between the parties is not regarded ruined because of the case.

>Sanctions?

No

>Civil sanctions provided by the law?

No

>Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

Yes, as described above.

AUSTRALIA

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] Laws and Regulations

Employee dismissal in Australia is largely governed at the federal level by the *Fair Work Act 2009* (Cth). Under the Act, employees can either make a claim for unfair dismissal or rely on the general protections provisions. A successful unfair dismissal claim requires a finding from the Fair Work Commission that the dismissal was 'harsh, unjust or unreasonable'.[1] In contrast, the general protections provisions prohibit dismissal for specified reasons, including if an employee engages in certain actions or has a particular protected attribute.[2] Other relevant regulations are found in equal opportunity legislation, the *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), and common law claims for wrongful dismissal involving breach of contract.

When choosing what legal avenue to pursue, important factors to consider include whether the dismissed employee was employed by a small business (defined as having less than 15 employees) or a large business; whether they were employed in the national or state system; whether they were a permanent or casual employee; whether their dismissal was a genuine redundancy; whether their salary exceeded the high income threshold, and the length of their employment before being dismissed.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

There is no common law obligation for an employer to give reasons for terminating an employment contract on notice.

However, if a worker is eligible for the unfair dismissal scheme under the Fair Work Act, section 387(b) of the Act states that the Fair Work Commission must take into account whether an employee was notified of the reason for their dismissal. This factor 'must be treated as a matter of significance in the decision making process'.[3]

As a result, failing to provide reasons for termination would be detrimental, but not necessarily fatal,

1 *Fair Work Act 2009* (Cth), s 385(b).

2 *Fair Work Act 2009* (Cth), ss 334 – 378.

3 *Crozier v Palazzo Corporation Pty Ltd (t/as Noble Park Storage and Transport)* (2000) 98 IR 137 at [27].

to an employer's claim that the termination was lawful.[4]

If the worker was unable to make an unfair dismissal claim, they may still be eligible to bring an action under the Part 3-1 general protection provisions of the Act. It would be advantageous to employers, attempting to prove that an employee dismissal was not caused by a one of these prohibited reasons, if they provided correct reasons at the outset.

[3] **If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?**

Section 387(a) of the Act states that another factor that must be taken into account for unfair dismissal claims is 'whether there was a valid reason for the dismissal connected with the employee's capacity or conduct.' A valid reason has been described as one that is 'sound, defensible or well founded' and not 'capricious, fanciful, spiteful or prejudiced'.[5] Additionally, as outlined above, the more detailed reasons an employer provides, the harder it will be for an employee to argue they were treated in a 'harsh, unjust or unreasonable' manner, or that they were fired for a reason prohibited by law.

[4] **If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?**

There is no legislative provision or common law rule that prevents employers from providing reasons for dismissal in court that differ from the reasons originally told to the employee. It is doubtful, however, that providing incorrect reasons for dismissal would count as notifying the employee of the reasons behind their termination. This would make it more difficult for an employer to dispute an unfair dismissal claim.

[5] **What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:**

- Is it a marginal control, ie that the court cannot substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

The Tribunal is not limited to consider only the reasons given by the employer for the termination.[6]

4 See Explanatory Memorandum, Fair Work Bill 2009 (Cth), 1540.

5 *Selvachandran v Peteron Plastics Pty Ltd* (1995) 62 IR 371.

6 *MM Cables (A Division of Metal Manufacturers Ltd) v Zammit* (2000) (unreported, AIRC (FB), S8106, 17 July

The test applied is whether, on the evidence in the proceedings before the tribunal, it is shown that there was a valid reason for the dismissal.[7] As a result, the Fair Work Commission has unlimited jurisdiction to give the decision that should have been made.

[6] **What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:**

- The nullity of the dismissal?

- An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?

- Sanctions?

- Civil sanctions provided by the law?

- Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

The consequences would depend on the surrounding circumstances of the case and the chosen cause of action. Although not fatal on its own, not providing adequate reasons for an employee's dismissal makes it more likely the employee will be successful in a legal claim against their former employer.

As stated above, not notifying employees of a valid reason for their dismissal would count against employers in a claim for unfair dismissal. Similarly, in a general protections claim, employers would find it easier to prove an employee's dismissal was not for an unlawful reason if the employer can show they provided adequate reasons in a timely manner.

If proven, the two most common remedies of a successful employee dismissal claim are reinstatement and/or monetary compensation for lost remuneration. In some cases, financial penalties may also be imposed.

2000) at [42] – cited in *Francis v Kalgoorlie Consolidated Gold Mines Pty Ltd* [2010] FWA 5472.

7 *Steven Pietraszek v Transpacific Industries Pty Ltd T/A Transpacific Cleanaway* [2011] FWA 3698.

GREECE

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal» (ANSWERS FOR GREECE)

[1] Laws and Regulations

- Laws that govern the employee's dismissal in Greece are: a) Law 2112/20, b) Royal Decree 16/18-7-1920, c) Law 3198/1955, as they following have been amendend, by the regulations of the Law 1849/1989, the Law 2224/1994 and, lately, under the regime of the so called «Memorandum», by the most recent statutes, Law 3863/2010, 3899/2010 and 3996/2011.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

- No, there is not an obligation for the employer to give reasons for the dismissal.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?

---

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?

- The employer, as is written above, has not the obligation, by the greek law, to specify the reasons for the dismissal.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:

- Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

Ø The nullity of the dismissal?
Ø An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
Ø Sanctions?
Ø Civil sanctions provided by the law?
Ø Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

- There are no consequences at all on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons.

CHARALAMPOS MAVRIDIS
Judge of the Court of Appeal

AUSTRIA

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW
Barcelona, October 4-8 2015 AUSTRIA
Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] Preliminary remarks and Laws and Regulations :

Contracts without fixed time limit can be terminated by mutual consent or by unilateral declaration of intention by the employer or the employee.

You can distinguish two forms of unilateral termination of an employment relationship by the employer

a) notice

b) premature dismissal.

a) A contract of employment without fixed time limit can be terminated by giving a notice, which terminates the contract at a certain date after expiry of a certain period. The period of notice varies for different employee groups. In most cases the period of notice increases with the duration of the employment. For industrial workers there are a lot of regulations in collective agreements.

For private employees the period of notice results from § 20 Higher Workers Act (White Collar). The employer is bound up to 2 years of employment to a period of 6 weeks, increasing after 2 years to 2 month, 5 years to 3 month, 15 years to 4 month and over 25 years to 5 month.

In general there is no right for a statement of reasons for the notice (or dismissal). It is also irrelevant whether the other party accepts the notice. But in an undertaking where a works council has to be constituted (five or more employees) a notice can be challenged because it is socially unjustified, when the contract of employment has lasted longer than 6 months and substantial interests of the employee are harmed by the termination of the employment contract. Then the employer has to give reasons. In these undertakings it is also possible to contest a notice if there are certain unlawful motives. For example a notice can be challenged if the notice was motivated by the fact, that the employee is a member of trade union or an election committee for workers council or his activities in trade unions or as a former member of works council or as an employee responsible for works safety or that he called an assembly of employees, was a candidate in a works council election, has an impending call-up for military service or just that he claimed rights, which are not obvious unjustified. Then that notice can be contested even if the works council has expressed consent to the notice. This is an action altering the legal state of affairs. If the works council or the employee wins the suit the notice is cancelled by the judgement- this means re- engagement for the employee.

Premature dismissals terminate the contract prematurely without any period of notice. These dismissals are only allowed on grounds enumerated in the statutes relating to the respective employee categories (disloyalty, incapacity, breach of duty or disobedience,.....). If the employer cannot prove sufficient grounds for the premature dismissal the employee is entitled to damages - remuneration

for the period which would have passed if the employer had terminated the employment by notice or expiry of a specific contractual period, but the employment relationship is terminated at the day of the premature dismissal. Beyond that it is possible to challenge the dismissal because it is socially unjustified or the motive for the dismissal is unlawful under the same premises like a notice.
Specific provisions exist for mass dismissals (notice; information of the appropriate labour office thirty calendar days before the first given notice; a prior notice is void).
Some groups of employees like members of works council have a specific statutory protection against termination of their employment contract. The termination of their employment is only possible after the employer has got a permission of a labour court, which allows the termination. This permission is bound to certain reasons.

Very important is that in all these cases (also if there is a lawful notice or termination by mutual consent; but not if a premature dismissal is based on sufficient grounds and the responsibility of the employee) most groups of the employees are entitled to severance pay.
If the employment started before 2003 und has lasted 3 or more years the amount of payment is calculated by a multiplier of the monthly remuneration.
After 3 years of employment it amounts to 2 monthly remunerations, after 5 years 3, after 10 years 4, after 15 years 6, after 15 years 6, after 20 years 9, after 25 years 12 monthly remunerations). Since 2003 the employer has to pay in a specific fund and this fund pays severance pay.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?
This depends on the kind of dismissal. The employer has to give reasons before the court if a dismissal or a notice is challenged (see. 1.) or employees enjoy specific statutory protection like members of works council.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?
Before the court, the employer hat to specify the reasons for dismissal in detail.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?
Yes, he can.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:

Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been

made?

If it is a dismissal (without notice) or if it is social unjustified, the court can substitute the opinion of the employer regarding the advisability of dismissal.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

The nullity of the dismissal?
An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

In an undertaking where a works council has to be constituted a notice can be challenged because it is socially unjustified and it is also possible to contest a notice if there are certain unlawful motives (see 1).This is an action altering the legal state of affairs. If the works council or the employee wins the suit the notice is cancelled by the judgement- this means re-engagement for the employee. The employee is entitled to all payment or wages due to be paid during the legal process.

If a notice is given with a shorter period or an earlier date the employment relationship is terminated at this earlier date but the employee is entitled to damages for the time which would have passed until a lawful notice would have terminated the employment relationship.

If the employer cannot prove sufficient grounds for a premature dismissal the employee is entitled to damages -remuneration for the period which would have passed if the employer had terminated the employment lawfully - expiry of a specific contractual period or by due notice. Beyond it, in the event of an unfair premature dismissal it is possible to challenge the dismissal because it is socially unjustified or the motive for the dismissal is unlawful under the same premises like a notice.

Dismissals of members of certain groups of employees like members of works council, which enjoy specific statutory protection against termination of their contracts, are void, if the employer has not got the permission of labour court.

Furthermore there are many sanctions regarding dismissals on discriminatory motives.

Gerhard Kuras Presiding Judge

ARMÊNIA

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] Laws and Regulations

Constitution, Labour Code, and other relevant Laws.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

Yes there is an obligation. It is employer should make reason.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence»?

He must specify.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?

Yes.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:

- Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

The Court dealing with concrete issues, specified in application.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

- The nullity of the dismissal?

An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
- Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

The Court should select on of this reasons.

AZERBAIJAN

4th STUDY COMMISSION PUBLIC LAW AND CIVIL LAW
Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] Laws and Regulations

All Grounds for Terminating an Employment Contract, i.e. grounds of emloyee's dissmissal are regulated by Chapter 10 of Labor Code of the Republic of Azerbaijan Republic. Other significant legislation in this areaincludes the Laws of Azerbaijan Republic on Employment, On Trade Unions and On Social Insurance.
According to Article 68, part 2 of the Labor Code:Grounds for terminating an employment contract shall be the following:

a) the initiative of one of the parties;
b) expiration of the employment contract;
c) a change in terms and conditions of employment;
d) cases related to a change in the ownership of an enterprise (employees indicated in Paragraph II of Article 63 of this Code);
e) Cases not depending on the will of the Parties;
f) Cases established by the Parties in the employment contract.

By law, this list of grounds for termination of employment is exhaustive. Many ofthese are further divided into more detailed sub-categories, creating a comprehensivesystem of legal rules for different types of termination.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

Yes, there is such obligation for the employer.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like
« incompetence »?

According to Article 83 of Labor Code:Unless rules other than as provided in this Chapter are established for documenting the termination of an employment contract, the termination of an employment contract by the employee or employer or in the cases independent of the parties,

pursuant to the procedures and rules provided in Articles 68, 69, 70, 73, 74 and 75 of the Code, the termination shall be documented by order (decree, decision) of employer.

According to Article 84 of the Code:The following information must be contained in the order (decree, decision) terminating an employment contract:

the name of enterprise, legal address, number of the order (decree, decision), date, the position and name of the employer who signed it;
the full name of employee;
the name of employee`s position as stated in the employment contract;
grounds for terminating the employment contract;
the relevant Article, Part and Clause hereof where the rules for termination of employment contract are provided;
the day, month and year on which the employment contract was terminated;
official documents considered as grounds for the order (decree, decision) terminating the employment contract.

If any order (decree, decision) does not conclude any of the information provided in Part 1 of this Article, it may be declared invalid by the court resolving the labor dispute.
Also there is not the strict obligation for the employer to specify the reasons for dismissal (unless to show grounds for terminating of contract and article of Code), the order should contain reasons and proofs of the violation of contract by employee in order to ensure the protection for an employer in case of court claims.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?

Yes, he can. And it could be declared null by the court as shown above.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:
- Is it a marginal control, ie that the court cannot substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

Rules of dismissal generally aimed at protection ofemployees. For these reasons I think, that the nature of judicial review of labor contract termination is unlimited and full review of procedure and reasons.

[6] Whatare the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:
- The nullity of the dismissal?
- An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
- Sanctions?
- Civil sanctions provided by the law?
- Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

The consequences of it will be nullity of dismissal (the order will be declared as invalid by court) and obligation for employer to continue contractual relationships with retaining his salary for being away from work obligatorily.

According to Article 300 of Labor Code: If an employer terminates employment relations with an employee in violation of Articles 68, 69, 70, 73, 74 and 75 hereof on the cancellation of employment contracts or does not comply with the provisions of Articles 71 and 76 or is in violation of the provisions of Article 79, the court which deals with labor disputes shall, upon a petition on the claim and upon investigating the facts of the case, *takes a decision* on the reinstatement of said employee by retaining his salary for being away from work obligatorily or *issues a statement* regarding the parties` reconciliation agreement corresponding to the second part of the present Article. In its judgement the court also may stipulate payment by the employer of the amount of damage caused to the employee due to his claim.

BOSNIA

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] Laws and Regulations.

FBiH Labor Law, General Collective Agreement for the FBiH territory

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal? **Yes, the employer must specify the reasons for the dismissal.**

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?

Yes, the employer's obligation is to specify reasons individually and in details for the dismissal.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?

Yes, he can.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:

Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

The judge may, by his assessment that is based on the proof which is presented during the proceedings, to take a different decision.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons?

If employer didn't give reason or he gave inadequate reason, the consequence can be: The court can set aside the decision on dismissal to the employee if the party during the proceedings proves that dismissal was illegal.

The nullity of the dismissal? poništenje otkaza

- An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)? Obaveza da nastavi ugovorni odnos
- Sanctions?
- Civil sanctions provided by the law?
- Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

If the decision on dismissal of the employment contract is canceled, the situation will be set up the in way how this was before dismissal. The employee returns to work on appropriate workplace or workplace where he worked until his dismissal

- Financial sanction that the employee has got a right to ask for payment and other benefits simultaneously which he would get if he has worked, that are assigned by the law

CHILE

Fourth Study

- PUBLIC LAW AND CIVIL LAW
Barcelona, 4 hasta October 8, 2015
Theme: "The motivation for the dismissal of an employee"

[1] Laws and Regulations
Governed by the Labour Code of Chile and various guidelines issued by the government body under the Ministry of Labour, called the National Labour Inspectorate.

[2] Is there an obligation for the employer to motivate the dismissal? YES.

[3] If yes, is there an obligation for the employer to specify the reasons for dismissal, so the employee knows exactly why he lost his job, or is it sufficient for the employer to give a general motif model, as "incompetence"?

The employer must notify the dismissal in writing to the employee personally or by registered letter sent to the address specified in the contract, or expressing the reasons given and the facts on which it is based.
This communication shall be delivered or sent, within the separation of the worker three business days.
You must send a copy of the notice referred to the respective Labour Inspectorate, within the same period. Labor inspectorates, have a record of communications of termination sent to them, which will keep updated with notices received in the last thirty business days.
When the employer invokes the causal dismissal on business needs, the notice must be given to the employee with a copy to the Inspectorate of Labour, at least thirty days in advance. However, this notice is not required if the employer'll pay the worker compensation in cash substitution of notice equivalent to the last monthly remuneration earned. Communication workers must also indicate precisely the total amount due in accordance with the provisions of the following article.
To proceed with the dismissal of an employee, the employer must inform you in writing the state pay pension contributions paid until the last day of the month preceding the dismissal, enclosing receipts to justify it. If the employer does not effected the integro of such pension contributions at the time of dismissal, it will not have the effect of terminating the employment contract.

4] If the employer does not give the real reasons for the dismissal to the employee, it can still be invoked in court?
No, you can not rely on the courts

[5] What is the nature of judicial review on the ground of dismissal:

Is marginal controle, ie, the court can not substitute its wiew that the employer about the appropriateness of dismissal or unlimited jurisdiction, which means that the court may substitute its assessment of the employer and to the decision should have been done?

The judicial review is in fact this is, is full

[6] What are the consequences for the employer for failing to give reasons or inadequate reasons:

Is the nullity of the dismissal?

NO

The consequence is that the employer is obliged to pay the respective compensation:
A) compensation for lack of prior-month prior notice in the event that the employer invoked the need of the company for dismissal) and
B) compensation for years of service (the employer must pay the worker compensation equivalent to thirty days of the last monthly remuneration paid for each year of service exceeding six months fraction continually rendered to the employer. This compensation is limited maximum three hundred and thirty days of remuneration)

A contractual obligation to continue the relationship (refund)?

No, it has no obligation to refund the employer

Do the sanctions?

If the Court finds that the dismissal was unfair, improper or inadmissible, the court shall order the payment of the respective compensation (compensation for non-prior-month prior notice to the employer if the invocvare the need for the company to dismissal) and compensation for years of service (the employer must pay the worker compensation equivalent to thirty days of the last monthly remuneration paid for each year of service exceeding six months fraction continually rendered to the employer. This compensation has a maximum three hundred and thirty days of remuneration), the latter increased according to the following rules:
a) thirty percent, if any given term for unfair application of the cause of business needs;
b) fifty percent, if any given term or wrongful application has not been invoked no legal grounds for such term;
c) In eighty percent, if any given term by misapplication.

If the employer had invoked the grounds for dismissal consisting of misconduct of a serious nature, duly verified (as a) Lack of probity of the employee in the performance of their duties; b) Conduct of sexual harassment; c) Ways in fact exercised by the employee against the employer or any worker who is working in the same company; d) Insults uttered by the worker to the employer, e) Immoral conduct the employee relating to the company where he works.); Acts, omissions or rash actions affecting the safety or operation of the establishment, activity or safety of workers or their health or material damage caused intentionally facilities, machinery, tools, work tools products or merchandise and firing it may also devoid of plausible reason stated by the court, the compensation will be increased by one hundred percent.

Civil sanctions provided by the law?

Recently the law has been accepting the compensation for moral damages caused by the dismissal. That is still working.

Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

There is none except those listed above.

GEORGIA

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] Laws and Regulations

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:

Ø Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

- The nullity of the dismissal?
- An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
- Sanctions?
- Civil sanctions provided by the law?
- Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

Main issues of an employee's dismissal are governed by the Organic Law of Georgia – "Labour Code of Georgia". With regard to public servants, in addition to the Labour Code of Georgia, such matters are governed by the Law of Georgia "on Public Service".

Pursuant to Articles 37, 38 and 38^1 the Organic Law of Georgia - Labour Code of Georgia, the following provisions shall apply:

Article 37. The Grounds for Termination of Labour Agreement

1. The following shall serve as grounds for termination of a labour agreement:

a) Economic conditions, technological or organizational changes, making it necessary to reduce the workforce;

b) Expiration of a labour agreement;

c) Performance of the work stipulated by a labour agreement;

d) Voluntary resignation from office/work of an employee on the basis of a written application;

e) Written agreement between the parties;

f) Inconsistency of the employee's qualifications or professional skills with the position held/work to be performed by the employee;

g) Gross violation by the employee of his/her obligations under an individual labour agreement or a collective agreement and/or labour rules and regulations;

h) Violation by the employee of his obligation under an individual labour agreement or a collective agreement and/or labour rules and regulations if any of the disciplinary actions under such individual labour agreement or collective agreement and/or labour rules and regulations has already been taken against the employee over the last one year;

i) Unless otherwise provided for by the labour agreement, a long-term disability - if the period of disability exceeds 40 calendar days in a row, or the total period of disability for six months exceeds 60 calendar days, and at the same time, the employee has used the leave under Article 21 of this Law;

j) Entry into legal force of a court judgment or decision precluding the possibility of performance of work;

k) The effective decision on finding a strike illegal handed down by the court in accordance with Article 51(6) of this Law;

l) Death of an employer as a natural person or of an employee;

m) Commencement of liquidation proceedings of an employer as a legal entity;

n) Any other objective circumstances justifying termination of the labour agreement.

2. The violation of the obligation under the labour rules and regulations as set forth in Paragraph 1 (g) and (h) of this Article may serve as the basis for termination of a labour agreement only if the laboour rules and regulations are an integral part of the labour agreement.

Article 38. The Procedure for Termination of a Labour Agreement

1. In case of termination of a labour agreement on any of the grounds provided for in Article 37.1 (a, f, i, n) of this Law, the employer shall give the employee at least 30 calendar days' prior written

notice. In addition, the employee shall be paid compensation in the amount of at least one month's salary within 30 calendar days after the termination of the labour agreement.

2. In case of termination of a labour agreement on any of the grounds stipulated by Article 37.1 (a, f, i, n) of this Law, the employer may give the employee at least three calendar days' prior written notice. In such case, the employee shall be paid compensation in the amount of at least two months' salary within 30 calendar days after the termination of the labour agreement.

3. In case the labour agreement is terminated at the initiative of an employee on the ground stipulated by Article 37.1 (d) of this Law, the employee shall give the employer at least 30 calendar days' prior written notice.

4. Within 30 calendar days from the receipt of the employer's notice of termination of the labour agreement, the employee may give the employer a written notice requesting a written substantiation of the grounds for termination of the labour agreement.

5. The employer shall provide a written substantiation of the grounds for termination of the labour agreement within seven calendar days from the submission of the employee's request.

6. Within 30 calendar days from the receipt of the employer's written substantiation, the employee may file an appeal with the court against the employer's decision on termination of the labour agreement.

7. If the employer does not provide a written substantiation of the grounds for termination of the labour agreement within seven calendar days from the submission of the employee's request, the employee may file an appeal with the court against the employer's decision of termination of the labour agreement within 30 calendar days. In such case, the burden of proof with regard to the factual circumstances of the dispute shall rest with the employer.

8. If the court voids the employer's decision for termination of the labour agreement, the employer shall under the court's decision reinstate the person, whose labour agreement was terminated, in his/her original employement or provide the person with an equal job or pay such person the compensation in the amount fixed by the court.

Article 38^1. Mass Layoffs

1. If at least 100 employees' labour agreements are terminated within 15 calendar days on the grounds stipulated by Article 37.1 (a) of this Law (mass layoff), the employer shall give the Ministry of Labour, Health, and Social Affairs of Georgia as well as the employees, whose labour agreements are terminated, at least 45 calendar days' written notice prior to such mass layoff.

2. The terms of notification under Article 38 (1-2) shall not apply in the case provided for by Paragraph 1of this Article.

Pursuant to Article 44 of the same law, in labour relations, the damage caused by one party to the other shall be reimbursed in a manner prescribed by the applicable laws of Georgia.

Pursuant to Article 48 of the same law, an individual dispute shall be settled in the manner agreed

between the parties; this implies direct negotiations between the employee and the employer. If the parties fail to reach agreement over the dispute, either party may refer the dispute to the court. The parties may agree to submit the dispute to arbitration.

Pursuant to Article 108 of the Law of Georgia on Public Service, a public servant shall be notified about dismissal due to liquidation, staff reduction or unsatisfactory results of the certification one month in advance. In case of dismissal due to long-term disability, a servant shall be notified in writing at least two weeks prior to the dismissal.

Judges Association of Georgia

IVORY COAST

4e COMMISSION – DROIT PUBLIC ET DROIT SOCIAL
Barcelone – 4 au 8 octobre 2015
Thème 2015 : « La motivation du licenciement du travailleur »

[1] Législation applicable

La loi n° 95 du 12 janvier 1995 portant code du travail modifiée par la loi n° 97-400 du 11 juillet 1997: (Articles 4, 16.3, 16.4, 16.7, 16.11, 23.3 et 61.7).
La Convention collective interprofessionnelle de Côte d'Ivoire du 19 juillet 1977 (article 87).

[2] Y a-t-il obligation ou simplement faculté de motiver le licenciement ?

La motivation du licenciement est une obligation à la charge de tout employeur en Côte d'Ivoire (articles 16.3, 16.4, 16.7 et 16.11 du code du travail).

[3] En cas d'obligation de motiver le licenciement :

- La motivation est-elle formelle ou réelle (concrète) ? L'employeur a-t-il simplement l'obligation de donner un motif général (par exemple l'incompétence), ce qui serait la motivation formelle, ou doit-il préciser les motifs du licenciement, ce qui constitue la motivation réelle ?

La motivation est réelle, en ce que l'employeur doit préciser les motifs du licenciement. Il pourra en cours de procédure les développer, mais ne doit en aucun cas, les modifier. A ce propos, il est fait obligation au jugement de mentionner expressément le motif allégué par l'employeur (article 16.11 du code du travail).

[4] En cas d'inexactitude du motif à l'origine du licenciement :

- L'employeur peut-il encore invoquer les motifs réels du licenciement lors du débat judiciaire ?

Non, dans la mesure où la motivation doit précéder le licenciement. Il peut comme sus énoncé, développer les motifs à l'origine du licenciement au cours du débat judiciaire. Il doit toutefois se garder d'invoquer de nouveaux motifs. L'exposé de nouveaux motifs serait considéré comme une variation de l'employeur dans ses motifs, ôtant ainsi aux dits motifs toute légitimité (articles 16.3, 16.7 et 16.11 du code du travail).

[5] Nature du contrôle du juge sur les motifs du licenciement :

- Est-ce un contrôle marginal, c'est à dire que le juge ne peut pas substituer son opinion à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité du licenciement, ou de pleine juridiction, ce qui signifie que le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait dû être rendue?

Le contrôle exercé par le juge sur les motifs du licenciement consiste à apprécier la légitimité ou non

des motifs allégués par l'employeur et à en tirer les conséquences. Ce contrôle est donc marginal (16.11-3° du code du travail).

[6] Quelles sont les conséquences de la non-motivation ou de la motivation non adéquate du licenciement :

[7]

- La nullité du licenciement ?
- Une obligation de poursuivre la relation contractuelle (réintégration)?
- Des sanctions ?
- Sanctions civiles prévues par le législateur ?
- Sanctions financières au titre de dommages et intérêts pour licenciement manifestement déraisonnable ?

Les conséquences du défaut de motivation ou de la motivation non adéquate diffèrent selon les cas de licenciement.

Ainsi le licenciement dépourvu de motif ou reposant sur un motif illégitime encourt la nullité du licenciement lorsque le travailleur est une femme licenciée par l'employeur qui ignorait son état de grossesse, si cet état est justifié dans les quinze jours de la notification du licenciement (article 23.3 du code du travail).

Cette nullité frappe également le licenciement du délégué du personnel, non autorisé ou effectué malgré le refus de l'inspection du travail et des lois sociales.

En cas de nullité du licenciement, l'employeur est tenu de réintégrer le travailleur indument licencié (article 61.7 du code du travail et article 87 de la convention collective).

Enfin, le licenciement abusif, à savoir le licenciement effectué sans motif légitime est sanctionné par la condamnation de l'employeur au paiement de dommages et intérêts au salarié.

Par Mme NIAMIEN Eugénie DOUKROU de l'UNAMACI

JAPAN

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] Laws and Regulations

The laws and regulations that relate to the topic of this Study Commission are as follows:
Labor Standards Act
[Clear Indication of Working Conditions]
Article 15 In concluding a labor contract, the Employer shall clearly indicate the Wages, working hours and other working conditions to the Worker. In this case, matters concerning Wages, working hours and other matters stipulated by Ordinance of the Ministry of Health, Labour and Welfare shall be clearly indicated in the manner prescribed by Ordinance of the Ministry of Health, Labour and Welfare.
(The rest is omitted.) [Advance Notice of Dismissal]
Article 20 In the event that an Employer wishes to dismiss a Worker, the Employer shall provide at least 30 days' advance notice. An Employer who does not give 30 days' advance notice shall pay the Worker the Average Wage they would earn in working for a period of not less than 30 days; provided, however, that this shall not apply in the event that the continuance of said Business has become impossible due to natural disaster or other unavoidable reasons, nor when the Worker is dismissed for reasons attributable to the Worker. (The rest is omitted.)
[Certificate n the Occasion of Retirement]

Article 22 When a Worker on the occasion of retirement requests a certificate stating the period of employment, kind of occupation, position in the Business, Wages, or the reason for retirement (if the reason for retirement is dismissal, including this reason), the Employer shall deliver one without delay.

(2) Employers shall, when a Worker has in the period between being given the advance notice in Article 20, paragraph (1) and the day of retirement, requested a certificate in relation to the reason for said dismissal, issue the certificate without delay; provided, however, that when the Worker retires after the day of receiving advance notice for reasons other than those given for said dismissal, it is not necessary, after said day of retirement, for the Employer to issue said certificate.

(The rest is omitted.) [Responsibility for Drawing up and Submitting]
Article 89 Employers who continuously employ 10 or more Workers shall draw up rules of employment covering the following items and shall submit those rules of employment to the relevant government agency. In the event that the Employer alters the following items, the same shall apply:
(Item (i) and (ii) are omitted.)

(iii) **Matters pertaining to retirement (including grounds for dismissal); (The rest is omitted.)**
(iv)
Ordinance for Enforcement of the Labor Standards Act
Article 5 The working conditions which the employer shall clearly indicate to the worker pursuant to the provision of the first sentence of paragraph (1) of Article 15 of the Act shall be as follows; provided (the rest omitted.).
(Item (i) through (iii) are omitted.)

(v) **Matters concerning retirement (including grounds for dismissal) (The rest is omitted.)**

Labor Contract Act
Article 16 A dismissal shall, if it lacks objectively reasonable grounds and is not considered to be appropriate in general societal terms, be treated as an abuse of right and be invalid.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

It is stipulated that an employer shall deliver a certificate stating the reason for dismissal when requested by a worker (Article 22, Paragraphs 1 and 2 of the Labor Standards Act).

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?

We find no provisions that expressly stipulate matters regarding this point in the law. However, the Director of the Labor Standards Bureau of the Ministry of Health, Labor and Welfare, who is responsible for enforcingthe Labor Standards Act, issued a circular notice (***tsutatsu)*** which states that the reason for dismissal needs to be specifically stated and that if a worker is dismissed due to an alleged fact that comes under a certain provision of the rules of employment, an employer has to specify the contents of such provision of the rules of employment and the pertinent facts in the certificate. According to this notification, the employer is obliged to specifically indicate the reason for dismissing a worker.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?

We find no provisions that expressly stipulate matters regarding this point in the law, and there are conflicting views regarding whether or not a reason for dismissal that is not stated in the aforementioned certificate may be asserted in a lawsuit.
In the case of a disciplinary dismissal, however, a Supreme Court precedent states that an infringing act cannot serve as grounds for validity of a disciplinary action if the employer was not aware of that act at the time of dismissal unless there were special circumstances,.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:
- Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

When the validity of the dismissal is argued in the lawsuit, the employer shall plead that the relevant dismissal has objectively reasonable grounds and is considered to be appropriate in general societal terms (see Article 16 of the Labor Contract Act), and the court shall accordingly judge upon the validity of said plea. Thus, it is believed that this will constitute a case for
the view that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal as mentioned in the question.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

The nullity of the dismissal?
An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

A sanction under criminal law is possible. In other words, if an employer who rejects or delays delivery of a certificate requested by the worker without a good reason, the employer may be punished by a fine of not more than 300,000 yen (Article 120, Item 1 and Article 22, Paragraph 1 of the Labor Standards Act).

LITHUANIA

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] Laws and Regulations. *Main law that regulates the dismissal of an employee's is Labour Code of Lithuanian Republic.*

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal? *Yes, employer is obligated to give reason for the dismissal of an employee.*

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »? *Yes, according to the Article 129 of the Labour Code of Lithuanian Republic, the employer can dismiss an employee only due to an important reason, for example the employee's qualifications, professional abilities and behavior at work. According to the practice of the Supreme Court of Lithuania the employer is obligated to specify the reason for dismissal.*

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court? *Yes, according to the Labour Code of Lithuanian Republic, the employer is obligated to prove the legitimacy of dismissal of an employee.*

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:

Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made? *Judicial review has an unlimited jurisdiction, which means that the judge in the cases concerning dismissal of the employee is active and may give the decision that should have been made.*

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

The nullity of the dismissal?
An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?

Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

According to the Labour Code if the court decides that an employee has been dismissed without a valid reason, the court can decide to return the employee to the previous work and order the employer to pay the employee the average salary for the entire period of enforced idleness from the date of dismissal to the date of execution of the judgment.

If the court determines that an employee can not be returned to the previous work due to economic, technological, organizational or similar reasons, or due to the fact that the employee may not be able to work in normal conditions, the court may take a decision to declare the dismissal unlawful and order the employer to pay the employee a fixed severance pay and the average salary for the entire period of enforced idleness from the date of dismissal to the date of execution of the judgment. In this case, it is considered that the employment contract is terminated by a court decision on its effective date.

MOLDOVA

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

[1] **Laws and Regulations**

Most of the employees of the courts are civil servants and their hiring and firing is carried out in general in compliance with the Law No. 158 of 4 July 2008 on the public service and the status of civil servant as a special law and the Labor Code of the Republic of Moldova as a law of general competence that has as basic principles the equal rights and opportunities for employees.

[2] **Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?**

When dismissing a judge it is mandatory to be invoked the reason, since dismissal can be carried out only on the grounds expressly provided by law.

[3] **If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?**

The Law provides the dismissal on grounds of incompetence and it is sufficient to indicate only this term in the order of dismissal. However, the dismissal on the basis of such a ground is carried out by the decision of a Commission of the court, where are indicated more concrete tasks that were not fulfilled by the judge.

[4] **If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?**

The court employee (both as civil servant and without the civil servant status) may appeal the dismissal in the court. By court decision the employer may be ordered to modify the grounds of dismissal.

[5] **What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:**

Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

The Moldovan law provides unlimited jurisdiction of the court, the court has the competence to express its views on all aspects of dismissal procedure (including the procedure preceding the dismissal). However, in such cases, the court may only order the employer to correct the mistakes or to undertake some action.

[6] **What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:**

The nullity of the dismissal?
An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

The dismissal without giving grounds involves accordingly the nullity of the dismissal, reinstatement and compensation for material (the salary for the period not worked) and moral damages. When invoking a ground of dismissal other than the real one might be faced two situations. In the first case, the consequences are the mentioned above if the procedure of dismissal was based on another ground than the real ground. If the dismissal procedure is invoked on the same ground as the real ground, then there is no annulment of the dismissal.

PORTUGAL

4TH STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

BARCELONA, OCTOBER 4-8 2015

TOPIC: «THE MOTIVATION OF AN EMPLOYEE'S DISMISSAL»

[1] LAWS AND REGULATIONS

The applicable laws and regulations include, in Portugal, the Article 53º of the Portuguese Constitution, which assures job security to every worker, forbidding the dismissal of workers without a justifiable motivation *or* with a political or ideological motivation.

Complying with the general principle stated in the Portuguese Constitution, the Articles 351º to 393º of the Portuguese Labour Code forbid the dismissal of a worker without a valid reason (Article 381º) and states the limited cases in which it is admissible for a worker to be dismissed by an employer (dismissal after a disciplinary procedure that results from a wrongful behavior of the worker, collective dismissal or dismissals linked to individual redundancies or worker inadaptability) and the consequences of a illicit dismissal of a worker by his employer.

[2] IS THERE AN OBLIGATION FOR THE EMPLOYER TO GIVE REASONS FOR THE DISMISSAL?

Yes, in accordance to the Article 53º of the Portuguese Constitution, every dismissal should have an underlying valid reason, that the employer is always obliged to transmit to the dismissed employee.

[3] IF SO, IS THERE AN OBLIGATION ON THE EMPLOYER TO SPECIFY THE REASONS FOR DISMISSAL, SO THAT THE EMPLOYEE KNOWS EXACTLY WHY HE LOST HIS EMPLOYMENT, OR IS IT SUFFICIENT,

FOR THE EMPLOYER, TO GIVE A GENERAL MOTIVE PATTERN LIKE

« INCOMPETENCE »?

The employer should, in the communication of the dismissal to its worker, specify the reasons (the concrete facts) underlying the dismissal and making it legal, admissible and valid, so that the

employee knows immediately why he is being dismissed.

[4] IF THE EMPLOYER DOESN'T GIVE THE REAL REASONS FOR THE DISMISSAL TO THE EMPLOYEE, CAN HE STILL INVOKE THEM IN COURT?

In Portuguese Law, only the facts and reasons that were transmitted by the employer, in the communication of the dismissal, to the dismissed worker can be taken into account in a court of law (even if there were other reasons, not stated in that communication, that could make that dismissal be valid).

[5] WHAT IS THE NATURE OF JUDICIAL REVIEW ON THE GROUND OF A DISMISSAL: IS IT A MARGINAL CONTROL, IE THAT THE COURT CAN NOT SUBSTITUTE ITS OPINION FOR THAT OF THE EMPLOYER REGARDING THE ADVISABILITY OF DISMISSAL OR IS IT AN UNLIMITED JURISDICTION, WHICH MEANS THAT THE JUDGE MAY SUBSTITUTE ITS ASSESSMENT FOR THAT OF THE EMPLOYER AND GIVE THE DECISION THAT SHOULD HAVE BEEN MADE?

In Portugal, the employment judges have full jurisdiction on the subject of dismissals, meaning that they can assess not only the procedure that leads to a dismissal, but also the validity of the reasons and facts that were used by the employer to dismiss that specific worker, and decide that the employer should have not dismissed that worker or that the dismissal was not necessary, proportionate or adequate (even though the Portuguese superior courts generally accept that, in the case of collective dismissals, the employment judge cannot go against the opinion of the economic experts that are nominated to give a judgment on the existence of the economic/financial reasons that make necessary that collective dismissal).

[6] WHAT ARE THE CONSEQUENCES ON THE EMPLOYER FOR NOT GIVING REASONS OR FOR GIVING INADEQUATE REASONS: THE NULLITY OF THE DISMISSAL? AN OBLIGATION TO CONTINUE THE CONTRACTUAL RELATIONSHIP (REINSTATEMENT)? SANCTIONS? CIVIL SANCTIONS PROVIDED BY THE LAW? FINANCIAL SANCTIONS (DAMAGES) FOR A WRONGFUL DISMISSAL?

In Portuguese Law, a dismissal that is deemed wrongful in a employment court, because the

employer dismissed a worker without any reasons or with inadequate reasons, can lead to a number of legal consequences, depending, first of all, on the option of dismissed employee.

So, if the dismissal is considered illicit by an employment judge:

- The worker can be reinstated in his former working position, with the obligation of the employer to pay him the wages that he didn't receive due to the dismissal (with the possible deduction of any unemployment benefits that the worker has received from the social security – and that the employer should pay directly to the social security – and any salaries that he received from other employers if he got a job after his dismissal);

- The worker can also decide that he doesn't want to work any more for the employer that dismissed him and request the payment of a compensation for the illicit dismissal, that is worked out with consideration of the monthly wage of the worker, the number of years he has worked for that employer and the way he was dismissed by his employer;

- The employee has, whichever option he takes, a right to be paid a compensation for whatever other damages he has sustained due to his wrongful dismissal.

SENEGAL

4e COMMISSION – DROIT PUBLIC ET DROIT SOCIAL

Barcelone – 4 au 8 octobre 2015

Thème 2015 : « La motivation du licenciement du travailleur »

[1] Législation applicable

Réponse : Loi n° 97 – 17 du 1er décembre 1997 portant code du travail

[2] Y a-t-il obligation ou simplement faculté de motiver le licenciement ?

Réponse : Il y a une obligation de motiver le licenciement.

[3] En cas d'obligation de motiver le licenciement :

La motivation est-elle formelle ou réelle (concrète) ? L'employeur a-t-il simplement l'obligation de donner un motif général (par exemple l'incompétence), ce qui serait la motivation formelle, ou doit-il préciser les motifs du licenciement, ce qui constitue la motivation réelle ?

Réponse : La motivation doit être réelle. L'employeur doit préciser les motifs du licenciement.

[4] En cas d'inexactitude du motif à l'origine du licenciement :

L'employeur peut-il encore invoquer les motifs réels du licenciement lors du débat judiciaire ?

Réponse : Non. Seuls les motifs invoqués par l'employeur au moment du licenciement seront appréciés par le juge.

[5] Nature du contrôle du juge sur les motifs du licenciement :

Est-ce un contrôle marginal, c'est à dire que le juge ne peut pas substituer son opinion à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité du licenciement, ou de pleine juridiction, ce qui signifie que le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait dû être rendue?

Réponse : Contrôle de pleine juridiction : le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait dû être rendue.

[6] Quelles sont les conséquences de la non-motivation ou de la motivation non adéquate du licenciement :

La nullité du licenciement ?
Une obligation de poursuivre la relation contractuelle (réintégration)?
Des sanctions ?
Sanctions civiles prévues par le législateur ?
Sanctions financières au titre de dommages et intérêts pour licenciement manifestement déraisonnable ?

Réponse : Sanctions financières à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif.

SPAIN

4 e COMMISSION - DROIT ET DROIT PUBLIC SOCIAL

Barcelone - 4 au 8 octobre 2015

Thème 2015: "La motivation du licenciement du travailleur"

[1] Législation applicable

El despido y sus casusas se regula en el Estatuto de los Trabajadores, en los artículos 53 y 55, fundamentalmente.

[2] Y a-t-il obligation ou simplement faculté de motiver le licenciement ? Es obligatorio determinar de forma precisa los motivos del despido.

[3] En cas d'obligation de motiver le licenciement :

La motivation est-elle formelle ou réelle (concrète)? L'employeur a-t-il simplement l'obligation de donner un motif général (par exemple l'incompétence), ce qui serait la motivation formelle, ou doit-il préciser les motifs du licenciement, ce qui constitue la motivation réelle ?

La motivación debe ser concreta, determinando de forma precisa las causas del despido.

[4] En cas d'inexactitude du motif à l'origine du licenciement :

L'employeur peut-il encore invoquer les motifs réels du licenciement lors du débat judiciaire ?
El artículo 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Laboral exige como requisito previo que al trabajador se le haya concretado los motivos del despido, de otro modo se ocasiona indefensión.

[5] Nature du contrôle du juge sur les motifs du licenciement :

Est-ce un contrôle marginal, c'est à dire que le juge ne peut pas substituer son opinion à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité du licenciement, ou de pleine juridiction, ce qui signifie que le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait dû être rendue?
No. Las causas y motivos del despido debe concretarlas y comunicarlas al trabajador el empleador.

[6] Quelles sont les conséquences de la non-motivation ou de la motivation non adéquate du licenciement :

Se calificaría el despido de improcede, distinto del nulo, pues aquel supone la obligación del

empleador de readmitir al trabajador o de indemnizarle.

La nullité du licenciement?
No sería propiamente nulo, sino improcedente, cuyos efectos son distintos.

Une obligation de poursuivre la relation contractuelle (réintégration)? Debe el empleador readmitir al trabajador o en su caso indemnizarle.

Des sanctions?
La declaración de despido improcedente no supone la imposición de sanciones al empleador, tan sólo la obligación de readmitirlo o de indemnzarle.

Sanctions civiles prévues par le législateur?
Las sanciones al trabajador se encuentran reguladas en los Convenios Colectivos y generalmente suelen ser suspensión de empleo y sueldo, amonestaciones, obstáculos para el ascenso, etc.

Sanctions financières au titre de dommages et intérêts pour licenciement manifestement déraisonnable ?
La indemnización adicional a la correspondiente por no readmitirle, o la indemnización y readmisión, solo cabría en casos de vulneración de derechos fundamentales.

Francisco de Asís Silla Sanchis.

En cargado de relaciones internacionales. Asociación Profesional de la Magistratura (APM) España.

SUISSE

4e COMMISSION – DROIT PUBLIC ET DROIT SOCIAL
Barcelone – 4 au 8 octobre 2015
Thème 2015 : « La motivation du licenciement du travailleur »

(réponses pour la Suisse)

Législation applicable
Le Code des obligations (CO) en ce qui concerne les relations de travail soumises au droit privé.
Les relations de travail relevant de la fonction publique sont réglées par le droit cantonal (26 législations). Les réponses données ci-après s'appliquent au contrat de travail de droit privé.

Y a-t-il obligation ou simplement faculté de motiver le licenciement ?
La partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. Cette règle vaut tant pour la résiliation avec effet immédiat que la résiliation ordinaire, donnée pour une échéance contractuellement prévue.

En cas d'obligation de motiver le licenciement :
La motivation est-elle formelle ou réelle (concrète) ? L'employeur a-t-il simplement l'obligation de donner un motif général (par exemple l'incompétence), ce qui serait la motivation formelle, ou doit-il préciser les motifs du licenciement, ce qui constitue la motivation réelle ?
L'employeur doit préciser les motifs réels du licenciement. Cette indication doit permettre à l'employé de vérifier la cause du licenciement et de décider s'il entend le contester.

En cas d'inexactitude du motif à l'origine du licenciement :
L'employeur peut-il encore invoquer les motifs réels du licenciement lors du débat judiciaire ?
L'employeur ne peut, en principe, pas modifier en cours de procédure les motifs invoqués à l'appui du licenciement. Toutefois, en cas de licenciement avec effet immédiat, soit pour faute grave, il peut également se prévaloir de motifs justifiant un tel licenciement dont il a appris l'existence en cours de procédure (ex.: le congé est donné parce que le travailleur a violemment insulté un de ses collègues. En cours de procédure, l'insulte n'est pas vérifiée, mais entretemps l'employeur a appris que le travailleur a détourné des fonds; l'employeur peut se prévaloir de ce motif qui justifie un renvoi immédiat, même s'il n'en avait pas connaissance au moment du congé).

Nature du contrôle du juge sur les motifs du licenciement :
Est-ce un contrôle marginal, c'est à dire que le juge ne peut pas substituer son opinion à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité du licenciement, ou de pleine juridiction, ce qui signifie que le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait

dû être rendue?
Il s'agit d'un contrôle avec plein pouvoir d'appréciation. Le juge examine si le(s) motif(s) invoqué(s) par l'employeur existent, d'une part. D'autre part, il va également se prononcer sur la question de savoir s'ils justifiaient un congé avec effet immédiat (congé justifié) ou, dans le cas d'un congé ordinaire, s'il s'agit de motifs constitutifs d'un congé abusif (donné pour des raisons inhérentes à la personnalité du travailleur, l'exercice d'un droit constitutionnel, etc.).

Quelles sont les conséquences de la non-motivation ou de la motivation non adéquate du licenciement :

La nullité du licenciement ?
Le refus de justifier le congé ou l'inexactitude des motifs invoqués n'entraînent pas l'invalidité du congé.

Une obligation de poursuivre la relation contractuelle (réintégration)?
Non, le droit suisse ne connaît pas (en droit privé) la réintégration de l'employé.

Des sanctions ?
L'absence de motivation ou la motivation non adéquate en tant que telles n'entraînent pas de sanctions. En revanche, le réel motif du licenciement peut conduire à l'obligation de verser une indemnité si ce motif conduit à retenir que le congé est abusif (dans le cadre d'un licenciement ordinaire) ou injustifié (dans le cadre d'un licenciement extraordinaire, avec effet immédiat).

Le motif invoqué est considéré comme abusif lorsque le congé est donné:
- pour des raisons inhérentes à la personnalité de l'employé (ex.: congé fondé sur la race, l'âge, l'homosexualité, la religion, la nationalité, la maladie, la séropositivité etc.)
- en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel (ex.: participation à une grève licite, employé d'un rang subalterne qui critique l'entreprise, etc.)
- afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques résultant du contrat de travail (ex.: gratifications, primes de fidélité, augmentation du droit aux vacances, etc.)
- parce que l'employé a fait valoir de telles prétentions (le congé est donné à titre de représailles)
- parce que l'employé accomplit un service obligatoire militaire ou de protection civile
- parce que l'employé est membre ou non d'une organisation de travailleurs ou exerce une activité syndicale
- ou encore lorsque la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs n'a pas été respectée.

Le motif de congé est considéré comme injustifié lorsqu'il ne justifiait pas un licenciement avec effet immédiat. Tel est le cas lorsque le manquement reproché n'était pas de nature à rompre

irrémédiablement le lien de confiance nécessaire entre l'employeur et l'employé.

Sanctions civiles prévues par le législateur ? Sanctions financières au titre de dommages et intérêts pour licenciement manifestement déraisonnable ?
Si le congé est considéré comme abusif, l'indemnité due par l'employeur au travailleur est déterminée par le juge en fonction de toutes les circonstances; elle ne peut dépasser six mois de salaire.
Si le licenciement avec effet immédiat est fondé sur un motif qui ne le justifiait pas, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du congé ordinaire ainsi qu'à un montant fixé librement par le juge, mais ne dépassant pas six mois de salaire. Ces indemnités sont dues même si l'employé n'a subi aucun dommage.
Il n'existe en droit privé suisse pas d'autres sanctions que les sanctions financières qui viennent d'être évoquées.

Genève, le 19 juin 2015

TURKEY

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW
Barcelona, October 4-8 2015
Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

Laws and Regulations
The subject of dismissal of employees is covered by the Turkish Labor Code and the case law.

Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?
Yes, there is an obligation to give reasons why employer dismisses his employee in a written form. Those reasons must be based on one or more articles of the Labor Code. In other words, the reason for dismissal must be pursuant to the Law. Basically, the contract relation must become unsustainable for the parties.

If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?
Employer must notice employee in written form about reasons of dismissal. Incompetence cannot be a justification like a general motive pattern. Employer should offer another position more suitable to employee. If employee accepts the offer the contract relation goes on. If there is no such an offer, employer must set forth acceptable reasons for dismissal other than just using the word of incompetence.

If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?
If employer does not give real reasons at the time of dismissal to employee then it is not legally possible to call for some (new) reasons. However, once employer notifies to dismiss employee with a written form consisting of general explanation but not details, in court, employer can give the details compatible with general explanation. For instance, dismissal notice may include only the act of sexual harassment and then employer can invoke all details later in the court of law. Since employer required to give reasons for dismissal he can invoke those reasons in court.

What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:
Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

Judge must put a detailed reasoning in his/her holding. Judge can discover the facts if necessary by demand or ex officio. So it is a kind of unlimited jurisdiction. For example, if the reason claimed by employer as incompetence because of health condition of employee, judge can send employee to a referee hospital or even forensic science to determine to exact condition.

What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:
The nullity of the dismissal?
An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

Employer may face a reemployment law suit. If labor court decides in favor of employee, employer must rehire employee after employee`s application to the job that he was dismissed. The court must decide on reemployment law suit within 2 months and the appeal court must do so within a month after receiving the petition of appeal.
Employer has to pay some amount compensation even if he rehires dismissed employee.
Employee can also file a suit just for compensation without wishing back to his previous job.
There is no criminal sanction for dismissal.
On the ground that the court finds the dismissal completely arbitrary then it can order to pay compensation provided that the employee demands such compensation.

CANADÁ

Barcelona, October 4-8 2015

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND SOCIAL JUSTICE

Topic: "The motivation of an employee's dismissal"

Abbreviation	Act
A.L.S.	*An Act Respecting Labour Standards (Québec Legislature)*
L.C.	*Labour Code*
C.C.Q.	*Civil Code of Québec*

Preliminary Remark:

Under the Canadian Constitution, jurisdiction over labour relations and working conditions is shared between the provincial and federal legislatures. Legislation regarding labour relations is presumptively a provincial matter. However, the federal government is entitled to regulate labour relations in connexion with employees who fall within Parliament's competence under a federal head of power (navigation, banking, interprovincial transportation, etc.). Approximately 10% of the Canadian work force is under federal jurisdiction. Federal jurisdiction applies regardless of the province where the employee is located.

The application of Québec's labour legislation thus depends on whether a given undertaking falls within provincial or federal jurisdiction. Federal undertakings are subject to the application of the *Canada Labour Code*, whereas provincial undertakings are subject, in Québec, to the application of the *Labour Standards Act* and the *Labour Code*.

In order to simplify the analysis, this questionnaire was completed taking only Québec legislation into account. Federal legislation and legislation from other provinces is not examined.

[1] Laws and Regulations

The *Act Respecting Labour Standards* and the *Civil Code of Québec* are the statutes regulating the dismissal of an employee in Québec. They both apply to individual employment relationship. The minimum standards laid down by the *A.L.S.* benefit to all employees, unionized or not.

[2] Is there an obligation for the employer to give motives for the dismissal?

Section 124 of the *A.L.S.* provides that an employee credited with two years of uninterrupted service in the same enterprise cannot be dismissed without a good and sufficient cause. There is a clear obligation for the employer to provide a motive for the dismissal of the employee governed by this legislation.

Furthermore, section 2094 of the *Civil Code of Québec* provides that an employer may dismiss an employee for a serious reason. In the absence of such motive, the employer may face one of two

situations. On the one hand, in the presence of a contract for an indeterminate term, the employer may resiliate the employment contract and give a notice of termination to the employee. The notice of termination consists of a reasonable time period between the moment the notice of termination is given and the effective termination date (2091 *C.C.Q.*). The right to sufficient notice is often replaced by an equivalent indemnity (salary in lieu of notice). On the other hand, in the presence of a fixed term employment contract, an employer who dismisses an employee without a serious reason owes that employee an indemnity that is equivalent to what would have been paid had the contract not been breached by the employer. The underlining principle is that a contract with a fixed term is binding to both parties until the term extinguishes (section 1517, 1671 and 2086 *C.C.Q.*).

In other words, an employer who has a serious reason to dismiss an employee is not obligated to give notice of termination or to pay an indemnity equivalent to the salary that would have been earned otherwise.

Moreover, collective agreements may impose other obligations to the employer, such as the obligation to inform the employee of the reason of their dismissal. As a general rule, collective agreements will subject the employer's right to dismiss an employee to the existence of a good and sufficient cause. A grievances arbitrator is awarded jurisdiction to hear a claim in case of dispute.

"Good and sufficient cause", "serious reason" or other concepts reflected in different wording used in collective agreements are applicable following the nature of the proceeding that the employee chooses to pursue.

Finally, it is worth mentioning that there are statutes expressly prohibiting employers from resorting to certain type or categories of motives for dismissing an employee. The following are a few examples:

-The employee was dismissed based on a prohibited ground of discrimination pursuant to the -*Canadian Charter of Rights and Freedoms* or to the *Charter of Human Rights and Freedoms*;

-The employee exercised a right arising from the *Labour Code* (s. 15 *L.C.*); or

-The employee exercised a right under the *A.L.S.* (s. 122 of the *A.L.S.*).

[3] Is there an obligation to give detailed motives for the dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive like "incompetence"?

In order to comply with section 2094 *C.C.Q.* or section 124 of the *A.L.S.*, the employer bears the burden of demonstrating that the employee was dismissed for a serious reason or for a good and sufficient cause. This burden is a heavy one because dismissal in considered the "maximum penalty" among the available sanctions. Tribunals are applying stringent standards in light of the dismissal's heavy impacts on the life of the employee.

The employer's decision must rely on serious and convincing evidence. The gravity of the employee's alleged misconduct must be proportional to the finality of the sanction imposed. If the employer is

putting forward internal reorganization in an enterprise or economic reasons in general, the court will examine the veracity and reasonableness of the reasons given and will assess whether it is rationally connected to the employee's dismissal.

[4] If the employer doesn't give the real motive for the dismissal, can he still give it in court?

The employer is not bound by the motives exposed in the termination letter and, at trial, can provide other reasons anterior to the dismissal, even if they were discovered afterwards. However, the employer's credibility could suffer from such conduct. If the evidence pertaining to the new motives is contradictory, the employer's written documents (termination letter, record of employment, etc.) may be awarded decisive weight by the tribunal.

[5] What is the nature of the judicial control for the dismissal: can the judge substitute his opinion to the decision of the employer to dismiss an employee (opportunity of the dismissal) and take the decision that the employer should have taken?

The judge who hears the case enjoys complete jurisdiction. He or she must not only ensure that the employee has done something serious enough to warrant dismissal, but must also verify the sincerity of the motives put forward by the employer. The judge must also be satisfied that the sanction (dismissal) is proportional to the gravity of the employee's conduct. He or she must take into account, among other things, the context surrounding the reprehensible acts as well as their consequences. The judge must also ensure that the principles of progressive discipline were applied.

[6] What are the consequences of not giving motives for the dismissal or inadequate motives?

- The nullity of the dismissal?

- The reintegration of the employee into his employment?

- Sanctions?

- Civil sanctions enacted by the legislator?

- Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

The nature of the proceeding that the employee chooses to institute is important and will determine the remedies available to him or her.

If the employee decides to institute a proceeding under s. 124 of the *A.L.S.*, the Commission des relations de travail du Québec may order the employer to reinstate the employee (s. 128 para. 1 (1) *A.L.S.*). The Commission may also order the employer to pay an indemnity up to a maximum equivalent to the wage the employee would normally have earned had he not been dismissed (s. 128 para. 1 (2) *A.L.S.*). Where reinstating the employee is not an adequate solution, the Commission can

substitute a financial award to the reinstatement (s. 128 para. 1 (3) *A.L.S.*).

Where an employee party to a contract for an indeterminate term is terminated without a serious reason and institutes proceeding under s. 2094 and 2091 *C.C.Q.*, the judge may order the employer to pay an indemnity equivalent to the wage the employee would have earned during a period equivalent to the appropriate length of the notice of termination that should have been given. In some cases, the parties will have contractually predetermined that length of time. In that case, the judge will assess whether the notice of termination was given in reasonable time within the meaning of s. 2091 of the *C.C.Q.*

When the contract of employment for a fixed term was resiliated without a serious reason (s. 2094 *C.C.Q.*), the indemnity awarded is equivalent to the wage that would have been earned had the contract not been breached (s. 1517 and 1671 *C.C.Q.*).

In exceptional situations where a dismissal is accompanied by bad faith or unfair dealing on the part of the employer, the employer may be condemned to pay a compensatory remedy for moral prejudice in excess of the damages paid in lieu of the notice of termination. Injuries such as humiliation, embarrassment and damage to one's sense of self-worth can be compensated. This remedy flows from the manner in which the dismissal was effected by the employer.

In addition, there is also legislation rendering employers guilty of an offence and liable to a fine if the dismissal was motivated by a specifically prohibited motive. For instance, an employer who dismisses an employee for acting as an on-call firefighter is liable to a fine of $200 to $1,000 (s. 154 of the *Fire Safety Act*).

Bibliography

A. Edward Aust et Thomas Laporte Aust, *Le contrat d'emploi*, 3rd ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013.

Charles Caza, *Loi sur les normes du travail : Législation – Jurisprudence – Doctrine*, 14th ed., coll. Alter Ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.

Fernand Morin *et al.*, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4th ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

Georges Audet, Robert Bonhomme et Clément Gascon, *Le congédiement en droit québécois*, 3rd ed., vol. 1, loose leaf edition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, janvier 2015.

Nathalie-Anne Béliveau, Karina Boutin et Nicolas St-Pierre, « Les «motifs sérieux» et la «cause juste et suffisante» de congédiement », in Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Un abécédaire des cessations d'emploi et des indemnités de départ*, vol. 227, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2005.

Robert Gagnon, « La convention collective », in Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 8, *Droit du travail*, Montréal, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

Robert Gagnon, « Le contrat de travail », in Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 8, *Droit du travail*, Montréal, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

UNITED STATES

FOURTH STUDY COMMISSION—PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona ~ 2015

Response of the United States Delegation:

Honorable M. Margaret McKeown, U.S. Circuit Judge

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit

San Diego, California, United States of America

Topic: The Motivation for an Employee's Dismissal

In the United States, employees are protected by a combination of federal and state laws that cover a broad range of areas, from the minimum wage, overtime pay and workplace discrimination. This summary focuses on federal laws, although the states have their own employment laws that mirror federal law plus often provide more robust protections. Employees who challenge dismissal, including dismissal based on discriminatory practices, may file a lawsuit under either state or federal law, with remedies ranging from compensation for lost wages to punitive damages.

[1] Laws and Regulations

The federal mandate prohibiting employment discrimination is enforced by the Equal Opportunity Employment Commission ("EEOC") established under Civil Rights Act of 1964. The EEOC interprets and enforces federal antidiscrimination laws. The key federal statutes regulating discrimination against employees are:

(1) the Equal Pay Act of 1963 ("EPA"), which mandates equal pay for equal work by men and women;

(2) Title VII of the Civil Rights Act of 1964 ("Title VII"), which prohibits the dismissal of an employee based on race, color, religion, sex, or national origin;

(3) the Age Discrimination in Employment Act of 1967 ("ADEA"), which prohibits age discrimination against individuals age 40 and over; and

(4) the Americans with Disabilities Act of 1990 ("ADA"), which protects those with mental and physical disabilities.

Historically, antidiscrimination laws have not covered discrimination based on sexual orientation and gender identity. However, that is beginning to change. Recently, discrimination against transgender individuals has been deemed sex discrimination under Title VII, and pursuant to a recent Executive

Order signed by President Obama, federal employers and federal contractors cannot discriminate based on sexual orientation. Additionally, a number of states prohibit employment discrimination based on sexual orientation or gender.

[2-3] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

In general, the answer is no. Absent a specific agreement or other understanding, the employer has no obligation to offer a reason for termination. As a practical matter, whether for legal or business reasons, an employer may often choose to advise the employee of the reason for dismissal.

The employment-at-will doctrine provides that employers can terminate employees for any legal, nondiscriminatory reason. This means that an employee can be dismissed for good cause, bad cause, or no cause at all. Conversely, under the at-will system, employees may leave their position at any time. At-will employment remains the norm in the American workplace, with all but one of the states adopting it as the default rule.

The at-will rule is not ironclad—a termination will be unlawful if it undermines public policy. For example, employers cannot dismiss an employee for refusing to commit an illegal act, invoking statutory protections, such as the right to family/medical leave, or reporting an employer's violation of the law.

In addition, employers and employees often enter into employment contracts that specify their rights and obligations. At-will employment and employment contracts are not mutually exclusive. These contracts can include an at-will proviso or displace at-will employment with specific requirements for termination. As a practical matter, many top-level executives and professional sports players have conditions of dismissal spelled out in their employment contracts. "Just cause" termination requirements are often found in union collective bargaining agreements and as part of the terms of certain public employment positions. These provisions guard against arbitrary dismissal. Employees also may be protected in certain circumstances by unwritten implied contracts.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?

Employers are not required to disclose their reasons for dismissing an employee. If an employer is later sued, the employer is free to invoke a previously undisclosed reason for the termination, even if that reason was never given to the employee.

Employers, however, may risk legal liability if they give conflicting reasons for firing an employee. Courts often interpret such inconsistencies as evidence of pretext—that is, an insincere reason offered as a legal veneer for discrimination. *See Villiarimo v. Aloha Island Air, Inc.* 281 F.3d 1054, 1063 (9th Cir. 2002) (noting that "shifting" and "conflicting" justifications for firing an employee can be proof of unlawful motive).

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal: can the judge substitute his

or her assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

Before filing a lawsuit, federal law generally requires an employee to first file an administrative complaint with the EEOC, typically within six months of being terminated. The EEOC only files employment discrimination charges in select cases. If the EEOC determines no discrimination occurred, the agency will issue the employee a "right-to-sue" letter and dismiss the charge. That letter leaves the employee free to pursue a lawsuit against the employer. If the EEOC finds potential discrimination, the agency will attempt to mediate the dispute through a process called "conciliation." Failing that, the EEOC has the power to sue the employer for violating federal discrimination laws.

Discrimination claims often lack direct evidence—rare is the case where the employer openly admits to discrimination. More often, employees or the EEOC must prove discrimination through circumstantial evidence. Recognizing this dilemma, the Supreme Court established a framework for evaluating such evidence in the landmark case of *McDonnell Douglas Corp. v. Green*. 411 U.S. 792 (1973). The employee must first establish a prima facie case that she was singled out because of a protected characteristic (such as age, race, sex or disability), which is a relatively low threshold. Once the employee shows such differential treatment, the employer must articulate a legitimate business reason for dismissing the employee—such as poor performance reviews, breach of company policy, or erratic attendance. The burden then shifts back to the employee to prove that the employer's articulated business reason is merely pretext for discrimination.

Using this framework, courts make an initial legal determination as to whether the uncontroverted evidence demonstrates that the employee was unlawfully terminated. Any material factual dispute between the parties must be resolved at a trial, and the employee is entitled to ask for a jury to weigh the evidence. In this process, judges and juries do not decide whether the employee *should* have been fired, nor do they substitute their assessment for that of the employer. Rather, the factfinder's job is to weigh the evidence benchmarked against the appropriate legal standard—that is, to determine whether it is more likely than not that discrimination was the employer's true motive. Specifically, the employee bears the burden to show that the illegal reason was a substantial motivating factor in the dismissal.

6) What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

- The nullity of the dismissal?

- An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?

- Sanctions?

- Civil sanctions provided by the law?

- Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

Employees who have been unlawfully dismissed enjoy wide-ranging remedies. In some cases, the court might order reinstatement—giving the employee her job back. The employee may be awarded money damages to compensate for lost wages and emotional distress. These compensatory damages are intended to redress concrete losses. Additionally, employment contracts may contain a contractual provision that provides a predetermined amount of liquidated damages if an employee is dismissed.

Punitive damages, also known as exemplary damages, are a settled feature of the justice system in the United States. These damages serve to punish the defendant and deter future wrongdoing. Punitive damages are a valuable tool in circumstances where an employer's conduct is egregious. Awards can easily run into millions of dollars. For example, an employee who was subject to constant racial epithets by his co-workers was awarded $1 million dollars in punitive damages. *See Swinton v. Potomac Corp,* 270 F.3d 794 (9th Cir. 2001). In another example, an employee who sued for religious discrimination was awarded $360,000 in compensatory damages and $2.6 million in punitive damages. *See Zhang v. Am. Gem Seafoods, Inc.*, 339 F.3d 1020 (9th Cir. 2003). In 2014, a jury awarded $185 million dollars to an employee who was fired because she was pregnant. Punitive damages not are without constitutional limits. In a non-employment case involving a $2.5 billion punitive damages jury award against oil giant Exxon, the Supreme Court reduced the award to $507 million and held that excessively large punitive damages awards may violate a defendant's rights under the Due Process Clause of the United States Constitution.

Resources

Erik Eckholm, *Next Fight for Gay Rights: Bias in Jobs and Housing*, N.Y. TIMES (June 27, 2015), http://www.nytimes.com/2015/06/28/us/gay-rights-leaders-push-for-federal-civil-rights-protections.html.

Mack A. Player, Federal Law of Employment Discrimination. (5th ed. 2004).

Rutter Group Practice Guide: Federal Employment Litigation. Gerald E. Rosen et al. eds., 2015). Ch. 11.

Tristin K. Green, *Making Sense of the McDonnell Douglas Framework: Circumstantial Evidence and Proof of Disparate Treatment under Title VII*, 87 CAL. L. REV. 983, 986 (1999), available at: http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol87/iss4/7.

U.S. Equal Employment Opportunity Commission http://www.eeoc.gov/laws/index.cfm (last visited June 11, 2015).

FINLAND

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

The Rapport from Finland / Marja-Liisa Judström, Helsinki, Finland

[1] Laws and Regulations

In Finland the central laws are the Constitution of Finland (731/1999), Employment Contracts Act (55/2001), Act on Municipal Officials (304/2003), Act on Officials of the State (750/1994) and Act on Equality between Women and Men (609/1986).

There are also regulations in collective labor agreements.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

Yes, the employer shall not terminate an indefinitely valid employment contract without proper and weighty reason.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employ- ee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?

Yes, the employer has to specify the reasons so that the employee recognizes them.

Lawful termination grounds related to the employee's person are: Serious breach or neglect of obligations arising from the employment contract or the law and having essential impact on the employment relationship as well as such essential changes in the conditions necessary for working related to the employee's person as render the employee no more able to cope with his or her work duties can be considered a proper and weighty reason for termination arising from the employee or related to the employee's person. The employer's and the employee's overall circumstances must be taken into account when assessing the proper and weighty nature of the reason.

At least the following cannot be regarded as proper and weighty reasons:

1) illness, disability or accident affecting the employee, unless working capacity is substantially reduced thereby for such a long term as to render it unreasonable to require that the employer continue the contractual relationship;
2) participation of the employee in industrial action arranged by an employee organization or in accordance with the Collective Agreements Act;
3) the employee's political, religious or other opinions or participation in social activity or associations; 4)resort to means of legal protection available to employees.

Lawful financial and production-related grounds for termination are: The employer may terminate the employment contract if the work to be offered has diminished substantially and permanently for financial or production-related reasons or for reasons arising from reorganization of the employer's operations. The employment contract shall not be terminated, however, if the employee can be placed in or trained for other duties.

At least the following shall not constitute grounds for termination:
1) either before termination or thereafter the employer has employed a new employee for similar duties even though the employer's operating conditions have not changed during the equivalent period; or
2) no actual reduction of work has taken place as a result of work reorganization.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee weather, can he still invoke them in court?

Yes, the employee can invoke the real reasons in court.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:

Ø Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

In Finland the court can give the decision of whether the reasons of a dismissal was acceptable and ac- cording to law. The court deliberates if the reason is proper and weighty.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:
In Finland the sanctions for groundless termination of an employment contract are financial

compensations.

If the employer has terminated an employment contract contrary to the grounds laid down in the Law, the employer must be ordered to pay compensation for unjustified termination of the employment contract.

The exclusive compensation must be equivalent to the pay due for a minimum of three months or a maximum of 24 months.

Nevertheless, the maximum amount due to be paid to workplace stewards elected on the basis of a collective agreement or to elected representatives is equivalent to the pay due for 30 months.

An employee may be paid compensation after illegal dismissal. Depending on the reason for terminating the employment relationship, the following factors must be taken into account in determining the amount of com - pensation: estimated time without employment and estimated loss of earnings, the remaining period of a fixed- term employment contract, the duration of the employment relationship, the employee's age and chances of finding employment corresponding to his or her vocation or education and training, the employer's procedure in terminating the contract, any motive for termination originating in the employee, the general circumstances of the employee and the employer, and other comparable matters.

In case the employee is a municipal official or an official of the state, the administrative court can in an unlawful situation nullify the dismissal. It is possible for the official to get his/her work back. So an oblig- ation to reinstatement is possible when the question is of an official.

The official of the municipality or of the state is instead of compensation allowed to compensation (salary). The administrative court may order that the municipality or the state has to pay the official the the compensa tion (salary) he /she has lost during the time he/she could not work as an official.

When an official is paid after illegal dismissal the payment is reduced as much the official has been paid other salaries and some benefits.

If the dismissal is based on discrimination and is against Act on Equality between Women and Men, the employee or violated official can sue the employer to court. In case the employer has violated the discrimination prohibition, the employer will be liable to pay compensation to the affected person.

IRELANDS

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

IRELAND'S RESPONSE

[1] **Laws and Regulations**

Unfair Dismissals Act 1977 – 2007

The Unfair Dismissals Act, 1977 - 2007, governs the law in relation to dismissals. The Act is one of a group of Acts included in this collective citation, to be construed as one (Protection of Employment (Exceptional Collective Redundancies and Related Matters) Act 2007 (27/2007), s.1(4)). The acts in this group are;

- Unfair Dismissals Act 1977 (10/1977)
- Worker Protection (Regular Part-Time Employees) Act 1991 (5/1991) (in so far as it relates to the Unfair Dismissals Acts 1977 and 1991 (repealed)
- Unfair Dismissals (Amendment) Act 1993 (22/1993)
- Protection of Employees (Part-Time Work) Act 2001 (45/2001) (in so far as it relates to the Unfair Dismissals Acts 1977 to 1993
- Civil Service Regulation (Amendment) Act 2005 (18/2005) (Part 6)
- Protection of Employment (Exceptional Collective Redundancies and Related Matters) Act 2007 (27/2007)

Terms of Employment (Information) Acts 1994 to 2014: this Act is one of a group of Acts included in this collective citation, to be construed together as one (Local Government Reform Act 2014 (1/2014), s. 1(18)). The Acts in this group are:

- Unfair Dismissals Acts 1977 to 2007
- Local Government Reform Act 2014 (1/2014), s. 1(18), the amendments to the Protection of Employment (Exceptional Collective Redundancies and Related Matters) Act 2007 and the Unfair Dismissals Act 1977 provided for in s.5

(6) and Part 6 of Schedule 2

[2] **Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?**

Section 6(4) of the Unfair Dismissals Act 1977 provides that in order to justify a dismissal, an employer must show that it either resulted from one or more of the following causes:

(a) the capability, competence of qualifications of the employee for the work s/he was employed to do;

(b) the employee's conduct

(c) Redundancy

(d) The fact that continuation of employment would contravene another statutory requirement

(e) Or that there were other substantial grounds for dismissal

[3] **If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?**

As stated, the employer must justify the dismissal by any of the reasons listed above.

However, there is no automatic right to a written statement of reasons for dismissal to a former employee, although it is good practice to provide one. However, if an employee with the necessary service requests such a statement, it must be provided for.

Section 14(4) of the Unfair Dismissals Act, 1977, as amended by s.9 of the 1993 Act states

'Where an employee is dismissed, the employer shall, if so requested, furnish to the employee within 14 days of the request, particulars in writing of the grounds for the dismissal, but in determining for the purposes of this whether , in accordance with the provisions of this Act, the dismissal was an unfair dismissal, there may be taken into account any other grounds which, subject to the provisions of this Act and having regard to all the circumstances, are substantial grounds for justifying the dismissal'

[4] **If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?**

Section 6 of the Unfair Dismissals Act provides that all dismissals are deemed 'unfair' unless there were substantial grounds justifying the dismissal. This means that the onus of proving that the dismissal was fair rests with the employer. In an Employment Appeals Tribunal, the employer must fill out a form which details the grounds of defence. **Given varied reasons which may arise for an employees' dismissal, further grounds may be added at the date of the hearing**. The Tribunal may seek clarification or further particulars of the grounds of defence, although the claimant is not entitled to seek such information.

Section 11 of the 1993 (Amendment) Act provides that either party may appeal to the Circuit Order from any determination of the Tribunal in relation to a claim for redress within 6 weeks from the date on which the determination is communicated to the parties. The Circuit Court will then conduct a complete rehearing of the case.

[5] **What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:**

Is it a marginal control, i.e. that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

It is marginal control, the Rights Commissioner/ Employment Appeals Tribunal/ Court will decide the outcome based upon the facts before it. Judicial review in this country is primarily concerned with the decision-making process rather than with the substance of the decision.

Below are the steps set out for taking an action of unfair dismissal and appealing such decisions.

Step1: A former employee (claimant) can bring a claim to the Rights Commissioner who will hear the case and issue a recommendation. If no agreement can be reached by the Commissioner he will proceed to issue a recommendation which is binding on the parties under the Unfair Dismissals Acts unless an appeal to the Employment Appeals Tribunal is taken. If no appeal is taken within the prescribed time limit (6 weeks) the employer will be bound by the recommendation and if he fails to implement it a claimant may apply to the EAT to seek implementation of it.

Step 2: The claimant may appeal this to the Employment Appeals Tribunal within six weeks. The EAT is an independent body bound to act judicially, and was set up to provide a fair, inexpensive and informal means for individuals to seek remedies for alleged infringements of their statutory rights.

Step 3: Section 11 of the 1993 (Amendment) Act provides that either party may appeal to the Circuit Court from any determination of the Tribunal in relation to a claim for redress within six weeks from the date on which the determination is communicated to the parties. Such an appeal may be made in whole or in part. The Circuit Court will completely rehear the case on oral evidence unless the court orders otherwise. Upon application to the court, either side may apply for further and better particulars. The court may order costs.

Step 4: While the Act does not specifically provide for an appeal to the High Court, it has been accepted that an appeal under the Act is a 'civil action or matter' within the meaning of section 38 of the Courts of Justice Acts 1936 and that a full appeal does lie to the High Court. An appeal from the Circuit Court to the High Court must be lodged within 10 days of the Circuit Court decision. Such appeals are full hearings of the case (not just appeal on a point of law).

Step 5: The High Court decision may be appealed to the Court of Appeal except in cases where the Supreme Court has permitted an appeal to it on being satisfied that the appeal meets the threshold

set out in Article 34.5.4 of the Constitution.

[6] **What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:**

The nullity of the dismissal?

An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?

Sanctions?

Civil sanctions provided by the law?

Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

As the Unfair Dismissals Act provides that all dismissals are deemed 'unfair' the onus of proving that the dismissal was fair rests with the employer. A failure to give reasons or the giving of inadequate reasons will result in the finding of unfair dismissal.

Section 7 of the Act sets out the remedies available where unfair dismissal has been held.

Where an employee is dismissed and the dismissal is an unfair dismissal, the employee shall be entitled to redress consisting of whichever of the following the rights commissioner, the Tribunal or the Circuit Court, as the case may be, considers appropriate having regard to all the circumstances:

- Section 7 (a) provides for the reinstatement of the employee in his previous position with effect from the date of dismissal and with the same terms and conditions of employment as before.

- Section 7(b) provides for re-engagement of the employee in his previous position or in another reasonably suitable position on conditions (including pay) specified by the Rights Commissioner, tribunal or court; or

- Section 7(c) provides for compensation of up to a maximum of 104 weeks' remuneration in respect of any financial loss caused to the employee by the unfair dismissal. Where an employee is found to have contributed to his own dismissal this amount may be reduced to take account of that percentage contribution.

ISRAEL

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW
Barcelona, October 4-8 2015
Israel

Topic : «The motivation of an employee's dismissal»

[1] **Laws and Regulations –**

In Israel there is no specific Labour Act that regulates the employer's right to dismiss. However, Labour relationship is subject to contract law and courts have acknowledged the right of dismissal executed by the employer acting in good faith. (under article 39 of the The Contract Law, 1973). Having said that, it should be noted that there are acts of parliament which restrict the right of dismissal, mainly on grounds of discrimination. ie-

- The law of equal employment opportunity, 1988

Article 2 (5) forbids discrimination at dismissal proceed on the ground of : gender, race, sexual orientation, pregnancy, age, religious, nationality, country of origin, political view, residence, military service,

- The law of women's work , 1954

Article 9 forbids dismissal of woman at time of her pregnancy, or within 60 days after the end of her maternity leave (3 month), or during fertility treatments, or during a period she remains at women's shelters.

- The law of veterans returning to work, 1949

Article 6 puts an obligation on the employee to enable a veteran to return to his work. Illegal dismissal to avoid this obligation is unlawful and a matter to sanction on the employer

- The law of protection of employees in case of emergency, 2006

Article 2 – forbids dismissal of an employee due to his absence from work at national emergency situation. (i.e. War)

- The law of protection of employees who engaged in exposing crimes and violation of integrity or proper administration at the place of work, 1997
- Article 2 - protects an employee from dismissal due to his involvement in exposing crimes or exposing violation of integrity or violation of proper administration at the place of work.

- The law of equal rights for people with disabilities, 1998

Article 8 (5) – protects people with disabilities from discrimination at his working place, regarding the process of dismissal from work.

- The law of collective agreements, 1957

Article 33 – protects employees from dismissal due to his involvement in labour organization.

[2] **Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?**

Yes, the employer must give reasons for the dismissal. According to court's rulings, an employer is obliged to give reasons for dismissal. Lacking an act of parliament regulating the right to dismiss, the Courts developed in their rulings, a process in which the employer is obliged to give the reasons for his/her intention to dismiss – and there must be good and sufficient cause for dismissal. At the same time the employee is obliged for a hearing process in which the employee can present arguments against the reasons for dismissal.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive like « incompetence ».

The employer is obliged to give a specific reason for dismissal in order to allow meaningful hearing prior to the actual dismissal. Reasons must meet a standard of a good and sufficient cause. Knowing that a dismissal can have a strong impact on the life of an employee the burden of proof that the employer was practicing dismissal in a good faith and according to the regulation is on the employer.

[4] If the employer doesn't give the real reason for the dismissal, can he still invoke them in court ?

The employer can invoke a different reasons for the dismissal in a court hearing. Having said that, dismissal for reasons that were not put forward to the employee prior to the hearing concerning the intention of the employer to dismiss, undermines the right of the employee to a meaningful hearing. As a consequence, the employer who does not give the real reasons for dismissal will be regarded as one who practiced dismissal not in good faith thus, he can be subject to penalty/damages for the breach of the right of the employee to a meaningful hearing, as well as to damages due to unlawful dismissal.

[5] What is the nature of the judicial control for the dismissal : is it a marginal control, i.e. That the court cannot substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assesment for that

of the employer and give the decision that should have been made?

The general rule is that in situations in which the employer acted in good faith and the decision to dismiss was not tarnished with discrimination or other unlawful motives, the Court cannot substitute the considerations of the employer in dismissal with its own.
In case a dismissal was practiced in breach of the above regulations - ie. Discrimination according to the specific regulations - enforcement of working relationship can be emposed by court on the employer.
In case it is found that dismissal was practiced not in good faith (but without breach of discrimination law) the court's tendency will be not to enforce working relationship. Damages to the employee will be practice. Having said that, dismissal in the government sector is subject to a broader scope of interference and in cases where the Court finds that the dismissal is unreasonable, it can be rescinded.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons ?
- The nullity of the dismissal ?
- an obligation to continue the contractual relationship ?
- Sanctions ?
- Civil sanctions provided by law ?
- Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal ?

As mentioned above it has been ruled out by the courts that a hearing process must be carried out before dismissal, to enable the employee to argue the reasons for his dismissal.

The consequences on the employer, for not giving reasons or for giving wrong reasons for the dismissal, or for not enabling hearing process are strictly speaking financial sanctions. As stated previously, the Court does not substitute its opinion on the question of dismissal over the decision taken by the employer to dismiss. Therefore, there aren't any sanctions in cases where the Court finds that the employer acted in good faith even if in its own opinion there were not sufficient reasons to dismiss the employee. It should be noted that in cases where it is found that the decision to dismiss was tarnished with discrimination or other unlawful motivation, there is a broad scope of sanctions, including nullity of the decision along with financial sanctions.

BRAZIL

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW
Barcelona, October 4-8 2015
Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

Rapport from BRAZIL
From Rafael Gustavo Palumbo
Labor Court Judge

[1] Laws and Regulations

The Brazilian Constitution from 1988 (art. 7, I) provides that for private employees a *complimentary law (*special quorum for it´s approval), shall limit the unjustified dismissal. Spare law also adress the situation in specific cases, as listed below.

As for public employees, the Constitution rules them at article 41.

In Brazil there is also the statutory regimen, ruled by the Constitution and mainly by law 8.112/90, in the federal level, for those workers hired under this circunstance. They are not considered « employees », and therefore will not be subject of this presentation.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

For **private** employees, because the complimentary law aformentioned has never been approved, as a general rule the employeer does not need to point any reason for the dismissal. There are some exceptions where the employee has, temporarily, job guaranteed, and the dismissal has to be motivated :

a) The pregnant can´t be dismissed from the day of conception until 5 months after giving birth ;

b) The employee elected by it´s pairs to integrate the internal comissions to prevent accidents can´t be dismissed from the time he signs as a candidate until one year after the mandate terminates, if elected ;

c) The director of an employee union, from the time he signs as a candidate until one year after the mandate terminates, if elected;

d) The elected director of employee´s cooperatives has the same guaranty as the director of an employee union ;

e) The employee member of certain boards, as the "FGTS" and the social security;.

f) The accidented employee at work, for one year after he returns from social security license, if the license was longer than at least 15 days (the law is about to change and the license has to be 30 days long);

g) The contract itself can have some rules regarding the unmotivated dismissal;

For **public** employees, the Constitution makes a diference between those employed by the (i) Union, States, Cities, and public companies and (ii) those employed by public companies whose nature is

private.
For those workers employed (i) by the Union, States, Cities and public companies, the Constitution assures they are stable after 3 years of work, and can only be dismissed in 3 situations: I – due to a final sentence in a judicial process; II – after an internal procedure where wide legal defense has been provided; III – after periodical evaluation for performance, in the terms of a complementary law that, so for, has not been edited. These employees can only be dismissed in these thee situations, all for penalties committed. There is one last possibility of dismissing these employees, related to exceeding a limit of budget towards personnel (art. 169 of the Constitution).
For those employed (ii) by public companies whose nature is private, jurisprudence of the Supreme Court (RE 589998, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-179 Divulg 11-09-2013 Public 12-09-2013) has established that in respect to principles of equality and impersonality, they shall only be dismissed with a motivation, in order to prevent misuse or arbitrariness, although they are not stable after 3 years. The above listed exceptions ('a' until 'g') apply when possible to these employees.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?
In the **private** sector, in general it´s not necessary to point any reason to terminate the contract (both ways).
In the above-mentioned cases ('a' thru 'g'), the dismissal can only happen in certain situations, generally involving misconduct of the employee. In these cases, the employer has to point it´s reasons to terminate the contract (the legal violation, i.e. what article of what law), and it´s not necessary to be specific, unless otherwise specified in contract (individual or collective).
Note: What is very peculiar in the Brazilian legislation is the presence of the "FGTS", that is nothing more than a fund, that is individualized per employee, and to where all the employers are obligated to convert 8% of the employees income, monthly. When there is an unmotivated dismissal, the employer has to pay 40% on top of what has been deposited towards that specific employee.
In the **public** sector, the employees must know the exact reasons they were dismissed for.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?
For private employees, if the reason(s) was stated, than there is no possibility of invoking another one. But usually the employer just points out the law he considers to be violated, and in court tells out the facts.
As for public employees, the employer is necessarily stuck to the motives given when dismissal took place.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:
Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?
It should be remembered that in the Brazilian legislation this only happens in very few cases, and they usually regard a penalty applied to an employee that temporarily could not be dismissed, private sector wise. Generally speaking, the judicial review does not go thru the advisability.
But for the remaining cases for private employees, it´s not an unlimited jurisdiction because the judge can´t substitute the employer and dose the penalty applied. So if the court considers that in the case of a motivated dismissal the penalty (dismissal itself) was wrongfully or severely used, the court can only overrule it, but not apply a suspension, for example.
It must be said that although in general the private employer has the right to dismiss employees at will, with no previous necessity of giving a reason, this right is not absolute. If the dismissal is later considered somehow discriminatory (not a penalty case, but in the case of an employee with HIV, for example), then the judge can analyze the circumstances in depth, and overrule the dismissal.
In the public sector, the same rules apply in regard of the advisability: the court can not address this matter, although court can always overrule the dismissal, if understands that the penalty was exaggerated.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:
The nullity of the dismissal?
An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

Private employee:

There are no consequences for not giving reasons, unless it´s a motivated (penalty) dismissal.

If the reasons don´t match the facts, or if the facts are not severe enough to enable the continuance of the contract, the court can reinstate the employee as long as the temporary guaranty of contract is still on.

If not, the employee will get an indemnity corresponding to the months remaining after the dismissal until the provisorie guaranty expired.

Damages will only apply if the motivation to justify the end of the contract is not proven and is pejorative, as accusing the employee of crimes, etc.

Public employee:

If not given the reasons for dismissal, the act is totally null, and the contract will continue (reinstatement of the dismissed). Whoever presided the dismissal is subject of civil and administrative penalties. Punitive damages may apply, depending on the circumstances.

PARAGUAY

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS JUDICIALES DEL PARAGUAY (AMJP)

58 REUNION DE LA UNION INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS UIM – BARCELONA (ESPAÑA)

Fechas: 4 al 8 de octubre de 2015

DELEGADOS:
DR. OSVALDO GODOY
DRA. MA. DEL CARMEN NOVAIS
DR. NARCISO FERREIRA
DRA. MAXIMA E. MEZA

CUARTA COMISIÓN DE ESTUDIO

TEMA: "LA MOTIVACION DEL DESPIDO DE UN TRABAJADOR

"Cuando la empresa despide a un trabajador por una justa causa, en la carta de despido debe motivar su decisión, esto es, indicar la causa, razón o motivo por la cual se le despide"

1 – Leyes y Reglamentos:

El fuero laboral para las cuestiones contenciosas en el Derecho Paraguayo cuenta desde el siglo pasado con legislación especial y específica. La Ley Nº 213/93 (Código Laboral), que es la actualmente vigente.

2 - ¿Existe la obligación para el empleador de motivar el despido?

En el Código Laboral Paraguayo en el artículo 81, se establecen expresamente veintiséis distintas causales de terminación de contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador que se las considera justificadas.

Si tales causales o motivaciones se hallan plenamente acreditadas en el respectivo juicio, pues el empleador queda eximido de toda responsabilidad proveniente del contrato de trabajo; tampoco le genera alguna obligación de preavisar e indemnizar "Art. 82. El empleador que despida al trabajador o rescinda el contrato de trabajo por las causas especificadas en el artículo anterior no incurre en responsabilidad alguna ni asume obligación de preavisar ni indemnizar". Por el contrario, si no lo hace, se generan los diferentes derechos resarcitorios a favor de la parte más débil de la relación contractual.

Y se dijo a propósito que el empleador que lo acredite en juicio. De la lectura del citado artículo 81, no se visualiza que en el campo de los hechos previos a la demanda, se halle en el deber de demostrar expresamente la causal. Se puede interpretar que le basta con invocar la causar y comunicarla al trabajador. Sin embargo, ello es insuficiente ya en esfera jurisdiccional pues en ella cualquier causal invocada para romper con el vínculo laboral con el trabajador por parte del

empleador debe ser idóneamente demostrada.

Puede constituir un hecho esclarecedor para el trabajador afectado que al momento de recibir una comunicación oficial de despido por parte del empleador, se exprese e indica claramente no solamente las causales legalmente establecidas, sino que ello vaya acompañado de las pruebas con que se cuenta para un hecho tan trascedente con repercusiones a nivel familiar y social.

Algunas personas han llegado a interpretar que la motivación de la carta de despido debe estar acompañada de pruebas y de la calificación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos que se le imputan al trabajador, y que de no cumplirse estos requisitos viciaría el despido.

3 – **En caso afirmativo, existe una obligación para el empleador para especificar los motivos del despido, por lo que el empleado sabe exactamente porqué perdió su empleo, o es suficiente para el empleador, para dar un modelo motivo general, como "incompetencia"?**

La mencionada normativa establece las causas justificadas de terminación del contrato laboral por decisión del empleador, de la cual se infiere que el empleador se encuentra obligado a expresar y especificar el o los motivos (causas o causales), por los que toma la decisión de despedir al trabajador a su cargo y que tal situación sea debidamente puesta a conocimiento del afectado. Esto a los fines de que el trabajador pueda conocer claramente de que se lo imputa y pueda ejercer su derecho a la defensa incluso en las etapas previas a la demanda propiamente dicha.

No es suficiente que se comunique el trabajador que está despedido por ejemplo por la comisión de un hecho punible, causal establecida en el inciso "b" del artículo 81 que preceptúa: " *b)* hurto, robo u otro delito contra el patrimonio de las personas, cometido por el trabajador en el lugar del trabajo, cualesquiera que sean las circunstancias de su comisión. Se debe hacer conocer al que se pretende despedir, en qué consiste ese hurto, robo u otro delito cometido por el trabajador y ello como se dijo antes, también debidamente comprobado en juicio, so pena de las responsabilidades consecuentes.

"Si fuera permisible que en la carta de despido sólo se enumeraran las causales genéricas que traen el código o una determinada disposición para dar por fenecido justamente el contrato de trabajo, tendría la parte tanta amplitud para hacer encajar dentro de esas causales y ya en el juicio, cualquier comportamiento, actitud o manifestación de la parte afectada, que podría equivaler a justificar el despido con posterioridad a su realización, lo cual es a todas luces inadmisible." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de noviembre 12 de 1986, M.P. Juan Hernández Sáenz)

4 – **Si el empleador no le da las verdaderas razones del despido al trabajador, puede todavía invocar antes los tribunales?**

No es posible ni admisible que el empleador comunique al trabajador una determinada causal y luego, en juicio, invoque otras. Debe existir correspondencia en el antes y en el después de la terminación de la relación de trabajo en cuanto a las razones esgrimidas para ello.

Si el caso fuera aquel hecho delictual como ejemplo, invocado y comunicado como causal, devendría improcedente si en el marco de la demanda, se invoque la desobediencia del trabajador

al empleador o sus representantes, prevista en el inciso “f”.

Concluimos sobre el punto que el empleador no puede cambiar las razones del despido al trabajador ante los Tribunales.

5 – **Cuál es la naturaleza de la revisión judicial en el suelo de un despido”?**

El Juez o Tribunal no puede sustituir la opinión del empleador acerca de la conveniencia del despido. Si bien el Juez en lo Laboral se halla dotado de amplias facultades ordenatorias e instructorias (lo cual no significa en modo alguno arbitrariedad), sin embargo tales atribuciones deben apuntar a la tutela del trabajador, mas no en beneficio del empleador, razón por la cual creemos que el Juez no puede sustituir la apreciación del empleador en cuanto al despido producido y dar la decisión que se debería haber hecho.

6 - **Cuáles son las consecuencias para el empleador por no dar las razones o para dar razones inadecuadas?**

En tales casos entra a operar la disposición del artículo 83 que dice: “En los contratos a plazo fijo o para obra cierta o servicio determinado, el despido injustificado dispuesto antes del vencimiento del plazo, o la terminación de la obra, dará derecho al trabajador a percibir indemnización, a ser fijada por el juez o tribunal, cuyo monto no podrá sobrepasar el valor de los salarios que debió ser pagado por el empleador hasta el cumplimiento del contrato”.

Del mismo modo deviene aplicable el artículo 92 que, en su segundo párrafo, dispone: “En caso de imputación de una justa causa de despido que no fuera judicialmente probada, el trabajador tendrá derecho además de las indemnizaciones de los artículos 91 y 92, a una indemnización complementaria, equivalente al total de los salarios desde que presentó su reclamación judicial hasta que la sentencia quede ejecutoriada, salvo que la autoridad de aplicación, fundada en la equidad, decida reducir el monto. Esta en ningún caso podrá exceder del importe equivalente a un año de salario.

Por su parte los artículos expresados ordenan textualmente cuanto sigue: “Art. 91. En caso de despido sin justa causa dispuesto por el empleador, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a 15 salarios diarios por cada año de servicio o fracción de seis meses, calculado en la forma mencionada en el inciso *b)* del artículo siguiente.

En caso de muerte del trabajador sus herederos tendrán derecho mediante la sola acreditación del vínculo, a una indemnización equivalente a la mitad prevista en el párrafo anterior; si el trabajador fuera soltero o viudo, queda equiparada a la viuda la mujer que hubiera vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento.

Art. 92. El preaviso y las indemnizaciones de que tratan los artículos anteriores, se regirán por las siguientes reglas:

- *a)* el importe de los mismos no podrá ser objeto de compensación, venta o cesión, ni embargo, salvo en la mitad, por concepto de pensiones alimenticias;
- *b)* la indemnización que corresponde se calculará tomando como base el promedio de los

salarios devengados por el trabajador, durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato o fracción de tiempo menor, si no se hubiese ajustado dicho término; y

- *c)* la continuidad del trabajo no se considera interrumpida por enfermedad, licencia, vacaciones, huelgas, paros legales y otras causas que según este Código no ponen término al contrato de trabajo".

Como se ve, las consecuencias jurídicas para el empleadores por no haber dado las razones o dado razones inadecuadas para despedir al trabajador, son severas.
Esta delegacion, finalmente, se permite para mejor ilustracion de los congresistas, trascribir las causales expresamente establecidas en la legislacion laboral paraguaya como sigue:

CÓDIGO LABORAL PARAGUAYO (LEY 213/93 – LIBRO PRIMERO – TITULO II – CAPITULO IX)

Art. 81. Son causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador, las siguientes:

- *a)* el engaño por parte del trabajador mediante certificados o referencias personales falsas sobre la capacidad, conducta moral o actitudes profesionales del trabajador;
- *b)* hurto, robo u otro delito contra el patrimonio de las personas, cometido por el trabajador en el lugar del trabajo, cualesquiera que sean las circunstancias de su comisión;
- *c)* los actos de violencia, amenazas, injurias o malos tratamientos del trabajador para con el empleador, sus representantes, familiares o jefes de la empresa, oficina o taller, cometidos durante las labores;
- *d)* la comisión de alguno de los mismos actos contra los compañeros de labor, si con ellos se alterase el orden en el lugar del trabajo;
- *e)* la perpetración fuera del servicio, contra el empleador, sus representantes, o familiares, de algunos de los actos enunciados en el inciso c), si fuesen de tal gravedad que hicieran imposible el cumplimiento del contrato;
- *f)* los perjuicios materiales que ocasione el trabajador intencionalmente, por negligencia, imprudencia o falta grave, en los edificios, obras, maquinarias, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados con el trabajo;
- *g)* la comisión por el trabajador de actos inmorales en el lugar de trabajo;
- *h)* la revelación por el trabajador de secretos industriales o de fábrica o asuntos de carácter reservado que conociese en razón de sus funciones en perjuicio de la empresa;
- *i)* el hecho de comprometer el trabajador con su imprudencia o descuido inexcusables la seguridad de la empresa, fábrica, taller u oficina, así como la de las personas que allí se encontrasen;
- *j)* la concurrencia del trabajador a sus tareas en estado de embriaguez, o bajo influencia de alguna droga o narcótico, o portando armas peligrosas, salvo aquellas que, por la naturaleza de su trabajo, le estuviesen permitidas;
- *k)* la condena del trabajador a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo;
- *l)* la negativa manifiesta del trabajador para adoptar las medidas preventivas o someterse

a los procedimientos indicados por las leyes, los reglamentos, las autoridades competentes o el empleador, que tiendan a evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;

- *ll)* la falta de acatamiento del trabajador, en forma manifiesta y reiterada y con perjuicio del empleador, de las normas que éste o sus delegados le indiquen claramente para la mayor eficacia y rendimiento en las labores;
- *m)* el trabajo a desgano o disminución intencional en el rendimiento del trabajo y la incitación a otros trabajadores para el mismo fin;
- *n)* la pérdida de la confianza del empleador en el trabajador que ejerza un puesto de dirección, fiscalización o vigilancia. Si dicho trabajador hubiese sido promovido de un empleo de escalafón, podrá volver a éste, salvo que medie otra causa justificada de despido;
- *ñ)* la negociación del trabajador por cuenta propia o ajena, sin permiso expreso del empleador, cuando constituya un acto de competencia a la empresa donde trabaja;
- *o)* participar en una huelga declarada ilegal por autoridad competente;
- *p)* la inasistencia del trabajador a las tareas contratadas durante tres días consecutivos o cuatro veces en el mes, siempre que se produjera sin permiso o sin causa justificada;
- *q)* el abandono del trabajo de parte del trabajador. Se entiende por abandono del trabajo:
  - 1) la dejación o interrupción intempestiva e injustificada de las tareas;
  - 2) la negativa de trabajar en las labores a que ha sido destinado; y
  - 3) la falta injustificada o sin aviso previo, de asistencia del trabajador que tenga a su cargo una faena o máquina, cuya paralización implique perturbación en el resto de la obra o industria.

El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo quedará configurado, con la falta de justificación o silencio del trabajador, ante intimación hecha en forma fehaciente para que se reintegre al trabajo, en un plazo no menor de tres días;

- *r)* la falta reiterada de puntualidad del trabajador en el cumplimiento del horario de trabajo, después de haber sido apercibido por el empleador o sus delegados;
- *s)* la interrupción de las tareas por el trabajador, sin causa justificada aunque permanezca en su puesto.
- En caso de huelga, deberá abandonar el lugar de trabajo;
- *t)* la desobediencia del trabajador al empleador o sus representantes, siempre que se trate del servicio contratado.
- Habrá desobediencia justificada, cuando la orden del empleador o sus representantes ponga en peligro la vida, integridad orgánica o la salud del trabajador o vaya en desmedro de su decoro o personalidad;
- *u)* comprobación en el trabajador de enfermedad infectocontagiosa o mental o de otras dolencias o perturbación orgánicas, siempre que le incapaciten permanentemente para el cumplimiento de las tareas contratadas o constituyan un peligro para terceros; y

v) las violaciones graves por el trabajador de las cláusulas del contrato de trabajo o disposiciones del reglamento interno de taller, aprobado por la autoridad competente.

SWEDISH

The Swedish Association of Judges
4th Study Commission – The motivation of an employee´s dismissal

Answers to the Questionnaire of 2015 from Sweden

1. **Laws and Regulations**

According to Swedish law there are two ways for an employer to bring an employment to an end; either the employee is dismissed and the employment is terminated at once, or the employee is given a notice to quit and the employment ends after a certain amount of time (notice period). The notice period is between two and six months depending on for how long the employee has been employed by the same employer.

The employer can only dismiss an employee because of personal reasons referring to that employee specifically. If the personal reasons are not so serious the employee could be given a notice to quit instead of being dismissed. An employee could also get a notice to quit because of lack of work. The term of lack of work is however referring to anything that doesn't concern the employee personally. It could for example be a question of outsourcing when the employer wants to structure his business in another way.

2. **Is there an obligation for the employer to give reason for the dismissal?**

Yes, according to the Employment Protection Act the employer has an obligation to give reasons both if the employee is dismissed or has been given a notice to quit.

3. **If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?**

According to the law the employer has to establish the facts on with the dismissal or the notice to quit is based upon. If the employee asks for a written statement the answer shall be given in that way. The information must be as clear as possible. It lies in the interest of the employer to give clear and detailed information. He can however summarize the situation. He is not obliged to state all the details from the beginning. The employer is allowed to specify the details if the dismissal or the notice to quit is brought to court.

4. **If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?**

No, if the employer gives a “false” reason he can´t later refer to the right one if that one is completely different. He can however refer to facts that are in line with the reason he has already given.

5. **What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal. Is it a marginal control or is it an unlimited jurisdiction?**

It is a marginal sort of control as in any civil case. The court mustn´t base its judgment on any facts that hasn´t been referred to by a party.

6. **What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:**

The nullity of the dismissal?
The employer bears the burden of proof that the action he has taken (dismissal or notice to quit) is in accordance with the law. If he doesn´t succeed in doing that he loses the case. The dismissal could be declared as invalid if the employee has asked for that. But this has nothing to do with the lack of reasons in itself – it is a matter of the rightness of the action itself.

An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
No, a court can never force the employer to take an employee back in any case. He can always pay an additional fee to avoid that. The amount of the fee depends on the length of the contractual relationship. But this has once again nothing to do with giving reasons.

Sanctions?
Yes, that is the only applicable sanction for not giving reasons. The amount can be about 500-1 000 Euros.

Civil sanctions provided by the law?
No, there aren´t such sanctions.

Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?
Yes, if the employer can´t prove that the action was in accordance with the law he is liable to pay damages.

SLOVENIA

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW

Barcelona, October 4-8 2015

Topic: «The motivation of an employee's dismissal»

Slovenia

[1] Laws and Regulations

Employment Relationship Act(ZDR-1)

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

Under Employment Relationship Act there are two sorts of dismissal

-ordinary cancellation of the employment contract

-extraordinary cancellation of the employment contract

In both cases the employer is obliged to give reasons for the dismissal.

The employer may ordinarily cancel the employment contract if a justified reason exist for ordinary cancellation. What are justified reasons for ordinary cancellation is stipulated I Article 89 of Employment Relationship Act. Reasons shall be the following:

-business reason (redundancy)

-reason of incompetence

-reason of misconduct

-unsuccessful completion of a probationary period

-incapacity to carry out the work under the conditions set out in the employment contract owing to disability in accordance with the regulations governing pension and disability insurance or with the regulations governing vocational rehabilitation and the employment of disabled persons,

The employer may extraordinarily cancel the employment contract with a worker if the worker:

– violates a contractual or any other obligation arising from the employment relationship and the violation has all the characteristics of a criminal offence,

– intentionally or by gross negligence violates the contractual or any other obligations arising from the employment relationship,

– has submitted false information or proofs on job requirements as a candidate in a selection procedure,

– for at least five days in succession has failed to turn up for work and fails to inform the employer of the reasons for his absence though he should and could have done so,

- is prohibited by a final judgement from carrying out certain works within the employment relationship, or has been imposed an educational, safety or protection measure or a sanction for a minor offence on the basis of which he cannot carry out the work for more than six months, or if due to serving a prison sentence must be absent from work for more than six months,

– refuses the transfer and the actual performance of work with a transferee employer,

– unjustifiably fails to return to work within five working days after the cessation of the reasons for

the suspension of the employment contract,
– fails to respect the instructions of the competent doctor and/or competent medical commission during a period of being absent from work because of illness or injury or in this period pursues a gainful activity or leaves his place of residence without the approval of the competent doctor and/or medical commission.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?
The employer has obligation to specify the reasons for dismissal ,so that employee knows exactly why dismissal is given to him.
Prior to ordinary cancellation for reasons of incompetence or misconduct and prior to extraordinary cancellation of the employment contract, the employer must acquaint the worker in writing with the alleged violations or the alleged incompetence and give him the opportunity to defend himself within a reasonable time period, which may not be shorter than three working days, unless circumstances exist due to which it would be unjustified to expect the employer to provide the worker with such an opportunity. The worker may also be notified via e-mail to his e-mail address provided by and whose use is required by the employer.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?
No,employer can't invoke another reason in the court for dismissal. Court is bound to reasons(facts) given in dismissal. If reason given in dismissal was for example stealing the products of employer and court finds aut that this reason is not proved,employer can't invoke new reason in the court,for example that worker was violent against his superior.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:
 Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?
Labour courts have full jurisdiction in the cases of dismissals. They can establish illegality of cancellation of the employment contract for the reasons of procedure or for substantional reasons.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:
[7]
The nullity of the dismissal?
An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?

Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

Consequences for not giving reasons or for giving inadequate reasons are nullity of the dismissal,obligation of employer to reinstate employee in his previous position and to pay him all the lost salaries for the time of unemployment.

But even in the case that court has established that dismissal is illegal,court may establish,upon a proposal made by the worker or employer, the duration of the employment relationship, but for no longer than until the court of first instance makes a decision, recognise the worker's years of service and other rights under the employment relationship, and grant the worker adequate compensation in the maximum amount of 18 monthly salaries of the worker as paid in the last three months prior to the cancellation of the employment contract. Termination of employment contract on the basis of a court judgement is possible if court also establish that with regard to the circumstances and the interests of both contracting parties the continuation of the employment relationship would no longer be possible.

(1) A fine of between EUR 3,000 and EUR 20,000 shall be imposed on an employer – a legal person, a sole proprietor or a self-employed person – if:
15. he cancels the employment contract in contravention of Article 85 and the third paragraph of Article 89 of this Act,
16. he fails to inform the trade union, the works council or the workers' representative in writing on the intended ordinary or extraordinary cancellation of the employment contract (first paragraph of Article 86),
17. he fails to express in writing the ordinary or extraordinary cancellation of the employment contract (Article 87) or fails to serve on the worker the notice of ordinary or extraordinary cancellation of the employment contract in accordance with Article 88 of this Act,
18. he carries out the procedure of giving notice to a larger number of workers for business reasons contrary to Articles 98, 99, 100, 101, 102 and 103 of this Act,

20. he gives notice of extraordinary cancellation of the employment contract in contravention of the second paragraph of Article 109,

TAIWAN

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW
Barcelona, October 4-8 2015
Topic: «The motivation of an employee's dismissal»
TAIWAN

[1] Laws and Regulations

A. Dismissal by Advance Notice

a. Motivations of Dismissal

According to Article 11 of Labor Standards Act, the employer may only, «by advance notice to a worker», terminate a labor contract if one of the following situations arises:

1. Where the employers' businesses are suspended, or has been transferred.

2. Where the employers' businesses suffers an operating losses, or business contractions.

3. Where force majeure necessitates the suspension of business for more than one month.

4. Where the change of the nature of business necessitates the reduction of workforce and the terminated employees cannot be reassigned to other suitable positions.

5. A particular worker is clearly not able to perform satisfactorily the duties required of the position held. « incompetence »

According to Article 20 of Labor Standards Act, when a business entity is restructured or changes ownership, except for those workers to be retained through negotiations between the old and the new employers, the employer shall terminate labor contracts with the remaining workers by giving the minimum advance notice prescribed by Article 16(see paragraph b. as follows) and shall pay severance payment in accordance with Article 17(see paragraph c. as follows).

Similar regulations can see also in Article 17 of Business Mergers And Acquisitions Act which prescribes that, in case of a merger/consolidation by a company, the pre merger/consolidation employer company shall terminate the labor contract. Any labor separated and declined the continued employment shall be entitled with a prior notice of termination of employment or paid a wage payable during that prior notice in accordance with Article 16 of the Labor Standard Act(see paragraph b. as follows) and be duly paid the labor pension or severance pay as the same Act prescribes(see paragraph c. as follows).

b. The Minimum Period of Advance Notice

According to Article 16 of Labor Standards Act, the employer shall abide by the minimum period of advance notice of dismissal as follows:

1. Where a worker has worked continuously for more than three months but less than one year, the notice shall be given ten days in advance.

2. Where a worker has worked continuously for more than one year but less than three years, the notice shall be given twenty days in advance.
3. Where a worker has worked continuously for more than three years, the notice shall be given thirty days in advance.

After receiving the advance notice mentioned above, a worker may, during hours of work, ask for leave of absence for the purpose of finding a new job. Such leave of absence may not exceed two work days per week. Wages shall be paid during such leave of absence.
Where an employer terminates the contract without serving an advance notice within the time limit prescribed above, he/she shall pay the worker wages for the advance notice period.

c. Severance Pay
According to Article 17 of Labor Standards Act, the employer shall issue severance pay as follows:
1. If the worker continues to work for a business entity owned by the same employer, severance pay that is equal to one month's average wage for each year of service;

2. The severance pay for the months remaining after calculation in accordance with the preceding subparagraph, or for workers who have been employed for less than one year shall be calculated proportionally; any period of employment less than a month shall be calculated as one month. Employers shall issue the severance pay within 30 days after the labor contract is terminated.

B. Dismissal without advance notice
a. Motivations of Dismissal
According to Article 12 of Labor Standards Act, the employer may terminate a labor contract «without advance notice» in any of the following situations:

1. Where a worker misrepresents any fact at the time of signing of a labor contract in a manner which might mislead his/ her employer and thus caused him/her to sustain damage therefrom.

2. Where a worker commits a violent act against or grossly insults the employer, his /her family member or agent of the employer, or a fellow worker.

3. Where a worker has been sentenced to temporary imprisonment in a final and conclusive judgment,

and is not granted a suspended sentence or permitted to commute the sentence to payment of a fine.

4. Where a worker is in serious breach of the labor contract or in serious violation of work rules.[1]

5. Where a worker deliberately damages or abuses any machinery, tool, raw materials, product or other property of the employer or deliberately discloses any technical or confidential information of the employer thereby causing damage to the employer.

6. Where a worker is, without good cause, absent from work for three consecutive days, or for a total six days in any month.[2]

Where an employer desires to terminate a labor contract pursuant to Subparagraphs 1 and 2, Subparagraphs 4 to 6 of the preceding paragraph, he/she shall do so within thirty days from the date he/she becomes aware of the particular situation.

b. Severance Pay

According to Article 18 of Labor Standards Act, a worker SHALL NOT claim from the employer either additional wages for the advance notice period or severance pay if a labor contract is terminated in any of the situations mentioned in above paragraph B-a, or in the situation that the worker leaves his/her service upon expiration of a fixed term contract.

C. Protection against Dismissal for the Employee on Maternity Leave or Suffering Occupational Accidents

According to Article 13 of Labor Standard Act, an employer shall not terminate a contract with a worker who is on maternity leave[3] or, is receiving medical treatment for being incapacitated or sick due to occupational accidents, unless the employer cannot continue operating the business due to an act of God, catastrophe or other force majeure and a prior approval has been obtained from the competent authorities.

In addition to the regulation of Labor Standards Act mentioned above, according to Article 23 of Act for Protecting Worker of Occupational Accidents, the employer may terminate the labor contract with workers

1 Similar regulations can see also in Article 31-1 of Factory Act.

2 Similar regulations can see also in Article 31-2 of Factory Act.

3 According to Article 50 of Labor Standards Act, a female worker shall be granted maternity leave before and after childbirth for a combined period of eight weeks. In the case of a miscarriage after the first three months of pregnancy, the female worker shall be permitted to discontinue her work and shall be granted maternity leave for a period of four weeks. If the female worker has been employed for more than six months, she shall be paid regular wages during the maternity leave, while if her period of service is less than six months, she shall be paid wages at half of the regular payment.

suffering occupational accidents, with advance notice in accordance with the provisions of Article 16 of Labor Standards Act as above-mentioned (see paragraph A-b), only under one of the following conditions:
1. The employer's business is in suspension or suffers serious loss and approval from the competent authority has been obtained.[4]

2. After the termination of medical care for a worker suffering an occupational accident, a public medical institution appraises that the worker concerned is mentally deranged or physically disabled to be incapable of working.[5]
3. The employer's business cannot continue because of natural disaster, incident or other acts of God, and approval from the competent authority has been obtained.[6]
In the situation that the employer discharges the employee pursuant to the regulations mentioned in Article 13 of Labor Standards Act or Article 23 of Act for Protecting Worker of Occupational Accidents, the prescription of minimun period of notice and severance pay is all the same as mentioned in above paragraph A-b and A-c.

D. Protection against Dismissal in Discrimination or in Retaliation

According to Article 11 of Act of Gender Equality in Employment, the employer shall not discriminate against employees because of their gender or sexual orientation in the case of retirement, discharge, severance and termination.

Work rules, labor contracts and collective bargaining agreements shall not stipulate or arrange in advance that when employees marry, become pregnant, engages in childbirth or child care activities, they have to sever or leave of absence without payment. The employer also shall not use the above-mentioned factors as excuses for termination.

Any prescription or arrangement that contravenes the stipulations of the two preceding paragraphs shall be deemed as null and void. The termination of the labor contract shall also be deemed as null and void.

According to Article 36 of Act of Gender Equality in Employment, the employer shall not terminate, transfer or take any disciplinary action that is adverse to the employee who personally file complaints or assist other persons to file complaints pursuant to the same Act.

According to Article 13 of Act for Worker Protection of Mass Redundancy, when implementing a mass redundancy plan, race, language, social station, ideology, religion, political affiliation, birthplace, gender, appearance, physical/mental handicap, age, and position in a labor union shall not be taken as the cause of discharge, otherwise the termination of a labor contract shall be invalid null and void.

4 In this case, the employer shall pay the worker concerned severance as prescribed in the Labor Standards Act.

5 In this case, the employer shall pay the worker concerned retirement payment as prescribed in the Labor Standards Act.

6 In this case, the employer shall pay the worker concerned severance as prescribed in the Labor Standards Act.

According to Article 5 of Employment Service Act, the employer, including in making the decision of dismissal, shall not discriminate against any employee on the basis of race, class, language, thought, religion, political party, place of origin, place of birth, gender, gender orientation, age, marital status, appearance, facial features, disability, or past membership in any labor union.
According to Article 74 of Labor Standards Act, the employer shall not discharge or take any unfavorable measure against the worker who files a complaint with the employer, the competent authorities or the inspection agencies upon discovery of any violation by the business entity of the Labor Standards Act and other labor statutes and administrative regulations.
According to Article 35 of Labor Union Act, the employer shall not discharge or take any unfavorable measure against the employee who organizes or joins a labor union, participates in activities held by a labor union, or assumes the office of a labor union, or requests collective bargaining or participates in related activities concerning collective bargaining, or participates in or supports industrial action. Any dismissal otherwise shall be null and void.
According to Article 8 of Act for Settlement of Labor-Management Disputes, during the procedures of mediation, arbitration or decision on unfair labor practices, an employer may not suspend or shut down the business, terminate the labor contract, or undertake any other activities unfavorable to employees due to a labor-management dispute

E. The requirement of the principle of last means of dismissal

For all the situation of dismissal mentioned above, the employer shall bear the burden of proof that the dismissal is the last means which means there is no other possible means could be done instead of dismissal.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?
Yes, the employer may only discharge an employee in any of the situation mentioned above and inform the employee the reasons for the dismissal.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?
Yes, the employer shall inform the employee the specific reasons for dismissal. Even in the situation that the employer discharge the employee according to article 11-5 of Labor Standards Act as above-mentioned paragraph [1] A-a, the employer shall still give the specific reasons why he/she thinks the employee is incompetent for the duties required of the position held.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?
No. The requirements for the dismissal are strictly prescribed in the statutory law as mentioned above. Based on the good faith principle and for the purpose to let the employee recognizes properly

the possible alteration of labor relationship that he/she may face, the employer has the duty to inform the employee the specific motivation(reason)of the dismissal and shall not alter the motivation at will and also shall not invoke another motivation during lawsuit.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:

□ Is it a marginal control, ie that the court cannot substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?

Usually, the judge may assess substantially the situation both in factual and legal aspects of the dismissal involved, and decide whether the dismissal meets the requirements mentioned above. In that way, the judge may substitute the assessment for that of the employer and give the decision that should have been made.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:

□ The nullity of the dismissal?

Yes. If the judge decides that the dismissal does not meet the requirements mentioned above, it would lead to the nullity of the dismissal.

□ An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)

If the judge decides the dismissal has been deemed as null, the contractual relationship would automatically be restored and that leads to the reinstatement of the employee.

□ Civil sanctions provided by the law

The employer who did a wrongful dismissal may be imposed different civil sanctions depending on which statutory law the employer violates.

a. Employer who did a wrongful dismissal as violating Article 13 of Labor Standards Act (the protection against dismissal for employee on maternity leave or receiving medical treatment for being incapacitated or sick due to occupational accidents as mentioned above)shall be fined no less than NT$90,000 (about US$3,000)but not exceeding NT$450,000(about US$15,000)(according to Article 78-1 of the same Act). The name or title of the employer, and the person-in-charge shall be put on public notice, and shall be ordered to make improvements within a specified period. In the event improvements are not made within the specified period, violators will be punished consecutively for each violation after the said period expires(according to Article 80-1 of the same Act).

b. Employer who did a wrongful dismissal as violating Article 16 of Labor Standards Act[7] shall be fined no less than NT$20,000(about US$666) but not exceeding NT$300,000(about US$10,000)(according

7 It occurs usually in the case that the employer discharges the employee ?without advance notice? for the reasons prescribed in the article 12 of the Act, but the court decides that there is no reason of Article 12. In this case, the employer would be deemed as violating the provisions of minimum period of advance notice prescribed in Article 16.

to Article 78-1 of the same Act). The name or title of the employer, and the person-in-charge shall be put on public notice, and shall be ordered to make improvements within a specified period. In the event improvements are not made within the specified period, violators will be punished consecutively for each violation after the said period expires(according to Article 80-1 of the same Act).

c. Employer who did a wrongful dismissal as violating Article 11 of Act of Gender Equality in Employment above-mentioned, shall be fined no less than NT$300,000(about US$10,000) but not exceeding NT$1,500,000(about US$50,000).The name or title of the employer, and the person-in-charge shall be put on public notice, and shall be ordered to make improvements within a specified period. In the event improvements are not made within the specified period, violators will be punished consecutively for each violation after the said period expires(according to Article 38-1 of the same Act).

d. Employer who did a wrongful dismissal as violating Article 36 of Act of Gender Equality in Employment above-mentioned, shall be fined no less than NT$20,000(about US$666) but not exceeding NT$300,000(about US$10,000). The name or title of the employer, and the person-in-charge shall be put on public notice, and shall be ordered to make improvements within a specified period. In the event improvements are not made within the specified period, violators will be punished consecutively for each violation after the said period expires(according to Article 38 of the same Act).

e. Employer who did a wrongful dismissal as violating Article 5 of Employment Service Act above-mentioned, shall be fined no less than NT$300,000(about US$10,000) but not exceeding NT$1,500,000(about US$50,000).(according to Article 65 of the same Act).

f. Employer who did a wrongful dismissal as violating Article 74 of Labor Standards Act above-mentioned, shall be fined no less than NT$20,000(about US$666) but not exceeding NT$300,000(about US$10,000)(according to Article 79 of the same Act).

g. Employer who did a wrongful dismissal as violating Article 35 of Labor Union Act above-mentioned, shall be fined no less than NT$30,000(about US$1,000) but not exceeding NT$150,000(about US$5,000). And if the employer has not undertaken any action or inaction within the period as prescribed in the decision rendered by the Board for Decision on the Unfair Labor Practices, the employer shall be fined no less than NT$60,000(about US$2,000) but not exceeding NT$300,000(about US$10,000)(according to Article 45 of the same Act).

h. Employer who did a wrongful dismissal as violating Article 8 of Act for Settlement of Labor-Management Disputes above-mentioned , shall be fined no less than NT$200,000(about US$6,666) but not exceeding NT$600,000(about US$20,000)by the decision rendered by the Board for Decision on the Unfair Labor Practices organized by Ministry of Labor(according to Article 62 of the same Act).

□ Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal

a. the remuneration

The employee may demand the employer for the remuneration between the period of time of the

wrongful dismissal and the reinstatement without being bound to perform the service subsequently. The employer may, however, deduct from the amount of the remuneration the expenses that the employee has saved by non-performance and what the employee has gained, or could have gained but for his intentional omission, by performing services to other persons.

b. labor pension

The employee may demand the employer to recontribute the labor pension to the individual account of labor pension at the Bureau of Labor Insurance for the employee as prescribed in Labor Pension Act.

c. compensation for damage of reputation or credit

If the court found that the employee's reputation or credit has been wrongfully damaged by the employer for the wrongful dismissal, for example in giving the wrong reason of dismissal which has infringed the employee's reputation or credit, the employee may claim a reasonable compensation in money even if such injury is not a purely pecuniary loss. If it was reputation that has been damaged, the employee may also claim the taking of proper measures for the rehabilitation of his/her reputation.

-Special regulation in Act of Gender Equality in Employment

According to Article 26 and 29 of the Act of Gender Equality in Employment, the employer who did a wrongful dismissal as violating Article 11 of the same Act as above-mentioned (discriminate against the employee because of his/her gender or sexual orientation), the employer shall be liable for any damage of the employee arising therefrom. In addition, employee may also claim reasonable amounts of compensation even for such damage that are not pecuniary losses. In the case that the employee's reputation has been damaged, he/she may also claim the taking of proper measures for the restoration of reputations.

4th STUDY COMMISSION – PUBLIC LAW AND CIVIL LAW
Barcelona, October 4-8 2015
Topic: «The motivation of an employee's dismissal»
The Netherlands

[1] Laws and Regulations

The Dutch Civil Code, Book 7, Title 10 contains rules about the employment agreement and the termination thereof. Substantial changes in the law and specifically on the termination of employment agreements have been implemented as of July 1, 2015.

[2] Is there an obligation for the employer to give reasons for the dismissal?

Other than through lapse of the specified time the employment agreement was entered into, an employment agreement cannot be terminated by the employer unless:

a. the employee gives his (written) consent or

b. the employer has obtained a permit to dismiss the employee from UWV (Employee Insurance Agency, an autonomous administrative authority, commissioned by the Ministry of Social Affairs and Employment) prior to giving notice;

c. there are urgent reasons for instant dismissal;

d. during the (limited) probationary period.

Alternative for b. is that the employer may request - in cases as specified in the law - a decision from the Court to terminate the employment agreement.

The employer must always give reasons for the dismissal.

The employee is protected from dismissal in several situations such as during the first two years of illness, during pregnancy and maternity leave or because the employee has joined a union or is a member of the Works Council.

Under the new law as of July 1, 2015 the employer must, upon his termination of the employment agreement, pay a compensation (so called "transition-compensation") to the employee if the employment agreement has lasted two years or more. The compensation amounts to one third of a monthly salary per year of service.

[3] If so, is there an obligation on the employer to specify the reasons for dismissal, so that the employee knows exactly why he lost his employment, or is it sufficient, for the employer, to give a general motive pattern like « incompetence »?

The employer is obliged to specify the reasons for the intended dismissal. He must have reasonable reasons and the Civil Code provides for an exhaustive enumeration. The employer must also state and - if challenged - show proof that it is impossible or cannot be expected of the employer to re-instate the employee in another suitable job within a reasonable period of time, whether or not by means of training of the employee.

Depending on the reason the employer bases his intended dismissal on, he must apply for a permit to

dismiss the employee from the UWV or apply to the Court to terminate the employment agreement. If the termination is based on (business) economic reasons or on the fact that the employee has been incapable to work because of illness for more than two years, the employer must apply for a permit from the UWV. In all other cases the employer must turn to the Court.

[4] If the employer doesn't give the real reasons for the dismissal to the employee, can he still invoke them in court?
By virtue of the above sub 3. the employer cannot invoke other reasons for the dismissal later.

[5] What is the nature of judicial review on the ground of a dismissal:
Is it a marginal control, ie that the court can not substitute its opinion for that of the employer regarding the advisability of dismissal or is it an unlimited jurisdiction, which means that the judge may substitute its assessment for that of the employer and give the decision that should have been made?
The UWV or the Court will grant or not grant the permit to dismiss the employee or the decision to terminate the employment agreement, depending on whether it finds the provided reasons to be sufficient and proven.
If the UWV doesn't grant the permit, the employer may appeal its decision in Court (with the right of further appeal and cassation) and the Court may upon request of the employee re-instate the employee. The decision of the Court to terminate the employment agreement is also open to appeal and cassation.

[6] What are the consequences on the employer for not giving reasons or for giving inadequate reasons:
The nullity of the dismissal?
An obligation to continue the contractual relationship (reinstatement)?
Sanctions?
Civil sanctions provided by the law?
Financial sanctions (damages) for a wrongful dismissal?

If the employer doesn't give reasons, or gives inadequate reasons for the dismissal, the permit from the UWV to dismiss the employee will not be obtained or the Court will not terminate the employment agreement and the employer must continue the contractual relationship.

In case, however, a dismissal by the employer took place and the employee requests nullification thereof by the Court because he was dismissed while there was a ban on dismissal or he didn't give his written consent or the re-instatement condition of the permit to dismiss wasn't met (upon dismissal because of business economic reasons the employer must rehire the employee if the same work is still available within a reasonable period of time), re-instatement will be ordered by the Court.

Upon request of the employee the Court may instead award the employee a fair compensation.

In case a dismissal took place with a permit from the UWV the Court may, upon the request of the employee, re-instate the employee or award a fair compensation (in addition to the "transition compensation") in case the re-instatement isn't possible due to seriously reprehensible conduct or culpable negligence of the employer.
The same fair compensation may be awarded by the Court in case the Court terminates the employment agreement and finds that the termination was caused by seriously reprehensible conduct or culpable negligence of the employer.

BARCELONE – 4 au 8 octobre

4ème Commission : Droit Public et Droit Social

Thème 20°15 ; « *La motivation du licenciement du travailleur* »

*

QUESTIONNAIRE

[1] Législation applicable

[2] Y a-t-il obligation ou simplement faculté de motiver le licenciement ?

[3] En cas d'obligation de motiver le licenciement :

• La motivation est-elle formelle ou réelle (concrète) ? L'employeur a-t-il simplement l'obligation de donner un motif général (par exemple l'incompétence), ce qui serait la motivation formelle, ou doit-il préciser les motifs du licenciement, ce qui constitue la motivation réelle ?

[4] En cas d'inexactitude du motif à l'origine du licenciement :

• L'employeur peut-il encore invoquer les motifs réels du licenciement lors du débat judiciaire ?

[5] Nature du contrôle du juge sur les motifs du licenciement :

• Est-ce un contrôle marginal, c'est à dire que le juge ne peut pas substituer son opinion à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité du licenciement, ou de pleine juridiction, ce qui signifie que le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait dû être rendue?

[6] Quelles sont les conséquences de la non-motivation ou de la motivation non adéquate du licenciement :

• La nullité du licenciement ?

• Une obligation de poursuivre la relation contractuelle (réintégration)?

• Des sanctions ?

• Sanctions civiles prévues par le législateur ?

• Sanctions financières au titre de dommages et intérêts pour licenciement manifestement déraisonnable ?

*

PARTICIPANTS

26 pays nous ont fait parvenir un rapport avant le 1er septembre 2015.
Il s'agit de :

1. Australie

2. Autriche

3. Azerbaïdjan

4. Arménie

5. Belgique

6. Bosnie-Herzégovine

7. Brésil

8. Canada

9. Chili

10. Côte d'Ivoire

11. Espagne

12. Etats-Unis

13. Finlande

14. Géorgie

15. Grèce

16. Irlande

17. Israël

18. Japon

19. Mozambique

20. Paraguay

21. Pays-Bas

22. Portugal

23. Slovénie

24. Suède

25. Suisse

26. Taiwan

*

SYNTHESE

(Les mentions reprises dans le corps du rapport en italique gras sont des points à développer en commission)

[1] **Législation applicable**

1. Australie

Au niveau fédéral, le licenciement est en grande partie régis par la « Loi sur le Travail équitable 2009 » laquelle permet aux travailleurs :

- Soit d'introduire un recours auprès de la Commission sur le travail équitable qui devra déterminer si le congédiement était « sévère, injuste ou déraisonnable »,
- Soit s'en remettre aux règles générales de protection, à savoir les dispositions de protection qui interdisent le congédiement pour des raison spécifiques.

Pour déterminer les droits des travailleurs, les critères suivants sont pris en compte, à savoir déterminer :

- l'importance de l'entreprise (+ ou – de 15 travailleurs),
- si le travailleur était occupé au niveau national ou provincial,
- le travailleur était occupé à titre permanent ou à titre occasionnel,
- que le congédiement ne constituait pas une simple mise à pied,
- si le salaire excédait ou non le seuil des salaires élevés,
- la durée de l'emploi avant le licenciement.

2. Autriche

Aucune législation n'est précisée.

3. Azerbaïdjan

Les motifs du licenciement d'un travailleur sont régis par le chapitre 10 du Code du travail de la République d'Azerbaïdjan, lequel est complété par d'autres législations de la République portant sur l'emploi, les syndicats et la sécurité sociale.

4. Arménie

La Constitution, le Code du travail et d'autres lois applicables.

5. Belgique

La motivation du licenciement d'un travailleur dans le secteur privé est régie par la C.C.T. n°109

conclue au sein du Conseil National du Travail et entrée en vigueur au niveau fédéral le 1er avril 2014. Cette C.C.T. ne trouve pas application :

- En cas de licenciement pour motif grave qui oblige l'employeur à faire connaître au travailleur, dans un délai préfix et de manière précise, la cause de son licenciement,
- En cas de licenciement de travailleurs disposant d'une protection spéciale nécessitant de l'employeur l'obtention d'une autorisation, soit d'une juridiction soit, d'une commission paritaire composée d'employeurs et de travailleurs.

6. Bosnie-Herzégovine

La loi du travail ainsi que l'Entente Générale Collective de la Bosnie-Herzégovine.

7. Brésil

La Constitution de 1988 prévoit que pour les employés du secteur privé, une loi « complémentaire » laquelle requiert un quorum spécial pour son approbation, doit limiter les congédiements injustifiés. Cette loi n'a toutefois pas encore été approuvée.

8. Canada

Sauf pour les travailleurs relevant de la compétence fédérale (ports, banques, transport interprovincial,…), les provinces demeure compétentes pour les normes du travail s'appliquant sur leur territoire.

Comme l'année dernière, le Canada a fait choix de limiter son examen aux normes provinciales québécoises.

9. Chili

Le licenciement d'un travailleur est régi d'une part par le Code du Travail et d'autre par les orientations de l'Inspection Nationale du Travail diffusées au travers des organismes gouvernementaux relevant du Ministère du travail.

10. Côte d'Ivoire

Le licenciement d'un travailleur est régi par :

- La loi n° 95 du 12 janvier 1995 portant code du travail telle que modifiée par la loi n°97-400 du 11 juillet 1997,
- La Convention collective interprofessionnelle de Côte d'Ivoire du 19 juillet 1997.

11. Espagne

Le licenciement et ses causes sont principalement régis par les articles 53 et 55 du Statut des travailleurs.

12. USA

Le licenciement d'un travailleur est régi par une combinaison de lois « fédérales » et de lois

« étatiques ».
Les USA ont fait choix pour ce sujet de se limiter à l'examen des lois « fédérales » à supposer même que certaines lois étatiques soient plus favorables aux travailleurs.

13. Finlande

Le licenciement d'un travailleur est régi par :

- La Constitution finlandaise,
- La loi sur les contrats de travail,
- La lois sur les fonctionnaires municipaux,
- La loi sur es fonctionnaires de l'Etat,
- La loi sur l'égalité des femmes et des hommes,
- Divers règlements contenus dans des C.C.T.

14. Géorgie

Le licenciement d'un travailleur est régi par :

- La loi organique de la Géorgie (Constitution),
- Le Code du travail.

15. Grèce

Le licenciement d'un travailleur est régis par les lois suivantes:

- Loi 2112/20,
- Décret Royal 16/18-7-1920,
- Loi 3198/1955, telles qu'amendées par la Loi 1849/1989, la Loi 2224/1994 et, récemment, sous le régime appelé « Mémorandum », par les Lois 3863/2010, 3899/2010 et 3996/2011.

16. Irlande

Le licenciement d'un travailleur est régi par ce qui est repris sous le vocable global de loi sur les congédiements injustes, laquelle n'est que l'une des 6 lois constituant la loi sur la protection de l'emploi.
S'y ajoute les lois sur les conditions d'emploi (information)

17. Israël

La rupture du contrat de travail est régie par la « Loi sur les contrats » permettant ainsi aux employeurs de congédier leur travailleur lorsqu'il agit de bonne foi.
Une série de lois restreignent toutefois le droit de congédier, lois particulièrement fondées sur l'écartement de motifs de discrimination.

18. Japon

Le licenciement d'un travailleur est régi par :

- La loi sur les normes du travail,
- L'ordonnance prise en application de cette loi,
- La loi sur les contrats de travail.

19. Mozambique

Le licenciement d'un travailleur est régi par :

- La loi n° 23/2007 du 01.08.2007,
- La loi n° 5/2002 du 05.02.2002 faisant allusion à la protection des travailleurs avec le VIH/SIDA.

20. Paraguay

La loi n°231/93 (Code du travail) régit depuis le siècle dernier le contentieux du droit du travail.

21. Pays-Bas

Le licenciement d'un travailleur est régi par :

- Le Code Civil, livre 7, titre 10 lequel contient les règles relatives aux contrats d'emploi et leur terme, tel que modifié en ce qui concerne leur terme par la loi du 01.07.2015

22. Portugal

En conformité avec le principe général de l'article 35 de la Constitution Portugaise qui assure la sécurité d'emploi à chaque employé et interdit le licenciement sans motifs valables ou pour un motif politique ou idéologique, les articles 351 à 393 du Code du travail Portugais :

- interdisent le licenciement d'un travailleur sans raison valable,
- énoncent les cas limités pour lesquels il est admissible qu'un travailleur soit licencié,

(cause disciplinaire, licenciement collectif ou individuel (**?**) inadaptabilité du travailleur)

- énoncent les conséquences d'un licenciement illégal.

23. Slovénie

Le licenciement d'un travailleur est régi par la loi sur les relations de travail (ZDR-1).

24. Suède

Aucune législation précisée.

25. Suisse

Le licenciement d'un travailleur est régi par le Code des obligations (CO) pour ce qui concerne les relations de travail soumises au droit privé.

26. Taiwan

Le licenciement d'un travailleur est régi par la Loi sur les normes du travail, hors les cas de travailleurs bénéficiant d'un régime protectionnel particulier.

[2] **Y- a-t-il obligation ou simplement faculté de motiver le licenciement ?**

1. Australie (non)

L'employeur n'a pas l'obligation de fournir les raisons qui ont justifié la fin du contrat avec avis.

Fournir les raisons réelles du licenciement lui facilite cependant la charge de la preuve qu'il n'a pas transgressé les dispositions générales de protection qui interdisent le licenciement pour des raisons spécifiques.

Lorsque le travailleur est couvert par la Loi sur le travail équitable, la Commission tenue d'apprécier si le licenciement était « sévère, injuste ou déraisonnable » considère comme significatif pour la prise de la décision de licenciement le fait que le travailleur a été dûment informé des raisons de son congéd

ement.

2. Autriche (non)

a) En cas de « licenciement avec avis », l'employeur n'est pas tenu de donner les motifs à l'origine du licenciement sauf si le licenciement avec avis est contesté devant le tribunal.

L'avis peut être contesté lorsqu'un conseil du travail doit être institué (5 travailleurs ou plus), soit lorsque le congédiement est socialement injustifié, soit lorsque les motifs de l'avis sont illégaux.

Si le Conseil du travail ou le travailleur triomphe dans sa demande, l'avis est annulé par jugement et le travailleur est réengagé.

b) En cas de « licenciement sans préavis », la relation de travail est immédiatement terminée. L'employeur doit cependant être à même d'établir que un des motifs énuméré dans les lois concernant les différentes catégories de travailleurs se trouve à l'origine de sa décision de licenciement.

A défaut, l'employeur sera tenu au paiement de dommages correspondant à la rémunération échue depuis la décision de licenciement jusqu'à l'expiration du contrat sans possibilité de réengagement.

3. Azerbaïdjan (oui)

Il existe une telle obligation pour l'employeur

4. Arménie (oui)

L'employeur est tenu de donner les raisons à l'origine de la décision de licenciement.

5. Belgique (oui si demande)

La CCT n° 109 n'impose pas une obligation de motivation du congé.

Elle crée le droit pour le travailleur d'exiger de son employeur une communication des motifs concrets qui ont conduit à son licenciement.

L'employeur peut toutefois d'initiative faire connaître à son travailleur les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement.

6. Bosnie-Herzégovine (oui)

L'employeur doit spécifier les raisons du licenciement.

7. Brésil (non)

Du fait que la « loi complémentaire » visée à l'article 7 de la Constitution brésilienne de 1988 n'a jamais été approuvée, l'employeur du secteur privé n'a pas l'obligation de donner les raisons à l'origine du licenciement d'un travailleur, sauf lorsque le travailleur se trouve provisoirement légalement protégé (femme enceinte, membre d'une commission interne avec pour mission de prévenir les accidents, directeur d'un syndicat, etc).

Pour les travailleurs de compagnies publiques de nature privée, la jurisprudence de la Cour suprême a établi que, en vertu des principes d'égalité et d'impartialité, le travailleur ne peut être congédié que lorsqu'il y a une motivation, ce de manière à prévenir les abus ou l'arbitraire et quel que soit son ancienneté dans sa fonction.

8. Canada (oui si plus de deux ans d'ancienneté)

La loi sur les normes du travail ne prévoit l'obligation de motiver le licenciement que pour les salariés qui justifient deux ans de service continu dans la même entreprise.

En cas de litige, l'employeur sera toutefois tenue de justifier auprès de « l'arbitre de grief » de l'existence d'une cause juste et raisonnable ainsi que du motif sérieux à l'origine d'un licenciement sans préavis ni indemnité.

9. Chili

Oui

10. Côte d'Ivoire (oui)

La motivation du licenciement est une obligation à la charge de tout employeur.

11. Espagne

Les motifs du licenciement doivent être obligatoirement précisés.

12. USA (non)

De manière générale et sauf accord spécifique , l'employeur n'est pas tenu de fournir les motif à l'origine de la décision de licenciement.

Toutefois, l'employeur choisit souvent (pour des raisons légales ou d'affaires) d'informer le travailleur des motifs de son licenciement.

13. Finlande (oui)

L'employeur ne peut mettre fin à un contrat à durée indéterminée sans motif valable et important.

14. Géorgie (oui sur demande)

L'article 37 de la Loi organique de la Géorgie – Code du travail de la Géorgie prévoit que seuls les motifs suivants peuvent servir de base pour mettre un terme à un contrat de travail :

a) les conditions économiques, technologiques ou organisationnelles changent, rendant nécessaire la réduction de personnel;

b) l'expiration du contrat de travail;

c) la performance au travail prévue par le contrat;

d) la démission volontaire d'un employé faite par écrit;

e) l'entente écrite entre les parties;

f) l'inconsistance entre les qualifications d'un employé ou ses habiletés professionnelles et son poste;

g) la violation par un employé de ses obligations en vertu d'un contrat individuel de travail ou de la convention collective et/ou des règles du travail et/ou des règles et lois du travail;

h) la violation par un employé de son obligation en vertu d'un contrat individuel de travail ou de la convention collective et/ou des règles et la législation du travail si une mesure disciplinaire a été prise en vertu de ses dispositions au cours de la dernière année;

i) sauf si autrement prévu par l'entente de travail, une invalidité long terme – si cette période excède quarante jours de calendrier consécutifs ou que la période totale d'invalidité sur six mois excède soixante jours de calendrier et qu'au même moment l'employé a utilisé un permis d'absence en vertu de l'article 21 de la Loi;

j) l'entrée en vigueur d'un jugement ou d'une décision qui empêche de faire le travail;

k) la décision par le tribunal de déclarer une grève illégale en vertu de l'article 51(6) de la Loi;

l) la mort de l'employeur ou celle de l'employé;

m) le début de la liquidation de l'employeur comme entité légale;

n) toutes autres circonstances objectives justifiant la fin d'un contrat de travail.

Dans les 30 jours de la réception de l'avis de son employeur, le travailleur peut demander à son employeur les motifs de la fin de son contrat, motifs que l'employeur devra fournir dans les 7 jours calendrier de la demande du travailleur.

Dans les 30 jours de la réception des motifs à l'origine du licenciement, le travailleur peut contester la décision de l'employeur devant le tribunal.

S'il obtient gain de cause, l'employeur devra réintégrer le travailleur dans son emploi ou lui fournir un emploi équivalent ou lui payer un montant que le tribunal aura fixé.

15. Grèce (non)

L'employeur n'a pas l'obligation de donner les motifs à l'origine de sa décision de licenciement.

16. Irlande (oui sur demande avec une ancienneté suffisante)

Le travailleur n'a pas de droit automatique à obtenir par écrit les raisons de son congédiement.

L'obligation de fournir ces motifs n'existe qu'au profit du travailleur qui en fait la demande et dispose

de l'ancienneté nécessaire.
L'article 6.4 de la Loi sur les congédiements injustes 1977 impose à l'employeur de justifier sa décision de congédiement par l'une ou plusieurs des causes suivantes :

- La capacité, la compétence de l'employé pour le travail qu'il ou elle était engagé(e) pour exécuter;
- La conduite de l'employé;
- Un licenciement;
- Le fait que la continuation de l'emploi contreviendrait à une autre exigence légale;
- Ou qu'il y a d'autres raisons sérieuses pour un congédiement.

17. Israël (oui)

En l'absence de loi régissant le licenciement, la jurisprudence a établi que :

- l'employeur avait l'obligation de donner les raisons de son intention de congédier le travailleur,
- le congédiement devait reposer sur des causes justes et suffisantes,
- le travailleur avait le droit d'être préalablement entendu pour lui permettre de présenter ses arguments .

18. Japon (oui sur demande)
L'article 22,§§1et 2 de la Loi sur les normes du travail impose à l'employeur de délivrer au travailleur qui le demande un certificat établissant les raisons de son licenciement.

19. Mozambique (oui)
En cas de licenciement, l'employeur doit en préciser les raisons à son travailleur.
La résiliation du contrat de travail ne peut toutefois intervenir que pour les causes suivantes :

- Inaptitude du salarié pour la fonction,
- Violation fautive et grave des droits du travail par le travailleur,
- Détention ou emprisonnement en relation avec la nature des fonctions du travailleur,
- Altération du fonctionnement normal des services,
- Résiliation pour raisons économiques de la société (technologique, structurelle ou de marché).

20. Paraguay (non)
L'article 81 du Code du travail détermine les 26 causes légales de rupture du contrat de travail par volonté unilatérale de l'employeur.
L'employeur n'a pas à justifier la/ les cause(s) du licenciement, il lui suffit de la/ les communiquer au travailleur.
L'employeur ne devra prouver l'existence de la cause de rupture (faits à l'origine de la rupture constitutif de la cause légale) que dans le cadre d'une procédure judiciaire.

21. Pays-Bas (oui)

L'employeur est toujours tenu de donner au travailleur les motifs de son licenciement.

Ce licenciement ne peut toutefois intervenir que :

- S'il y a accord du travailleur,
- Si l'employeur a obtenu l'autorisation de la UWV(agence d'assurance-emploi, autorité administrative autonome mandatée par le ministère des affaires sociales et de l'emploi),
- Si la juridiction, saisie de la demande de l'employeur, décide de mettre fin à l'emploi,
- S'il y a des raisons urgentes justifiant le licenciement immédiat,
- Durant la période d'essai.

22. Portugal (oui)

L'article 53 de la Constitution Portugaise prévoit que chaque licenciement doit être justifié par une raison valable que l'employeur est tenu de communiquer au travailleur.

23. Slovénie (oui)

L'employeur a l'obligation de préciser les motifs du licenciement.

L'article 89 Loi sur les relations de travail dispose que les raisons suivantes justifient l'annulation (***de mettre fin*** ?) d'un contrat de travail :

- Incompétence
- conduite non approprié
- achèvement infructueux d'une période d'essai
- incapacité à effectuer les travaux dans les conditions énoncées dans le contrat de travail en raison d'un handicap, conformément aux règlements régissant les régimes de retraite et d'assurance-invalidité ou avec les règlements régissant la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées.

L'employeur peut également annuler (***mettre fin*** ?) le contrat de travail, si l'employé:

- viole le contrat ou une autre obligation découlant de la relation de travail et que la violation a toutes les caractéristiques d'une infraction pénale,
- viole intentionnellement ou par négligence grave le contrat ou d'autres obligations découlant de la relation de travail,
- a fourni de fausses informations ou des preuves sur les exigences de l'emploi en tant que candidat à une procédure de sélection,
- pendant au moins cinq jours de suite a omis de se présenter au travail et ne parvient pas à informer l'employeur de les raisons de son absence alors qu'il devrait et aurait pu le faire,
- est interdit d'effectuer certains travaux au sein de la relation de travail, en raison d'une mesure éducative, de sécurité ou de protection qui lui est a été imposée ou en raison d'une sanction pour une infraction mineure sur la base de laquelle il ne peut pas effectuer le travail pendant plus de six mois, ou en raison d'un emprisonnement l'écartant du travail pendant plus de six mois,
- refuse le transfert et la performance réelle de travail avec un employeur cessionnaire,

- non justification de retourner au travail dans les cinq jours ouvrables après la cessation des raisons de la suspension du contrat de travail,
- ne respecte pas les instructions du médecin et / ou de la commission médicale pendant une période d'absence au travail pour cause de maladie ou de blessure, exerce une activité rémunérée ou quitte son lieu de résidence sans l'approbation du médecin compétent et / ou de la commission médicale.

24. Suède (oui)

La Loi sur la protection de l'emploi impose à l'employeur de donner les motifs de la décision de licenciement, que celui-ci soit immédiat ou ait fait l'objet d'un préavis de fin d'emploi.

25. Suisse (oui sur demande)

La partie qui donne congé ne doit motiver sa décision par écrit que si la partie adverse en fait la demande.

La règle vaut tant pour la résiliation avec effet immédiat que pour la résiliation ordinaire donnée avec une échéance contractuellement prévue.

26. Taiwan (oui)

L'employeur ne peut congédier un travailleur que pour une des causes visées ci-dessous.

En toute hypothèse, il doit informer le travailleur de la cause de son licenciement.

2 cas de figures sont à envisager, hors les hypothèses où le travailleur se trouve légalement protégé (femme enceinte, travailleurs protégés, etc…) :

a) Congédiement avec préavis

Motifs du congédiement

En vertu de l'article 11 de la Loi sur les normes du travail, l'employeur peut seulement mettre fin au contrat d'emploi , « par préavis à l'employé », lorsque l'une des situations suivantes se présente :

- l'entreprise de l'employeur cesse ou est transférée.
- l'entreprise de l'employeur fait des pertes financières ou réduit ses dépenses.
- Un cas de force majeure entraîne la suspension des activités pour plus d'un mois.
- un changement de la nature des activités nécessite une réduction des emplois et les employés mis à pied ne peuvent pas être réassignés à d'autres postes convenables.
- un employé est manifestement incapable de remplir ses tâches de façon satisfaisante pour cause d'« incompétence ».

L'article 20 de la Loi sur les normes du travail prévoit également que lorsque une entreprise est restructurée ou vendue (sauf en ce qui concerne les employés dont le poste est maintenu à la suite de négociations entre l'ancien et le nouvel employeur), l'employeur doit mettre fin au contrat de travail des autres employés en leur donnant un préavis minimum prescrit et payer une indemnité de départ.

Des dispositions similaires se retrouvent enfin à l'article 17 de la Loi sur les fusions et acquisitions

d'entreprises qui prescrit que, dans le cas d'une fusion/consolidation d'une compagnie, l'employeur doit préalablement mettre fin aux contrats d'emploi. Tout employé mis à pied a droit à un préavis de terminaison d'emploi ou doit recevoir son salaire durant la période du préavis en vertu de l'article 16 de la Loi sur les normes du travail, recevoir sa pension de travail ou une indemnité payée en vertu de cette même loi.

b) Congédiement sans préavis

Motifs de congédiement

En vertu de l'article 12 de la Loi sur les normes du travail, l'employeur peut mettre fin à un contrat d'emploi « sans préavis » si une des conditions suivantes est établie :

- un employé fait de fausses représentations lors de la signature du contrat de travail d'une façon qui a induit en erreur son employeur et lui a causé des dommages.
- un employé a commis un acte violent ou insulté l'employeur ou un membre de sa famille ou son agent ou un collègue de travail.
- un employé a été condamné à une peine de prison par jugement définitif et n'a pas bénéficié d'une sentence suspendue ou que cette peine n'a pas été convertie en amende.
- un employé a violé son contrat de travail ou a sérieusement contrevenu aux règles d'emploi[1].
- un employé a délibérément causé des dommages ou abusé de la machinerie, des outils, ou des matières premières des produits ou d'autres propriétés de l'employeur ou a délibérément communiqué des informations techniques ou confidentielles de l'employeur en lui causant des dommages.
- un employé est, sans cause, absent du travail pour trois journées consécutives ou pour un total de six jours sur une période d'un mois[2].

c) Le congédiement comme ultime mesure

Pour toutes les situations de congédiement décrites ci-dessus, l'employeur a le fardeau de démontrer que le congédiement est la seule mesure et qu'il n'y a aucune autre mesure qui peut être prise.

[3] En cas d'obligation de motiver le licenciement :

➢ **La motivation est-elle formelle ou réelle (concrète) ? L'employeur a-t-il simplement l'obligation de donner un motif général (par exemple l'incompétence), ce qui serait la motivation formelle, ou doit-il préciser les motifs du licenciement, ce qui constitue la motivation réelle ?**

1. Australie (réelle dans le débat judiciaire)

Pour pouvoir justifier le caractère adéquat de sa décision de licenciement, l'employeur doit pouvoir faire la preuve d'une raison valide de congédier son travailleur, soit une raison « solide, défendable

1
2

ou bien fondée » et non « capricieuse, fantaisiste, malveillante ou partiale ».
De la même manière, au plus les raisons données au travailleur par l'employeur seront précises, au plus difficile pour le travailleur sera d'établir qu'il a été traité de manière « sévère, injuste ou déraisonnable » ou qu'il a été congédié pour des raisons interdites par la loi.

2. Autriche (réelle dans le débat judiciaire)
L'employeur n'est tenu de spécifier ses motifs de licenciement que devant le tribunal.

3. Azerbaïdjan (réelle dans le débat judiciaire)
A peine d'invalidation par la Cour éventuellement saisie du litige, l'article 4 du Code du travail impose à l'employeur de faire apparaître dans sa décision de mettre fin à un contrat d'emploi les informations suivantes :
- Le nom de l'entreprise, son adresse, le numéro de l'ordonnance (décret- décision), la date, le poste et le nom de l'employeur qui l'a signé,
- Le nom complet de l'employé,
- Le poste occupé par l'employé tel que repris au contrat d'emploi,
- Les motifs à l'origine de la fin du contrat de travail,
- L'article pertinent, la section et la clause qui permettent de mettre fin au contrat de travail,
- Le jour, le mois et l'année de la fin du contrat de travail,
- Les documents officiels fondant l'ordonnance (décret- décision) qui justifient la fin du contrat de travail.

Il n'y a cependant pas d'obligation stricte pour l'employeur de spécifier les raisons du licenciement mais l'ordonnance doit néanmoins contenir les raisons et les preuves de la violation du contrat par le travailleur pour permettre à l'employeur d'assurer sa défense en cas de recours auprès des tribunaux.

4. Arménie (réelle)
L'employeur a l'obligation de préciser les motifs à l'origine de sa décision de licenciement.

5. Belgique (réelle)
La motivation du licenciement que l'employeur «peut» fournir d'initiative à son travailleur lors de la notification de son congé (licenciement) ou que l'employeur «doit» fournir en cas de demande écrite de son travailleur doit porter sur les «motifs concrets» qui ont conduit à son licenciement.
Le nouveau système de la CCT n° 109 limite ces motifs aux hypothèses de licenciement du travailleur pour des faits relevant [1] de son attitude ou [2] de son aptitude voire [3] des nécessités économiques de l'entreprise.
La décision de l'employeur doit être également celle d'un employeur «normal et raisonnable» (comportement à apprécier par le juge du fond).
Par motif concret, il faut entendre le(s) motif(s) réels permettant au travailleur de comprendre quels sont les éléments de fait qui ont amené l'employeur à prendre la décision de le licencier et lui

permettre d'apprécier la pertinence de provoquer un contrôle judiciaire.

6. Bosnie-Herzégovine (réelle)

L'employeur est tenu de spécifier les raisons du licenciement de façon « individuelle et en détail ».

7. Brésil (formelle)

L'employeur du secteur Privé n'est pas tenu de donner les raisons justifiant la décision de mettre fin au contrat de travail.

En cas de licenciement d'un travailleur « légalement protégé », l'employeur doit donner les motifs justifiant sa décision en précisant l'article de la loi violé sans devoir être plus spécifique sauf clause incluse dans le contrat de travail.

En cas de licenciement non-motivé, l'employeur est tenu de payer une indemnité égale à 40% de plus que ce que ne contient le fonds (FGTS) qu'il a individuellement alimenté pour ses travailleurs à raison de 8% de leurs revenus.

8. Canada (réelle)

L'employeur est tenu de donner le motif précis (concret) à l'origine de la décision de licenciement.

La décision doit s'appuyer sur des «éléments de preuve sérieux et crédibles » qui démontrent la « proportionnalité » entre le manquement reproché et le licenciement.

C'est en effet sur l'employeur que repose le fardeau de la preuve.

En cas de licenciement pour cause économique ou réorganisation de l'entreprise, les tribunaux vérifient le caractère avéré du motif allégué, son caractère raisonnable et la relation causale existant entre ce motif et le départ du travailleur.

9. Chili (réelle)

L'employeur est tenu d'aviser personnellement le travailleur de sa décision de le licencier (par écrit ou par lettre recommandée ou par explication verbale des raisons ou des faits sur lesquels le licenciement est fondé) dans les 3 jours ouvrable de son licenciement.

Dans le même délai, une copie de cet avis de licenciement doit être transmis au Bureau d'inspection du travail.

Le fait de ne pas avoir versé les pleines contributions au plan pension de l'Etat fait obstacle à la décision de mettre fin au contrat d'emploi.

10. Côte d'Ivoire (réelle)

L'employeur est tenu de faire connaître la motivation réelle à l'origine de sa décision de licenciement.

En cas de procédure judiciaire, il pourra le cas échéant développer ces motifs mais ne pourra en aucun cas modifier ces motifs.

Il incombe d'ailleurs au juge de mentionner spécifiquement dans son jugement le motif allégué par l'employeur.

11. Espagne (réelle)

La motivation doit être concrète et préciser de manière précise les cause du licenciement.

12. USA (pas d'obligation de donner les motifs)

Sauf accord spécifique, l'employeur n'a pas l'obligation de donner les motifs fondant sa décision de mettre fin à un emploi, même si l'employeur , pour des raisons légales ou d'affaires choisit souvent d'informer le travailleur des motifs de son congédiement.

En cas « d'emploi selon la volonté », les employeurs peuvent mettre fin à un emploi pour tout motif légal et non discriminatoire. Dans ce système les travailleurs peuvent quitter leur emploi quand bon leur semble

En cas de contrat d'emploi, des clause spécifiques pour mettre fin au contrat sont souvent prévues de manière à offrir une garantie-contre les licenciements arbitraires.

13. Finlande (réelle)

L'employeur doit préciser les raisons du licenciement à son travailleur.

Les motifs légaux de résiliation liés à la personne du salarié sont :

- la violation grave ou la négligence des obligations découlant du contrat de travail ou de la loi et ayant un impact essentiel sur la relation de travail,
- la modifications essentielles des conditions de travail causées par le travailleur le rendant incapable de faire face à ses obligation de travail ou les modification essentielles des conditions de travail liées à la personne du travailleur.

Ces modifications peuvent être considérées comme une raison valable et importante pouvant justifier le licenciement du travailleur. L'ensemble des circonstances doit être pris en compte.

Ne peut être considéré comme des motifs justes:

- 1) maladie, invalidité ou accident affectant l'employé , à moins que la capacité de travail est sensiblement réduite ainsi pour un long terme.
- 2) la participation de l'employé à une grève organisée par une association de travailleurs ou en conformité avec la Loi sur les conventions collectives.
- 3) avis ou participation à des activités sociales ou des associations politiques, religieuses ou autres du travailleur
- 4) recourir à des moyens de protection juridique offertes aux travailleurs .

Les motifs financiers liés à la production constituent des motifs légitimes de résiliation:

L'employeur peut résilier le contrat de travail si le travail a diminué sensiblement et de façon permanente pour des raisons financières ou pour des raisons liées à la production ou pour des raisons découlant a la réorganisation des activités de l'employeur.

Le contrat de travail ne prendra cependant pas fin lorsque le travailleur peut être placé dans autre fonction ou formé pour une autre fonction.

Les motifs ci-dessous ne peuvent pas constituer un motif de résiliation :

- 1) avant ou après la résiliation, l'employeur a engagé un nouveau travailleur pour des fonctions similaires alors même que les conditions d'exploitation de l'employeur n'ont pas changé au cours de la période équivalente.
- 2) aucune réduction réelle des travaux n'a eu lieu à la suite de la réorganisation du travail.

14. Géorgie (réelle sur demande)

L'employeur est tenu de fournir les motifs écrits du licenciement dans les 7 jours calendrier suivant la demande du travailleur (***Il n'est pas spécifié s'il s'agit de motifs réels et concrets ou purement formels***).

En cas de litige résultant du défaut de l'employeur de fournir les motifs du licenciement, la charge de la preuve des circonstances ayant justifié la décision de licenciement reposera sur l'employeur.

15. Grèce (pas l'obligation de donner les motifs)

Sans objet dès lors qu'il n'y a pas obligation de motiver sa décision de licenciement.

Mais quid en cas de débat judiciaire puisque le contrôle du juge grec est de pleine juridiction ?

16. Irlande (réelle sur demande avec ancienneté suffisante)

A l'exception des travailleurs ayant une ancienneté suffisante (***combien*** ?)le travailleur n'a pas de droit automatique pour obtenir par écrit les raisons de son licenciement.

17. Israël (réelle)

L'employeur est tenu de fournir au travailleur les raisons spécifiques à l'origine de sa décision de licenciement et le travailleur doit être entendu avant la prise d'effet de la décision.

Les raisons doivent être justes et suffisantes.

La charge de la preuve que le licenciement a été fait de bonne foi et conformément aux règles repose sur l'employeur.

18. Japon (réelle)

L'employeur est obligé d'indiquer spécifiquement les raisons de sa décision de licenciement.

A cet égard, le Directeur du Bureau des normes du travail du Ministère de la santé, du travail et du bien-être, responsable de l'application de la Loi sur les normes de travail, précise dans un dépliant (un *tsutatsu*) que les raisons d'un congédiement doivent être énoncées spécifiquement et que, si un employé est congédié en raison d'un acte commis qui est contraire à une disposition des règlements sur l'emploi, l'employeur doit spécifier dans le certificat en vertu de quelles dispositions et quels sont les faits pertinents

19. Mozambique (réelle)

En cas de destitution ou de résiliation du contrat de travail, l'employeur doit « préciser » les raisons de sa décision de licenciement, le travailleur étant en droit de savoir pourquoi il a perdu son emploi.

20. Paraguay (formelle)

La motivation est formelle en ce sens qu'il n'est exigé que de préciser une des 26 causes légales à l'origine de la décision de licenciement.

Cette motivation doit toutefois être précise.

Ainsi en cas de vol ou autre délit à l'origine de la décision, il importe de préciser à l'attention du travailleur le vol ou le délit dont il s'agit de manière à lui permettre de connaître ce qui lui est reproché et d'exercer ses droits, dès avant la phase judiciaire proprement dite.

21. Pays-Bas (réelle)

L'employeur doit spécifier les raisons du licenciement, lequel doit être fondé sur des motifs raisonnables (le Code civil en énumère plusieurs).

Lorsque le licenciement est fondé sur des raisons économiques ou sur le fait que le travailleur est incapable de faire le travail en raison d'une maladie pour une période de plus de deux ans, l'employeur devra demander un permis pour le congédier auprès de la UWV.

Pour toutes autres causes, l'employeur devra saisir le tribunal d'une demande tendant à mettre fin au contrat de travail.

L'employeur devra également établir qu'il est impossible de réintégrer le travailleur dans un autre emploi convenable dans un délai raisonnable (qu'il soit possible ou non de former le travailleur).

22. Portugal (réelle)

Lorsque l'employeur informe son travailleur de sa décision de le licencier, il est tenu de lui spécifier les raisons (faits) justifiant le licenciement et le rendant légal, admissible et valable de façon à ce que le travailleur sache immédiatement pourquoi il est licencié.

23. Slovénie (réelle)

L'employeur a l'obligation de préciser les motifs de licenciement de manière à ce que le travailleur sache exactement pourquoi il fait l'objet d'une décision de licenciement.

Avant annulation (***rupture*** ?) du contrat, l'employeur doit informer le travailleur par écrit et lui donner la possibilité de se défendre dans un délai raisonnable qui ne peut être inférieur à 3 jours ouvrables, sauf lorsqu'il existe des circonstances qui justifient de ne pas faire bénéficier le travailleur de cette opportunité.

24. Suède (réelle sur demande)

L'employeur doit établir les faits sur lesquels est basé le congédiement ou la fin d'emploi.

En cas de demande du travailleur tendant à obtenir un avis écrit, l'employeur est tenu d'y donner suite.

Il est de l'intérêt de l'employeur de lui fournir une information aussi claire et détaillée que possible

mais il lui est également possible de se limiter à un résumé de la situation, à charge pour lui de devoir spécifier les détails du licenciement en cas de recours au tribunal.

25. Suisse (réelle sur demande)
L'employeur doit préciser les motifs réels du licenciement au travailleur qui le demande. Cette indication doit permettre au travailleur de vérifier la cause du licenciement et de décider s'il entend la contester.

26. Taiwan (réelle)
L'employeur est tenu en toutes circonstances, même lorsqu'il s'agit d'incompétence, d'informer son travailleur des raisons particulières à l'origine de son licenciement.

[4] En cas d'inexactitude du motif à l'origine du licenciement :

- **L'employeur peut-il encore invoquer les motifs réels du licenciement lors du débat judiciaire ?**

1. Australie (oui)
Rien n'empêche l'employeur de fournir au tribunal des raisons différentes de celles données initialement au travailleur pour justifier sa décision de licenciement.
Cette attitude rend toutefois douteux le fait que le travailleur ait reçu un avis justifiant la fin de son emploi et, en cas de recours pour congédiement illégal, rendra la situation de l'employeur plus délicate au regard de la charge de la preuve.

2. Autriche (oui)
L'employeur peut invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

3. Azerbaïdjan (oui)
Rien ne s'oppose à ce que l'employeur fasse valoir dans le cadre du débat judiciaire d'autres motifs que ceux initialement invoqués pour justifier le licenciement au risque de voir la décision de licenciement invalidée par la Cour.

4. Arménie (oui)
L'employeur peut invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

5. Belgique (à définir par la jurisprudence)
Avant la mise en vigueur de la CCT n° 109 (01.04.2014), l'employeur n'était pas tenu de motiver sa décision de licenciement ; il s'agissait d'un droit discrétionnaire sauf en cas de rupture pour motif grave (sans préavis ni indemnité compensatoire de préavis) pour lequel l'employeur devait fournir de

manière précise les motifs à l'origine de sa décision de manière à permettre au travailleur de vérifier la cause du licenciement et de décider s'il entend la contester.
Au vu du nouveau cadre législatif, une importante partie de la doctrine considère que il ne serait pas concevable que la CCT n°109 qui a prévu des délais préfix pour l'obtention et la délivrance des motifs à l'origine du licenciement, puisse, après écoulement de ces délais, être contournée par l'employeur qui pourrait invoquer, en cours de procédure, d'autres motifs que ceux communiqués lors du congé.
En toute hypothèse, même si la jurisprudence des cours et tribunaux venait à considérer que la motivation puisse évoluer dans le cadre de l'instance, la CCT n° 109 a prévu que, à l'exception du cas où l'employeur a donné d'initiative le(s) motif(s) réels à l'origine du licenciement, il s'opère un déplacement (renversement) de la charge probatoire qui fera peser sur l'employeur [1] la charge de la preuve de la réalité du motif et [2]son caractère non manifestement déraisonnable.

6. Bosnie-Herzégovine (oui)

L'employeur peut préciser les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

7. Brésil (non)

Dans le secteur privé, l'employeur ne peut plus invoquer de nouveaux motifs dans le cadre du débat judiciaire.
Il convient toutefois de noter que l'employeur n'indique généralement que la législation qu'il considère avoir été violée par le travailleur, les faits constitutifs de la transgression de la loi n'étant révélés que dans le cadre du débat judiciaire.

8. Canada (oui)

L'employeur n'est pas lié par les motifs invoqués dans la lettre de licenciement.
Dans le cadre du débat judiciaire, il peut invoquer d'autres motifs antérieurs à la décision de licenciement, que ces motifs aient été découverts avant ou après le licenciement.
Quoique cette attitude puisse semer le doute sur la crédibilité de l'employeur, ces nouveaux motifs, à les supposer contradictoirement établis, risquent d'influencer la décision de la juridiction saisie.

9. Chili (non)

L'employeur ne peut plus invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

10. Côte d'Ivoire (non)

L'employeur ne peut plus invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire de licenciement à l'occasion du débat judiciaire.
La motivation de la décision de licenciement devant précéder le licenciement, l'employeur devra se limiter à développer le cas échéant les motifs à l'origine du licenciement.

Invoquer de nouveaux motifs est considéré comme une variation de l'employeur dans ses motifs ce qui leur ôtent par principe toute légitimité.

11. Espagne (non)

L'article 105 du Code de l'organisation judiciaire de la juridiction du travail prévoit que les motifs du licenciement doivent avoir été communiqués au travailleur, à peine de porter atteinte aux droits du travailleur. (***conséquences ? nullité du congé, réintégration*** ?)

12. USA (oui)

L'employeur n'ayant pas en principe l'obligation de communiquer les raisons de la décision de licenciement à son travailleur, il peut dans le cadre du débat judiciaire invoquer la raison justifiant sa décision de licenciement.

L'invocation de raisons contradictoire pour justifier la décision de licenciement peut engager la responsabilité de l'employeur, les tribunaux analysant cette attitude comme la preuve d'un prétexte et donc une source de discrimination.

En outre, il est à noter qu'un changement de raisons (ce qui suppose qu'elle ait été communiquée au travailleur) ou l'invocation de raisons contradictoires peuvent constituer la preuve d'un motif illégal.

13. Finlande (oui)

L'employeur peut invoquer les motifs réels à l'origine de la décision de licenciement à l'occasion du débat judiciaire.

14. Géorgie

Pas de réponse

15. Grèce (pas d'obligation de motiver sa décision)

Sans objet puisqu'il n'y a pas d'obligation de motiver sa décision de licenciement.

16. Irlande (oui)

L'article 6 de la Loi sur les congédiements injustes prévoit que tous les congédiements sont réputés injustes à moins qu'il y ait des motifs suffisants pour les justifier.

Le fardeau de la preuve de démontrer que le congédiement est juste repose par conséquent sur l'employeur.

Dans le cadre du débat judiciaire, l'employeur doit remplir un formulaire expliquant en détail sa défense.

Considérant les nombreuses raisons qui peuvent être à l'origine du licenciement d'un employé, des motifs supplémentaires peuvent être ajoutés lors de l'audition.

Le Tribunal peut demander des clarifications ou plus particulièrement des motifs de défense, même

si le plaignant ne peut obtenir ces informations.

17. Israël (oui)

L'employeur peut invoquer les motifs réels à l'origine de la décision de licenciement à l'occasion du débat judiciaire.

Toutefois, le fait pour un employeur de ne pas avoir donné les raisons réelles de la décision de licenciement remet en cause la validité de l'audition préalable au licenciement dans la mesure où le travailleur n'a pas disposé de tous les éléments pour assurer la défense de ses droits.

En ce cas, la décision de licenciement sera analysée comme n'ayant pas été faite de bonne foi avec pour conséquence que l'employeur pourra être condamné à :

- une amende/dommages pour avoir violé le droit du travailleur à une audition équitable,
- outre les dommages dus pour un licenciement illégal.

18. Japon (controversé)

Une controverse existe quant au fait de savoir si un employeur pourrait encore invoquer dans le cadre d'un débat judiciaire un motif de licenciement qui n'aurait pas été donné par l'employeur dans le certificat qui est remis au travailleur à sa demande.

19. Mozambique (non)

L'employeur ne peut plus invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

S'il le faisait, la décision de licenciement serait automatiquement réputée sans cause.

20. Paraguay (non)

Il n'est pas possible de modifier le motif du licenciement dans le cadre de l'instance judiciaire.

Il doit d'emblée exister un lien causal entre la relation de travail et la rupture de cette relation.

21. Pays-Bas (non)

L'employeur ne peut plus invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

22. Portugal (non)

Seuls les faits et motifs communiqués par l'employeur lorsqu'il a informé le travailleur de son licenciement peuvent être invoqués devant le tribunal.

23. Slovénie (non)

L'employeur ne peut plus invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

24. Suède (non)

L'employeur ne peut plus invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

L'employeur peut toutefois faire référence à des faits qui sont en relation avec les raisons initialement données pour justifier la décision de licenciement.

25. Suisse (non sauf en cas de licenciement avec effet immédiat)

En principe, l'employeur ne peut pas modifier en cours de procédure les motifs invoqués à l'appui du licenciement, à l'exception du licenciement avec effet immédiat, soit pour faute grave.

En ce cas, il pourra se prévaloir de motifs dont il a appris l'existence en cours de procédure , lesquels pourront même se substituer aux motifs initialement invoqués si, d'aventure, ils n'étaient pas avérés (ex.: le congé est donné parce que le travailleur a violemment insulté un de ses collègues. En cours de procédure, l'insulte n'est pas vérifiée, mais entretemps l'employeur a appris que le travailleur a détourné des fonds; l'employeur peut se prévaloir de ce motif qui justifie un renvoi immédiat, même s'il n'en avait pas connaissance au moment du congé).

26. Taiwan (non)

L'employeur ne peut plus invoquer les motifs réels à l'origine de la décision judiciaire à l'occasion du débat judiciaire.

En vertu du principe de bonne foi, l'employeur a l'obligation d'informer son travailleur des motifs spécifiques de son licenciement et ne peut invoquer ultérieurement d'autres motifs dans le cadre d'un débat judiciaire.

[5] Nature du contrôle du juge sur les motifs du licenciement :

➢ **Est-ce un contrôle marginal, c'est à dire que le juge ne peut pas substituer son opinion à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité du licenciement, ou de pleine juridiction, ce qui signifie que le juge peut substituer son appréciation à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait dû être rendue?**

1. Australie (Pleine Juridiction)

Il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction(en abrégé P.J.), le tribunal n'ayant pas à se limiter aux motifs de licenciement invoqués par l'employeur mais d'examiner en fonction de la preuve administrée durant l'instance s'il y avait une raison valide pour congédier le travailleur.

La Commission pour le travail équitable exerce de la sorte une juridiction illimitée lui permettant de rendre la décision qui aurait dû être prise.

2. Autriche (à préciser)

Il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction en cas de congédiement sans préavis ou si le licenciement est socialement injustifié.

Faisant un contrôle de l'opportunité de la mesure de licenciement, le tribunal peut dans ces cas substituer son opinion à celle de l'employeur.

Quid dans les autres cas de figure ?

3. Azerbaïdjan (P.J.)

Le représentant pense que, en la matière, la nature de la révision judiciaire est large, permet une révision complète de la procédure ainsi qu'une révision complète des raisons invoquées au soutien du licenciement.

Il s'agirait donc d'un contrôle de pleine juridiction.

4. Arménie (à préciser)

Pas de réponse adéquate

5. Belgique (Marginal)

1.Si le droit de licencier n'est pas discrétionnaire, son contrôle par les juridictions sociales doit demeurer marginal en ce sens que le juge ne peut pas substituer son appréciation à celle de l'employeur en ce qui concerne les motifs d'opportunité du licenciement.

L'employeur demeure seul juge des capacités de son travailleur ou des nécessités économiques de son entreprise sous la réserve fondamentale qu'il reviendra à l'employeur d'établir «le lien causal» entre le motif invoqué et le licenciement.

Le contrôle judiciaire s'opérera par conséquent en 4 phases chronologiques et cumulatives:

1. vérifier que le motif avancé correspond à une des trois catégorie du motif légitime (attitude, aptitude ou motif économique),
2. vérifier l'exactitude du motif,
3. vérifier que le motif avancé et les faits qui le soutendent sont la cause réelle du licenciement (lien causal),
4. vérifier (de manière marginale) que la décision de licenciement aurait pu être prise par tout autre employeur normal et raisonnable.

(Le profil de l'employeur normalement prudent et raisonnable que va devoir façonner la jurisprudence devra inévitablement tenir compte de l'ancienneté du travailleur, de la situation économique de l'entreprise et du critère de proportionnalité)

2.Par contre, en cas de licenciement pour motif grave ou de licenciement de travailleurs protégés (membres du conseil d'entreprise, membres du Comité pour a protection et la prévention du travail, conseillers en prévention), le tribunal dispose d'un contrôle de pleine juridiction en ce sens qu'il peut substituer son opinion à celle de l'employeur.

6. Bosnie-Herzégovine (P.J.)

Il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction en ce sens que le juge au vu des preuves administrées peut prendre une décision différente de celle de l'employeur.

7. Brésil (M.)

Le contrôle opéré par les juridictions sociales est marginal (M. en abrégé) en ce sens que le juge ne peut pas substituer son appréciation à celle de l'employeur en ce qui concerne les motifs d'opportunité du licenciement

8. Canada (P.J.)

Il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction en ce sens que le juge, au-delà de l'examen du caractère sérieux de la cause de licenciement invoquée par l'employeur , va apprécier le caractère grave de l'acte reproché au travailleur ainsi que la proportionnalité de la sanction de licenciement au regard de l'acte posé par le travailleur.

9. Chili (P.J.)

Il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction (***pas plus d'explications fournies***)

10. Côte d'Ivoire (M.)

Le contrôle consiste à apprécier la légitimité des motifs allégués par l'employeur et à en tirer les conséquences.

La représentante estime qu'il s'agit donc d'un contrôle marginal. (***mais quid si le motif est considéré comme illégitime ? quelles en seraient les conséquences*** ?)

11. Espagne (à préciser)

La réponse n'est pas exploitable

12. USA (M.)

Les juges et les jurys ne décident pas si l'employé aurait dû être congédié. Ils ne substituent pas leur décision à celle de l'employeur.

Leur rôle consiste à déterminer s'il est plus ou moins probable que la discrimination ait été le motif réel de la décision de licenciement.

La charge de la preuve du caractère illégal de la raison invoquée par l'employeur repose sur le travailleur.

Il s'agit donc bien d'un contrôle marginal.

13. Finlande (P.J.)

En Finlande, le tribunal peut décider si les raisons d'un licenciement étaient acceptables et en accord avec la loi.

Les juridictions examinent si la raison est bonne et lourde (***suffisante*** ?).

Cela paraît un contrôle de pleine juridiction.

14. Géorgie (P.J.)

L'article 38, 8° de la Loi organique de la Géorgie-Code du travail de la Géorgie, dispose que « Si le tribunal annule la décision de l'employeur de mettre fin à un contrat de travail, l'employeur doit réintégrer le travailleur dans son emploi ou lui fournir un emploi équivalent ou lui payer un montant fixé par le tribunal »

Sous réserve, cela semble également un contrôle de pleine juridiction

15. Grèce (P.J.)

Le contrôle du juge est « *plutôt* »de pleine juridiction (***à développer***).

16. Irlande (M.)

Le contrôle effectué par le Commissaire aux droits ou par le tribunal du travail s'avère un contrôle marginal en fonction des faits présentés.

La révision judiciaire vise quant à elle « plutôt »t le processus de décision (***respect des formes*** ?) que la substance de celle-ci (***fond*** ?).

17. Israël (M.)

En général, le contrôle opéré par les juridictions sociales est marginal dès l'instant où :

- L'employeur a agi de bonne foi,
- Sa décision de licencier un travailleur n'est pas discriminatoire ou fondée sur des motifs illégaux.

Si un licenciement est effectué en contravention avec les règles précitées, la juridiction peut imposer à l'employeur la réintégration du travailleur.

Si le licenciement n'a pas été fait de bonne foi mais s'avère non discriminatoire, le tribunal n'imposera pas la réintégration du travailleur mais lui accordera des dommages.

18. Japon (M.)

Le tribunal ne peut substituer son opinion à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité de licencier un travailleur. Il s'agit donc d'un contrôle marginal.

Lors de l'instance judiciaire, l'employeur doit faire la preuve que le licenciement se fonde sur des motifs objectifs et raisonnables et qu'il est approprié socialement.

S'il échoue dans l'administration de cette preuve, le licenciement doit être traité comme un abus de droit et déclaré invalide (***conséquences*** ?).

19. Mozambique (P.J.)

En cas de résiliation de contrat de travail déclaré juridiquement non fondée, le salarié doit être réintégré dans son lieu de travail et percevoir le montant de rémunération non perçu majoré des intérêts à compter de la date de résiliation du contrat jusqu'à la date de réintégration effective.

En cas de résiliation pour circonstances objectives, il est impossible pour le travailleur d'être réintégré mais l'employeur est tenu de verser une indemnité au travailleur en vertu de l'article 135 de la loi sur le travail.

Contrôle de pleine juridiction ou marginal ?

20. Paraguay (M.)
Le juge saisi du litige ne peut se substituer à l'appréciation de l'employeur et dire comment l'employeur aurait dû procéder.

21. Pays-Bas (M.)

La UWV ou le tribunal autorisera ou non le licenciement lorsqu'elles détermineront que les raisons invoquées à l'appui de la décision de licenciement sont suffisantes et démontrées.
Ces décisions sont l'une et l'autre sujettes à recours jusqu'en Cassation.
Cela semble un contrôle marginal.

22. Portugal (P.J.)
Le contrôle est de pleine juridiction en ce sens que le juge contrôle non seulement la légalité externe de l'acte (procédure ayant mené au licenciement) que la légalité interne de l'acte (apprécier la validité des motifs et des faits invoqués, décider si l'employeur avait raison de procéder au licenciement ou si le licenciement n'était pas nécessaire, proportionnel ou adéquat).

23. Slovénie (P.J.)
Il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction en ce sens que le juge au vu des preuves administrées peut prendre une décision d'annulation de la décision de l'employeur, que ce soit pour des raisons de procédure ou pour des raisons de fonds (substantielles).

24. Suède (M.)
Il s'agit d'un contrôle marginal comme dans toute cause civile, le juge ne pouvant fonder sa décision sur des faits qui n'auraient pas été établis par une partie.
Et si les faits sont établis par les parties, le juge ne dispose-t-il pas alors d'un contrôle de pleine juridictions, soit pouvoir substituer sa décision à celle de l'employeur ?

25. Suisse (P.J.)
Il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction.(***le juge peut-il effectivement se substituer à l'employeur quant à l'opportunité de la décision de licenciement*** ?)
Le juge examine :
- si le(s) motif(s) invoqué(s) par l'employeur existent,
- si ces motifs justifiaient un congé avec effet immédiat (congé justifié),
- si ces motifs étaient constitutifs d'un congé abusif (cas d'un congé ordinaire), (congé donné pour des raisons inhérentes à la personnalité du travailleur, l'exercice d'un droit constitutionnel, etc.).

26. Taiwan (P.J.)

Il s'agit d'un contrôle de pleine juridiction. Le juge peut substituer sa décision à celle de l'employeur et rendre la décision qui aurait dû être rendu.

[6] Quelles sont les conséquences de la non-motivation ou de la motivation non adéquate du licenciement :

- **La nullité du licenciement ?**
- **Une obligation de poursuivre la relation contractuelle (réintégration)?**
- **Des sanctions ?**

i. Sanctions pénales ?

ii. Sanctions civiles prévues par le législateur ?

iii. Sanctions financières au titre de dommages et intérêts pour licenciement manifestement déraisonnable ?

1. Australie (possibilité de réintégration)

Si le travailleur triomphe dans son action contre son employeur, il peut, soit être réintégré dans son emploi, soit obtenir une compensation monétaire pour la rémunération perdue.

Dans certains cas, des amendes peuvent également sanctionner l'employeur.

2. Autriche (possibilité de réintégration)

Dans les entreprises où doit être institué un conseil du travail (5 travailleurs et plus), un avis de licenciement peut être contesté :

- lorsqu'il est socialement injustifié,
- lorsque les motifs sont illégaux.

Si le conseil du travail ou l'employé obtient gain de cause, l'avis est annulé par jugement, ce qui signifie que le travailleur est réengagé et percevra tout paiement ou salaire échu pendant la procédure judiciaire.

Si l'avis de licenciement est donné pour un délai plus court ou à une date plus rapprochée, le contrat prend fin à cette date, mais le travailleur est en droit de percevoir des dommages pour le temps qui va s'écouler jusqu'à ce qu'un avis mette légalement fin à l'emploi.

Si l'employeur ne peut démontrer de motifs suffisant pour un licenciement sans avis, le travailleur est en droit de percevoir des dommages correspondant à la rémunération qui aurait été due jusqu'au terme du contrat s'il y avait été légalement mis fin, soit jusqu'à l'expiration du contrat, soit jusqu'au terme fixé par l'avis légal.

De la même manière, ce licenciement peut être contesté s'il n'est pas socialement justifié ou si les motifs invoqués sont illégaux.

De nombreuse sanctions sont par ailleurs prévues pour les congédiements fondés sur des motifs discriminatoire (***femme enceinte, etc*** ?)

3. Azerbaïdjan (possibilité de réintégration)

La non-motivation ou la motivation non adéquate du licenciement (ordonnance déclarée invalide par le tribunal) entraine la nullité du licenciement et l'obligation de réintégrer le travailleur avec paiement du salaire depuis la date de licenciement.

Le tribunal peut également condamner l'employeur au paiement d'un montant correspondant aux dommages causés au travailleur par le licenciement.

4. Arménie (possibilité de réintégration)

Il revient au tribunal de choisir entre :

- la nullité du licenciement,
- l'obligation de poursuivre la relation contractuelle (réintégration),
- des sanctions financières au titre de dommages et intérêts pour licenciement manifestement déraisonnable.

5. Belgique

La non-motivation ou la motivation non adéquate du licenciement se résout par des sanctions civiles.

En cas de non-communication des motifs concrets du licenciement, l'employeur est redevable au travailleur d'une amende civile forfaitaire correspondant à 2 semaines de rémunération.

En cas de» licenciement manifestement déraisonnable», l'employeur est redevable d'une indemnité au travailleur variant de 3 à 17 semaines de rémunération laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond.

il est à noter que le commentaire de la CCT n° 109 précise que le contrôle du caractère manifestement déraisonnable du licenciement ne peut pas porter sur les «circonstances» du licenciement.

Dès lors, outre la demande tendant au paiement de l'indemnité forfaitaire qui sanctionne le motif déraisonnable invoqué à l'appui du licenciement, le travailleur pourrait également introduire auprès de la juridiction sociale saisie (si les conditions sont réunies) une demande de dommages et intérêts sur base de la théorie générale de l'abus de droit laquelle sanctionne non pas le caractère déraisonnable du licenciement mais les circonstances inutilement fautives et dommageables dans lesquelles le congé a été donné (atteinte à la réputation ou au crédit du travailleur).

6. Bosnie-Herzégovine

Le tribunal peut écarter (***set aside***) la décision de licenciement du travailleur lorsqu'il est établi que le licenciement était illégal. (***effet de cet écartement par opposition à l'annulation***)

Lorsque la décision de licenciement est annulée (***canceled***) (***quelle est la différence*** ?), les parties sont replacées dans l'état où elles se trouvaient avant le licenciement en sorte que le travailleur retrouve un emploi équivalent à celui qu'il occupait avant son licenciement.

A cette occasion, le travailleur doit percevoir son salaire et autres avantages légalement prévus qui ne lui ont pas été payé durant sa période d'écartement de son poste de travail.

7. Brésil (possibilité de réintégration)

Dans le secteur privé, l'employeur qui ne donne pas de motif de licenciement n'encourt aucune conséquence dommageable ***sauf*** s'il s'agit d'un cas où l'employeur est tenu de donner les motifs du licenciement ***(quels sont ces cas ?).***

Si les motifs invoqués ne reposent pas sur des faits où que les faits ne justifient pas la fin du contrat, le tribunal peut réintégrer le travailleur pour autant que la « garantie temporaire » de contrat est toujours en vigueur (**à expliquer**)

A défaut le travailleur percevra une indemnité correspondant au nombre de mois s'étant écoulés entre le congédiement et la date d'expiration de la garantie provisoire.

Des dommages et intérêts ne seront envisageable que si l'employeur n'a pas été à même de démontrer l'exactitude de la motivation à l'origine de la décision de licenciement et que cette motivation s'est avérée dommageable.

8. Canada (possibilité de réintégration)

La sanction est essentiellement fonction du recours introduit.

Si le travailleur triomphe dans son recours sur base de l'article 124 L.N.T.(licenciement sans cause juste et suffisante), la Commission des relations de travail peut :

- ordonner sa réintégration,
- ordonner l'employeur à payer au travailleur une indemnité équivalant au salaire perdu entre la survenance du licenciement et la décision du commissaire,
- ordonner l'employeur à payer au travailleur une indemnité pour la perte de son emploi lorsque la Commission considère la réintégration impossible ou inappropriée.

En cas de contrat à durée déterminée, la résiliation sans cause entraînera l'obligation pour l'employeur de payer une indemnité équivalente au salaire qu'il aurait pu percevoir jusqu'au terme du contrat.

En cas de licenciement sans cause, l'employeur pourra également être condamné à des dommages moraux en sus de l'indemnité tenant lieu de préavis chaque fois que le licenciement s'accompagnera d'une faute caractéristique distincte du préjudice déjà indemnisé par l'indemnité tenant lieu de préavis (humiliation, atteinte à la réputation, etc.)

Des amendes sont également prévues en cas de licenciement pour un motif expressément prohibé.

9. Chili

Outre le paiement d'une indemnité compensant les années au service de son employeur (ancienneté), il est prévu une indemnité compensant le licenciement injuste, incorrect ou inadmissible lorsqu'il est reconnu par le tribunal.

Pour le surplus, une compensation est également prévue pour la couverture du dommage moral causé par le licenciement.

10. Côte d'Ivoire (possibilité de réintégration) pour les bénéficiaires d'un statut protectionnel)

Lorsqu'un travailleur bénéficiant d'un statut protectionnel est licencié sans motif ou pour un motif illégitime, le licenciement est nul, ce qui oblige l'employeur à réintégrer le travailleur indûment licencié.
Le licenciement effectué sans motif légitime (licenciement abusif) est sanctionné également par la condamnation de l'employeur au paiement de dommages et intérêts au travailleur.

11. Espagne
Un licenciement injustifié n'entraîne d'autre sanction pour l'employeur que la réintégration du travailleur ou son indemnisation.
Une indemnisation complémentaire est possible en cas d'atteinte aux droits fondamentaux. (***à préciser***)

12. USA (possibilité de réintégration)Le tribunal dispose d'un large éventail pour indemniser Le travailleur licencié illégalement.
IL peut ordonner :
- la réintégration du travailleur,
- condamner l'employeur au paiement de dommages visant à compenser la perte de salaire et le stress émotionnel. Le montant des dommages doit correspondre à des pertes réelles.
- faire application du contrat d'emploi qui peut contenir des dispositions prévoyant un montant de dommages prédéterminé en cas de licenciement.
- condamner l'employeur au paiement de dommages punitifs, soit des dommages servant à punir la conduite flagrante de l'employeur pour le décourager d'agir à nouveau de la sorte. Ces dommages peuvent totaliser plusieurs millions de dollar et n'ont pas de limite constitutionnelle.

Exemple : 1 million de dollar pour remarques racistes constante de ses co-employés, 360.000$ pour discrimination religieuse, 185 million $ pour une employée enceinte.

13. Finlande
La sanction d'un licenciement illégal se résout sous forme de compensation financières.
De manière générale, l'employeur sera condamné par le tribunal à verser une indemnité pour rupture injustifiée correspondant à un montant pouvant varier de 3 à 24 mois de rémunération (jusqu'à 30 mois dans certains cas).
Ce montant sera arbitré par le tribunal en tenant compte de différents facteurs et notamment :
- La durée prévisible de non emploi et la perte prévisible de salaire,
- La période de travail qui restait à exécuter au service de l'employeur,
- L'ancienneté au service de l'employeur,
- L'âge du travailleur et ses chances de retrouver un emploi correspondant à ses attentes, ses études et sa formation,
- La procédure utilisée par l'employeur pour mette fin au contrat,
- L'absence de motif de résiliation dans le chef du travailleur,

- Les circonstances générales des relations travailleur/employeur,
- Etc.

Si le licenciement trouve son fondement dans une discrimination ou dans le non-respect de la loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes, le tribunal condamnera également l'employeur à verser une indemnité au travailleur licencié (***montant*** ?).

14. Géorgie

Les dommages causés par une partie à une autre doivent être remboursés conformément aux lois applicables en Géorgie.(***OK mais quelles sont les sanctions*** ?)

Un litige individuel peut :

- Soit être réglé de la façon convenue entre parties,
- Soit être soumis au tribunal à défaut d'accord entre les parties,
- *Soit être soumis à l'arbitrage si les parties s'accordent sur ce mode de solution du litige.*

15. Grèce

L'employeur qui n'a donné aucune raison, voire a donné des raisons inadéquates à sa décision de licenciement n'encourt aucune sanction.

16. Irlande (possibilité de réintégration)

En cas de licenciement « injuste », le travailleur a droit à une réparation appropriée qui tiendra compte de l'ensemble des circonstances en relation avec la décision de licenciement.

Ainsi, le Commissaire au droit ou le tribunal peuvent :

- Ordonner la réintégration du travailleur dans sa fonction antérieure, avec effet rétroactif à la date de prise d'effet du licenciement et aux mêmes conditions,
- Ordonner la réintégration du travailleur dans sa fonction antérieure ou dans un autre poste qu'il peut raisonnablement occuper, ceci aux mêmes conditions (en ce inclus le salaire),
- Condamner l'employeur à compenser les pertes financières qu'a causé le licenciement injuste au travailleur à concurrence d'un maximum de 104 semaines de salaire, montant qui pourra être réduit lorsque le travailleur est en partie responsable de son licenciement.

17. Israël

De manière générale, le tribunal ne peut substituer son opinion à celle de l'employeur sur la question de l'opportunité de la décision du licenciement.

Lorsque l'employeur ne donne pas les raisons à l'origine de sa décision de licenciement, donne de faux motifs ou ne permet pas au travailleur d'être entendu avant la décision effective de le licencier, il s'expose uniquement à des sanctions financières (***montant arbitré de quelle manière*** ?).

S'il apparaît toutefois qu'il n'y avait pas de raison suffisante pour justifier une décision de licenciement mais que l'employeur était de bonne foi, il n'y aura pas de sanction financière.

Par contre, s'il est établi que la décision de licenciement repose sur des motifs discriminatoires ou illégaux, le tribunal dispose d'un large éventail de sanctions incluant la nullité du licenciement(***effets ?***

réintégration ? dommages et intérêts ?) et des sanctions financières (***autres que celles prévues en général*** ?)

18. Japon

En cas de refus de délivrer un certificat sollicité par le travailleur ou de négligence dans la délivrance de ce certificat, l'employeur peut être condamner à une amende pénale ne dépassant pas 300.000 Yen (1 yen japonais =0,00724083894 eur)

19. Mozambique (possibilité de réintégration)

Le licenciement non motivé ou le licenciement pour des raisons insuffisantes entraine la nullité de la décision de licenciement.

En cas de litige, le tribunal peut en conséquence annuler la décision illégale de licenciement et soit prévoir la réintégration du travailleur dans sa fonction antérieure si le travailleur accepte sa réadmission et que les conditions de cette réadmission sont réunies.

Si l'employeur s'oppose à cette réintégration ou si le travailleur refuse d'être réintégré, le tribunal condamnera l'employeur au paiement d'une compensation financière (***comment est-elle arbitrée*** ?).

Le Code du travail ne prévoit pas la condamnation de l'employeur au paiement de dommages et intérêts pour compenser les dommages causés par un licenciement injustifié.

La majorité des juges estiment que cette question n'entre pas dans la compétence des juridictions du travail et doit faire l'objet d'un procès civil.

20. Paraguay

En cas de rupture de C.D.D. ou de contrat pour un travail déterminé (art. 83 du Code du travail), le juge fixera une indemnisation dont le montant ne pourra dépasser le montant des salaires qui auraient dû être versés jusqu'au terme du contrat.

En cas de rupture de CDI, ***(??)***

21. Pays-Bas (possibilité de réintégration)

Le licenciement non motivé ou le licenciement pour des raisons insuffisantes a pour conséquence que soit la UWV ne délivrera pas à l'employeur le permis de congédier, soit le tribunal saisi par l'employeur ne mettra pas fin au contrat de travail. Dans les deux cas, l'employeur est tenu de poursuivre la relation contractuelle.

Lorsque le tribunal fait droit à la demande d'un travailleur tendant à reconnaître la nullité du licenciement qui lui a été imposé alors que, soit il ne pouvait l'être, soit il n'a pas donné son consentement écrit, soit la condition de réintégration contenue dans le permis de congédiement n'a pas été respectée (en cas de congédiement pour raison économique), il ordonnera la réintégration du travailleur. Sur demande du travailleur, le tribunal pourra substituer à cette mesure une condamnation à une compensation financière adéquate.

Lorsqu'un licenciement intervient à la suite d'un permis obtenu de la UWV le tribunal, saisi de la demande du travailleur tendant à établir l'insuffisance des motifs à l'origine de son licenciement, peut, sur demande du travailleur, soit ordonner sa réintégration, soit lui accorder une compensation financière équitable (en plus de la compensation de « transition » ***entre prise d'effet du licenciement et décision définitive du tribunal*** ?) chaque fois que la réintégration n'est pas possible en raison d'une conduite sérieusement répréhensible de l'employeur ou d'une négligence coupable de l'employeur.
Il en va de même lorsque le tribunal prend la décision de mettre fin au contrat de travail en raison d'une conduite sérieusement répréhensible de l'employeur ou d'une négligence coupable de l'employeur.

22. Portugal (possibilité de réintégration)

Les conséquences juridiques d'un licenciement jugé injustifié par le tribunal (absence de raison ou raisons insuffisantes) peuvent être de deux ordres selon que le travailleur demande ou refuse sa réintégration :

- Lorsque le travailleur demande sa réintégration dans son emploi, l'employeur a l'obligation de lui payer le salaire qu'il n'a pas reçu en raison du licenciement (sous déduction des allocations de chômage et de tout salaire reçu d'autres employeurs durant la période de licenciement),
- Lorsque le travailleur ne souhaite pas être réintégré, il peut exiger le paiement d'une compensation pour licenciement illégal laquelle sera arbitrée en fonction de la rémunération du travailleur, de son ancienneté et de la manière dont s'est produit le licenciement.

Pour le surplus, quel que soit l'alternative choisie, le travailleur a le droit de recevoir une compensation pour tous les dommages subis en raison d'un licenciement injustifié.

23. Slovénie (possibilité de réintégration)

Le licenciement non motivé ou le licenciement pour des raisons insuffisantes a pour conséquence que la décision de licenciement sera annulée et l'employeur sera tenu de réintégrer le travailleur dans sa fonction antérieure tout en devant lui verser les salaires perdus pendant la période de travail chômée.
Le tribunal pourra également résilier le contrat s'il apparaît que, en raison des circonstances et de l'intérêt des deux parties, la poursuite de la relation de travail n'est plus possible.
Sur proposition faite par le travailleur ou par l'employeur, le tribunal pourra cependant accorder au travailleur une indemnisation adéquate d'un montant maximum de 18 mois de salaire (calculé sur base du salaire des 3 derniers mois de prestation).
L'employeur s'expose en outre à des sanctions pénales (de 3.000 à 20.000 €) pour une série d'hypothèse visées dans la Loi sur les relations de travail.

24. Suède

Lorsque l'employeur n'établit pas la légalité de sa décision de licenciement – cela n'a rien à voir avec un éventuel manque de raisons- le tribunal pourra, si le travailleur en a fait la demande, prononcer la nullité du licenciement.

Le tribunal ne pourra toutefois jamais obliger un employeur à réintégrer le travailleur qu'il a licencié. Pour éviter de devoir réintégrer le travailleur, l'employeur pourra toujours payer une indemnité dont la hauteur dépendra de l'ancienneté du travailleur au service de l'employeur.
De plus, pour ne pas avoir donné les motifs à l'origine d'un licenciement, l'employeur s'expose à devoir payer une somme variant de 500 à 1000 €. (***sanction civile ou pénale*** ?)
Par ailleurs, si l'employeur n'est pas à même d'établir que son action (***quelle action ? celle diligentée devant le tribunal ou sa décision de licenciement*** ?) a été faite dans le respect de la loi, il est tenu de payer des dommages au travailleur.

25. Suisse

Le droit privé suisse ne prévoit que des sanctions financières.
Lorsque le licenciement est considéré comme abusif, le juge déterminera l'indemnité due par l'employeur en fonction de toutes les circonstances. Cette indemnité ne pourra dépasser 6 mois de salaire.
Lorsque le licenciement avec effet immédiat est fondé sur un motif qui ne le justifiait pas, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les relations de travail avaient pris fin à l'échéance du congé ordinaire outre un montant fixé librement par le juge qui ne peut toutefois dépasser 6 mois de salaire. Ces indemnités sont dues même si le travailleur n'a subi aucun dommage.

26. Taiwan (possibilité de réintégration)

Lorsque le tribunal décide que le licenciement ne rencontre pas les exigences légales, il peut prononcer la nullité du licenciement, ce qui entrainera la réintégration du travailleur.
La loi prévoit par ailleurs une série de sanction financières à caractère civil auxquelles s'expose l'employeur en cas de transgression des disposition de la loi.
Outre sa réintégration, le travailleur peut obtenir, s'il en fait la demande au tribunal, :

- le paiement de la rémunération comprise entre le licenciement illégal et sa réintégration sans qu'il ait eu à exécuter son travail,
- La contribution de son employeur à son régime de pension,

Lorsque le tribunal aura estimé que le licenciement a porté atteinte à la réputation ou au crédit du travailleur, le travailleur pourra également demander, outre le versement d'une compensation financière raisonnable (même si le dommage n'est pas uniquement constitué de pertes pécuniaires) que l'employeur prenne les mesures adéquates pour rétablir sa réputation.
Le même principe vaut lorsque le travailleur a été l'objet de discrimination en raison du sexe ou de l'orientation sexuelle.

CONCLUSIONS (***à finaliser après travaux en commission***)

Tous les pays ayant répondus au questionnaire de la 4ème commission disposent d'une législation spécifique ou d'un cadre juridique (jurisprudence) réglant les questions liées à la motivation de la

décision de licenciement mettant fin au contrat de travail.

Selon les pays, l'obligation de motiver la décision de licenciement peut s'opérer avant prise d'effet de la décision de licenciement ou après prise d'effet de la décision de licenciement dans le cadre d'un débat judiciaire.

L'intérêt d'une motivation préalable au licenciement effectif réside dans le fait que le travailleur a la possibilité de vérifier la cause du licenciement et de décider s'il entend la contester. Il dispose donc d'un recours effectif en ce qu'il est à même d'apprécier directement l'opportunité d'un recours.

Inversement, une motivation postérieure au licenciement effectif oblige le travailleur à procéder en justice pour pouvoir apprécier la légitimité et la légalité des motifs à l'origine de la décision de licenciement.

Que la motivation soit antérieure ou postérieure au licenciement effectif, elle doit en toutes hypothèses être réelle et porter sur les motifs concrets à l'origine de la décision de licenciement.

A cet égard, selon les pays, la faculté est laissée à l'employeur de ne faire connaître le(s) motif(s) réel(s) et concret(s) à l'origine de sa décision de licenciement que lors du débat judiciaire alors même que ces motifs seraient distincts de ceux éventuellement fournis au travailleur pour justifier initialement la décision de le licencier.

Mais la distinction principale entre les différents pays se manifeste au niveau de la nature du contrôle que peut exercer l'autorité ou la juridiction saisie par le travailleur, voire par l'employeur (lorsqu'il est tenu d'obtenir une autorisation de procéder au licenciement).

Les conséquences de la décision judiciaire seront en effet plus ou moins contraignantes pour l'employeur selon que le contrôle s'avère marginal (le juge ne peut substituer sa propre décision à celle de l'employeur en ce qui concerne l'opportunité du licenciement) ou de pleine juridiction (le juge peut substituer sa propre décision à celle de l'employeur).

Ainsi une réintégration du travailleur en raison de l'illégalité de la décision de licenciement ou de l'absence de motifs suffisants de nature à fonder cette décision ne pourra s'envisager que dans le cadre d'un contrôle de pleine juridiction même si le législateur de certains pays n'a pas toujours estimé souhaitable ou utile de retenir cette faculté de réintégration en lui préférant un dédommagement de nature purement civile associé à des sanctions civiles ou pénales.

LIVROS

GEIB, Geovana. A proteção dos trabalhadores contra despedidas arbitrárias e discriminatórias através da aplicação direta da legislação brasileira vigente e do uso da convenção nº 158 da OIT como guia para interpretação dos dispositivos internos aplicáveis**. In: Barzotto, Luciane Cardoso, (coord.). Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012. p. 159-177 (Localização: 331:316.647.82 B296t)

GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka . Convenção 158 da OIT e os instrumentos jurídicos de conciliação do direito internacional. **In: Gunther, Luiz Eduardo (coord.). Conciliação um caminho para a paz social.** Curitiba : Juruá, 2013. p. 861-873 (Localização: 331:347.925 G977c)

HASSON, Roland. **Desemprego & desproteção.** Curitiba: Juruá, 2006. 91 p. ISBN 85-362-1146-6. (Localização: 331.5 H355d)

MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários a Convenção 158 da OIT:** garantia no emprego. 2.ed. atual. São Paulo: LTr, 1996. 96 p. (Localização: 331:341.1 M152c)

REIS, Daniela Muraas; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A denúncia da Convenção n. 158 da OIT como retrocesso social: desdobramentos materiais dos passos de Arnaldo Süssenkind. **Mundo do trabalho: atualidades, desafios e perspectivas: homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind**. São Paulo: LTr, 2014. p. 27-34 (Localização: 331 A958m)

SOARES FILHO, José. A Convenção n. 158 da OIT e a questão relativa a constitucionalidade, em face do Direito Interno Brasileiro**. In: Barroso, Fábio Túlio (org.). Direito do trabalho: valorização e dignidade do trabalhador no século XXI. Estudos em Homenagem ao Professor José Guedes Corrêa Gondim Filho.** São Paulo : LTr, 2012. p. 145-161 (Localização: 331 B277d)

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** São Paulo: LTr, 1994. 573 p. (Localização: 331:341.1 S964c)

ARTIGOS DE PERIÓDICOS

BALTAZAR, Vanessa Anitablian. A Convenção n. 158 da OIT e a dispensa individual e coletiva no Brasil. Suplemento Trabalhista LTr. São Paulo, v. 49, n. 70, p. 387-393, jun. 2013.

CAMPOS, Eduardo de Oliveira. A dignidade da pessoa humana como função social do contrato individual de trabalho - considerações sobre a necessidade da ratificação da Convenção n. 158 da OIT. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 75, n. 1, p. 80-85, jan. 2011.

COLOMBO, Luciana Germano. Considerações sobre a caracterização da demissão em massa no Brasil. Revista do direito trabalhista. Brasília, v. 21, n. 4, p. 24-32, abr. 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a despedida coletiva: âmbito normativo internacional e sistema jurídico brasileiro. Revista Síntese trabalhista e previdenciária. [S.l.], v. 24, n. 283, p. 44-59, jan. 2013.

GASPAR, Danilo Gonçalves. A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a constitucionalização simbólica. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v. 37, n. 141, p. 99-140, jan./mar. 2011.

MELO, Daniel Gonçalves de. A proteção à relação de emprego e a (in)constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção n. 158 da OIT. Revista trabalhista: direito e processo. São Paulo, v. 12, n. 46, p. 17-29, abr./jun. 2013.

PEREIRA, Laiz Alcântara. O direito fundamental à motivação da rescisão contratual trabalhista: da Convenção 158 da OIT aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18. Região. Goiânia, v. 16, n. 1, p. 373-464, jan./dez. 2014.

PIRES, Rosemary de Oliveira; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques . A globalização do desemprego: o “Ocupe Wall Street (OWS), os protestos na Europa e o alerta da OIT. Revista trabalhista: direito e processo. São Paulo, v. 10, n. 40, p. 148-158, out./dez. 2011.

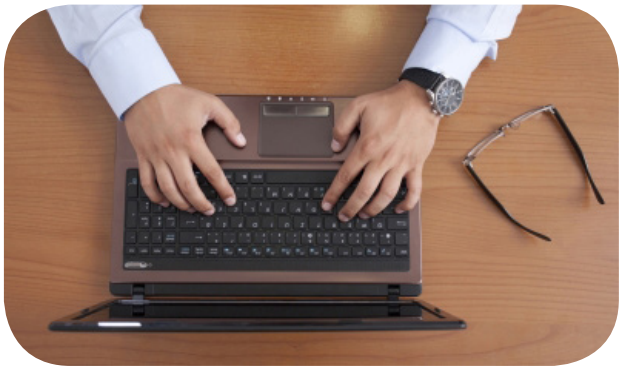
PORTO NETO, José Mário; PORTO, Ana Paula Azevedo Sá Campos . Do efeito repristinatório da Convenção n. 158 da OIT: uma nova perspectiva. Revista trabalhista: direito e processo. São Paulo, v. 11, n. 42, p. 66-79, abr./jun. 2012.

SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT - aspectos polêmicos e atuais. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 76, n. 2, ex. 1, p. 179-187, fev. 2012.

SOARES FILHO, José. A convenção n. 158 da OIT e a questão relativa a constitucionalidade em face do direito interno brasileiro. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, v. 75, n. 11, ex. 1, p. 1341-1350, nov. 2011.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO – REVISTA ELETRÔNICA

Prezados autores,



A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail **revistaeletronica@trt9.jus.br**

2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;

3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Arial, corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;

4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 10 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;

5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;

6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.

7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à **revistaeletronica@trt9.jus.br**

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL


TRTPR
ESCOLA JUDICIAL