

SEMINÁRIO SOBRE A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

A Convenção nº 158 da OIT estabeleceu, a nível internacional, o compromisso dos países signatários de inserirem em suas legislações preceitos relativos à proteção do emprego contra a dispensa imotivada.

Em que pese a legislação brasileira já prever muitas das situações contempladas na referida Convenção, logo surgiram diversas interpretações quanto à extensão e à profundidade com que a novel Convenção repercutiria no direito brasileiro, a ponto de o Supremo Tribunal Federal ser instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade dos diplomas legislativos que a integraram formalmente no nosso direito positivo.

Visando a aprofundar o tema, principalmente sob o enfoque da garantia do trabalhador contra a dispensa arbitrária, prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal, o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro realizou seminário do qual participaram renomados especialistas na matéria.

A posterior denúncia da Convenção pelo Brasil muito pouco importa nesse contexto e em nada diminui o sucesso do seminário. Na verdade, a Convenção teve o grande mérito de reavivar no meio jurídico, no patronato, nos sindicatos e na sociedade em geral a questão da garantia do empregado contra a dispensa arbitrária, como um dos direitos fundamentais do trabalhador brasileiro, prevista constitucionalmente, porém aguardando edição de Lei Complementar que a regulamente (à exceção do disposto no art. 10 do ADCT).

Algumas das palestras proferidas, devidamente revistas pelo autores, são publicadas no presente número da **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, registrando, mais uma vez, a preocupação desta Casa com os grandes temas nacionais.

ASPECTOS PROCESSUAIS DA CONVENÇÃO Nº 158*

Waldir Zagaglia

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Professor da Universidade Estácio de Sá

1 - INTRODUÇÃO

O que se pretende investigar neste trabalho não são as eventuais questões processuais polêmicas trazidas no bojo do próprio texto da Convenção nº 158 da OIT, porquanto não se trata de um acordo internacional sobre processo. Ademais, temas processuais em acordos internacionais, normalmente, costumam ficar reservados às próprias circunstâncias e peculiaridades de cada parte contratante. Afinal, processo é instrumento da jurisdição, e jurisdição, enquanto função política do Estado constituído, é poder e, enquanto poder, é soberania.

Portanto, o que aqui se pretende é uma vaga e despretensiosa reflexão acerca da utilização dos institutos típicos do processo do trabalho e por subsidiariedade do processo civil nos litígios que serão levados ao conhecimento do Poder Judiciário, com base na principal regra estabelecida pela Convenção nº 158, qual seja, o impedimento da dispensa imotivada, se e quando integrada eficazmente a Convenção no direito positivo brasileiro.

2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

De pronto, a primeira questão que se apresenta diz respeito à jurisdição e à competência para judicar em tais litígios. Parece-nos óbvio tratar-se de pretensão tipicamente trabalhista, eis que oriunda de eventual lesão sofrida na execução do contrato de trabalho. Incidente, portanto, a regra do art. 114 da Constituição Federal, sendo, pois, a jurisdição constitucionalmente prevista a da Justiça do Trabalho.

Aqui, abrimos um rápido parêntesis para esclarecer, embora seja absolutamente desnecessário, que a jurisdição diz respeito à fixa-

(*) Palestra proferida no Seminário sobre a Convenção nº 158 da OIT, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos da PGE, em 05.12.1996.

ção da Justiça. É poder constitucional, ou, pelo menos, expressão deste poder. Portanto, a massa de conflitos de interesses existente na sociedade é, num primeiro momento, que ousamos chamar de momento constitucional, distribuída entre as várias jurisdições previstas na Constituição Federal e, nesse caso, a jurisdição será aquela atribuída à Justiça do Trabalho nos termos do art. 114 da Constituição Federal.

Já a fixação da competência é a concretização da jurisdição. Isto é, um processo intelectual pelo qual determina-se que órgão jurisdicional irá exercer a jurisdição naquele determinado e específico conflito de interesse que é trazido à apreciação do Judiciário.

Na hipótese, não há maiores complicações, o órgão jurisdicional competente será aquele determinado pelas regras de competência previstas em geral na CLT, notadamente nos arts. 650 e seguintes e, excepcionalmente, nas próprias leis de organização judiciária da Justiça do Trabalho.

No comum dos casos, provavelmente, estaremos diante de uma pretensão de um empregado deduzida em juízo contra um empregador. Portanto, competência de Junta de Conciliação e Julgamento, órgão de primeira instância da Justiça do Trabalho.

3. PRETENSÃO

O ponto que se segue é o da pretensão. Certamente, tratar-se-á de uma pretensão de empregado em ser reintegrado no emprego cuja dispensa alega ter sido imotivada, o que, doravante, seria defeso ao patrão nos termos da Convenção nº 158 da OIT.

Mas, qual a natureza desta pretensão e, conseqüentemente, da sentença que eventualmente a acolha? A pretensão à reintegração no emprego tem sido, ao longo dos tempos, considerada pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista como uma pretensão condenatória a uma obrigação de fazer, dentro da historicamente aceita classificação das sentenças em condenatórias, constitutivas e declaratórias.

Todavia, se aceitarmos (por exemplo) a classificação proposta por PONTES DE MIRANDA¹ que, além das classes mencionadas, inclui as chamadas sentenças mandamentais e executórias ou executivas, surge a questão da possibilidade da classificação da sentença que concede a reintegração como uma sentença mandamental e não apenas condenatória na obrigação de fazer.

Não se pense que esta proposição é um mero exercício acadêmico, porquanto suas conseqüências práticas são importantíssimas.

Se adotarmos a classificação deste tipo de sentença como mandamental, tratar-se-á de uma ordem do Judiciário ao empregador, que, se descumprida e enquanto descumprida, acarretará conseqüências que extrapolam as meras perdas e danos e mesmo os preceitos cominatórios, porque seu não acatamento imediato representará mais do que não reparar a lesão ao ofendido, mas um repúdio e, mais que isto, uma desobediência à própria ordem judicial, inclusive, - pensamos - com reflexos na órbita do direito penal.

Por outro lado, basta que se atente para o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e para o art. 461, e seus parágrafos, do Código de Processo Civil, na nova redação que lhes deu a Lei nº 8.952/94, para que se perceba que as ações mandamentais nos moldes da **injunctio** da **common law** ou da Ação Inibitória do Direito Italiano, se já não se encontram inseridas, ainda que excepcionalmente, no direito pátrio, têm, entre nós, medidas judiciais que lhes são bastante assemelhadas. (Nesse sentido, o ensinamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO).^{2,3}

Fazemos, todavia, uma pequena advertência no sentido de que há forte, se não majoritária, corrente jurisdicional que ainda não admite tenha o direito brasileiro adotado este tipo de ação.

Fica, pois, a questão posta para a reflexão, sobretudo à luz das normas da Convenção nº 158 da OIT, que, por óbvio, traz o tema à baila outra vez.

4. PROCEDIMENTO

O tópico seguinte é o que diz respeito ao procedimento. Aqui não há maiores preocupações. À falta de medidas específicas, o procedimento é o sumário utilizado nas Ações Trabalhistas de modo geral, sem tirar nem pôr. Evidentemente, não é o mais adequado e, inegavelmente, é passível de críticas, entretanto não é este o momento, nem se justifica sua revisão por conta apenas da Convenção nº 158 da OIT.

5. TUTELA ANTECIPADA

O que cabe indagar, a nível de procedimento, é a possibilidade de aplicação subsidiária do Processo Civil no que diz respeito à tutela antecipada prevista e disciplinada no art. 273, incisos e parágrafos, do Código de Processo Civil.

Essa questão refoge e em muito os limites estritos em que se inserirão as pretensões trabalhistas fundadas nos ditames da Convenção nº 158 da OIT. Não é aqui o espaço próprio para uma análise

mais detalhada sobre o novel instituto do Direito Processual Civil trazido com a atual redação dada ao art. 273 do CPC pela Lei nº 8.952/94.

O que cabe analisar, na verdade, é a própria possibilidade de transposição do instituto da tutela antecipada para o Processo Trabalhista, mormente nas questões de natureza reintegratória que, como vimos, podem, em tese, classificar-se em condenatórias, em obrigação de fazer, ou mandamentais.

Em sede pura de Direito Processual do Trabalho, pensamos ser impossível a aplicação da tutela antecipada tal qual no processo civil: isto vale também, por óbvio, para as pretensões arrimadas na Convenção nº 158 da OIT.

Veja-se bem: o Processo do Trabalho admite a aplicação ou integração subsidiária do Processo Civil nos casos omissos e onde não haja incompatibilidade. É o que deflui da simples dicção do art. 769 da CLT, nos seguintes termos:

“Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, **exceto naquilo em que for incompatível**”. (Destacamos).

Ora, a subsidiariedade do Processo Civil, ou, como já apregoam alguns, do Processo Civil Comum, só tem lugar quando a regra trazida não for incompatível. Mas incompatível com quê? Certamente não com uma regra específica de direito processual do trabalho, porque aí a hipótese não será de omissão, e, portanto, vedada a utilização de fonte subsidiária. Então, essa incompatibilidade tem que ser entendida como uma incompatibilidade com o próprio sistema do processo do trabalho e, ousamos ir mais longe ainda, - por que não? - como próprio direito material do trabalho.

A tutela antecipada nada mais é do que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida. Vale dizer, é a própria decisão de mérito que tem, total ou parcialmente - ainda que provisoriamente -, seus efeitos antecipados ao autor.

Trata-se, pois, de uma decisão que antecipa, como se disse, os efeitos da decisão sobre a questão de mérito. É, portanto, na essência, o próprio exercício do poder jurisdicional na sua mais pura e primitiva acepção: dizer sobre o direito trazido a julgamento. É tutela definitiva que tem seus efeitos, ainda que temporariamente, antecipados. É exatamente nisto que se distingue geneticamente da tutela cautelar, cujo cabimento no processo trabalhista não mais se discute, mas que, ao revés, não visa à antecipação dos efeitos da tutela definitiva, e sim a assegurar a efetividade desses efeitos, o que é coisa processualmente diversa.

Disto resulta que a incompatibilidade prevista no art. 769 da CLT é mais do que com o sistema, é constitucional. Note-se bem, o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal prevê que:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a eles inerentes”.

É a consagração do duplo grau de jurisdição. Em outras palavras: é o princípio democrático de que uma vez só não basta.

Por isso mesmo que, ao nosso ver, impossível que haja decisão que se pronuncie sobre o pedido do autor, portanto, mérito, ainda que para antecipar-lhe os efeitos provisória e temporariamente, sem que desta decisão não possa a parte prejudicada prontamente recorrer.

E por que não pode a parte prejudicada recorrer? Porque a decisão que antecipa a tutela é decisão interlocutória típica, eis que não extingue o procedimento em 1º grau de jurisdição, nos termos do art. 273, § 5º, c/c art. 162, II, ambos do CPC (o primeiro destes dispositivos determina que, qualquer que seja a decisão quanto ao requerimento de tutela antecipada, o procedimento prosseguirá em seu trâmite normal. O seguinte dispositivo define a natureza da decisão interlocutória).

E, aí, voltamos à incompatibilidade com o sistema do processo trabalhista, porque, nos termos do § 1º do art. 893 da CLT, não há possibilidade de pronto recurso contra as decisões interlocutórias, as quais serão apreciadas somente quando da interposição de recurso contra decisão definitiva.

Aí está a impossibilidade que impede, **tout court**, a transposição da tutela antecipada para o processo do trabalho. Valendo lembrar, por derradeiro, que, atualmente, no processo civil, o recurso de agravo pode ser recebido também no efeito suspensivo.

Sabemos que, infelizmente, esta não tem sido a opinião de muitos juízes trabalhistas, mormente em primeira instância. Todavia, até agora não encontramos em nenhuma dessas decisões argumentos sólidos que demonstrem inexistir incompatibilidade entre a tutela antecipada, com os contornos que lhe deu o Código de Processo Civil, e um sistema, como o processual trabalhista, que não prevê a possibilidade de recurso imediato contra as decisões interlocutórias que deferem os requerimentos de tutela antecipada.

Na praxis trabalhista, é comum a impetração de mandado de segurança contra tais decisões, à míngua de recurso próprio e espe-

eficaz, o que vem sendo aceito pelos Tribunais. Porém, isto não resolve a questão do ponto de vista principiológico ou mesmo jurídico-dogmático, porquanto, como se sabe, mandado de segurança não é recurso nem lhe pode fazer as vezes.

6. ÔNUS DA PROVA

O tópico seguinte é o que diz respeito à distribuição do ônus da prova. Por demais interessante se apresenta essa reflexão quando nos voltamos para a típica pretensão reintegratória por dispensa imotivada, com base na Convenção nº 158 da OIT.

Propositalmente, deixamos para esse tópico questão que, se seguidos os procedimentos didáticos mais rígidos, deveria ter sido abordada no tópico referente à pretensão ou ao procedimento, mas, por razões meramente expositivas, preferimos enfocá-la neste momento.

Com efeito, dispõe o art. 9º, 2, da Convenção nº 158 da OIT:

"2. A fim de o trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação do art. 1º da Convenção deverão prever uma ou outra possibilidade, ou ambas:

a) caberá ao empregador o peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como definido no art. 4º da presente Convenção".

(O art. 4º trata da necessidade de justificativa para a extinção do contrato de trabalho).

b) os organismos mencionados no art. 8º da presente Convenção (no caso do Brasil, a Justiça do Trabalho) 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".

Tudo a que se destina o art. 7º, I, da Constituição Federal e a Convenção nº 158 da OIT, bem ainda a Lei nº 9.029/95, no que aqui nos interessa, diz respeito à garantia de emprego e não a qualquer espécie de estabilidade.

Esta exposição não é própria para traçar convenientemente as diferenças, às vezes tênues, entre uma e outra situação jurídica desfrutada pelo empregado. Porém, suas repercussões processuais no nosso sistema são diversas, principalmente quando se trata de fixar a distribuição do ônus da prova.

Em primeiro lugar, se a questão é de estabilidade, o contrato de trabalho só poderá ser desconstituído, ou, conforme o caso, rescindido, com a intervenção do judiciário trabalhista, através da erroneamente denominada Ação de Inquérito Judicial, e imputando-se falta grave ao empregado estável, ainda que temporariamente, como tal tipificada no art. 482 da CLT (excepcionalmente, a jurisprudência admite o rompimento do contrato de trabalho de empregado estável, mesmo que sem a pecha da falta grave, como, por exemplo, nos casos da extinção da empresa ou do estabelecimento. Entretanto, não convém por ora aprofundar essa questão).

Em segundo lugar, quando o que se discute é dispensa por falta grave, tanto para o empregado estável como para o não estável, exige-se prova cabal da falta cometida e este ônus é indiscutivelmente do patrão, esteja ele no pólo ativo da relação jurídica processual, como no caso do inquérito para a dispensa do empregado estável, esteja ele no pólo passivo, quando se trate de pretensão de empregado não estável visando à nulidade da dispensa por justa causa (falta grave) que lhe foi imposta. Resumindo: se se discute no processo falta grave, o ônus da prova será sempre do empregador, qualquer que seja a posição processual assumida.

Dir-se-á o mesmo processualmente quando se tratar de dispensa imotivada? Aí, pensamos estar no campo da garantia do emprego e não no campo da estabilidade, e a distribuição do ônus da prova passa a merecer uma reflexão mais profunda.

Não obstante a lição de CARNELUTTI, de que cabe a prova a quem tem interesse na afirmação⁴ parece-nos inquestionável hoje que a velha verdade de que o ônus da prova cabe a quem alega já não mais atende aos reclamos sociais e democráticos de um pleno acesso à atividade jurisdicional rápida e eficaz, e, tanto quanto permita a falibilidade humana, razoavelmente segura.

Assim, a regra do art. 818 da CLT, de que "a prova das alegações incumbe à parte que as fizer" ou mesmo a do art. 333 do CPC, nitidamente inspirado na lição de CARNELUTTI,⁵ de que "o ônus da prova incumbe: I ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e II ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor", se não estão democraticamente ultrapassados, certamente estão a merecer uma interpretação mais progressista.

Neste sentido, duas são as abordagens que podemos fazer:

a) uma que defende a distribuição do ônus da prova não pela autoria da alegação a ser provada ou pela posição de autor ou réu que protagonizam os litigantes no processo, mas pela situação que des-

frutem na própria relação jurídica de direito material que dá ensejo ao conflito de interesses e conseqüentemente à lide trazida a julgamento através do processo. São dessa espécie, por exemplo, a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista em algumas hipóteses do Código do Consumidor, quando este for considerado hipossuficiente, e - por que não dizer? - o reflexo processual que deflui da presunção de legitimidade dos atos administrativos, ou mesmo de todos os interesses em que o direito material imponha uma presunção *juris tantum*.

No foro trabalhista, é comum considerar-se provado o trabalho extraordinário quando o empregador não apresenta os registros de controle da jornada de trabalho do empregado, valendo-se para tanto muitas vezes os juízes trabalhistas de uma interpretação, ao nosso ver não autorizada, do art. 358 do CPC e da obrigação legal que impõe aos empregadores a manutenção de tais controles. (O Enunciado nº 338 do TST faz presumir a veracidade da jornada alegada, mas nesses casos admite seja elidida por prova em contrário).

b) a outra corrente, esta mais adequada ao direito processual do trabalho, é a que preconiza que o critério a ser adotado é o da aplicação dos princípios gerais do direito do trabalho, ainda que inexistente regra própria determinando a inversão.

No caso específico do direito processual do trabalho, vale citar CÉSAR PEREIRA DA SILVA ANDRADE JR., que, em recente e atual monografia, ministra que: "o critério principal a ser adotado deve ser o da aplicação dos princípios gerais do direito do trabalho, ou seja, quem alegar fato contrário ao decorrente da aplicação dos princípios gerais do direito do trabalho deve arcar com o ônus da prova".⁶

São casos práticos de aplicação desta teoria, por exemplo: o ônus da prova imputado ao empregador quanto à desigualdade de produtividade e de perfeição técnica entre reclamante e paradigma nas Ações de Equiparação Salarial (§ 1º do art. 461 da CLT e Enunciado 68 do TST), bem como a prova da eventualidade ou da ausência de subordinação jurídica quando se discute vínculo de emprego (art. 3º da CLT), em que a prestação de serviço em si mesmo não é negada pelo apontado empregador.

Nessas hipóteses, os Tribunais atribuem o ônus da prova ao empregador, sob a fundamentação, ao nosso ver equivocada, de que as alegações de imperfeição e produtividade desigual, nas ações de equiparação salarial, e da eventualidade dos serviços prestados ou da ausência de subordinação na caracterização do vínculo de emprego, dizem respeito a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor, no caso o empregado.

Mas esta não é a melhor solução técnica. Tanto o art. 3º como o art. 461 e seu § 1º da CLT tipificam, aliás de forma razoavelmente objetiva, os fatos dos quais surge o direito ao reconhecimento do vínculo ou à equiparação salarial, respectivamente.

A pedra de toque está na principiologia do Direito do Trabalho. Tem o empregador o ônus da prova, seja autor ou réu na reclamatória, nesses casos, porque, em princípio ou por princípio, toda prestação de serviço é juridicamente subordinada e, portanto, empregatícia ou porque é princípio geral do Direito do Trabalho a remuneração igual por trabalho igual, por isso que o fato, a circunstância ou a situação jurídica que contrarie os princípios gerais é que precisa ser provado.

No que diz respeito à Convenção nº 158 da OIT, surge a dúvida quando o que nela se exige é a motivação para que não se caracterize dispensa arbitrária. Mas aí, qual é o princípio? O de que toda dispensa deve ser motivada e, portanto, quem alegue fato contrário à motivação é que deverá arcar com o ônus da prova?

Se este for o princípio a ser observado, teremos duas situações distintas com conseqüências processuais diversas, uma formal e outra material.

Se o empregado vai a juízo e alega ausência pura e simples de motivação, de qualquer motivação, para dispensa, se esta é sua causa de pedir e se somente neste aspecto formal se funda a pretensão, o ônus da prova será do empregador, porque o princípio estabelecido é o de que toda dispensa deva ser motivada, sob pena de ser arbitrária.

Todavia, se o empregado vai a juízo discutir a própria inocorrência ou inveracidade ou ainda os efeitos da motivação apresentada pelo empregador para sua dispensa, nessa hipótese, o ônus da prova é do empregado, porque caberá a ele provar a inconsistência da motivação alegada ou mesmo que esta, na verdade, mascara a arbitrariedade da dispensa.

7. SENTENÇA. EFEITOS

Reintegração por condenação em obrigação de fazer ou por acolhimento de pretensão mandamental - ordem judicial - cumpre perquirir se esta sentença terá efeitos imediatos. Isto é, se admite execução provisória. Esse tema assume sérias proporções no processo do trabalho, uma vez que o recurso ordinário não tem efeito suspensivo. Não obstante, é remansosa a jurisprudência no sentido de que sentença condenatória em obrigação de fazer, mormente em rein-

tegração no emprego, não dá vez à execução provisória, porque a reintegração, pelo menos enquanto dure, é definitiva.

Aqui voltamos à questão da tutela antecipada. Se a admitirmos no direito processual do trabalho, e considerando que ela pode ser estabelecida até mesmo na própria sentença, não temos como negar provisoriedade executiva à sentença reintegratória, pois não faria o menor sentido ser o empregado reintegrado apenas entre a concessão, **iníto litis**, da tutela antecipada e a sentença que a confirme, para, em seguida, ser dispensado por conta de que obrigação de fazer não enseja execução provisória na Justiça do Trabalho.

Se não se admitir, mesmo em tese, a tutela antecipada no processo do trabalho, não há, evidentemente, que se falar em execução provisória na reintegração do empregado, porque, como já dissemos, essa reintegração é na verdade definitiva.

Aqui cabe uma advertência. A questão da condenação em obrigação de fazer no caso de reintegração de empregado sempre foi objeto de divergência na jurisprudência trabalhista, tendo até então prevalecido a tese de que este tipo de sentença não comporta execução provisória, eis que não se trata da prática de atos de constrição patrimonial, até a penhora, como nos casos de condenação em quantia certa contra devedor solvente. Contudo, ante a novidade da tutela antecipada, dar-se ou não execução provisória a tais sentenças dependerá do que se entenda mais acertado quanto à aplicação ou não da tutela antecipada no processo do trabalho.

8. COISA JULGADA

A questão que se põe é se a sentença de reintegração em tais casos fará coisa julgada material, bem como a possibilidade de propositura de ação posterior pelos mesmos motivos.

O contrato de trabalho é por excelência contrato de execução diferida, contrato de efeitos permanentes e não de execução instantânea.

Na clássica lição de LIEBMAN, toda e qualquer sentença traz em si a cláusula **rebus sic stantibus**. Seus efeitos vigoram enquanto não implementada a condição que a própria sentença impõe. Assim, se A é condenado a pagar a B determinada quantia ou a devolver determinada coisa, o efeito jurídico desta condenação persistirá até que, espontânea ou forçadamente, pague ou devolva a B aquilo a que foi condenado. Quando isto acontece, a própria sentença exaure seus efeitos e A não estará mais condenado, mas esses efeitos, ainda que exauridos, são imutáveis.⁷

Portanto, qualquer que seja o resultado da sentença, com a ressalva da cláusula **rebus sic stantibus**, ela fará coisa julgada material.

Contudo, devemos atentar para o seguinte: se a reintegração se deu porque a dispensa foi imotivada, evidentemente, uma vez havendo motivação posterior, poderá haver nova dispensa e aí poderá o empregado recorrer outra vez ao Judiciário para discutir a própria ocorrência, veracidade ou adequação desta motivação à sua dispensa.

Se a sentença reintegrou o empregado porque o Poder Judiciário não aceitou a motivação, isto é, o empregado prova que a motivação não é verdadeira, ou que os fatos dela constantes não ocorreram, ou ainda, que, embora existente e verdadeira, não se adapta à necessidade de sua dispensa em específico, nada impede que no futuro o empregador, valendo-se da mesma motivação, dispense o empregado, desde de que alterada a situação fática inexistente no momento da primeira dispensa, mas existente agora. Nessa hipótese, não poderá o empregado alegar a inexistência de pressuposto negativo de constituição válida do processo, ou seja, a inexistência de coisa julgada.

Trata-se, pura e simplesmente, da aplicação da cláusula **rebus sic stantibus**, que de nenhuma forma impede a formação da coisa julgada material.

9. QUESTÃO PREJUDICIAL E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Até agora, analisamos as questões processuais considerando a possibilidade de estar a Convenção nº 158 da OIT integrada no direito positivo brasileiro plena e eficazmente.

Todavia, adotando-se a tese contrária, de que ela não estaria integrada no direito pátrio, ou que seja ela inconstitucional, teremos duas situações com conseqüências processuais diversas, a saber:

a) se prevalecer o entendimento de que as regras da Convenção nº 158 da OIT estão inseridas no direito positivo brasileiro, ainda que formalmente, porém são inconstitucionais, seja porque a matéria de garantia no emprego está reservada formalmente à Lei Complementar, nos termos no art. 7º, I, da Constituição Federal, ou eivada de inconstitucionalidade por vício material, porque a reparação máxima, dentre outros direitos, prevista na Constituição é a indenização compensatória, não prevendo a Carta Magna qualquer espécie de reintegração, a hipótese processual será a da arguição **incidenter tantum** da inconstitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT, como questão prejudicial. Isto é, uma premissa lógica e necessária, porém insufici-

ente para o acolhimento do pedido. Não é a questão de mérito, que, no caso, será a própria pretensão de reintegração do empregado;

b) se prevalecer o entendimento de que a própria Convenção nº 158 da OIT é letra morta no que se refere à reintegração, isto é, não está inserida no direito positivo brasileiro, a hipótese processual será a da impossibilidade jurídica do pedido.

É curiosa essa questão da impossibilidade jurídica do pedido, porque admite para sua caracterização duas abordagens. Uma, que pode ser resumida na máxima de a lei não prever em tese o que o autor pede em concreto ou, segundo as palavras de LIEBMAN, "como a admissibilidade em abstrato do pronunciamento do pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico".⁸ Outra abordagem é a que só admite a caracterização da impossibilidade jurídica do pedido se o ordenamento jurídico contiver uma proibição expressa ao que se pleiteia. Entre nós, é a opinião abalizada de MONIZ DE ARAGÃO, para quem: "se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica. Não havendo veto há possibilidade jurídica; se houver proibição legal não há possibilidade jurídica".⁹

As conseqüências são óbvias para o caso que estamos examinando, eis que não se trata de existência de veto à reintegração, mas de ausência de previsão (a não ser que se entenda que a previsão constitucional da compensação indenizatória implica indiretamente a proibição de reintegração). Destarte, seguindo a doutrina de LIEBMAN, a hipótese será a da impossibilidade jurídica do pedido, a ensejar carência de ação e extinção do processo sem julgamento do mérito nos termos do art. 267, VI, do CPC, acarretando coisa julgada formal, com as ressalvas do art. 268 do CPC.

Se adotarmos o entendimento que exige vedação expressa na lei, a hipótese será a de julgamento de mérito com a conseqüente formação de coisa julgada material, com a ressalva da aplicação da cláusula **rebus sic stantibus**, já anteriormente comentada.

Particularmente, entendemos que, a existir realmente a figura da impossibilidade jurídica do pedido como uma das condições genéricas ao legítimo exercício do direito de agir, ela se resume na inexistência da previsão em abstrato do que o autor pede em concreto, conforme a clássica, porém sempre atual lição preconizada por LIEBMAN.

10. CONCLUSÃO

A Convenção nº 158 da OIT, no que preconiza espécies de reintegração no emprego, é inconstitucional, tanto porque a Constituição previu como reparação máxima contra a dispensa arbitrária a compensação indenizatória, bem ainda porque reservou mesmo esta compensação indenizatória ao tratamento que lhe vier a ser dado em Lei Complementar, evidentemente que ressalvadas as hipóteses de liberação dos efeitos contidos da norma do art. 7º, I, da Constituição Federal como tal disciplinados no art. 10 do ADCT.

De outra parte, tratados e convenções internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, de qualquer origem, inclusive da OIT, integram o ordenamento jurídico pátrio, mas na condição de legislação infraconstitucional e em qualquer caso subsumidos ao que se dispuser a respeito na Constituição Federal, que se afirma soberana em nosso território sobre tais ajustes internacionais.

A questão está pendente de apreciação pela Corte Constitucional do país. A própria complexidade do tema, que envolve vários aspectos, e as sérias conseqüências que advirão da postura a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal, levaram o eminente relator a submeter ao plenário a decisão sobre a suspensão liminar dos fatos formais que visaram a integrar a Convenção nº 158 da OIT no ordenamento jurídico pátrio.

Caso a decisão definitiva do Supremo seja pela declaração de inconstitucionalidade, cujos efeitos são **erga omnes**, a hipótese processual será a da impossibilidade jurídica do pedido, qualquer que seja a tese adotada para sua caracterização.

Cabe ainda lembrar que notícias recentes informam que o governo brasileiro demonstra-se propenso a denunciar a Convenção nº 158 da OIT. Se isto ocorrer, processualmente a hipótese será também a da impossibilidade jurídica do pedido, eis que, questões de inconstitucionalidade à parte, seus preceitos estarão banidos do direito positivo brasileiro.

De toda sorte, sobrevenha a declaração de inconstitucionalidade ou a denúncia da Convenção, tudo que se disse permanece válido. No fundo, a questão em debate é a garantia de emprego que estava dormindo em berço esplêndido no art. 7º, I, da Constituição Federal e no art. 10 do ADCT. Mais cedo ou mais tarde, este direito fundamental do trabalhador será regulamentado e todas essas questões voltarão à ordem do dia. A Convenção nº 158 da OIT, qualquer que seja o destino que lhe reserve o Brasil, teve o grande mérito de suscitar o debate e reavivar na sociedade brasileira que a garantia do emprego contra dispensa arbitrária é direito fundamental do trabalhador brasileiro.

NOTAS

1. MIRANDA, Pontes de, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo V, Forense, 1974, pp. 49 a 64 e 79.
2. GRINOVER, Ada Pellegrini, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**, 4ª ed. Forense Universitária, 1995, p. 529.
3. DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Reforma do Código de Processo Civil**, Malheiros Editores, 1995, p. 157.
4. CARNELUTTI, **Sistema di Diritto Processuale Civile**, Pádua, 1936, 1º volume, nº 162.
5. SANTOS, Moacir Amaral, **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 10ª ed., Saraiva, 2º volume, 1985, p. 349.
6. ANDRADE JR., César Pereira da Silva, **O Ônus da Prova no Direito do Trabalho**, Ltr Editora, 1996.
7. LIEBMAN, **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada**, 3ª ed., Forense, 1984, p. 25.
8. LIEBMAN, **Problemi del Processo Civile**, Itália, Morano Editore, s/d, p. 46.
9. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª ed., Forense, 1976, 608.