

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

OYAMA KARYNA BARBOSA ANDRADE

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA
DO EMPREGADO: DO DESCUMPRIMENTO À EFETIVIDADE

BELO HORIZONTE

2012

OYAMA KARYNA BARBOSA ANDRADE

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA
DO EMPREGADO: DO DESCUMPRIMENTO À EFETIVIDADE

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação da Professora Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini.

BELO HORIZONTE

2012

A553p Andrade, OyamaKaryna Barbosa
Proteção constitucional contra a dispensa arbitrária do
empregado : do descumprimento à efetividade / OyamaKaryna
Barbosa Andrade. – 2012.
138f.

Orientadora: Adriana Goulart de Sena Orsini
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Brasil [Constituição (1988)] 2. Direito do trabalho – Teses
3. Dispensa arbitrária – Aspectos constitucionais 4. Trabalhador
– Proteção I. Orsini, Adriana Goulart de Sena II. Universidade
Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito III. Título.

CDU: 331.13:342

OYAMA KARYNA BARBOSA ANDRADE

**PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA DO
EMPREGADO: DO DESCUMPRIMENTO À EFETIVIDADE**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 16 de agosto de 2012.

Componentes da Banca Examinadora:

Professora Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini (orientadora)

Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Márcio Túlio Viana

Universidade Federal de Minas Gerais

Professora Doutora Gabriela Neves Delgado

Universidade de Brasília

Para Rick, que faz eu me sentir

Lúthien todos os dias.

AGRADECIMENTOS

À Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini, minha querida orientadora e muito mais do que isso: modelo de pessoa, de profissional, de professora, de mãe e de mulher. Muito obrigada por todos esses anos de convivência, aprendizado e inspiração.

Ao Prof. Dr. Antônio Álvares da Silva, por compartilhar suas ideias conosco, em estimulantes aulas.

Aos Profs. Drs. Gabriela Neves Delgado e Márcio Túlio Viana, por terem sempre me ensinado muito suas lições, ainda que a distância.

Aos demais professores do programa de pós-graduação, por terem colaborado para o resultado desta pesquisa.

Ao Ministro Luiz Phillippe Vieira de Mello, pela oportunidade de integrar sua equipe e observar, na prática, que é possível um Direito do Trabalho mais efetivo.

À Dra. LutianaNacur Lorentz, Lu, pela imensa contribuição desde o projeto inicial, por me ceder toda a bibliografia de que dispunha, pelo incentivo e pela amizade de sempre.

À Mila, pelo companheirismo de todas as horas.

Aos colegas do mestrado, pelos debates e amizades formadas.

À minha família, por todo amor e por me garantir condições para realizar este trabalho. Especialmente ao meu pai, Márcio, por todo o apoio que só um pai é capaz de oferecer.

Ao Rick, por estar ao meu lado, me concentrando ou desconcentrando, quando necessário. Obrigada, *dou*, pelas pesquisas e pela revisão do texto.

RESUMO

Esta dissertação de mestrado trata da proteção constitucional contra a dispensa arbitrária do empregado no Brasil. Na primeira parte, é analisada a evolução dos sistemas adotados para tutelar a relação de emprego, passando pela estabilidade decenal e pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), até chegar ao modelo proposto pela Constituição de 1988. Este modelo é examinado à luz do neoconstitucionalismo, da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e da literatura justrabalhista, levando à conclusão de que o direito constitucional está sendo descumprido. Na segunda parte, é debatida a Convenção n. 158 da OIT, tratado de direitos humanos sobre o término da relação de emprego, que consagra, no âmbito do direito internacional, o princípio da proteção contra a dispensa imotivada. É avaliado o texto da convenção e seu histórico de ratificação e denúncia pelo Brasil, para demonstrar que há total compatibilidade, formal e material, da convenção com a Constituição brasileira e que sua denúncia é inválida, motivo pelo qual ainda está vigente no país. Em seguida, é tratada a questão das dispensas coletivas, que foi reintroduzida no debate jurídico nacional após episódios decorrentes da crise econômica global, iniciada no ano de 2008, tendo sido também objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho. Na terceira parte, é apresentada a conclusão da pesquisa a respeito da efetividade da proteção contra a dispensa arbitrária, com algumas proposições que poderiam ser adotadas por diferentes órgãos. É proposta, neste trabalho, uma interpretação sistemática da Constituição, que valoriza os direitos fundamentais do homem-trabalhador.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; proteção; dispensa arbitrária; dispensa coletiva; Convenção n. 158 da OIT.

ABSTRACT

This dissertation focuses on constitutional protection against unjustified termination of employment contract in Brazil. We first analyze the evolution of legal systems concerning employment contract, particularly the decennial stability and the *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço* (FGTS), and, more recently, the model brought by the 1988 Constitution. Based upon the neoconstitutionalist approach, José Afonso da Silva's theory on the application of constitutional norms and Labor Law literature, we conclude that this model is currently being disobeyed. It is then discussed the International Labor Organization's Convention concerning termination of employment at the initiative of the employer (n. 158), which guarantees, in International Law, the principle of protection against unjustified dismissal. We next demonstrate that, due to its contents and history of its ratification and denunciation, the Convention is fully compatible to Brazilian Constitution and is valid, since its denunciation was invalid. The following chapter addresses the matter of collective redundancies, which have been discussed publicly and in Courts since the occurrence of such episodes after the 2008 world economic crisis. In the third part, the conclusions of this research are presented, pointing out to possible solutions in order to effectively protect workers against unjustified dismissals. We propose a systematic interpretation of the 1988 Constitution, which values the fundamental rights of worker people.

Keywords: Labor Law; protection; unjustified dismissal; collective redundancy; ILO's Convention n. 158

SUMÁRIO

PARTE I – DESCUMPRIMENTO	1
1 PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA.....	2
1.1 Introdução	2
1.2 Estabilidade	4
1.2.1 O sistema da estabilidade no emprego.....	4
1.2.2 Análise crítica do modelo	6
1.3 O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.....	10
1.3.1 O sistema do FGTS	10
1.3.2 Análise crítica do modelo	12
1.4 A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária prevista na Constituição de 1988.....	16
1.4.1 Proteção em sentido amplo	18
1.4.1.1 Aviso prévio	18
1.4.1.2 Indenização: FGTS.....	19
1.4.2 Proteção em sentido estrito.....	20
1.4.2.1 Estabilidades provisórias	20
1.4.2.2 Proteção contra a dispensa arbitrária: o novo modelo previsto pela Constituição	21
1.4.3 A importância da proteção da relação de emprego.....	24
1.4.3.1 A proteção da relação de emprego e o acesso à justiça	27
1.4.4 Aplicabilidade	31
1.4.4.1 O paradigma do Neoconstitucionalismo	31
1.4.4.2 O trabalho na Constituição	33

1.4.4.3 Aplicabilidade da norma relativa à proteção da relação de emprego	35
PARTE II - CAMINHO	40
2 A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT.....	42
2.1 Histórico da normatização da proteção contra a dispensa injustificada na OIT	42
2.2 Análise do texto da Convenção nº 158 da OIT.....	46
2.3 Histórico da Convenção nº 158 da OIT no Brasil.....	54
2.4 Denúncia da Convenção nº 158 da OIT.....	59
2.5 Constitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT.....	62
2.5.1 Constitucionalidade formal	63
2.5.2 Constitucionalidade material	66
2.6 Hierarquia da Convenção nº 158 da OIT.....	68
2.7 Aplicabilidade da Convenção nº 158 da OIT	71
2.7.1 A possibilidade de reintegração do empregado	72
3 DISPENSA COLETIVA.....	75
3.1 Conceito de dispensa coletiva e contextualização.....	75
3.2 A disciplina jurídica da dispensa coletiva no Brasil	77
3.2.1 Ausência de legislação específica	77
3.2.2 Proteção constitucional contra a dispensa coletiva arbitrária.....	80
3.2.3 Dispensa coletiva na Convenção nº 158 da OIT	81
3.3 Exigência de prévia negociação coletiva.....	83
3.3.1 O papel dos sindicatos e a negociação coletiva	84
3.3.2 Condições que podem ser negociadas	86
3.4 Dispensa Coletiva e Poder Judiciário.....	89
3.4.1 O controle das dispensas coletivas pela Justiça do Trabalho.....	89
3.4.2 Casos relevantes ocorridos no Brasil.....	91
3.4.2.1 Sindipa X Usiminas	92
3.4.2.2 Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico X Amsted Maxion Fundição e Equipamentos Ferroviários S/A	93
3.4.2.3 Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região X Embraer	97
3.4.3 Conclusões sobre os casos	101

PARTE III - EFETIVIDADE.....	104
4 PROPOSIÇÕES.....	105
4.1 Poder Executivo.....	105
4.1.1 Ministério do Trabalho e Emprego.....	106
4.2 Poder Legislativo	107
4.3 Poder Judiciário	108
4.4 Ministério Público do Trabalho	109
4.5 Sindicatos	111
4.6 Advogados	112
5 CONCLUSÃO	113
5.1 A efetividade da proteção contra a dispensa arbitrária	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	122

PARTE I – DESCUMPRIMENTO

“o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24)

1 PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA

1.1 Introdução

A Constituição de 1988 consagrou os direitos dos trabalhadores entre os direitos fundamentais do ser humano, estabelecendo, em primeiro lugar, o direito à relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Essa proteção seria disciplinada por lei complementar, que deveria prever, nos termos da Constituição, *indenização compensatória dentre outros direitos*.

Vinte e três anos após a promulgação do texto constitucional, a referida lei complementar ainda não foi editada. Não obstante existirem algumas decisões judiciais e longa discussão na literatura a respeito da aplicabilidade imediata dessa proteção, na prática, no dia-a-dia das empresas e na vida profissional de milhões de trabalhadores brasileiros, o que ocorre sistematicamente é a consagração do direito potestativo do empregador de demitir.

A presente pesquisa tratará da proteção constitucional contra a dispensa arbitrária do empregado no Brasil. Na primeira parte, é analisada a evolução dos sistemas adotados para tutelar a relação de emprego, passando pela estabilidade decenal e pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), até chegar ao modelo proposto pela Constituição de 1988. Este modelo é examinado à luz do neoconstitucionalismo, da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e da literatura justrabalhista, levando à conclusão de que o direito constitucional está sendo descumprido.

Na segunda parte, é debatida a Convenção nº 158 da OIT, tratado de direitos humanos sobre o término da relação de emprego, que consagra, no âmbito do direito internacional, o princípio da proteção contra a dispensa imotivada. É avaliado o texto da convenção e seu histórico de ratificação e denúncia pelo

Brasil, para demonstrar que há total compatibilidade, formal e material, da convenção com a Constituição brasileira e que sua denúncia é inválida, motivo pelo qual ainda está vigente no país.

Em seguida, é tratada a questão das dispensas coletivas, que foi reintroduzida no debate jurídico nacional após episódios decorrentes da crise econômica global, iniciada no ano de 2008, tendo sido também objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho.

Na terceira parte, é apresentada a conclusão da pesquisa a respeito da efetividade da proteção contra a dispensa arbitrária, com algumas proposições que poderiam ser adotadas por diferentes órgãos. É proposta, neste trabalho, uma interpretação sistemática da Constituição, que valoriza os direitos fundamentais do homem-trabalhador.

O término dos contratos, no direito, recebe diferentes denominações de acordo com suas causas ou tipo de vontade manifestada pelas partes contratantes. Para este trabalho, interessa apenas a expressão genérica *rescisão contratual*, como costumeiramente adotada pela prática trabalhista¹, para designar a ruptura do contrato de trabalho. Assim, os termos *rescisão*, *extinção*, *cessação* ou *término* do contrato foram utilizados como sinônimos.

No direito do trabalho, existem variados termos para designar o ato de término da relação empregatícia. Cada autor adota aquela que considera mais adequada. Neste trabalho, foi utilizada a classificação mais simples, que diferencia o término por iniciativa do empregado, denominado *demissão*, e o término por iniciativa do empregador, denominado *dispensa* ou *despedida*².

Como o objeto da pesquisa é relacionado, principalmente, ao término da relação empregatícia por iniciativa do empregador, o termo *demissão* foi evitado no relatório e utilizados, como sinônimos, *dispensa* ou *despedida*.

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1125.

² SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 567.

Para entender o que significa essa proteção à relação de emprego consagrada pela Constituição, sua aplicabilidade, limites e consequências, é necessário refazer o roteiro histórico da evolução do instituto no Brasil.

1.2 Estabilidade

1.2.1 O sistema da estabilidade no emprego

O primeiro sistema de proteção à relação de emprego adotado legalmente pelo Brasil foi o da estabilidade, apesar de o objetivo principal, no momento de sua instituição, não ter sido garantir a segurança do empregado no posto de trabalho.

A estabilidade surgiu como uma forma de garantir o custeio das Caixas de Pensões - futuros Institutos de Previdência - que se formavam na época, pela contribuição dos trabalhadores associados. A permanência do trabalhador no emprego era necessária para permitir a continuidade das suas contribuições ao longo do tempo.

O instituto começou a ser delineado em 1923³, quando a Lei Eloy Chaves (Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923), que criou as caixas de aposentadoria e pensão dos ferroviários, estabeleceu que esses trabalhadores seriam considerados estáveis após dez anos de serviço.

Aos poucos, outras categorias profissionais foram sendo beneficiadas com a estabilidade: os empregados em empresas de navegação marítima, fluvial ou de exploração de portos (Lei nº 5.109, de 1926); os empregados nos serviços de transportes urbanos, luz, telefone, telégrafo, águas e esgotos (Decreto nº 20.465, de 1930); os empregados de mineradoras (Decreto nº 22.096, de 1932);

³ Antes disso, em 1917, foi proposto o Projeto de Lei n. 284-A, prevendo que após cinco anos, nenhum operário poderia ser dispensado se não tivesse cometido infração. No entanto, esse projeto não foi transformado em lei. SÚSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 667.

os comerciários (Decreto nº 24.273, de 1934); os bancários (Decreto nº 24.615, de 1934), que adquiriam estabilidade com apenas dois anos de serviço⁴.

Finalmente, em 1935, o direito à estabilidade após dez anos de serviço foi desvinculado do sistema previdenciário, sendo estendido a todos os empregados (Lei nº 62, de 05 de junho de 1935). Foram excluídos da garantia os trabalhadores domésticos e rurais.

Na Constituição de 1937, foi feita menção aos trabalhadores que tinham a estabilidade garantida pela lei (art. 137, alínea “f”) e, após vinte anos do processo de consolidação, a estabilidade foi alçada à hierarquia constitucional entre os direitos dos trabalhadores, na Constituição de 1946 (art. 157, inciso XII).

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em um esforço de sistematizar e uniformizar os direitos trabalhistas no país, promulgada em 1943, consagrou a estabilidade como mecanismo de proteção à relação de emprego contra a dispensa, estabelecendo os seus requisitos, aplicabilidade e algumas exceções⁵.

A estabilidade prevista pela CLT, que viria a perdurar efetivamente por aproximadamente duas décadas, era atingida após dez anos de efetivo serviço prestado na mesma empresa. Após esse prazo, era obstada a dispensa do empregado, a qual somente poderia ocorrer caso o trabalhador praticasse uma falta grave ou por motivo de força maior, apurados judicialmente.

Para os empregados que ainda não fossem estáveis, ou seja, que não tivessem completado dez anos de serviço para o mesmo empregador, em caso de dispensa sem justa causa, era assegurado o pagamento de uma indenização por antiguidade, calculada à razão de um mês de salário por ano de serviço ou fração igual ou superior a seis meses, com base na maior remuneração recebida pelo empregado.

Eram considerados como faltas graves os atos elencados no art. 482 da CLT, que hoje justificam a chamada dispensa por justa causa do empregado. Cometido o ato faltoso, o empregador poderia suspender o empregado e deveria,

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 694.

⁵ Não adquiriam a estabilidade os empregados exercentes de cargo de confiança, aqueles que trabalhassem para profissionais liberais, os rurais, os domésticos e os artistas.

no prazo de trinta dias, ajuizar o inquérito judicial. Cabia então ao juiz decidir se autorizava a dispensa ou determinava a reintegração do empregado, a qual, caso fosse desaconselhável, poderia ser substituída pelo pagamento em dobro da indenização por antiguidade.

Outra hipótese autorizativa da rescisão do contrato de trabalho do estável era a ocorrência de força maior, nos termos do art. 501 da CLT, que correspondia a uma situação imprevisível que afetasse a situação econômico-financeira da empresa e para a qual o empregador não tivesse concorrido. A ocorrência de força maior poderia levar, por exemplo, à extinção da empresa ou à supressão de alguma atividade. Nesse caso, o empregado recebia a indenização por antiguidade a que tinha direito. Caso o acontecimento decorresse de *factum principis*, a indenização era calculada em dobro e paga pelo ente público responsável.

1.2.2 Análise crítica do modelo

Para os empregados que atingiam a estabilidade, a garantia no emprego se tornava realidade⁶. A restrição legal imposta à despedida, que só poderia ocorrer em situações excepcionais, dava segurança para o trabalhador exercer suas atividades com a tranquilidade de que não teria o contrato rompido a qualquer momento, e, ainda, de forma desmotivada.

O empregado não ficava mais submetido às variações do mercado de trabalho, o que permitia que ele se integrasse de uma forma mais forte à vida da empresa. O empregador, por sua vez, tinha limitada a sua liberdade de contratar e despedir, ainda que existisse mão-de-obra mais barata ou qualificada, pois havia uma restrição externa legal, independente de seus interesses e necessidades de

⁶ A estabilidade representa uma segurança que não encontra similar em qualquer outra instituição do Direito do Trabalho, constituindo a mais sólida garantia que se possa dar a um empregado. SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 699.

funcionamento⁷. Assim, o instituto da estabilidade tornava mais equilibrada a relação empregatícia, valorizando a continuidade do contrato a ela subjacente.

Por outro lado, para os empregados que não alcançavam a estabilidade, já que essa exigia o decurso de um longo período de tempo, não existia proteção contra a dispensa. O empregador deveria pagar a indenização por tempo de casa, que constituía um obstáculo econômico à despedida, mas não a impedia efetivamente⁸.

O sistema criava, portanto, uma desigualdade entre os empregados, diferenciando aqueles que eram protegidos e aqueles que não eram. O prazo de dez anos de serviços prestados ao mesmo empregador era atingido por um percentual muito baixo de trabalhadores, em virtude de dispensas anteriores, obstativas ou não⁹. Os empregados não estáveis ficavam mais sujeitos às oscilações da economia e do mercado de trabalho.

Outra falha observada no sistema de garantia no emprego era que o legislador brasileiro tinha estabelecido uma estabilidade do tipo imprópria. Ao permitir que o juiz, reconhecendo uma dispensa ilegal, em vez de ordenar a reintegração imediata a substituísse pela indenização, acabou na prática por fazer com que a incompatibilidade entre empregador e empregado fosse presumida e não mais matéria a ser provada. Dessa forma, o empregado estável dispensado ilegalmente não tinha a garantia de retorno ao seu emprego, o que deveria ser a consequência preferencial do descumprimento da lei. Essa falha Luiz Werneck Vianna chamou de “corrupção do instituto da estabilidade”¹⁰.

Além disso, ocorria a chamada dispensa obstativa, por meio da qual muitas empresas, para evitar que seus empregados se tornassem estáveis, despedia-os antes que completassem o período de dez anos. Esse fenômeno tornou-se tão comum que a jurisprudência, consolidada no Enunciado nº 26 do

⁷ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 339.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 1112.

⁹ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 218.

¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. *Op. cit.*, p. 338.

Tribunal Superior do Trabalho – TST¹¹, passou a presumir ser obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançasse nove anos de serviço na empresa, determinando, nesse caso, o pagamento da indenização em dobro.

Em que pese a jurisprudência ter tentado responder à dispensa obstativa perpetrada pelos empregadores, o fez de modo tímido e conservador¹², pois deveria ter determinado a reintegração ao emprego, garantindo efetivamente a proteção que o legislador estabelecera.

Em 1935, quando foi generalizado o benefício, a estabilidade não representava grande empecilho para os empregadores. Como o mercado de trabalho se encontrava estagnado, sem exército de reserva de porte considerável, eles não poderiam se utilizar da rotatividade da mão-de-obra como um fator de lucratividade para a empresa. Porém, com um novo impulso de industrialização nos anos 50, a estabilidade transformou-se em óbice a ser removido e passou a ser tratada como uma limitação inaceitável à livre iniciativa empresária¹³.

O setor empresarial argumentava que os empregados estáveis eram menos produtivos e mais indisciplinados e que era bastante difícil comprovar a ocorrência de falta grave na Justiça. Argumentava, ainda, que representava um ônus muito grande para as empresas o valor das indenizações por antiguidade, que eram pagas em caso de dispensa sem justa causa.

Ponderavam que, dentre as hipóteses legais autorizativas da dispensa do trabalhador estável, não se incluíam os motivos de ordem econômica, financeira, estrutural ou tecnológica que afetassem verdadeiramente a vida empresarial, ainda que não chegassem a configurar força maior, no sentido estrito previsto pela CLT. De fato, a reorganização produtiva da empresa ou uma crise setorial não eram consideradas hipóteses que permitiam a dispensa do estável.

¹¹Enunciado nº 26 do TST, cancelado em 2003, com redação original de 1970: “*Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa*”.

¹²SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Op. cit., p. 127.

¹³VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Op. cit., p. 340.

Em resumo, os empregadores se insurgiam contra uma suposta rigidez contratual que ameaçava o desempenho das empresas no mercado¹⁴.

As vozes favoráveis à manutenção da estabilidade no emprego, que reconheciam a importância de um sistema de proteção da relação empregatícia, reconheciam alguns dos problemas apontados; contudo, em vez de sua extinção, propunham o aprimoramento do modelo. Assim, por exemplo, se o problema era que poucos trabalhadores atingiam a estabilidade, sugeriam que a dificuldade estava no longo período de aquisição, bastando, portanto, que fosse reduzido esse prazo¹⁵.

Não reconheciam, por outro lado, que empregados estáveis fossem menos produtivos, sustentando que se tratava de mera suposição, pois nunca fora realizada uma pesquisa sobre essa questão¹⁶.

Quanto ao entrave para o desenvolvimento das empresas, buscavam amparo no direito comparado, argumentando que a segurança no emprego não representava obstáculo ao desenvolvimento econômico e social dos países capitalistas contemporâneos¹⁷.

Ainda, quanto à manifestação de dificuldade em efetuar a dispensa do empregado estável, argumentavam que em vez da extinção do instituto, deveriam ser buscadas soluções para aperfeiçoar e tornar mais célere o Poder Judiciário e não, em nome de uma facilidade ao empregador, destruir a garantia máxima do empregado¹⁸.

Essa discussão acabou sendo superada pela implementação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Lei nº 5.107/66), sistema que foi, aos poucos, substituindo a estabilidade decenal.

Uma possível conclusão a respeito da experiência vivenciada pelo Brasil com o instituto da estabilidade é que uma empresa na qual a maioria dos empregados fossem estáveis seria melhor concebida nos marcos de um sistema de co-gestão, de modo que os trabalhadores participassem efetivamente de todo o

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 1113.

¹⁵ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição. Op. cit.*, p. 217.

¹⁶ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição. Op. cit.*, p. 217.

¹⁷ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição. Op. cit.*, p. 218.

¹⁸ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição. Op. cit.*, p. 219.

planejamento empresarial. Isso demandaria uma evolução em nossa noção de democratização dos meios de produção¹⁹.

1.3 O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS

1.3.1 O sistema do FGTS

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, instituído pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, criou um sistema de poupança de longo prazo para os trabalhadores, como alternativa ao sistema da estabilidade, tornando obrigatório, para o empregador, efetuar depósitos mensais em contas vinculadas para cada um de seus empregados, correspondentes a 8% (oito por cento) do valor da remuneração paga no mês anterior.

O novo sistema tinha sido desenvolvido para atender alguns objetivos político-econômicos da época. O governo havia criado, em 1964, o Banco Nacional de Habitação - BNH para desenvolver uma política pública habitacional, por meio de fomento aos empreendimentos imobiliários. Para aumentar o crédito disponível no BNH, a saída encontrada foi criar um tributo sobre a folha de pagamento, evitando medidas de impacto inflacionário, como a emissão de papel-moeda²⁰. Dessa forma, os depósitos mensais formariam o Fundo, cuja gestão fora atribuída ao BNH.

Contudo, seria necessário apresentar uma justificativa perante os empregadores para o acréscimo de mais esse ônus. O modelo do FGTS já previa

¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Op. cit., 339.

²⁰ PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Tesi di Dottorato presentata alla Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Roma: 2008, p. 44.

que, na dispensa do empregado, em vez de pagar a indenização por tempo de serviço, o empregador autorizaria o saque do montante depositado na conta vinculada do empregado, valor que já havia sido depositado mês a mês. Porém, como esse sistema não representava uma verdadeira vantagem para o empregador, posto que antes ele já desembolsava um valor a título de indenização, a solução encontrada foi acabar com a estabilidade, em contrapartida²¹.

Além da estratégia político-econômica da ditadura militar, havia a pressão interna do empresariado pelo fim da estabilidade, que era evidentemente contrária aos seus interesses de poder livremente administrar a mão-de-obra, contratando e demitindo empregados sem restrição.

O governo também apontou, na época, como causa para a extinção da estabilidade, o fato de que, segundo pesquisa do Ministério do Trabalho, apenas 15% (quinze por cento) dos empregados haviam alcançado a estabilidade, número que caía para 1% (um por cento) quando se tratava de empresas novas, com até quinze anos de existência. Argumentava que a estabilidade, em vez de representar uma proteção para o empregado, acabava tendo o efeito contrário, posto que as empresas sistematicamente demitiam seus funcionários para evitar que completassem o período de dez anos e alcançassem a estabilidade²².

A esses motivos, foi somada outra razão para a criação do FGTS. Era um momento de abertura do país ao capital estrangeiro, no qual prevalecia a ideia de que deveria ser facilitada a sua introdução na economia nacional. Deviam ser retirados todos os obstáculos existentes, entre eles o direito dos trabalhadores à estabilidade²³.

Assim, foi instituído o FGTS, no qual, inicialmente, a adesão era opcional para o empregado, apesar de ser obrigatório para o empregador efetuar

²¹ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Op. cit., p. 219.

²² CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Fazendo Justiça: a história do FGTS*. 2009, p. 12. Disponível em: http://downloads.caixa.gov.br/arquivos/fgts/relatoriosacoos/Livro40Anos_F.pdf. Acesso em mai. 2012.

²³ Para Antônio Álvares da Silva, a estabilidade não representava realmente um obstáculo para as empresas multinacionais, pois essas poderiam, simplesmente, dispensar os empregados e pagar a indenização devida. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Op. cit., p. 219.

os depósitos para todos os seus empregados. Por um período, coexistiram os dois sistemas, estabilidade e FGTS, de modo que a opção do empregado pelo regime do Fundo implicava renúncia ao direito de alcançar estabilidade após dez anos de serviços prestados na empresa.

Por outro lado, a lei estabelecia algumas hipóteses e condições nas quais o empregado poderia sacar o valor depositado na sua conta, que em linhas gerais eram: dispensa sem justa causa – hipótesena qual recebia também o valor de uma multa de 10% sobre o montante – pedidode demissão, dispensa por justa causa, extinção da atividade da empresa e aposentadoria. O saque poderia ser feito, ainda, durante o curso do contrato, para atender necessidades especiais do empregado, como por exemplo, para aquisição de moradia própria. Caso o empregado falecesse, seus dependentes recebiam o valor.

1.3.2 Análise crítica do modelo

Apesar de ter sido formalmente instituído como um sistema opcional, o FGTS acabou se tornando um verdadeiro substituto do regime de estabilidade que tinha perdurado até então.

O FGTS foi criado como um sistema opcional, pois, como a estabilidade era prevista na Constituição, não poderia ser derogada por lei ordinária. Essa opção, na prática, funcionava como um escamoteamento, para evitar que fosse exigida a liberdade sindical também para os trabalhadores. No entanto, o sindicalismo brasileiro teria perdido a oportunidade de exigir essa contrapartida²⁴.

A pretexto do aperfeiçoamento do sistema de indenização por tempo de serviço, na verdade, foi promovida uma política de liberalização do mercado de trabalho²⁵. O modelo, que conjugava a substituição da estabilidadee a inovação no sistema de indenização, visava produzir as condições de um mercado livre, em

²⁴ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil. Op. cit.*, p.339.

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 1114.

que a força de trabalho obedecesse às leis da oferta e da procura, podendo circular sem empecilhos.

O que passou a ser observado, após o sistema do FGTS ser introduzido, foi a pressão dos empregadores para que seus empregados fizessem a opção pelo Fundo. Aos novos empregados contratados era tolhida a possibilidade de escolha do regime, pois o contrato já vinha com a cláusula de opção pelo FGTS escrita. Os empregados com contratos em curso também sofreram pressão para optar retroativamente pelo fundo. Havia uma intensa propaganda oficial, que mostrava o FGTS como um sistema mais vantajoso, para estimular a opção²⁶. Só podiam opor alguma resistência aqueles que já eram estáveis.

De fato, conceder formalmente uma opção para a parte hipossuficiente de uma relação desigual como a relação de emprego, na prática mitiga esse direito. Necessitado do seu trabalho, a vontade do empregado tende a ficar submetida à do empregador. Por esse motivo, o direito do trabalho foi todo construído sobre regras de ordem pública e de direitos indisponíveis, justamente para tentar garantir mais equilíbrio à relação. Por esse aspecto, a instituição do sistema do FGTS representou um retrocesso na evolução do direito do trabalho brasileiro.

Em apenas quatro anos, aquele que deveria ser um regime opcional tornou-se a regra geral, com a adesão de mais de 70% (setenta por cento) dos empregados brasileiros²⁷. Por esse motivo, a Lei do FGTS é considerada a norma que inaugurou a onda de flexibilização dos direitos trabalhistas no Brasil²⁸.

Havia a expectativa de que o FGTS prolongasse a duração das relações de emprego, já que o empregador não precisaria mais demitir empregados temendo que eles alcançassem a estabilidade. Mas as estatísticas

²⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. *Op. cit.*, p. 47.

²⁷ CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Fazendo Justiça: a história do FGTS*. *Op. cit.*, p. 28.

²⁸ SÚSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 663.

refutaram essa ideia, pois o que se mostrou foi um grande aumento da rotatividade da mão-de-obra no mercado de trabalho²⁹.

Além da rotatividade, a livre circulação da mão-de-obra permitiu o aumento da sua exploração, com a manutenção de baixos níveis salariais, pouco acima do salário mínimo. Como não existia um salário válido para toda a categoria profissional, as empresas demitiam empregados antes do dissídio coletivo. Estes ficavam de fora do reajuste e os novos contratados não tinham direito ao valor reajustado. Os empregados, dessa forma, não conseguiam se beneficiar pelo aumento cumulativo de sucessivos dissídios³⁰.

Por um lado, no sistema do FGTS existiam mais oportunidades de saque do valor, pelo empregado, do que no sistema de indenização anterior. No sistema celetista, as hipóteses eram mais restritas e o empregado só teria direito ao recebimento da indenização por antiguidade após um ano de serviço e somente na hipótese de dispensa sem justa causa.

Mas, por outro, o valor dos depósitos mais multa de 10% era inferior ao valor da indenização por antiguidade prevista na CLT, apesar de constar da exposição de motivos da lei do FGTS que seriam iguais ou até mesmo superiores. A equivalência foi enunciada também na Constituição de 1967/69 (art. 165, inciso XIII), mas as diferenças de valor passaram a ser tão questionadas que o TST foi levado a sumular entendimento sobre o assunto, em uma interpretação conservadora, que atribuía equivalência apenas jurídica entre os sistemas e não econômica (Súmula nº 98)³¹.

Era apresentado também o argumento de que o FGTS oferecia mais liquidez, uma vez que os valores já se encontrariam depositados. O empregado

²⁹ Apenas na cidade de São Paulo, dados do DIEESE, referentes a dispensas homologadas em sindicato, mostraram que no período de 1964 a 1971, as dispensas no setor industrial passaram de 74,4% para 179,6% ao ano, mais que triplicaram no setor de transportes (83,2% para 311,8%) e comunicações (63,6% para 361,0%), duplicaram no setor de bancos (57,0% para 207,0%) e de comércio (80,0% para 212,5%). VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil. Op. cit.*, p. 346-347.

³⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil. Op. cit.*, p. 348.

³¹ O FGTS incidia sobre a remuneração mensal do obreiro, enquanto a indenização de antiguidade era calculada com base na maior remuneração contratual. Em razão dos frequentes reajustes salariais, comuns na época em virtude da inflação, a superioridade do valor dessa última era, muitas vezes, bastante significativa, tornando, assim, mais elevado o montante da indenização celetista.

não ficaria submetido, no momento da dispensa, à empresa querer ou poder pagar o que lhe era legalmente devido. Não seria necessário, em caso de não quitação, um longo processo de execução, cujo êxito dependia da existência e suficiência de bens da empresa³².

Mas, na prática, não prevalecia esse argumento, pois era comum – e ainda continua sendo – empregadores que simplesmente não efetuam os depósitos de FGTS, situação que só será contestada e, muitas vezes, constatada, ao término da relação empregatícia.

Além de o FGTS ter reduzido o custo da dispensa, o sistema de depósitos mensais diluía no tempo a despesa, o que possibilitava que as empresas transferissem esse gasto ao seu produto final. Ou seja, era reduzido sobremaneira o impacto financeiro da dispensa para a empresa. Na indenização por antiguidade a empresa arcava com uma grande soma no momento da dispensa do empregado, o que representava uma variável importante a ser ponderada, principalmente nas dispensas coletivas. A indenização funcionava como mecanismo que desestimulava, a partir de certo limite, o número de empregados que a empresa pretendia demitir³³.

De fato, com a instituição do FGTS, as empresas alcançaram as vantagens almejadas de diminuir as restrições à sua liberdade de rescindir o contrato de trabalho. O empregado poderia ser dispensado, a qualquer momento, de forma imotivada, independentemente do tempo de serviço que tivesse.

Ao contrário do que o próprio nome sugeria, o FGTS retirava a garantia de emprego dos trabalhadores ou, pelo menos, a garantia de que ela um dia fosse alcançada. Foi retirado o direito à estabilidade no emprego e substituído por uma indenização. A qualquer momento, então, o empregador poderia proceder à dispensa arbitrária de empregados optantes pelo FGTS.

³² PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. *Op. cit.*, p. 47.

³³ A indenização anterior servia de obstáculo mínimo, pelo menos para as pequenas e médias empresas. SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. *Op. cit.*, p. 220.

O FGTS representava uma espécie de seguro do contrato de trabalho. O empregador poderia dispensar livremente, tendo como única obrigação autorizar o levantamento dos depósitos e pagar a multa³⁴.

Como ressaltado anteriormente, se o instituto da estabilidade apresentava problemas, deveria ter sido aperfeiçoado e não excluído. E mesmo a instituição do FGTS, se o sistema era considerado tão interessante, poderia ter sido realizada sem substituição da estabilidade³⁵.

1.4 Aproteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária prevista na Constituição de 1988

A proteção do emprego pode ser entendida em dois níveis diferentes³⁶. No primeiro, a proteção está relacionada com a ordem econômica do país, compondo-se de medidas destinadas ao mercado de trabalho, como por exemplo, geração de novos postos, busca do pleno emprego, política salarial, formalização das relações de trabalho, etc.

No segundo nível, a proteção está relacionada com a relação jurídica formada entre empregado e empregador, que é objeto do direito do trabalho, compondo-se de medidas para garantir ao empregado a permanência no emprego, estabelecendo restrições à autonomia do empregador para dispensá-lo.

Existe corrente que defende que a garantia específica da relação empregatícia não colabora para a abertura de novos postos de trabalho, de modo que apenas os privilegiados, aqueles que já têm um emprego, são protegidos, enquanto todos os demais desempregados são excluídos. Dessa forma, entendem

³⁴ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Op. cit., p. 220.

³⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *A estabilidade do trabalhador na empresa*. Rio de Janeiro: Konfino, 1970, p. 145. SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 659-660.

³⁶ MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994, p. 15-16. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 49.

que deveriam ser criadas seguranças no mercado de trabalho e não propriamente em cada emprego³⁷.

No entanto, como dito anteriormente, tratam-se de níveis diferentes de proteção, os quais são independentes e se complementam. Ambos devem, portanto, ser preocupação do Estado. Deixar de garantir a proteção “em cada emprego” não tem repercussões positivas no mercado de trabalho e vice-versa. Logo, é importante que os dois tipos de proteção existam e sejam fomentadas.

A proteção à relação de emprego contra a dispensa é constituída de regras que limitam ou contingenciam o direito de extinguir o contrato de trabalho por ato unilateral do empregador, bem como as consequências da dispensa, tenha sido essa realizada de modo legal ou ilegal.

Entre as regras que contingenciam a dispensa do empregado, estão a concessão de aviso prévio e o pagamento de indenizações. São chamadas de proteção em sentido amplo, pois representam uma compensação pelos efeitos danosos da dispensa, mas não limitam o seu exercício³⁸. Por esse motivo, são um instrumento imperfeito de proteção.

A proteção em sentido estrito é representada pelas regras que limitam efetivamente o direito de dispensa do empregador, submetendo-o a condições específicas e restritivas, como a limitação através da exigência de motivação ou até mesmo a proibição de dispensar. Constitui o mecanismo adequado de proteção³⁹.

A Constituição de 1988 estabeleceu um novo marco da proteção contra a dispensa no Brasil, conjugando regras de proteção em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, existem as previsões de concessão de aviso prévio e de pagamento de indenização, que têm sido utilizadas como regra geral no término dos contratos de trabalho por tempo indeterminado.

³⁷ VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT*. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 7, n. 25, p. 39-48, 2008, p. 45. O autor menciona a existência dessa corrente, mas se posiciona contrariamente a ela.

³⁸ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. *Op. cit.*, p. 50.

³⁹ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. *Op. cit.*, p. 50.

Em sentido estrito, a Constituição consagrou o princípio da proteção contra a dispensa arbitrária do empregado e estabeleceu algumas estabilidades provisórias, para casos especiais.

1.4.1 Proteção em sentido amplo

1.4.1.1 Aviso prévio

É obrigatória a concessão de aviso prévio ao empregado, antes da extinção de seu contrato de trabalho, exceto em casos de falta grave. Os dispensados por justa causa perdem o direito, ante a incompatibilidade dos institutos, uma vez que a configuração da justa causa exige a imediatidade da dispensa após a ocorrência do ato faltoso.

A Constituição elenca o aviso prévio entre os direitos dos trabalhadores, proporcional ao tempo de serviço, sendo de no mínimo 30 dias. Até 2011, o dispositivo ainda não tinha sido regulamentado, de modo que era concedido sempre o prazo mínimo de 30 dias de aviso prévio⁴⁰. Em outubro de 2011, antes que o Supremo Tribunal Federal - STF julgasse mandados de injunção impetrados contra a falta de norma regulamentadora do art. 7º, inciso XXI, da Constituição, o Congresso finalmente publicou a Lei nº 12.506, dispondo sobre a proporcionalidade do aviso prévio. Pela nova lei, ficou estabelecido o prazo mínimo de trinta dias para os empregados que contem até um ano de serviço, acrescido de três dias para cada ano de serviço na mesma empresa, até o limite de sessenta dias.

⁴⁰ Diante da repetição de ações questionando a mesma matéria, A SDI-1 do TST editou, em 1997, a Orientação Jurisprudencial n. 84, dispondo que “a proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável”.

A progressão do prazo de aviso prévio foi timidamente estabelecida, uma vez que apenas empregados com vinte anos de casa atingem o último nível, com direito a aviso prévio de noventa dias. Perdeu-se a chance de fortalecer o instituto do aviso prévio como mecanismo preventivo contra as dispensas, com a previsão de um prazo maior, como era reivindicado pelos sindicatos. De todo modo, o aviso prévio, tal como previsto na Convenção, foi regulamentado após mais de vinte anos de espera e está incluído no sistema de proteção contra a dispensa.

1.4.1.2 Indenização: FGTS

O empregado dispensado sem justa causa⁴¹ recebe, ainda, uma indenização pelo tempo de serviço prestado, consubstanciada no FGTS. Além dos valores que foram depositados mês a mês pelo empregador, recebe mais 40% (quarenta por cento) sobre esse montante.

Apesar de significar um custo para o empregador na dispensa do empregado, a multa do FGTS não chega a representar um verdadeiro obstáculo à dispensa. O valor é baixo – ainda mais se forem considerados os contratos de curta duração – ou, simplesmente, não é pago pela empresa, cabendo ao empregado recorrer à Justiça do Trabalho para tentar receber seus direitos.

Como visto anteriormente (item 1.3), o FGTS foi criado para enfraquecer a proteção à relação de emprego, substituindo a estabilidade decenal. Contudo, a Constituição de 1988 trouxe uma nova concepção de garantia do emprego, prevendo o FGTS como um direito independente. Assim, na nova ordem constitucional, coexistem ambos os direitos, representando o FGTS uma espécie de seguro do empregado pelo tempo de trabalho.

⁴¹ Entre outras hipóteses de término da relação empregatícia, como, por exemplo, no contrato por prazo determinado ou na rescisão por culpa recíproca ou força maior.

As inúmeras outras hipóteses nas quais o empregado pode sacar o FGTS, que não se relacionam com a dispensa arbitrária efetivada pelo empregador – porexemplo, aposentadoria, necessidades urgentes, como doença grave, aquisição de moradia própria - demonstram sua desvinculação da proteção do emprego.

A garantia do tempo de serviço não é sucedânea da garantia de relação de emprego prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição, nem objetiva facilitar a despedida. Seu objetivo e natureza não podem ser mais os de proteger o empregado despedido dos malefícios do desemprego, mas sim uma espécie de patrimônio individual do trabalhador, do qual ele pode dispor em várias hipóteses⁴².

1.4.2 Proteção em sentido estrito

1.4.2.1 Estabilidades provisórias

Na proteção contra a dispensa em sentido estrito, devem ser mencionadas algumas estabilidades provisórias, que já eram existentes na legislação ou nos instrumentos coletivos, e foram alçadas a nível constitucional na Carta de 1988⁴³. Assim, é vedada a dispensa:

a) do empregado candidato a cargo de direção sindical desde a sua candidatura e até um ano após o final do mandato, se ele for eleito, salvo se cometer falta grave, nos termos da lei (art. 8º, inciso VIII);

⁴²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 291-292.

⁴³ Existem também normas infraconstitucionais que estabelecem outras espécies de estabilidades provisórias, por exemplo, o empregado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo de doze meses, a manutenção de seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário (art. 118 da Lei nº 8.213/91).

b) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes (CIPA), desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato (art. 10, inciso II, “a”, do ADCT);

c) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, “b”, do ADCT).

Essas previsões expressas na Constituição levaram muitos a concluir que o constituinte não quis conceder a garantia no emprego para todos, mas apenas para aqueles discriminados no texto constitucional.

No entanto, deve ser observado o fato de que as estabilidades provisórias já existiam em nosso ordenamento jurídico, em decorrência de situações especiais que deveriam ser protegidas. Não há incompatibilidade entre essas garantias e a proteção à relação de emprego como regra geral. Ambas as formas de proteção têm objetivos diferentes e não são excludentes⁴⁴.

Essas garantias não estão ligadas diretamente à pessoa do trabalhador, correspondendo a manutenção de sua relação de emprego a uma proteção da liberdade sindical ou da maternidade, por exemplo.

1.4.2.2 Proteção contra a dispensa arbitrária: o novo modelo previsto pela Constituição

A grande inovação trazida pela Constituição de 1988, à proteção da relação de emprego, foi ter enunciado a proibição de dispensa arbitrária de empregados.

A liberdade absoluta de despedir ou a garantia plena no emprego correspondem a modelos extremos opostos, que representam apenas os interesses de empregadores ou de empregados. Os sistemas jurídicos contemporâneos, no entanto, não adotam nenhum desses modelos, mas buscam uma solução intermediária, que equilibre os interesses opostos da relação.

⁴⁴ MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. Op. cit., p. 24.

Para a empresa, o direito de dispensar funcionários é, até certo limite, necessário. Muitas vezes a diminuição de pessoal é imprescindível para sua reorganização financeira ou produtiva. Em outras, motivos ligados à pessoa do empregado, como, por exemplo, sua adaptação ao ambiente da empresa, tornam difícil sua permanência no posto de trabalho.

O empregado, por sua vez, tem interesse na continuidade do contrato de trabalho ou, pelo menos, interesse em alguma forma de garantia do seu emprego. Além do interesse individual, há também o interesse social na tutela da relação de emprego.

Diante dos interesses conflitantes, impõe-se a intervenção do Estado para estabelecer um sistema de proteção contra a dispensa do empregado que, ao mesmo tempo garanta a manutenção do contrato de trabalho e não restrinja além do necessário a autonomia da empresa.

Desse modo, cabe ao direito reconhecer essa realidade e apontar uma solução que conjugue a livre iniciativa e o valor social do trabalho. Essa solução, se por um lado, não pode ser a estabilidade total do empregado, por outro, também não pode ser a liberdade total da dispensa.

A tendência do direito comparado, seguindo a legislação da Alemanha, é de estabelecer a nulidade da despedida arbitrária⁴⁵. A legislação a respeito da rescisão do contrato de trabalho evoluiu de regras sobre períodos de aviso prévio e indenizações, passando a estabelecer como centro jurídico o requisito de justificação por parte do empregador. Assim, garante-se o emprego, permitindo a despedida do trabalhador apenas se existir uma causa justificada para o término da relação empregatícia.

A partir da pesquisa de direito comparado, da Convenção nº 158 da OIT – a qual também foi inspirada pela síntese dos sistemas adotados em diversos países – e da literatura trabalhista, chega-se à conclusão de que o Brasil também estabeleceu o mesmo conceito de nulidade da dispensa arbitrária.

⁴⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 702.

De início, pode ser depreendido do texto do art. 7º, inciso I, da Constituição, uma restrição ao direito do empregador de dispensar o empregado fora dos casos de justa causa. Na hipótese de cometimento de falta grave pelo empregado, nos termos do art. 492 da CLT, está autorizada a sua despedida imediata. Em todas as outras hipóteses, fica obstada a dispensa arbitrária do empregado.

Isso significa que o procedimento que tem sido adotado no Brasil para efetuar a dispensa do empregado sem justa causa é inconstitucional. A total liberdade em por término à relação empregatícia, considerando, como dito anteriormente, que as garantias do aviso prévio e do FGTS são apenas limitativas e não impeditivas, não se coaduna com a proteção que foi prometida pela Constituição.

A dispensa não arbitrária e, portanto, autorizada por nosso ordenamento, seria aquela na qual o empregador apresenta previamente o motivo ou a causa pela qual deseja terminar a relação empregatícia. Essa causa pode estar ligada à pessoa do trabalhador ou às necessidades de funcionamento da empresa, mas deve ser relevante e socialmente justificável.

Esse conceito é bastante similar ao que está disposto no art. 165 da CLT, quanto à restrição para dispensa do empregado representante na CIPA: *“os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”*.

Dessa forma, qualquer dispensa realizada fora dessas regras é inaceitável, podendo ser chamada de arbitrária, injustificada ou imotivada. A consequência da dispensa arbitrária é a nulidade do ato, sendo devida a restituição das partes ao seu estado anterior, ou seja, a reintegração do empregado.

O entendimento predominante hoje é de que o valor do FGTS, acrescido de 40%, caracteriza a indenização compensatória pela perda arbitrária do emprego. No entanto, a Constituição não admite a dispensa arbitrária, de forma que essa não pode ser compensada com o valor monetário. Além disso, como

visto anteriormente, o FGTS se tornou um direito independente da garantia de emprego na Constituição. Portanto, a indenização prevista no art. 10, inciso I, do ADCT, deve corresponder à compensação devida pela dispensa do empregado sem justa causa, que *não seja arbitrária*, visto que esta última é proibida constitucionalmente.

Resta identificar os critérios para a efetivação desse direito constitucional do trabalhador, tendo em vista sua necessária e possível aplicação imediata.

1.4.3A importância da proteção da relação de emprego

A liberdade na organização da mão-de-obra é um fator importante para as empresas. De fato, quanto menos restrições, menos amarras, menos legislação incidindo sobre essa matéria, tanto melhor para elas. A facilidade da dispensa entra nessa ordem de ideias como uma necessidade imperiosa no sistema empresarial. Basta ver que, seja qual for o motivo para a queda de lucros da empresa, a primeira medida que costumam tomar é a demissão coletiva de empregados, sob o argumento da contenção de gastos⁴⁶. Essa é a lógica empresarial, que não poderia ser outra: o lucro tem que ser mantido a qualquer custo; se cai a receita, deve-se diminuir o custo, tomando a medida mais rápida e fácil para atingir esse objetivo: cortar na folha de pagamento.

A reestruturação produtiva que levou as empresas do modelo taylorista-fordista para o modelo toyotista exige fatores de produção bastante flexíveis, aptos a serem adaptados às necessidades momentâneas da empresa, ditadas pelo mercado. Nesse contexto, os empregados são vistos também como fatores da

⁴⁶Um exemplo: *Gol informa demissão de 190 tripulantes*. Folha de São Paulo. 01/06/2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1098859-gol-informa-demissao-de-190-tripulantes.shtml>> Acesso em: jun. 2012. “A Gol deu início a um agressivo plano de redução de custos depois de amargar um prejuízo de R\$ 710 milhões no ano passado. (...) *As demissões na empresa devem chegar a mil*. Desde o início do ano, a companhia aérea já havia cortado 500 vagas --demitiu 1.200 e contratou 500. Desse total, 205 são tripulantes (pilotos e comissários). Em um comunicado aos tripulantes, a diretoria de operações da companhia justificou os cortes argumentando sobre a necessidade de adequar a competitividade e a rentabilidade da empresa a um ‘novo cenário no ambiente econômico’”.

produção e, portanto, deve-se permitir o seu deslocamento livre e desembaraçado.

Os motivos pelos quais as empresas demitem funcionários que não sejam ligados à pessoa do trabalhador são variados. Podem decorrer da necessidade de, em momento de estagnação econômica, demitir para manter a margem de lucro. Podem decorrer das necessidades adaptativas que o mercado exige, como na reestruturação produtiva e no enxugamento da empresa (*downsizing*), o que leva à aquisição de tecnologia, à demissão de funcionários mais antigos e mais caros para contratação de mão-de-obra mais barata, entre outras razões.

A atual desproteção à relação de emprego, introduzida pelo sistema do FGTS, além de representar mais os interesses dos empregadores e menos os dos empregados, tem ainda um lado perverso.

O desemprego torna-se estratégico para o empregador. Ele fortalece seu poder diretivo na medida em que semeia a insegurança. A empresa precisa aumentar a produtividade e reduzir os custos, por isso exige maior rendimento dos trabalhadores. Isso só pode ser feito de duas formas: cooptá-lo oferecendo melhor salário, mais status, segurança, o que é caro, portanto se limita aos altos empregados; ou atemorizá-lo, ainda que silenciosamente, de preferência com o fantasma do desemprego⁴⁷.

Para o empregado, a perda do emprego representa a perda imediata da fonte de subsistência sua e de sua família, uma vez que desprovido dos meios de produção, ele depende da venda de sua força de trabalho para sobreviver. O trabalho ainda representa parte de sua condição humana, e por esses motivos, ele não pode ser tratado como um componente descartável da produção, quando não trazer mais vantagens ao empregador⁴⁸.

⁴⁷ “No primeiro caso, há um ‘faça, pois você ganha’. A estratégia é a sedução. Já no segundo, há um ‘faça, ou você perde’ que pode significar mais tarde um ‘perca, mesmo tendo feito’. A estratégia é o medo”. VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT*. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 7, n. 25, p. 39-48, 2008, p. 43.

⁴⁸ SENA ORSINI, Adriana Goulart de. *Trabalho e desemprego no contexto contemporâneo: algumas reflexões*. Revistado Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, 29 (59): 99-128, Jan./Jun.99, p. 100.

Uma vez despedido, o empregado recebe o seguro-desemprego, que lhe garante o sustento por certo período de tempo, e, provavelmente, acaba sendo recontratado em outra empresa, tendo em vista a atual estabilidade da economia brasileira. As altíssimas taxas de desemprego, que assolavam o país na década de 1990, reduziram-se nos últimos anos, tendo o mercado de trabalho se beneficiado do crescimento econômico do país⁴⁹.

No entanto, regra geral, o trabalhador não se favorece com a sucessão de contratos. A alta taxa de rotatividade provocada pela livre dispensa de empregados impede que o trabalhador se integre verdadeiramente à vida da empresa e construa uma carreira profissional. Tem repercussões econômicas, porquanto ele deixa de auferir o acúmulo de direitos e benefícios caso seu contrato se prolongasse no tempo dentro da mesma empresa. Contribui, também, para formar uma mão-de-obra carente de especialização.

A perda do emprego traz consequências psicológicas para o empregado. É uma supressão de sua identidade, pois ele deixa de ser o marceneiro, o atendente, o telefonista, para ser, ainda que durante certo tempo, o desempregado. Isso prejudica suas relações sociais, reduz sua auto-estima e, em última análise, pode até mesmo provocar doenças.

A dispensa pode ser considerada uma forma de captura da subjetividade do trabalhador, que gera medo, agonia e dor, uma vez que ele é considerado apenas mais um fator da produção no sistema capitalista, cuja finalidade única é produzir novas mercadorias e valorizar o capital, sendo facilmente descartado e substituído⁵⁰.

A facilidade da dispensa por ato unilateral do empregador, de um lado, potencializa seu poder diretivo sobre os trabalhadores e, de outro, para a coletividade que ainda se mantém empregada, possibilita a precarização das condições de trabalho. Especialmente, considerando as exigências que são impostas nos contratos de trabalho contemporâneos.

⁴⁹Dados de maio de 2012 do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged), do Ministério do Trabalho e Emprego, apontam que o índice de desemprego se encontra na faixa dos 5,8%, menor percentual da série histórica iniciada em 2002.

⁵⁰MARQUES, Fernanda Antunes. *Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhador*. Op. cit., p. 24.

A assimetria da relação empregatícia e a oposição de interesses de empregados e empregadores tornam imprescindível a intervenção e regulamentação da matéria por parte do Estado.

1.4.3.1A proteção da relação de emprego e o acesso à justiça

O texto constitucional revela uma ordem de princípios e regras que deve ser interpretada sistematicamente. A exegese constitucional moderna não admite que os dispositivos sejam interpretados isoladamente, sob pena de malferir os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil.

Os direitos constitucionais trabalhistas também devem ser compreendidos dentro desse projeto de Estado Democrático de Direito, elaborado pelo constituinte originário. Assim, em primeiro lugar, protege-se a relação de emprego, com a garantia de que não haverá dispensa arbitrária. São elencados os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e seu direito de ação caso esses sejam violados. Estabelece-se também o prazo após o qual tais direitos prescreverão.

Esse conjunto pensado pelo legislador constituinte originário, fruto de muito debate, faz sentido se mantida a eficácia de todos os dispositivos. Em outras palavras, a prescrição de direitos trabalhistas e o prazo para propositura da ação só são aceitáveis na medida em que garantida a proteção da relação de emprego⁵¹.

No entanto, com justificativa na inexistência da lei complementar para regular a matéria, nega-se a eficácia plena e imediata ao inciso I do art. 7º da

⁵¹SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, v. 39, n. 38, p. 157-163, dez. 2010, p. 157-158. VIANA, Márcio Túlio. *Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jun. 2008.

Constituição, mas reconhece-se rotineiramente a prescrição dos direitos do trabalhador. Não se garante uma proteção efetiva da relação de emprego mas se admite a perda de direitos pelo decurso do tempo, aviltando a interpretação sistemática que deveria ser dada à Constituição.

No direito civil, a prescrição é um instituto clássico cujo objetivo é assegurar a estabilidade das relações sociais. Caso o credor, dentro do prazo permitido, não defenda o seu direito, sua inércia é entendida como uma forma de renúncia, a qual o instituto consolida. A inércia do credor já faz presumir que a relação se estabilizara subjetivamente, no modo de sentir das partes; a prescrição não faz mais do que lhe dar efeitos objetivos e permanentes.

Por outro lado, se a inércia é o critério de aplicação da prescrição de direitos, ela só pode ser considerada justa se o credor pôde livremente optar por ela. Assim, o direito civil reconhece que ela não corre em situações nas quais as pessoas tolhidas em seu acesso à Justiça, especialmente na constância de relações que estabelecem alguma forma de hierarquia ou poder de um lado sobre o outro. Assim, o art. 197 do Código Civil, estabelece que não corre a prescrição entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

As mesmas considerações e implicações do direito civil poderiam ser aplicadas no direito do trabalho, caso este garantisse a relação de emprego. No entanto, a ausência de efetividade desse direito impossibilita o real acesso à justiça dos trabalhadores e a prescrição acaba assumindo o caráter de pena, que é evitado no direito civil.

O princípio da proteção se justifica pela existência do inegável poder social que o empregador exerce sobre o empregado. Todo o direito do trabalho contemporâneo se organiza em torno dessa constatação, elaborando uma rede de proteção ao trabalhador hipossuficiente, tentando amenizar a desigualdade da relação⁵².

⁵²VIANA, Márcio Túlio. *Os paradoxos da prescrição*: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jun. 2008.

A relação essencialmente desigual é potencializada pelo nosso sistema justralhista atual que admite o direito potestativo do empregador de romper o contrato de trabalho de forma unilateral e imotivada.

Assim, na constância da relação de emprego o trabalhador encontra-se constrangido a exercer qualquer ato que coloque em risco o seu emprego. Não reivindica seus direitos e não aciona o Poder Judiciário. É falacioso afirmar que a pretensão ao pagamento de qualquer verba trabalhista pode ser exercida durante o curso da relação de emprego. Pode não existir obstáculo jurídico para se fazer valer o direito, mas existem obstáculos materiais, já que o trabalhador pode ser levado a não exercitar o seu direito pelo mesmo motivo que muitas vezes o leva a renunciá-lo: temor da dispensa. O empregado não pode exigir com firmeza que a lei seja cumprida. Enquanto empregado, ele não procura a Justiça.

Sem a efetividade da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária, está-se a legitimar um sistema perverso, no qual, segundo o termo utilizado por Márcio Túlio Viana, o trabalhador se faz *cúmplice involuntário da perda de seus direitos*⁵³.

O poder diretivo do empregador atinge a própria norma trabalhista, pois ele escolhe como, quando, onde, se e quanto quer utilizá-la. E o empregador se submete à violação de seus direitos, que acabam sendo negados definitivamente pela declaração de prescrição.

A possibilidade de ser despedido arbitrariamente impede o acesso à justiça até a perda do emprego⁵⁴. No nosso sistema, o credor fica nas mãos do devedor. A lei produz efeito oposto ao que pretensamente buscou.

A leitura que diz ser inaplicável a proibição de dispensa injustificada, mas permite a prescrição dos direitos trabalhistas no curso do contrato de trabalho transforma, indevidamente, a Constituição em instrumento legitimador das práticas lesivas ao patrimônio jurídico dos trabalhadores, a favor dos descumpridores da legislação trabalhista.

⁵³VIANA, Márcio Túlio. *Os paradoxos da prescrição*: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jun. 2008.

⁵⁴ Até a perda do emprego pode não ser suficiente para viabilizar o acesso à Justiça. Listas negras. Possibilidade de um telefonema ou carta de recomendação.

É contraditório propor valorização social do trabalho, apregoar a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e, ao mesmo tempo, permitir a agressão sistemática de direitos durante o curso da relação de emprego, legitimada pela impossibilidade concreta de reação dos trabalhadores, sem a proteção contra a despedida arbitrária e tornada definitiva pelo pronunciamento da prescrição. O empregado tem o direito indisponível, mas não o reclama, trocando-o pela permanência, precária, no emprego.

A prescrição é um modo muito sutil que se adequa às flexibilizações do mundo do trabalho. É instrumento historicamente consagrado e aceito, passa a ideia de segurança e estabilidade, é descrita, esmiuçada, classificada, mas raramente criticada. Surge como um dado já posto, uma premissa inquestionável.

Logo, a primeira conclusão é que, existindo a prescrição de direitos trabalhistas, o empregador não tem o direito de fazer cessar o vínculo sem uma motivação suficiente e juridicamente válida. A ordem constitucional vigente impõe ao empregador um dever fundamental, o dever de motivar o ato de cessação da relação de emprego, por sua iniciativa.

A partir do momento em que for garantida realmente a proteção, será razoável que durante a execução do vínculo haja um prazo para que a parte exerça suas preensões, a fim de que seja resguardada a paz social, principal argumento para a existência do instituto da prescrição.

A segunda conclusão é que enquanto não for efetivada a proteção, não é possível falar em prescrição no curso do contrato. Se fosse difundida essa ideia de que a prescrição não pode correr na vigência do contrato de trabalho, provavelmente seria forçada a regulamentação do art. 7º, inciso I, da Constituição.

Essa é uma medida remediadora, que não ataca a fundo a questão. O foco principal deveria ser a efetividade da proteção à relação de emprego que a Constituição prometeu aos trabalhadores. O empregado poderia defender processualmente seus direitos, sem ser por isso demitido. A medida, se não corrobora a renúncia de direitos trabalhistas, favorece o impedimento do acesso à justiça durante a vigência do contrato.

Mas o acesso à justiça não deve ser entendido apenas como direito de ação perante o Poder Judiciário. Existe uma dimensão material do acesso à justiça que também fica impedido nas relações de trabalho⁵⁵. O empregado não é livre para discutir seu contrato ou para exigir direitos. Em vez de se criar um campo fértil para a discussão dos problemas entre empregado e empregador, democraticamente, dentro da empresa, com métodos extrajudiciais e participação do sindicato, resolução de conflitos promotora de cidadania, está-se retendo a conflitualidade e lançando-a no futuro toda para o Poder Judiciário.

A falta de proteção atinge, ainda, o direito coletivo, na medida em que o trabalhador passa a temer o sindicato e a fugir da greve. Desarticula-se o movimento social que seria capaz de se contrapor à força empregatícia e que tem papel importantíssimo na efetividade do acesso à justiça.

1.4.4 Aplicabilidade da proteção contra a dispensa arbitrária

1.4.4.1 O paradigma do Neoconstitucionalismo

A doutrina que orienta o direito constitucional hoje reflete o amadurecimento resultante das transformações pelas quais passou o Estado, junto ao reconhecimento de gerações ou dimensões de direitos. Surgido no início do séc. XXI, o neoconstitucionalismo busca garantir a eficácia da Constituição, como norma máxima de validade de todo o sistema jurídico, pautado principalmente pela concretização dos direitos fundamentais⁵⁶.

⁵⁵ SENA ORSINI, Adriana Goulart de. *Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul/dez 2007, p. 109.

⁵⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 239. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 35.

Luís Roberto Barroso⁵⁷ aponta como marco histórico do neoconstitucionalismo a consolidação do Estado Constitucional de Direito, ocorrida no Brasil principalmente a partir da redemocratização. Como marco filosófico, aponta o pós-positivismo e, como marco teórico, aponta o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A Constituição não tem mais apenas a função de limitação do poder do Estado, mas assume papel central no sistema, carregando também um conteúdo axiológico. Estabelece valores, opções políticas e direitos fundamentais. No paradigma do neoconstitucionalismo, esses preceitos não são considerados retóricos, devem ser efetivados e o desafio é encontrar os mecanismos que tornem isso possível. Dentre esses mecanismos, sobleva o papel do Poder Judiciário como garantidor da aplicabilidade das normas constitucionais⁵⁸.

A força normativa da Constituição reside no fato de que ela não é apenas expressão da realidade de cada momento, mas, dotada de imperatividade, pretende ordenar essa realidade política e social. A Constituição tem existência própria e pretende realizar o estado por ela normatizado⁵⁹. Por isso, tanto a lei quanto o poder público devem estar em consonância com o seu espírito.

A interpretação constitucional deve ser feita de forma sistemática, compreendendo, no conjunto, o sentido de seu conteúdo normativo, valorizando-o, otimizando-o, dando-lhe a maior eficácia possível, de acordo com as condições históricas de determinada sociedade⁶⁰.

Assumida a soberania da Constituição, os demais ramos do direito também passam a refletir o seu conteúdo. Na interpretação conforme a Constituição, ela representa o fundamento de validade de todas as normas,

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista Consultor Jurídico, abr. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil. Acesso em: mai. 2012.

⁵⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61 e 80.

⁵⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 65.

⁶⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. *Op. cit.*, p. 69.

garantindo a unidade do ordenamento jurídico. Todo o direito passa a ser interpretado à luz das regras constitucionais.

A Constituição de 1988 instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito no qual a dignidade da pessoa humana é o princípio-matriz⁶¹. Como aponta o seu preâmbulo, busca assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias.

A enorme carga valorativa trazida pela Constituição proporciona uma verdadeira mudança de perspectiva para o direito privado. Ao expressar essa ordem de valores, a vida privada não passa mais a ser regulada apenas pelo caráter patrimonial, mas também pela realização do desenvolvimento do ser humano que convive em sociedade. Fala-se, portanto, em uma despatrimonialização do direito civil, como consequência da sua constitucionalização⁶².

1.4.4.2 O trabalho na Constituição

Após a consolidação dos direitos individuais, o reconhecimento de direitos sociais foi um imperativo na passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Esses direitos, chamados de segunda geração ou segunda dimensão, entre eles o direito do trabalho, inscritos pela primeira vez, no Brasil, na Constituição de 1934, refletiam a necessidade de um Estado prestacionista, intervencionista e realizador da chamada justiça distributiva⁶³.

A Constituição de 1988 incluiu os direitos sociais entre os direitos e garantias fundamentais do homem. Ao elencar os fundamentos da República,

⁶¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. Op. cit., p. 52.

⁶² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. Op. cit., p. 53.

⁶³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. Op. cit., p. 52.

além do mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, no inciso seguinte do art. 1º, dispôs os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A Constituição afirmou, ainda, que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, na busca da justiça social. Ao enunciar os princípios, menciona a propriedade privada, a livre concorrência, e a livre iniciativa, ao lado da função social da propriedade, da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego. Afirma também ser o primado do trabalho a base da ordem social, que tem por objetivos o bem-estar e a justiça sociais.

Aponta, assim, a nossa lei fundamental para a necessidade de se buscar uma harmonização, um equilíbrio entre os interesses dos cidadãos, de modo a garantir que todos possam exercer os direitos constitucionalmente assegurados. Admite-se a propriedade privada, mas essa deve cumprir sua função social; respeita-se a livre iniciativa, mas ao mesmo tempo valorizando socialmente o trabalho humano. A enunciação de conceitos aparentemente contraditórios mostra que se pretende, na verdade, a conciliação dos interesses dos trabalhadores e das empresas.

Como visto, o neoconstitucionalismo sustenta que, tendo como norte a dignidade da pessoa humana deve-se buscar a máxima efetividade da Constituição, executando o projeto de Estado e de sociedade por ela proposto. Assim, deve ser buscada a concretização do direito ao trabalho digno, como direito fundamental do homem⁶⁴. Se é um valor insculpido na Constituição, a sua força normativa exige que há de ser garantido e não apenas enunciado.

O trabalho digno é fator da construção da identidade social do homem. O fim ético do trabalho não deve ser sobreposto pelo seu fim econômico, que reconhece o homem apenas como instrumento do processo produtivo.

O reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador torna necessária a intervenção do Estado para dar-lhe condições materiais e não apenas formais de exercer seus direitos sociais em plenitude.

⁶⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 51.

1.4.4.3 Aplicabilidade da norma relativa à proteção da relação de emprego

No que concerne aos direitos dos trabalhadores, a Constituição estabeleceu, em primeiro lugar, a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ela tem sido consagrada em inúmeros países e também nas normas da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Como se mostrará adiante, essa proteção é indispensável por vários motivos. Em todo o contexto exposto de valorização do trabalho, a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária aparece como norma carente de aplicabilidade. A forma como a dispensa é tratada hoje está longe de corresponder à promoção da dignidade do homem-trabalhador que a Constituição apregoa.

Como visto, o neoconstitucionalismo exige que seja dada à Constituição uma interpretação que lhe garanta a máxima efetividade e isso não vem sendo feito em relação à proteção do emprego. Tem sido feita a opção por uma interpretação restritiva, entendendo a proteção como uma espécie de norma programática, que não configuraria um direito subjetivo de eficácia imediata.

Contudo, André Ramos Tavares⁶⁵ esclarece, quanto às normas programáticas, que existem duas categorias: as normas inalcançáveis, que jamais passam de programáticas e as normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis. Segundo o autor, as primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, como objetivos a serem alcançados a longo prazo, enquanto as segundas precisam ser cobradas do Poder Público.

A proteção à relação de emprego se encaixa na segunda categoria, que deve ser cobrada do Poder Público. Ela não representa um objetivo a ser alcançado a longo prazo, mas uma necessidade premente do trabalhador e que reúne todas as condições de ser implementada imediatamente.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

Negar isso é dar à relação de emprego o que Marcelo Neves⁶⁶ chama de constitucionalização simbólica: abrandar-se um conflito político interno incluindo na Constituição uma matéria aparentemente progressista, que satisfaz os dois lados, mas cuja execução é dilatada no tempo, transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente.

É discutida na literatura trabalhista o grau de aplicabilidade da norma referente à proteção da relação de emprego. Como o art. 7º, inciso I, menciona a edição de uma lei complementar, foram iniciados grandes debates acerca de sua eficácia, quando do advento da Constituição de 1988.

Para alguns autores⁶⁷, o art. 7º, inciso I, da Constituição, ao remeter a regulamentação da proteção à lei complementar, seria uma norma não auto-aplicável, enquanto não promulgada essa lei, valendo por enquanto, a regra do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que majora a multa sobre o FGTS para 40% (quarenta por cento).

A edição da lei complementar, para essa corrente, é imprescindível para delinear os contornos dessa proteção. O art. 7º, inciso I, ao exigir a lei complementar, está a impor a regulamentação do preceito para a aquisição de plena eficácia⁶⁸.

Regra geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia⁶⁹. Não há nenhuma norma constitucional isenta de vigência, nem mesmo as programáticas. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por ela visados⁷⁰. Ao defender o contrário, corre-se o risco de permitir que qualquer norma seja classificada como programática, para justificar a sua falta de executoriedade.

A lei complementar tem a função de integrar a norma constitucional para que realize sua finalidade específica. Muitas matérias são enunciadas na

⁶⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 42.

⁶⁷ RAMOS, Saulo. *Parecer a consulta formulada pela FEBRABAN*. São Paulo: mai. 1996, p. 25-26. No julgamento da ADIn. 1480, o STF concluiu que o art. 7º, inciso I, da Constituição é norma de eficácia limitada, de modo que a proteção nela referida dependia de regulamentação por lei complementar para que pudesse ser aplicada às situações concretas.

⁶⁸ RAMOS, Saulo. *Parecer a consulta formulada pela FEBRABAN*. *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. *Op. cit.*, p. 199.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120.

Constituição em linhas gerais, assim, quando um determinado preceito constitucional é incompleto, torna-se necessária a sua complementação para definir detalhes que não cabem no texto maior.

É possível dizer que a plena vigência do dispositivo constitucional, dependente de complementação, somente ocorre após a edição da lei integradora. A lei complementar garante, pois, a sua completa exequibilidade, mas isso não significa dizer que ela não tenha certo grau de aplicabilidade por si mesma. Não existem normas constitucionais que dependem totalmente da produção de outro ato legislativo para que possam ser aplicadas. A integração legislativa se relaciona com a sua aplicabilidade, mas com ela não se confunde.

Na classificação de José Afonso da Silva⁷¹, as normas de eficácia limitada são aquelas que dependem da emissão de uma lei integrativa infraconstitucional para que produzam todos os seus efeitos. Possuem, no entanto, certo grau de eficácia, pois têm caráter imperativo e vinculativo, interferindo o legislador ordinário tão-somente para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade. Criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem e impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos. Nesse sentido, impedem que o legislador infraconstitucional edite normas contrárias ao preceito previsto, as quais serão, desse modo, inconstitucionais. Assim, estabelecem um dever para o legislador ordinário e limitam a legislação futura, além de condicionar também a atividade da Administração e do Judiciário⁷².

Para Maria Helena Diniz⁷³, enquanto não for publicada a lei, esse tipo de norma não produz efeitos positivos, mas têm eficácia paralisante, impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem.

⁷¹ O autor divide as normas constitucionais em três categorias, de acordo com a sua eficácia jurídica: normas de eficácia plena são aquelas imediatamente aplicáveis, que não dependem de regulamentação por legislação infraconstitucional, para que possam reger as situações por elas previstas; normas de eficácia contida também são de aplicabilidade imediata, mas permitem que sua eficácia seja restringida através de um diploma infraconstitucional; e normas de eficácia limitada são aquelas que dependem da emissão de leis para que se tornem plenamente eficazes.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139 e 164.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. Op. cit., p. 117.

No que se refere às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, José Afonso da Silva afirma que têm aplicação imediata, em virtude do disposto no art. 5º, §2º da Constituição. Especificamente em relação às regras de direito social, que geralmente dependem de outra lei e, por isso se encaixam na categoria de normas de eficácia limitada, o autor defende que elas são aplicáveis até onde for possível, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Isso significa, por exemplo, que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado⁷⁴.

Segundo aponta a doutrina, os direitos individuais foram se transformando até atingir eficácia plena e imediata, fenômeno que começa a concretizar-se também em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais a partir de sua positivação constitucional. A ordem social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, como elementos sócio-ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições no Estado Democrático de Direito⁷⁵.

Impedir a realização dos direitos fundamentais sociais significa atribuir sua normatividade à lei e não reconhecer sua real força dirigente originária da Constituição⁷⁶.

Ao analisar o art. 7º, inciso I, José Afonso da Silva entende que a norma é de aplicabilidade imediata. O autor considera que a garantia do emprego nos termos da Constituição é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. À lei complementar caberia apenas determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos seus elementos (despedida arbitrária e justa causa)⁷⁷.

Da exigência constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 409.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 140.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. *Op. cit.*, p. 145.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 290.

eficácia jurídica. A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa é uma garantia constitucional dos trabalhadores, norma de eficácia plena⁷⁸.

A lei complementar não deverá surgir para tornar exequíveis os conceitos de despedida arbitrária com ou sem justa causa, mas tão somente a fim de regular a indenização compensatória, no caso de a rescisão contratual verificar-se sem a observância das limitações constitucionais⁷⁹.

O máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional, mas não impedir sua eficácia. Desse modo, a complementação mencionada pelo dispositivo diz respeito apenas aos efeitos do descumprimento do direito por ele assegurado.

⁷⁸ MARQUES, Fernanda Antunes. *Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhador*. Revista IOB: trabalhista e previdenciária, v. 21, n. 243, p. 22-41, set. 2009, p. 34. SCHMIDT, Biannka Jabrayan. *Proteção constitucional contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: protagonismo judicial na concreção do direito fundamental ao trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24. Região, n. 15, p. 121-144, 2010.

⁷⁹ MAGANO, Octávio Bueno. *Proteção da relação empregatícia*. Revista LTr, v. 52, n. 11, p. 311, Nov. 1988.

PARTE II - CAMINHO

*“Ainda assim, se o tempo pudesse voltar, é possível que o trabalhador brasileiro – também ele, tantas vezes João – hoje se identificasse bem menos com o célebre ponta-direita do que com os anônimos beques que iam caindo pelo seu caminho. Tal como estes, ele **tem medo**: de uma hora para outra, pode perder o emprego, e com ele o respeito da família, a conta no armazém, os pequenos projetos de vida e os últimos resíduos de auto-estima. No limite, pode até **ser preso por isso**.”* (VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo*: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 7, n. 25, p. 39-48, 2008, p. 40.)

2 A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

2.1 Histórico da normatização da proteção contra a dispensa injustificada na OIT

A Organização Internacional do Trabalho - OIT é uma agência especializada das Nações Unidas que tem como escopo a promoção do trabalho decente no mundo, sintetizado este conceito como um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas. O trabalho decente, entendido pelo órgão como condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável, é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho, a promoção de mais e melhores empregos, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social⁸⁰. Criada em 1919, é a única agência com uma estrutura tripartite, composta por representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores.

A OIT é responsável pela elaboração das principais normas de direito internacional do trabalho, que irão repercutir na comunidade internacional. Entre as suas competências, previstas em sua Constituição, está a formulação de convenções e recomendações⁸¹, que são votadas e aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho, órgão máximo de decisão da OIT, composto pelos representantes de cada Estado-Membro, que se reúne uma vez por ano.

⁸⁰ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna*. Brasília: OIT Brasil, 2012, p. 3.

⁸¹Além desses instrumentos, a OIT também edita resoluções e declarações. As resoluções tratam de matérias específicas, com pautas destinadas a orientar os Estados-Membros e a própria OIT. As declarações tratam de princípios gerais de direito internacional. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna*. Op. cit., p. 4.

As convenções têm como objetivo a uniformização do tratamento internacional a ser dado sobre determinada matéria. Geralmente apresentam disposições contendo regras gerais para os Estados-Membros seguirem, as quais podem ser adaptadas à realidade de cada país.

Dentre as cento e oitenta e nove convenções já editadas pela OIT, as de números 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 e 182 foram escolhidas como fundamentais⁸², o que significa que qualquer Estado-Membro, a partir do momento em que adere ao órgão internacional, se obriga a cumpri-las internamente, independentemente de as terem ratificado ou não.

As demais convenções dependem de ratificação, ou seja, do aviso formal à OIT de que o país adere ao tratado e se compromete a aplicá-lo em seu território. Cada governo tem o dever de submeter o documento à autoridade competente em seu país para apreciá-lo e decidir se o assina ou não. Geralmente as convenções passam a ter vigência internacional doze meses após serem registradas as ratificações por parte de dois membros⁸³.

As convenções visam, assim, criar obrigações internacionais para os Estados que as ratifiquem. O seu cumprimento é acompanhado pela OIT por meio de relatórios anuais encaminhados pelos Estados-Membros e o controle é exercido por meio de procedimentos de reclamação e queixa, em casos de violação.

As recomendações, por sua vez, sugerem diretrizes que podem ser adotadas para o aprimoramento das legislações internas dos Estados-Membros, em matérias que ainda não permitem a produção de uma convenção internacional do trabalho. Esses instrumentos configuram normas destinadas a orientar a ação dos Estados para que sejam alcançadas determinadas metas e antecedem a adoção das convenções sobre o mesmo tema. Para as recomendações, não existe o ato de ratificação pelos Estados-Membros.

⁸² Essas Convenções tratam das seguintes matérias: n. 87 e n. 98, sobre liberdade sindical; n. 29 e n. 105, sobre trabalho escravo; n. 100 e n. 111 sobre discriminação e n. 138 e n. 182, sobre trabalho infantil. Destas, o Brasil não ratificou, ainda, apenas a de n. 87, que trata sobre liberdade sindical e a proteção do direito sindical.

⁸³ Cada Convenção traz um dispositivo que regula a sua vigência internacional, sendo esse o padrão normalmente adotado pela OIT: vigência um ano após a ratificação por dois Estados-Membros.

O primeiro ato normativo editado pela OIT sobre a disciplina jurídica da dispensa foi a Recomendação nº 119, de 1963. Nela, começou a ser delineada a concepção de proteção contra a dispensa injustificada, a ideia de que o empregado deve ter direito a permanecer em seu posto de trabalho, salvo se o empregador tiver uma razão válida para proceder ao término da relação de trabalho. A recomendação visava, portanto, garantir a segurança do trabalhador no emprego, conciliando, ao mesmo tempo, a efetivação desse direito com a preservação de interesses da empresa e da economia nacional. Exerceu influência sobre mais de vinte países, que alteraram sua legislação e passaram a consagrar o sistema da dispensa sob controle, exigindo a justificação da ruptura do contrato de trabalho pelo empregador⁸⁴.

Somente vinte anos depois, diante das mudanças tecnológicas e das dificuldades econômicas deflagradas pelas duas crises do petróleo de 1973 e 1979, que levaram a um crescimento dos índices de desemprego em diversos países, a OIT considerou oportuno adotar novas normas internacionais atualizando o tema.

Antes de colocar em pauta a matéria, a OIT fez ampla pesquisa da legislação comparada. Identificou que, após dez anos da publicação da Recomendação nº 119, muitos países haviam adotado limitações, de diferentes tipos, à liberdade do empregador de dispensar os empregados. Dos noventa e três países consultados, quarenta e cinco⁸⁵ haviam consagrado expressamente a exigência de causa justificada para a dispensa; doze países⁸⁶ haviam instituído recursos em caso de dispensa abusiva ou injustificada e três países⁸⁷ haviam adotado como proteção a este respeito o conceito de abuso de direito; enquanto oito países⁸⁸ não exigiam motivo justificado, mas haviam criado órgãos administrativos de solução de conflitos com faculdade para impor tais exigências

⁸⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 705.

⁸⁵ O princípio foi estabelecido, por exemplo, na Alemanha, Bulgária, Congo, Cuba, Chile, Egito, Espanha, Finlândia, França, Índia, Itália, México e Noruega.

⁸⁶ Entre eles Austrália, Áustria e Bélgica.

⁸⁷ Grécia, Polônia e Suíça.

⁸⁸ Gana, Hungria, Indonésia, Irã, Quênia, Libéria, Países Baixos e Paquistão.

ou restrições e vinte e cinco países⁸⁹ não haviam imposto nenhuma limitação à possibilidade de o empregador romper o contrato de trabalho arbitrariamente, apenas haviam instituído aviso prévio e restrições específicas, como no caso das gestantes⁹⁰.

Assim, considerando que desde a adoção da Recomendação nº 119 haviam sido registradas importantes novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros, relativas à questão do término da relação de emprego, a OIT propôs a adoção de nova norma internacional, bastante influenciada pela legislação da Alemanha, de 1951⁹¹. Na 68ª Conferência, em 22 de junho de 1982, foram então aprovadas a Convenção nº 158 e a Recomendação nº 166, com trezentos e cinquenta e seis votos a favor, nove votos contra - entre eles, do Brasil - e cinquenta e quatro abstenções⁹².

A Convenção nº 158, que tem como objeto o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, consagrou o princípio da proteção contra a dispensa arbitrária: as disposições deste tratado giram em torno da determinação de que exista uma causa justificadora para o término da relação empregatícia, relacionada com a capacidade ou a conduta do empregado, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa.

Estas normas internacionais constituem uma revisão da anterior Recomendação nº 119, contendo disposições mais amplas e aperfeiçoadas, em decorrência da evolução do instituto de proteção à relação de emprego e também da noção de proteção social. O resultado da votação, majoritariamente favorável ao texto da Convenção, demonstra que os países já estavam amadurecidos para se vincularem a obrigações internacionais quanto à matéria.

⁸⁹ Entre eles, Argentina, Canadá, Estados Unidos e Irlanda.

⁹⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Terminación de la relación de trabajo: estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Informe III – Parte 4B. Ginebra: OIT, 1974, p. 17.

⁹¹ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 184.

⁹² INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Record of proceedings: International Labour Conference, 68th Session*. Geneva: ILO, 1982.

Finalmente, em 23 de novembro de 1985⁹³, entrou em vigor no plano internacional a Convenção nº 158, doze meses após ter recebido duas ratificações. A Convenção nº 158 e a Recomendação nº 166 são as normas da OIT atualmente vigentes sobre o tema.

Trinta e seis Estados-Membros⁹⁴ da OIT ratificaram a Convenção e nenhum a denunciou até o momento, exceto o Brasil, como se verá adiante. Contudo, entre os cento e quarenta e sete países-membros que não a ratificaram, vários possuem em seu ordenamento interno normas de proteção à relação de emprego, como por exemplo, Argentina e Itália⁹⁵.

2.2 Análise do texto da Convenção nº 158 da OIT

Os vinte e dois artigos da Convenção nº 158, tratando do término da relação de emprego por iniciativa do empregador, dividem-se em quatro partes: a primeira trata dos métodos de aplicação, abrangência e definições; a segunda, das normas de aplicação geral; a terceira traz disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por motivos relacionados à empresa; e a quarta parte traz disposições finais.

As disposições da Convenção, assim como de outros tratados internacionais, apresentam certa margem de flexibilidade justamente para permitir que diferentes países possam ratificá-la e adaptá-la à sua realidade social e econômica.

Quanto à sua aplicação, deve ser dado efeito às disposições da Convenção pela legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições

⁹³ Informação retirada do site da OIT. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:2538745602043748::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312303:NO. Acesso em: mai. 2012.

⁹⁴ Informação retirada do site da OIT. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:2538745602043748::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303. Acesso em: mai. 2012.

⁹⁵ Informação retirada da EPLex – Employmentprotectionlegislationdatabase. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/eplex/termdisplay.dismissReqs?p_lang=en#IT. Acesso em: mai. 2012.

sejam aplicadas por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional (art. 1).

A efetividade da Convenção, então, pode ser alcançada por diferentes métodos de aplicação, de acordo com o que for considerado mais adequado ao sistema de cada país. O texto confere a possibilidade de escolha de diferentes métodos, uma vez que existe variedade na forma como são reguladas as relações entre empregados e empregadores nos diferentes países.

A menção que o texto faz à *legislação nacional* pode levar à conclusão de que sua aplicabilidade depende da existência de lei⁹⁶. No entanto, a leitura atenta demonstra que a Convenção não exige a sua regulamentação por lei para que seja aplicada internamente, mas, ao contrário, oferece diferentes opções de métodos de integração justamente para facilitar e garantir sua efetividade e, não para obstá-la. Deixa margem, por exemplo, para o exercício da autonomia privada coletiva, sendo possível que os próprios sindicatos estabeleçam procedimentos aplicáveis às suas categorias, de acordo com as normas da Convenção. Portanto, como se verá adiante, é possível a aplicação imediata das disposições da convenção no Brasil⁹⁷.

A Convenção abrange todas as áreas da atividade econômica e todas as pessoas empregadas (art. 2.1). Dependendo da leitura, é possível concluir que estariam excluídos do seu âmbito de aplicação, no Brasil, os empregados domésticos, uma vez que não esses estão inseridos em nenhuma atividade econômica⁹⁸. Contudo, o texto é claro ao dizer que é aplicável a todos aqueles que

⁹⁶ ROMITA, Arion Sayão. *Efeitos da ratificação da convenção n. 158 da OIT sobre o direito brasileiro*. Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário, n. 5, p. 75-79, mar. 1996, p. 76. ALLY, Raimundo Cerqueira. *Garantia de emprego e a Convenção n. 158 da OIT*. Revista de Direito do Trabalho, v. 25, n. 94, p. 24-39, abr. 1996, p. 28.

⁹⁷ VIANA, Márcio Túlio (Coord.) *et al. Teoria e prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996, p. 23-24. PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. *Op. cit.*, p. 73-74. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito do Trabalho, v. 25, n. 94, p. 7-23, abr. 1996, p. 19. SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996, p. 120.

⁹⁸ VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego*. In SENA, Adriana Goulart de *et al.* (orgs.) *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. P. 481-497. São Paulo: LTr, 2010, p. 494.

estão em uma relação empregatícia; logo, não há porque excluir os domésticos com base nesse fundamento.

O texto lista as categorias de empregados que podem ser excluídas total ou parcialmente da sua abrangência. São elas: os trabalhadores contratados a prazo determinado; os trabalhadores que estejam num período de experiência; os que não tenham atingido um tempo mínimo de serviço, fixado previamente e de forma razoável pela lei (art. 2.2).

Das hipóteses expressamente excluídas pela Convenção, algumas possuem correspondência na legislação brasileira, como o contrato a prazo, para o qual não poderá ser exigida sua aplicação. A restrição em outras hipóteses depende de posterior regulamentação.

Podem ser excluídas também categorias de empregados que já possuam disposições especiais de proteção pelo menos equivalentes à prevista na Convenção (art. 2.4). E, por último, podem ser excluídas, a critério de cada país, com consulta prévia às organizações de empregados e empregadores interessadas, outras categorias com características especiais, levando em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados e a dimensão ou natureza da empresa que os emprega (art. 2.5)⁹⁹. O documento ressalta, ainda, que devem ser tomadas medidas para evitar o uso abusivo de contratos de trabalho a prazo determinado com o objetivo de desvirtuar a aplicação da Convenção (art. 2.3).

Dessa forma, a Convenção abre espaço para que cada país afaste de sua aplicação algumas categorias, mas tenta restringir as possibilidades de exclusão, exigindo que essas sejam relatadas à OIT e justificadas (art. 2.6), ou seja, permite sua adaptação às situações especiais existentes em cada país, desde que seja realmente justificável a exceção. É o caso, no Brasil, por exemplo, dos servidores públicos, para os quais já é prevista uma garantia ainda maior no emprego.

⁹⁹Talvez com base neste artigo possam ser excluídos os empregados domésticos, mas não com base no art. 2.1, como antes demonstrado.

O documento esclarece que a convenção se refere ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Não se aplica, portanto, ao caso de pedido de demissão pelo empregado (art. 3), que tem liberdade para encerrar o contrato unilateral e injustificadamente, devendo apenas respeitar o prazo do aviso prévio. Essa é uma garantia decorrente do princípio da liberdade de trabalho, que é direito fundamental do trabalhador, protegido pelas Convenções nº 29 e 105 da OIT, que tratam do trabalho forçado¹⁰⁰. A falta de simetria entre os deveres de empregados e empregadores no momento do término da relação empregatícia é justificada, ademais, pela grande diferença entre o que a perda do emprego representa para o indivíduo e o que o desligamento de um funcionário representa para a empresa. Por óbvio, para o primeiro, as consequências são muito mais graves.

O princípio básico da garantia de emprego previsto pela Convenção está consubstanciado na fórmula de justificação da dispensa: *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. 4).

De início, é imposta uma limitação ao poder patronal de despedir empregados sem uma causa justificada. Assim, de acordo com a Convenção, a relação de emprego não pode ser extinta sem que exista e seja apresentado, para tanto, um motivo. Em seguida, é estabelecido que a causa que poderá ser aceita como justificativa, deve se relacionar à pessoa do empregado – sua capacidade e comportamento – ou à necessidade da empresa.

Quais são os motivos ligados à conduta ou capacidade do empregado, assim como os motivos ligados à empresa, que justifiquem a dispensa do empregado, é algo que deve ser definido por cada legislação nacional. A partir de uma interpretação sistemática da Convenção, as hipóteses autorizativas da dispensa devem ser restritivas, tendo em vista seu objetivo de criar garantias para

¹⁰⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Terminación de la relación de trabajo: estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Informe III – Parte 4B. *Op. cit.*, p. 16-17.

o trabalhador em seu emprego. Assim, as razões devem ser realmente sérias e a dispensa deve ser inevitável.

A Convenção se limita a enumerar algumas hipóteses que não podem constituir motivo para despedida de trabalhadores. São elas: a filiação ou participação em sindicato; ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade; 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; 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; ausência do trabalho durante a licença-maternidade; ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão (arts. 5 e 6).

A proteção à relação de emprego contra a despedida arbitrária, prevista na Constituição de 1988, é consentânea com o princípio estabelecido pela Convenção nº 158. Trata-se do mesmo tipo de garantia, que busca o equilíbrio entre os interesses da empresa e do trabalhador: impede a dispensa que não seja socialmente justificada, dando segurança para o trabalhador, mas permite que o empregador rescinda contratos em caso de real necessidade¹⁰¹.

Quando os motivos estiverem relacionados com o comportamento ou desempenho do trabalhador, não deve ser terminada a relação de trabalho sem antes dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja razoável pedir ao empregador que lhe conceda essa possibilidade (art. 7).

A forma de exercício desse direito, na ausência de legislação específica, como visto, pode ser determinada por diferentes métodos, como por exemplo, pelo regulamento empresarial ou pela negociação coletiva. As hipóteses que configuram justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, previstas na

¹⁰¹ VIANA, Márcio Túlio (Coord.) *et al. Teoria e prática da Convenção 158. Op. cit.*, p. 78. PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile. Op. cit.*, p. 77. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. Revista de Direito do Trabalho*, v. 30, n. 116, p. 110-125, out/dez 2004, p. 123.

CLT, como configuram atos graves cometidos pelo empregado, podem ser encaixadas na inexigibilidade de concessão de direito de defesa.

Ao empregado que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho deve ser assegurado, também, um prazo para exercer o direito de defesa, por meio de recurso a um organismo neutro (arts. 8.1 e 8.3), papel que pode ser desempenhado pela Justiça do Trabalho, no caso do Brasil, observado o prazo prescricional de dois anos¹⁰².

Caberá a esse organismo examinar as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso e pronunciar-se sobre o término ser ou não justificado (art. 9.1). As provas devem ser apresentadas por ambas as partes, porém fica o ônus probatório a encargo do empregador, tendo em vista a dificuldade de sua produção por parte do empregado. A questão probatória também pode ser definida pela legislação ordinária, de acordo com a prática nacional (art. 9.2).

No Brasil, as regras de distribuição do ônus da prova já estão previstas nos arts. 818 da CLT e 333 do Código de Processo Civil – CPC. Assim, se em juízo o empregador alega que existiu uma razão para a rescisão do contrato, cabe a ele comprovar essa razão.

Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, o órgão responsável por analisar o recurso do empregado estará habilitado para verificar se o término foi devido realmente a essas razões. Contudo, a medida em que esse organismo estará habilitado também para decidir se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada por cada país, pelos métodos de aplicação mencionados no art. 1 da Convenção (art. 9.3).

¹⁰² Além do direito constitucionalmente assegurado de recorrer ao Poder Judiciário, poderiam ser pensadas formas extrajudiciais adequadas à resolução desse tipo de conflito trabalhista, como as Comissões de Conciliação Prévia, já previstas na nossa legislação. Aleitura da Convenção nº 158 em cotejo com a Recomendação nº 119 denota uma tendência à desjudicialização de conflitos. SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: Editora RTM, 1996, p. 186.

Essa norma reforça a necessidade de serem perquiridas mesmo as razões ligadas ao funcionamento da empresa – e não ao empregado – verificando sua existência, validade e nexos de causalidade com a dispensa¹⁰³. Desse modo, os motivos invocados não devem ser apenas apontados pela empresa, sem subsídios que os comprovem. A Convenção facultou à legislação, ainda, estabelecer a competência do órgão para analisar a suficiência dos motivos para justificar a dispensa. Isso porque o julgador pode concluir que os motivos não eram suficientes e que a dispensa poderia ter sido evitada com adoção de outras medidas pela empresa¹⁰⁴.

Quanto às possíveis consequências para o caso de o órgão responsável considerar injustificada a dispensa do empregado, preferencialmente, deve ser anulado o término e determinada a reintegração do trabalhador. Somente no caso de não considerar possível, devido às circunstâncias, ou não estar habilitado a ordenar a readmissão é que deve ser definido o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que o órgão considerar apropriada (art. 10).

No levantamento de legislação comparada, preparatório para o texto da Convenção nº 158, a OIT constatou que, em mais da metade dos países que requeriam alguma forma de justificação, a principal modalidade de reparação era a reintegração ou uma combinação de reintegração com indenização. Nos demais, somente era concedida a indenização. O relatório apresentado destacou que ao mesmo tempo em que aumentava o número de países que limitavam o poder do empregador de despedir, cada vez mais ia sendo aceita a reintegração como meio de reparação da dispensa injustificada¹⁰⁵.

Contudo, como a forma de compensação era um ponto delicado para obter a aprovação da Convenção, a OIT decidiu estabelecer a reintegração como

¹⁰³ VIANA, Márcio Túlio (Coord.) *et al.* Teoria e prática da Convenção 158. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile.* *Op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Terminación de la relación de trabajo: estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.* *Op. cit.*, p. 49-50.

alternativa de reparação, deixando mais uma vez a matéria a ser definida a critério de legislação nacional.

A OIT vem adotando a estratégia de aprovar simultaneamente uma convenção e uma recomendação sobre a mesma matéria, de modo a levar os Estados a tomarem de imediato algumas medidas, mas terem disponíveis padrões mais avançados a serem alcançados. Assim, o entendimento da OIT é que deve ser dada prioridade à reintegração, facultada a substituição pela indenização, de acordo com a realidade de cada país e as circunstâncias de cada caso¹⁰⁶.

Além do direito de ser informado sobre os motivos da sua dispensa, o texto estabelece a obrigatoriedade da concessão de aviso prévio ao empregado, exceto em casos de falta grave (art. 11), procedimento que já é adotado no Brasil.

A Convenção estabelece, também, direitos mínimos que devem ser assegurados ao trabalhador dispensado, quais sejam, indenização fixada em função do tempo de serviço e do montante do salário e benefícios previdenciários, em conformidade com a legislação e a prática nacionais. Esses benefícios podem ser excluídos em caso de término por falta grave cometida pelo trabalhador. (arts. 12.1 e 12.3). Esses direitos podem corresponder, no Brasil, ao saque do FGTS e às parcelas de seguro-desemprego, que já são garantidos ao trabalhador dispensado sem justa causa.

Os motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos costumam implicar na despedida coletiva de trabalhadores. Como a dispensa em massa tem um impacto maior e características peculiares em relação à dispensa individual, a Convenção traz uma seção dedicada a essa questão, com procedimentos específicos a serem adotados previamente pelos empregadores.

Assim, antes de proceder à dispensa por motivos ligados às necessidades da empresa, deve ser feita uma notificação aos representantes dos trabalhadores, em tempo oportuno, apresentando-lhes toda a informação pertinente, incluindo os motivos dos terminos previstos, o número e as categorias

¹⁰⁶ SCATTONE, Adriana Orsatti; FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. *Disciplina jurídica da dispensa: a Convenção n. 158 e a norma constitucional*. Revista de Direito do Trabalho, v. 25, n. 94, p. 40-48, abr. 1996, p. 45. PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. *Op. cit.*, p. 79.

de trabalhadores que poderiam ser afetadas pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos (art. 13.1.a).

Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador deve oferecer 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 para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos (art. 13.1.b).

A Convenção prevê também, nesses casos, a notificação pela empresa da autoridade competente, com um prazo mínimo estabelecido pela lei, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos (art. 14.1).

Para proteção da relação de emprego nos casos de dispensa coletiva, a Convenção foi inspirada pela lei francesa de 1975¹⁰⁷, prevendo consulta aos representantes obreiros e informação à autoridade competente. Essas medidas se justificam pelo impacto que a cessação contratual coletiva gera no quadro da mão-de-obra da região, ou do setor de atividade econômica e, também, pelas implicações sociais na comunidade de forma geral.

Em síntese, as normas previstas na Convenção nº 158 da OIT, ao consagrarem a proteção contra a dispensa arbitrária, sintetizam o processo de evolução no direito sobre o tema do término do contrato de trabalho. São regras equilibradas e suficientemente flexíveis para serem adaptadas à realidade nacional. Por isso mesmo, sua máxima efetividade, no Brasil, depende de que ela seja adequadamente interpretada em conjunto com os princípios constitucionais.

2.3 Histórico da Convenção nº 158 da OIT no Brasil

¹⁰⁷ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro. Op. cit.*, p. 10.

No Brasil, submetida pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, a Convenção nº 158 da OIT foi aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 68, em 16 de setembro de 1992. A Carta de Ratificação foi depositada junto ao Diretor-Geral da OIT em 05 de janeiro de 1995 e, doze meses depois, a Convenção entrou em vigor no país, de acordo com a regra insculpida em seu art. 16.2. Ainda em 1996, o texto foi promulgado pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto nº 1.855/1996¹⁰⁸, completando os atos legislativos necessários para incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional¹⁰⁹.

Após a ratificação e entrada em vigor da Convenção nº 158 no país, inúmeras decisões judiciais passaram a reconhecer a sua eficácia imediata e determinar a reintegração de empregados dispensados arbitrariamente¹¹⁰. Isso provocou a reação de opositores, que apresentaram diversos questionamentos jurídicos à sua aplicação, e do empresariado nacional, que se sentiu ameaçado pelo alcance do tratado.

Em seguida, a Confederação Nacional do Transporte - CNT e a Confederação Nacional da Indústria - CNI ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 1.480, perante o Supremo Tribunal Federal, arguindo a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 68 e do Decreto nº 1.855/1996, instrumentos de aprovação e promulgação da Convenção nº 158 no Brasil, respectivamente.

¹⁰⁸Para alguns autores, devido à necessidade de dar publicidade às leis para que se tornem exigíveis, a vigência interna da Convenção só teve início quarenta e cinco dias após publicação do decreto de promulgação, em obediência ao art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro*. Op. cit., p. 15.

¹⁰⁹O texto da convenção foi republicado no Diário Oficial de 26 de setembro de 1996, pois foram detectados erros materiais na primeira publicação. Porém, este fato é juridicamente irrelevante.

¹¹⁰Para ilustrar, transcrevemos a seguinte ementa: *A Convenção nº 158 da OIT, de 1982, aprovada pelo Congresso Nacional em 1982, aprovada pelo Congresso Nacional em 1992 e ratificada pelo Brasil em 05.01.1995, tem plena vigência no território nacional a partir de 05.01.1996, de acordo com os princípios do Direito Internacional e com a Constituição de 1988 que incorpora à nossa ordem jurídica os tratados internacionais (Constituição de 1988, art. 5º, §2º e Decreto do Sr. Presidente da República de n. 1.855, de 10.04.1996)*. Ac. 000257/96-A – TRT 2ª Região – j. 13.06.1996 – Juiz Rel. Floriano C. Vaz da Silva – DOE 19.06.1996.

Ao apreciar o pedido de concessão de liminar, o relator, em seu voto, analisou a questão da incorporação dos atos internacionais ao ordenamento interno, concluindo que o procedimento constitucional de aprovação pelo Congresso mais promulgação pelo Executivo fora observado; logo, a Convenção achava-se definitivamente incorporada à ordem jurídica interna. Em seguida, pontuou a precedência hierárquica da Constituição sobre os tratados internacionais, que estariam situados no mesmo plano das normas infraconstitucionais, de modo que a Convenção não poderia afrontá-la formal ou materialmente. Por fim, considerou que as disposições da Convenção tinham caráter programático e que ela não tornava obrigatória a reintegração, mas apenas conclamava os Estados a adotarem uma ou outra regra em harmonia com a legislação do país.

Assim, o voto do relator era no sentido de indeferir o requerimento;este, contudo, acabou mudando o voto para conceder a liminar, após o Min. Moreira Alves ter proferido voto pelo deferimento. Em 04 de setembro de 1997, por sete votos a quatro, foi deferida parcialmente a liminar, que suspendeu a eficácia dos diplomas normativos até decisão final da ADI. No entanto, a Convenção nº 158 foi denunciada perante a OIT pelo mesmo Presidente da República que a ratificara, por intermédio do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Por conseguinte, a Suprema Corte julgou extinta a ADI, em razão da perda superveniente do objeto, e o mérito da ação não pôde ser apreciado.

Em junho de 1997, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG e a Central Única dos Trabalhadores - CUT ajuizaram a ADI nº 1.625, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da denúncia da Convenção nº 158 pelo Brasil.

Esta ação ainda está em tramitação no STF, com alguns votos já divulgados. Os Ministros Maurício Corrêa (Relator) e Carlos Britto, em 02 de outubro de 2003, votaram pela procedência, em parte, da ação, para, emprestando ao Decreto nº 2.100/1996, interpretação conforme ao artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção nº158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz

sua eficácia plena. Votam, portanto, no sentido de que o Decreto terá sua validade garantida desde que referendado pelo Congresso Nacional.

Nessa sessão de julgamento, o Ministro Nelson Jobim pediu vista do processo. Antes de deixar o STF, proclamou seu voto, em 29 de março de 2006, julgando improcedente a ação. Houve novo pedido de vista, desta vez pelo Ministro Joaquim Barbosa.

Em 03 de junho de 2009, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu seu voto, julgando totalmente procedente a ação. Consignando a ausência de norma expressa que determine a participação do Poder Legislativo na denúncia de tratados, passou à análise do papel que o Congresso Nacional exerce historicamente na processualística dos tratados internacionais. Concluiu que o regime constitucional fortalecera sobremaneira o papel do Parlamento, de modo que a sua intervenção no processo de denúncia de tratados é imprescindível, de acordo com a sistemática da Constituição Federal. Concluiu, ainda, que seria incoerente reconhecer o tratado como lei e, ao mesmo tempo, não entender que deva ser revogado pela mesma forma que uma lei é revogada.

O Ministro pontuou que a necessidade de autorização do Poder Legislativo não esvaziava a atuação do Poder Executivo, uma vez que caberia ao Presidente da República propor a denúncia do tratado, decidir se deve ou não formulá-la, efetivamente, no plano internacional, assim como decidir sobre o momento oportuno de realizá-la.

Concluiu, por fim, que o próprio decreto legislativo exige que a matéria passe pelo Parlamento e que, pelo fato de a Convenção tratar de direitos humanos, defender a constitucionalidade do decreto significaria permitir que o Poder Executivo reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.

Para o Ministro, não é possível suprir atualmente a ausência de autorização do Congresso Nacional, pois caso prevalecesse tal entendimento, o STF poderia, por exemplo, validar uma lei complementar editada sem quórum, desde que o Legislativo corrigisse a falha. A denúncia, segundo o voto, não produz

efeitos no plano interno, pois sem o decreto válido não houve a necessária publicidade do ato. A convenção continuaria, então, plenamente em vigor.

Pendente o julgamento final da ADI nº 1.625 pelo STF, no momento, os autos se encontram no gabinete da Ministra Ellen Gracie, devido ao pedido de vista. O último andamento processual registrado em relação à ADI data de 05 de abril de 2011. Em 8 de agosto daquele ano, a Ministra se aposentou.

Em 14 de fevereiro de 2008, o Presidente da República à época, Luís Inácio Lula da Silva, encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 59, com o texto da Convenção nº 158 da OIT para apreciação. A iniciativa do Presidente foi impulsionada pelas centrais sindicais que, reunidas na Jornada Nacional de Lutas, consideraram oportuno defender a aprovação das Convenções nº 158 e 151 (sobre greve no serviço público), após ter sido garantida a recomposição do salário mínimo¹¹¹.

Em julho de 2008, a Comissão de Relações Exteriores, acatando o parecer do Relator, Deputado Júlio Delgado, opinou pela rejeição da mensagem, por 20 votos a 1¹¹². O parecer afirmava que nossa legislação trabalhista já era suficiente para proteger a relação de emprego e que a Convenção nº 158 da OIT seria prejudicial à economia e aos próprios trabalhadores, uma vez que poderia diminuir a taxa de rotatividade, por um lado, mas inibiria a geração de novos empregos, por outro¹¹³.

Em agosto de 2011, a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público também acatou o parecer do Relator, Deputado Sabino Castelo Branco, para rejeitar a mensagem, por 25 votos contra 7¹¹⁴. De acordo com o

¹¹¹ VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego*. *Op. cit.*, p. 491.

¹¹² O único voto contrário ao parecer do Relator foi do Deputado Nilson Mourão. Parecer da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, na MSC 59/2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=402870>. Acesso em: jun. 2012.

¹¹³ Parecer do Deputado Júlio Delgado, para Comissão de Relações Exteriores, na MSC 59/2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=398048>. Acesso em: jun. 2012.

¹¹⁴ Parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, na MSC 59/2008. Disponível em:

parecer, a Convenção nº 158 tornava o sistema de contratação e dispensa demasiadamente rígido, o que levaria as empresas a abrirem poucas vagas¹¹⁵.

Pela Comissão de Constituição e Justiça, em outubro de 2011, foi emitido parecer do Relator, Deputado Ricardo Berzoini, opinando pela constitucionalidade e juridicidade da Convenção nº 158¹¹⁶. A mensagem não foi apreciada pela comissão até o momento e está sujeita, ainda, à apreciação do Plenário.

Quanto ao posicionamento das centrais sindicais, as entidades mudaram de estratégia, com o objetivo de fortalecer primeiro a tese de proteção ao emprego junto à sociedade e só depois voltar a articular a ratificação da Convenção nº 158 no Congresso¹¹⁷.

2.4 Denúncia da Convenção nº 158 da OIT

Sob o argumento de que a adesão à Convenção nº 158 da OIT acarretaria ao Brasil perda de competitividade internacional, além de que a medida estaria gerando confusão jurídica, devido às conflitantes decisões dos tribunais durante o curto espaço de tempo em que teve vigência no país¹¹⁸, foi tornada pública a denúncia da convenção pelo Brasil, por meio do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Pelas regras da OIT, o tratado deixaria de vigorar

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=514993>. Acesso em: jun. 2012.

¹¹⁵ Parecer do Deputado Sabino Castelo Branco, para Comissão de Trabalho, na MSC n. 59/2008. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=512066>. Acesso em: jun. 2012.

¹¹⁶ Parecer do Deputado Ricardo Berzoini, na MSC n. 59/2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=524432>. Acesso em: jun. 2012.

¹¹⁷ VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego*. *Op. cit.*, p. 491.

¹¹⁸ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada*. Nota técnica, n. 61, mar. 2008, p. 7.

internamente doze meses após o registro da denúncia. Desde então, passou a ser questionada a validade dessa denúncia perante o ordenamento jurídico brasileiro.

A OIT estabelece, no art. 17.1 da Convenção, que todo membro que a tenha ratificado poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da sua vigência. Considerando que o prazo de dez anos deve ser contado da vigência em cada país, como a ratificação da Convenção nº 158 foi realizada pelo Brasil em 1995, a denúncia realizada em 1996, poucos meses após ter entrado em vigor, contraria as regras da OIT¹¹⁹.

No entanto, a própria OIT não tem adotado este critério e interpreta a referida regra no sentido de que o prazo começa a fluir da vigência internacional da Convenção¹²⁰. Assim, estaria autorizada a denúncia da Convenção nº 158 a partir do ano de 1995, sendo plenamente válido, perante a OIT, o ato brasileiro realizado em 1996.

Contudo, perante o ordenamento jurídico brasileiro existem outras dúvidas sobre sua legalidade. Isso porque a denúncia foi realizada por ato único do Presidente da República, sem realização de consulta prévia ao Congresso Nacional.

Desde a Constituição de 1891 - com exceção da Carta de 1937 - há a colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais. A Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 49, inciso I, que é competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. Já no art. 84, inciso VIII, dispõe que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Dessa forma, como visto, a ratificação da Convenção nº 158 seguiu esse procedimento de ratificação pelo Poder Executivo após concordância do Legislativo.

Apesar de não existir regra constitucional que expressamente disponha sobre a denúncia de tratados internacionais, a análise conjunta dos arts. 49, I e

¹¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 39.

¹²⁰ ROMITA, Arion Sayão. *A tentativa de ressuscitar a Convenção n. 158 da OIT*. Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior, v. 32, p. 9-32, 2008, p. 28.

84, VIII, leva à conclusão de que se o Congresso é o órgão competente para aprovar tratados, também o é para rejeitá-los. Se a ratificação é feita de modo conjunto, é ilógico pensar que a denúncia poderia ser levada a cabo por decisão unilateral do Poder Executivo, sem concordância do Poder Legislativo.

O Decreto Legislativo nº 68/1992, que aprovou o texto da Convenção nº 158, dispõe que quaisquer atos que possam resultar em revisão desse tratado são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional. Assim, o próprio decreto legislativo estabeleceu regra de que a denúncia deveria passar pelo Parlamento.

A Convenção nº 144 da OIT estabelece que os Estados-Membros devem se comprometer a colocar em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas aos representantes do governo, de empregadores e de trabalhadores, sobre assuntos relacionados com as atividades da agência, entre esses, sobre as propostas de denúncia de convenções ratificadas.

Essa disposição visa valorizar o tripartismo, que distingue a OIT das demais agências, instituindo que as decisões relativas ao órgão internacional sejam tomadas de forma colegiada, de modo que a estrutura tripartite seja mantida também internamente por cada país. A Convenção nº 144 foi ratificada pelo Brasil, logo, o país está obrigado a respeitar suas normas. Assim, como a denúncia da Convenção nº 158 não foi precedida de consulta aos representantes de empregados e empregadores, o ato é inválido, posto que desrespeitou o procedimento formal exigido pela OIT.

Ainda, para análise da validade da denúncia, é necessário definir a hierarquia da Convenção nº 158 no ordenamento interno. Este ponto será tratado adiante, cabendo agora apenas uma síntese. A Constituição estabelece, no art. 5º, § 2º, que aos direitos e garantias fundamentais nela previstos, podem ser agregados outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Assim, considerando que a Convenção nº 158 é um tratado de direitos humanos, suas normas têm hierarquia constitucional. A alteração das normas constitucionais deve seguir procedimento próprio, que exige a discussão e votação, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, e votos de três quintos dos

membros para aprovação. Por outro lado, os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas da Constituição, as quais não podem ser abolidas por emenda.

Ainda que não seja considerado que a Convenção nº 158 tem hierarquia constitucional, após a Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o § 3º ao art. 5º, aos tratados de direitos humanos tem sido atribuída hierarquia de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais. Portanto, por qualquer ângulo que seja analisada a hierarquia da Convenção, a sua denúncia foi irregular. Isso porque a Convenção nº 158 assegura normas fundamentais, cláusulas pétreas que não poderiam nunca ter sido objeto de denúncia tendente a excluí-las do ordenamento ou, no mínimo, porque a decisão não poderia ter sido tomada unilateralmente pelo Presidente da República. Defender a validade do decreto significaria permitir que o Poder Executivo reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos cidadãos brasileiros.

Seguindo essa linha de raciocínio, é inconstitucional o Decreto nº 2.100/1996, sendo inválida a denúncia da Convenção nº 158 da OIT. Se a denúncia foi irregular, a conclusão não pode ser outra: a Convenção nº 158 continua plenamente em vigor no Brasil¹²¹.

2.5 Constitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT

A par da discussão judicial travada sobre a ratificação da Convenção nº 158 da OIT, muita polêmica foi suscitada entre os juristas a respeito de sua compatibilidade com a Constituição de 1988.

A Constituição prevê, entre os direitos dos trabalhadores, relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária, nos termos de lei complementar.

¹²¹VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego*. Op. cit., p. 491-492. PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Op. cit., p. 99. VASCONCELLOS, Andréa. *Dispensa imotivada: análise à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 76.

A referida lei complementar deverá prever indenização compensatória, dentre outros direitos (art. 7º, inciso I). O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT prevê, ainda, que enquanto não for editada essa lei, fica limitada a proteção ao aumento da porcentagem paga pelo empregador sobre o montante do FGTS, que hoje é de 40%.

Assim, como o objeto tratado na convenção se relaciona com a previsão constitucional do art. 7º, inciso I, surgiram basicamente duas discussões, uma sobre a constitucionalidade formal e outra sobre a constitucionalidade material da Convenção: se o tratado ratificado se compatibiliza com a exigência de lei complementar para regular a matéria e se as consequências previstas no texto para o caso de dispensa arbitrária se compatibilizam com a limitação do ADCT.

As diversas posições na literatura jurtrabalhista podem ser divididas em três correntes. Para a primeira corrente, há incompatibilidade total da Convenção nº 158 com o texto constitucional. A inexistência da lei complementar, tal como previsto pela Constituição, não pode ser suprida pelo tratado, que é promulgado internamente por lei ordinária. O ADCT veda outra forma de proteção que não a indenização compensatória, isto é, a multa sobre o FGTS. Para a segunda corrente, a Convenção não é inconstitucional, mas sua aplicabilidade no país depende da edição de lei complementar. Para a terceira e última corrente, a Convenção é totalmente compatível com a Constituição, formal e materialmente e deve regular a proteção contra a dispensa arbitrária no Brasil.

2.5.1 Constitucionalidade formal

Seguindo o processo legislativo previsto na Constituição, a Convenção nº 158 foi aprovada por meio de um decreto legislativo e promulgada por um decreto, ou seja, por meio de normas equivalentes, para esse efeito, a leis ordinárias. Desse modo, surgiu a objeção de que ela seria inconstitucional, pois a matéria sobre a proibição de dispensa arbitrária deveria ser regulada por lei

complementar, de acordo com o art. 7º, inciso I, da Constituição. Ou seja, a Convenção só teria eficácia no Brasil se tivesse sido disciplinada por lei complementar, de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição.

A literatura se dividiu, então, entre aqueles que defendem a tese de inconstitucionalidade formal da convenção e aqueles que defendem sua total compatibilidade com a Carta Maior.

Para aqueles que defendem a tese da inconstitucionalidade¹²², o Brasil não poderia dar vigência a tratados sobre matéria que sua Constituição reserva à lei complementar porque eles se incorporam ao direito interno como leis ordinárias. Sea matéria objeto da Convenção nº 158 está expressamente condicionada, na Constituição, à edição da norma infraconstitucional hierarquicamente superior para ter eficácia, somente através de lei complementar poderia o tratado internacional ser incorporado ao direito interno. Nenhum outro ato legislativo poderia substituí-la, pois possui regras próprias para ser produzida e o respeito ao procedimento subordina a validade da matéria por ela regulada. A exigência de lei complementar afastaria, portanto, qualquer outra espécie de norma infraconstitucional sem essa hierarquia, como o decreto legislativo, o decreto executivo e a própria convenção internacional, que não têm tal *status*.

Contudo, existem argumentos mais fortes para defender a constitucionalidade formal da Convenção nº 158 da OIT¹²³.

É importante diferenciar o âmbito de aplicação das regras para edição de normas. A Constituição reservou a algumas matérias, consideradas de maior relevo, a sua regulamentação por meio de um processo com quórum qualificado. A promulgação de uma lei complementar depende, assim, da aprovação da

¹²²ROMITA, Arion Sayão. *Efeitos da ratificação da convenção n. 158 da OIT sobre o direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 76. MAGANO, Octavio Bueno. *Convenção 158 e indenização por despedimento*. *Síntese Trabalhista*, v. 8, n. 91, p. 113-114, jan. 1997, p. 113.

¹²³SÜSSEKIND, Arnaldo. *A compatibilidade entre a Convenção OIT-158 e a Constituição Brasileira*. *LTr Suplemento Trabalhista*, v. 32, n. 8, p. 53-55, 1996, p. 54. SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. *Op. cit.*, p. 20. VIANA, Márcio Túlio (Coord.) *et al.* *Teoria e prática da Convenção 158*. *Op. cit.*, p. 83-88. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro*. *Op. cit.*, p. 19. PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. *Op. cit.*, p. 86. VASCONCELLOS, Andréa. *Dispensa imotivada: análise à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho*. *Op. cit.*, p. 74.

maioria absoluta do Congresso Nacional. Esta exigência é dirigida ao legislador interno, no momento em que decidisse votar a lei referente ao art. 7º, inciso I da Constituição e obviamente, não ao legislador internacional. As convenções e recomendações são votadas segundo a Constituição da OIT e não segundo determinações dos Estados-Membros.

Além disso, os tratados em geral também devem seguir um procedimento constitucional para serem ratificados e internalizados na legislação nacional, procedimento que foi observado em relação à Convenção nº 158 da OIT. Não é possível dizer, pois, que a Convenção deveria ter sido aprovada com quórum qualificado, na forma de uma lei complementar, porque esse não é o procedimento previsto na Constituição.

Tampouco é possível dizer que o país não deveria ter ratificado o tratado pelo fato de existir exigência prévia de regulamentação por lei complementar. Não é razoável argumento, que exclui a possibilidade de um tratado, proveniente de órgãos internacionais reconhecidos, regular um determinado tema constitucional apenas porque no direito interno se exige lei complementar. Essa postura criaria um obstáculo à internacionalização do país, exatamente no momento em que o relacionamento entre os países se aproxima, buscando uniformizar as legislações e ampliar o reconhecimento e observância dos direitos humanos¹²⁴. Ademais, a própria Convenção de Viena do Direito dos Tratados, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, em seu art. 46, dispõe que um Estado não pode invocar violação de direito interno para deixar de se obrigar a um tratado do qual é signatária¹²⁵.

Quanto à diferença de hierarquia entre as leis infraconstitucionais, existe a corrente que considera haver hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, estando a primeira abaixo da Constituição, porém acima das leis ordinárias. A superioridade da lei complementar estaria na importância e relevo da matéria a ela reservada, pela Constituição. Neste trabalho, é adotada a teoria de que entre lei ordinária e lei complementar não há hierarquia, sendo ambas

¹²⁴SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Op. cit., p. 56.

¹²⁵SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Op. cit., p. 81-82.

espécies do gênero lei federal¹²⁶ - como mencionado no art. 105, III, “a” da Constituição. Não há fundamento para estabelecer a diferenciação de nível, primeiro porque o fundamento de validade da lei ordinária não está na lei complementar; segundo, porque a diferença é apenas de quórum, não existindo diferença entre elas no âmbito de validade espacial ou temporal; e, terceiro, porque a iniciativa de ambas cabe às mesmas pessoas ou órgãos.

Assim, não existe nenhuma incompatibilidade entre a ratificação do tratado, com a respectiva promulgação por decreto, e a exigência constitucional de lei complementar para regular a mesma matéria. A Convenção poderia, sim, ter sido ratificada e entra em vigor integrando a regra constitucional de proteção à relação de emprego contra a dispensa arbitrária. A única incompatibilidade que poderia existir seria em sentido oposto, entre uma lei complementar preexistente e o tratado ratificado.

Outro forte argumento para defesa da constitucionalidade material da Convenção nº 158 é a previsão do art. 5º, § 2º da Constituição. De acordo com esse dispositivo, os direitos e garantias fundamentais, previstos nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, integram o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e são direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Assim, as normas da Convenção nº 158 teriam hierarquia constitucional, o que põe fim à discussão sobre a necessidade de lei complementar. O cumprimento da Convenção poderia ser diretamente exigido, sem a necessidade de edição de lei.

2.5.2 Constitucionalidade material

¹²⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.368-369.

A constitucionalidade material da Convenção nº 158 da OIT também foi questionada face à limitação imposta pelo art. 10 do ADCT. Esse dispositivo prevê que, até a edição da lei complementar referida no art. 7º, inciso I da Constituição, a proteção à relação de emprego se limita ao pagamento do FGTS com aumento de 40% sobre seu montante.

Essa opção feita pelo legislador não seria, então, compatível com a Convenção, que além de indenização, fala também em reintegração no caso de dispensa comprovadamente arbitrária¹²⁷. Ao ordenar à lei complementar prever indenização compensatória, o art. 7º, inciso I, implicitamente teria proibido a reintegração. Além disso, a reintegração prevista no tratado seria um retorno ao sistema de estabilidade no emprego, o qual já teria sido excluído de nosso ordenamento.

No entanto, a Convenção demonstra claramente que a reintegração não é obrigatória em caso de dispensa imotivada, mas apenas uma das formas de reparação. O texto prevê, alternativamente, a indenização, cabendo a cada país estabelecer a sua opção¹²⁸. Essa flexibilidade tem sido adotada nas convenções pela OIT para permitir sua adaptação à diferentes realidades e sistemas jurídicos de cada país. A própria OIT interpreta a regra da Convenção nº 158 nesse mesmo sentido, de que existe flexibilidade na sanção a ser aplicada em caso de dispensa arbitrária¹²⁹.

Há, também, uma confusão de conceitos, pois a reintegração não é o mesmo instituto que a estabilidade, tal qual existiu anteriormente no Brasil. A convenção não trata de estabilidade no emprego, posto que as hipóteses nas quais é autorizada a dispensa do empregado são muito mais amplas do que aquelas previstas pelo antigo modelo brasileiro.

¹²⁷ ROMITA, Arion Sayão. *Efeitos da ratificação da convenção n. 158 da OIT sobre o direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 77. FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *A Convenção n. 158 da OIT, a Constituição e a estabilidade no emprego*. *Jornal trabalhista*, v. 9, n. 414, p. 822-825, ago 1992, p. 823. MAGANO, Octávio Bueno; MALLETT, Estevão. *O Direito do Trabalho na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 62.

¹²⁸ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro*. *Op. cit.*, p. 16.

¹²⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Terminación de la relación de trabajo: estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. *Op. cit.*, p. 49.

Resta demonstrada, portanto, a total consonância da Convenção nº 158 com a Constituição brasileira em vigor.

2.6 Hierarquia da Convenção nº 158 da OIT

A Constituição estabelece, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos 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.

Essa disposição define os tratados internacionais como fonte do nosso direito. Em conjunto com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, revela o compromisso do Estado com a adesão a pactos internacionais para ampliação de direitos fundamentais, os quais são agregados ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Permite, assim, que a Constituição seja permanentemente renovada com direitos e garantias da ordem internacional. Essas normas são incorporadas pela Constituição como se fossem direitos e garantias inscritos em momento posterior à sua promulgação¹³⁰.

Pela teoria dualista de Triepel e Anzilotti, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares. Apenas com a intermediação de um ato legislativo torna-se obrigatório, na ordem interna, um tratado internacional¹³¹. Ao prever o §2º do art. 5º, a Constituição optou pela teoria monista, possibilitando a invocação direta de tratados sobre

¹³⁰ SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Op. cit., p. 38.

¹³¹ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.121.

direitos e garantias fundamentais, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de lei para vigência interna¹³².

A proposta de redação desse parágrafo foi apresentada à Assembleia Nacional Constituinte pelo jurista Antônio Augusto Cançado Trindade. Segundo o autor, o objetivo da disposição era justamente permitir que os direitos e garantias fundamentais, previstos nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, tivessem hierarquia de norma constitucional e pudessem ser direta e imediatamente exigíveis¹³³.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe novos elementos para o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da posição que os tratados internacionais ocupam no ordenamento jurídico nacional, ao acrescentar o § 3º ao art. 5º. De acordo com o novo dispositivo, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emenda constitucional.

O Supremo Tribunal Federal – STF, que antes entendia que os tratados internacionais estavam no mesmo nível hierárquico das leis ordinárias, mudou seu posicionamento, passando a considerar que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm hierarquia supralegal, ou seja, estão acima da legislação infraconstitucional e abaixo da Constituição Federal¹³⁴. Apenas aos tratados aprovados pela nova sistemática do § 3º do art. 5º pode, pelo entendimento do STF, ser atribuída hierarquia constitucional. Com a supralegalidade dos tratados,

¹³² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51-85. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 302.

¹³³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. *Op. cit.*, p. 631.

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. *Op. cit.*, p. 51-85. Para Ingo Wolfgang Sarlet, essa teria sido uma decisão de política judiciária, visando impedir o alargamento da competência do STF, ao não atribuir posição constitucional para todos os tratados de direitos humanos. GOMES, Luiz Flávio. *Prisão civil: Ingo Sarlet, Gilmar Mendes, Häberle e o Estado Humanista de Direito*. Jun. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: jun. 2012.

além do controle de constitucionalidade da produção normativa, passa a existir também o controle de convencionalidade, o qual exige que a legislação infraconstitucional esteja em compatibilidade com os tratados internacionais ratificados pelo país¹³⁵.

Contudo, a nova regra do § 3º em nada alterou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de terem sido aprovados ou não com o quorum qualificado de emenda. A sua posição constitucional continua sendo assegurada pelo § 2º do art. 5º, que não foi modificado. A leitura sistemática dos dispositivos permite concluir que a nova regra apenas possibilita que esses tratados, além de materialmente constitucionais, sejam também formalmente incluídos na Constituição, se assim desejar o legislador¹³⁶.

A Convenção nº 158 da OIT é, sem dúvidas, um tratado com normas de proteção a direitos humanos: seu objeto é a proteção à relação de emprego, que está prevista na Constituição no art. 7º, inciso I, entre os direitos dos trabalhadores; os direitos sociais, por sua vez, estão listados no Título II da Constituição, referente aos direitos e garantias fundamentais. Desse modo, ao ser ratificada a convenção, suas normas foram incorporadas ao bloco de direitos e garantias constitucionais.

A Convenção pode ser invocada, portanto, como parte integrante da Constituição¹³⁷. Suas disposições regulamentam o direito do trabalhador de ser protegido contra a dispensa arbitrária, enunciado pela Constituição, por meio de normas também constitucionais. Este é mais um argumento para considerar a proteção da relação de emprego um direito de eficácia imediata. Fica superada, nesse sentido, a discussão a respeito da aplicabilidade do art. 7º, inciso I, devido à inexistência de lei complementar. A Convenção traz conceitos e regras

¹³⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista da AJURIS, n. 113, p. 333-370, mar. 2009, p. 366-367.

¹³⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. Op. cit., p. 695.

¹³⁷ SILVA, Antônio Álvares da. *A constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Op. cit., p. 39. PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Op. cit., p. 93.

procedimentais que possibilitam dar efetividade ao direito fundamental insculpido na Constituição.

Por fim, qualquer que seja o entendimento adotado a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico, a literatura de direito internacional tem avançado no sentido de superar a discussão sobre qual norma deve prevalecer, buscando firmar a interpretação de que deve ser aplicada, sempre, a norma que for mais benéfica ao indivíduo¹³⁸.

2.7 Aplicabilidade da Convenção nº 158 da OIT

Na análise da aplicabilidade dos dispositivos da Convenção nº 158 da OIT, deve ser verificado se as normas do tratado reúnem condições de serem imediatamente implementadas no Brasil ou se as normas se limitam a consagrar princípios recomendáveis, que dependem de regulamentação interna para terem eficácia jurídica.

Logo após a ratificação da Convenção pelo Brasil, a literatura trabalhista se dividiu em dois posicionamentos, entre aqueles que não a consideravam auto-aplicável e aqueles que a consideravam plenamente aplicável.

De acordo com o primeiro entendimento, a Convenção seria um tratado internacional de princípios, com normas programáticas que dependeriam de regulamentação interna para produzir efeitos. Dessa forma, enquanto não fosse editada a norma infraconstitucional, no caso, a lei complementar exigida pelo art. 7º, inciso I, da Constituição, a convenção não poderia ser aplicada no Brasil¹³⁹.

A outra corrente, por sua vez, entendia que a convenção era auto-aplicável e sua eficácia no Brasil não dependia da regulamentação interna.

¹³⁸ LISBOA, Eli Queiroz. *Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro: a primazia da norma mais benéfica ao indivíduo*. In COUTINHO, Grijalbo Fernandes *et alii* (coords.). *Direito Constitucional do Trabalho - Temas*. São Paulo: LTr, 2012, p. 671-688, p. 688.

¹³⁹ RAMOS, Saulo. *Parecer a consulta formulada pela FEBRABAN*. *Op. cit.*, p. 25-26. ROMITA, Arion Sayão. *Efeitos da ratificação da convenção n. 158 da OIT sobre o direito brasileiro*. *Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário*, n. 5, p. 79-75, mar. 1996, p. 76. MAGANO, Octavio Bueno. *Limitações para despedir empregados*. *Síntese Trabalhista*, v. 7, n. 81, p. 126-127, mar. 1996, p. 126.

Poderia ser aplicada, ainda que não tivesse sido publicada a lei complementar do art. 7º, inciso I, da Constituição¹⁴⁰.

A interpretação do texto da Convenção nº 158, realizada em item anterior (2.2), demonstra que a maior parte das suas disposições pode ser imediatamente aplicada sem maiores dificuldades, algumas até mesmo já encontrando correspondência no nosso ordenamento jurídico, como os direitos mínimos que devem ser concedidos aos trabalhadores dispensados regularmente. A regulamentação não é imprescindível para que as normas tenham eficácia. Os pontos em aberto podem ser preenchidos pela negociação individual no contrato de trabalho, negociação coletiva ou, ainda, pelo juiz do trabalho.

Além disso, o grande princípio insculpido na Convenção, de que o trabalhador não deve ser despedido sem que haja uma causa justificada, está em conformidade com a proteção à relação de emprego contra a despedida arbitrária, enunciada pela Constituição brasileira. Não há embaraço ao cumprimento dessa disposição nas relações de trabalho.

Não pode ser acatado o entendimento de que a Convenção é simplesmente um conjunto de princípios a inspirarem a legislação futura, sob pena de esta interpretação implicar a inefetividade de direito fundamental do trabalhador. Se a Convenção foi ratificada e está vigente no país, não pode permanecer indefinidamente ineficaz, submetida à vontade política na edição de lei regulamentadora. A execução da Convenção nº 158 da OIT não depende da edição dessa lei, pode ser imediatamente aplicada para garantir a proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária.

2.7.1 A possibilidade de reintegração do empregado

¹⁴⁰SÜSSEKIND, Arnaldo. *A compatibilidade entre a Convenção OIT-158 e a Constituição brasileira*. Op. cit., p. 55. MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994, p. 239-140. SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Op. cit., p. 86.

Os autores que defendiam ser a convenção não auto-aplicável apresentavam, também, outro argumento referente ao art. 7º, inciso I, da Constituição. Como o dispositivo menciona que a lei complementar deverá prever indenização compensatória, entendiam que, com isso, já estaria prevista a indenização como reparação cabível em caso de dispensa arbitrária. A matéria já estaria regulada em nosso ordenamento, sendo incompatível com a Convenção nº 158, por essa falar em reintegração do empregado despedido injustificadamente.

Porém, como dito no capítulo anterior, a garantia contra a dispensa, promessa constitucional, não se faz mediante indenização. A porcentagem incidente sobre o FGTS deve ser entendida como uma indenização para o trabalhador que é despedido legalmente, de forma motivada e socialmente justificável, dentro dos parâmetros previstos pela Constituição e pela Convenção nº 158 da OIT. Já a dispensa arbitrária do empregado, visando dar plena efetividade à proteção da relação de emprego, deve ter outras consequências.

Além disso, a Constituição não é taxativa, não exclui a possibilidade de reintegração do empregado. Pelo contrário, indica a indenização como uma forma de proteção e expressamente estabelece que devem ser previstos outros direitos. O legislador constitucional admite, então, a existência de outros direitos que se conjugam para a proteção da relação de emprego. A Constituição dispõe, ainda, que os direitos dos trabalhadores são aqueles que ela enumera, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. A intenção, portanto, é sempre ampliar os direitos e, não, restringi-los.

O texto da Convenção, por sua vez, não impõe a reintegração como única consequência possível à dispensa arbitrária. Propõe ambas as medidas, indenização e reintegração, deixando a critério de cada país optar pelo sistema que melhor se adapta à sua realidade. A reintegração pode, até mesmo, ser excluída pela legislação nacional. Por isso, não prevalece o argumento de que a Convenção nº 158 e a Constituição são inconciliáveis.

Não obstante permitir certa flexibilidade na escolha da forma de reparação – conseguindo estabelecer a fórmula mínima da reparação mediante

indenização – a OIT não deixa de indicar que reintegração no emprego é a medida preferencial.

Assim, considerando que a Convenção nº 158 está plenamente em vigor no Brasil e é totalmente compatível com a Constituição, a Justiça do Trabalho está autorizada a determinar, com base em suas disposições, a reintegração do empregado dispensado arbitrariamente. A medida deve ser substituída por uma indenização apenas quando não for recomendável devido às circunstâncias do caso, como, por exemplo, nas hipóteses de incompatibilidade entre as partes ou fechamento da empresa.

3 DISPENSA COLETIVA

3.1 Conceito de dispensa coletiva e contextualização

A dispensa coletiva, também chamada de dispensa em massa, é a rescisão de um grande número de contratos de trabalho, pelo empregador, em um curto período de tempo, em decorrência de um mesmo motivo¹⁴¹.

Regra geral, os motivos dos quais derivam as dispensas coletivas de empregados estão relacionados à própria empresa e podem ser representados por uma dificuldade financeira ou uma crise econômica que afeta a empresa, o fechamento de um setor ou estabelecimento, a inovação tecnológica, a automação, a reestruturação produtiva, entre diversos outros. A Convenção nº 158 da OIT, que traz uma parte dedicada ao procedimento deste tipo de dispensa, menciona a ocorrência de motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

No segundo semestre de 2008, uma crise econômica, iniciada nos Estados Unidos, repercutiu de maneira muito rápida em grande parte do mundo, devido à globalização e financeirização do capital¹⁴². A dificuldade de prever os reais impactos da crise promoveu a retração do mercado, com diminuição da produção e do consumo.

¹⁴¹ SILVA, Antônio Álvares da. *Dispensa coletiva e seu controle pelo Judiciário*. Revista LTr: legislação do trabalho, v. 73, n. 6, p. 650-670, jun. 2009, p. 657. GOMES, Orlando. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. Revista LTr, São Paulo, ano 38, jul. 1974. Para o autor, a dispensa coletiva implica a redução definitiva do quadro de pessoal, ou seja, os empregados despedidos não são substituídos. Contudo, a transitoriedade econômica atual pode levar as empresas a efetuarem uma dispensa em massa e, no momento seguinte, recontratarem empregados, por um salário mais baixo, por exemplo. Apesar de os eventos - dispensa e contratação - não ocorrerem simultaneamente, é evidente a substituição de trabalhadores. Portanto, essa característica não é fundamental para a formação e, principalmente, para a compreensão do conceito de dispensa coletiva.

¹⁴² FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Crise financeira mundial: tempo de socializar prejuízos e ganhos*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 48, n. 78, p. 195-217, jul./dez. 2008, p. 197.

O mundo do trabalho também foi afetado. Os momentos de instabilidade econômica provocam, como reação imediata, a limitação da produção e o corte de despesas, em uma tentativa de se manterem os níveis de lucratividade das empresas. Ambas as medidas alcançam os empregados, seja pela liberação de mão-de-obra, seja pela contenção na folha de pagamento.

No Brasil, o governo elaborou um pacote de medidas para combater a crise, focadas principalmente na redução de impostos, visando manter aquecida a economia nacional e evitar o corte de postos de trabalho. Esse pacote mostrou-se, depois, bastante eficaz. Ainda assim, várias empresas promoveram dispensas em massa de empregados, tendo sido algumas delas levadas ao Poder Judiciário para apreciação de sua validade.

O contexto da crise permitiu, por outro lado, que empregadores se utilizassem desse argumento de forma estratégica para dispensarem, apesar de não terem sido verdadeiramente afetadas. Alegavam que as dispensas eram inevitáveis para se evitar o desemprego de outros trabalhadores ou, até mesmo, o fechamento da empresa¹⁴³.

Esses acontecimentos recentes permitiram a renovação de questões fundamentais, acerca, por exemplo, da atuação do Estado, intervenção na economia e desenvolvimento social. Do ponto de vista do Direito do Trabalho, foram importantes para reintroduzir o debate nacional acerca das dispensas coletivas.

¹⁴³ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. Revista do Ministério Público do Trabalho, v. 19, n. 38, p. 68-87, set. 2009, p. 72. FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Crise financeira mundial: tempo de socializar prejuízos e ganhos*. *Op. cit.*, p. 197.

A empresa Vale foi uma das que efetuaram dispensas em massa e anunciaram, no início de 2009, aumento de lucros referentes ao ano anterior: “A mineradora Vale do Rio Doce anunciou nesta quinta-feira que obteve lucro líquido de R\$ 21,279 bilhões em 2008, com avanço de 6,36% sobre 2007. Trata-se do sexto ano seguido que a empresa consegue elevar seu lucro sobre o ano anterior. (...) Diante desse quadro, no final do ano passado a empresa tomou uma série de medidas de contenção de gastos, que incluiu demissões, fechamento de plantas de produção de minérios e suspensão de investimentos. (...) Já no início de dezembro, foi anunciada a demissão de 1.300 funcionários, sendo 20% em Minas Gerais e as demais em unidades no Brasil e pelo mundo. Outros 5.500 entraram em férias coletivas escalonadas --80% em Minas-- e 1.200 entraram em treinamento para serem realocados dentro da companhia (...)” Lucro da Vale avança 6,36% em 2008 e bate R\$ 21,3 bilhões. Folha de São Paulo, 19/02/2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/506862-lucro-da-vale-avanca-636-em-2008-e-bate-r-213-bilhoes.shtml>> Acesso em: mai. 2012.

3.2 A disciplina jurídica da dispensa coletiva no Brasil

3.2.1 Ausência de legislação específica

No Brasil, não há legislação sobre dispensas coletivas.

A Lei nº 4.923/1965, que criou o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED, para registro permanente de admissões e dispensas de empregados, autorizava as empresas que, em face de conjuntura econômica, se encontrassem em dificuldade, devidamente comprovada, a adotarem como medida alternativa e temporária a redução da jornada ou dos dias trabalhados, com a respectiva redução dos salários, respeitado o salário mínimo¹⁴⁴.

Para tanto, era necessária prévia negociação com o sindicato representante da categoria profissional e homologação da Delegacia Regional do Trabalho. Ficavam proibidas a realização de horas extraordinárias e, por determinado período, a contratação de novos funcionários sem que antes fosse proposta a readmissão para os empregados dispensados durante a crise.

A lei foi considerada não recepcionada pela Constituição, pois esta prevê disposição específica sobre a matéria. O texto constitucional consagra o princípio da irredutibilidade salarial, o qual somente pode ser excepcionado por meio de negociação coletiva, em caso de redução de jornada¹⁴⁵.

Há autores, no entanto, que defendem a vigência da Lei nº 4.923/1965, salientando a sua compatibilidade formal e material com a Constituição¹⁴⁶. Nesse

¹⁴⁴ Interessante apontar que, ocorrendo tal hipótese, a lei determinava que fossem reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores (art. 2º).

¹⁴⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. *Op. cit.*, p. 57. FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Crise financeira mundial: tempo de socializar prejuízos e ganhos*. *Op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁶ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Crise financeira mundial: tempo de socializar prejuízos e ganhos*. *Op. cit.*, p. 203. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; STEPHAN, Cláudia Coutinho. *Da impossibilidade das dispensas coletivas sob o argumento da crise econômica global: interpretações constitucionais e internacionais neste sentido*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 36, n. 66, p. 265-276, jan./jun. 2011.

caso, a lei ordinária funcionaria como espécie normativa que regulamenta a matéria.

O Ministério do Trabalho também procurou enfrentar o problema das dispensas coletivas por meio da publicação de duas portarias.

A Portaria nº 3.218/1987 indicava algumas medidas que poderiam ser tomadas pelas empresas para evitar a dispensa de empregados, como, por exemplo, redução da jornada, antecipação de férias e concessão de férias coletivas. Caso a despedida coletiva fosse inevitável, estabelecia critério com a ordem de prioridade para as dispensas: primeiro, aqueles que voluntariamente se apresentassem; depois, os solteiros com menor tempo de serviço e, por último, os aposentados. A empresa deveria, ainda, assegurar aos dispensados a manutenção de assistência médica, por certo tempo, e acionar as agências do Sistema Nacional de Empregos - SINE para auxiliá-los na obtenção de novo emprego.

Essa portaria, contudo, não chegou a ser respeitada pelo fato de não possuir força de lei. Ademais, era ineficaz, pois continha apenas sugestões que poderiam ser ou não acatadas pelas empresas e não continha nenhuma previsão de sanção para o seu descumprimento¹⁴⁷.

A Portaria nº 01/1992, por sua vez, determinava a fiscalização das empresas que efetuassem dispensa coletiva, para garantir o cumprimento da legislação trabalhista. Mais uma vez, carente de força legal, a portaria não foi aplicada na prática¹⁴⁸.

Assim, para além das regras gerais sobre término de contrato de trabalho, não existe legislação dispondo especificamente a respeito da matéria, de modo que as dispensas em massa são tratadas como uma pluralidade de dispensas individuais.

¹⁴⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Op. cit., p. 59. FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Crise financeira mundial: tempo de socializar prejuízos e ganhos*. Op. cit., p. 204.

¹⁴⁸ MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva*. São Paulo: LTr, 2000, p. 474.

No entanto, é importante fazer a distinção entre a dispensa individual e a coletiva¹⁴⁹. São fenômenos sociais diferentes, para os quais o Direito do Trabalho contemporâneo tem reservado tratamentos jurídicos específicos. Como ressaltado anteriormente, a Convenção nº 158 da OIT tem disposições especialmente direcionadas à cessação contratual coletiva e uma análise de direito comparado demonstra que vários países a regulamentam, como Argentina, México, Alemanha, França, Espanha e Portugal.

Enquanto a dispensa individual geralmente tem motivação ligada à pessoa do trabalhador, a dispensa coletiva tem razões ligadas à empresa, para as quais os empregados não concorreram. Conforme dispõe o art. 2º da CLT, cabe ao empregador assumir os riscos da sua atividade econômica. Além das consequências particulares da perda do emprego para cada trabalhador, a despedida de vários empregados ao mesmo tempo tem repercussão social muito grande, na medida em que prejudica a comunidade e onera a seguridade social.

Pela ausência de regramento¹⁵⁰, o Brasil, além de estar atrasado em relação aos outros países, perde a oportunidade de reduzir as dúvidas a respeito de sua caracterização e do procedimento cabível em casos de dispensa coletiva.

¹⁴⁹ ALMEIDA, Renato Rua de. *O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa*. Revista LTr: legislação do trabalho, v. 71, n. 3, p. 336-345, mar. 2007, p. 337. ROCHA, Claudio Jannotti da. *Dispensa coletiva*. Belo Horizonte: RTM, 2011, p. 153-154. FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Crise financeira mundial: tempo de socializar prejuízos e ganhos*. *Op. cit.*, p. 203. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; STEPHAN, Cláudia Coutinho. *Da impossibilidade das dispensas coletivas sob o argumento da crise econômica global: interpretações constitucionais e internacionais neste sentido*. *Op. cit.*, p. 200.

¹⁵⁰ Consideram importante o tratamento individualizado da matéria e defendem a regulamentação das dispensas coletivas, entre outros, Claudio Jannotti da Rocha (*Dispensa coletiva, op. cit.*, p. 152), Nelson Mannrich (*Dispensa coletiva, op. cit.* p. 13), Mauricio Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 1157), Renato Rua de Almeida, *O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. Op. cit.*, p. 345).

3.2.2 Proteção constitucional contra a dispensa coletiva arbitrária

Como visto nos capítulos anteriores, a Constituição garante aos trabalhadores proteção contra a dispensa arbitrária, impondo uma limitação ao direito potestativo do empregador de encerrar os contratos de trabalho. Essa limitação é caracterizada pela necessidade de que toda dispensa seja socialmente justificada, o que se aplica também aos casos de dispensa coletiva.

A liberdade total da empresa em decidir unilateralmente efetuar a dispensa coletiva representa um cenário de abuso do poder econômico e do princípio da livre iniciativa. Fere, em última análise, os ditames da Constituição. Uma efetiva proteção contra a despedida arbitrária, por outro lado, realiza a função social da empresa.

Para ser socialmente justificada, isto é, para não ser considerada arbitrária, a dispensa coletiva deve ser precedida da apresentação dos motivos que levaram a empresa a tomar essa decisão e da comprovação de que tais motivos de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural realmente existem¹⁵¹.

Tratando-se da despedida de vários empregados ao mesmo tempo, a notificação prévia, com as informações pertinentes às rescisões contratuais, deve ser feita à entidade representante dos trabalhadores. Essa providência dá início a um procedimento de negociação, cientificando o sindicato da categoria sobre a situação da empresa e sua intenção de proceder às dispensas e chamando-o a participar da resolução dessa questão.

A dispensa coletiva vem sendo aceita como acontecimento inexorável, em relação ao qual os sindicatos, no máximo, buscam estabelecer condições, deixando de promover uma verdadeira ação sindical que exija o cumprimento da Constituição, com impedimento das dispensas arbitrárias¹⁵².

¹⁵¹ ALMEIDA, Renato Rua de. *O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa*. *Op. cit.*, p. 336.

¹⁵² MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva*. *Op. cit.*, p. 472-473.

Assim, a proteção contra a dispensa arbitrária, nos casos de cessação contratual coletiva, é resultado da conjugação de duas exigências: que sejam apresentados os reais motivos, comprovados e socialmente justificados; e que seja realizada negociação coletiva prévia.

3.2.3 Dispensa coletiva na Convenção nº 158 da OIT

Todas as disposições da Convenção nº 158 da OIT, como por exemplo, a necessidade de um justo motivo para a cessação do contrato, a concessão de aviso prévio ou o recurso a um órgão neutro para questionar a dispensa arbitrária, são aplicáveis às dispensas coletivas.

Além das regras gerais, na Parte III, a Convenção traz disposições complementares sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, que geralmente correspondem a dispensas em massa.

Determina, assim, que o empregador deve consultar os representantes dos trabalhadores, oferecendo, em tempo oportuno, toda a informação pertinente, incluindo os motivos dos terminos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que afetados e o período durante o qual seriam efetuados esses terminos. A empresa deve, de igual modo, notificar a autoridade competente com um prazo mínimo de antecedência a ser especificado pela legislação nacional, o mais breve possível, apresentando-lhe as mesmas informações.

A Convenção autoriza que cada país limite a obrigatoriedade da consulta aos representantes dos trabalhadores e da notificação à autoridade competente 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.

Os representantes dos trabalhadores devem ter a oportunidade, também, de realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas

para evitar ou limitar os términos, bem como as medidas para atenuar as consequências adversas para os trabalhadores afetados com as dispensas.

Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, a Convenção dispõe que o organismo neutro mencionado no art. 8º - no caso brasileiro, a Justiça do Trabalho - estará habilitado para verificar se o término foi devido realmente a essas razões. Mas, a medida em que esse organismo estará habilitado também para decidir se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação da Convenção no país, quais sejam a legislação nacional, os contratos coletivos, os laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

É plenamente possível a aplicação das determinações da Convenção no Brasil. Antes de promover uma dispensa coletiva o empregador, portanto, formularia consulta ao sindicato representante da categoria, apresentando todas as informações importantes relativas ao término dos contratos. Seria entabulada, então, negociação coletiva entre as partes para discutir tanto as medidas preventivas quanto as condições para as dispensas inadiáveis.

Já a autoridade administrativa a ser notificada seriam as Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego, vinculadas ao Ministério do Trabalho e Emprego, o qual é responsável pelas políticas públicas e fiscalização do trabalho.

Em último caso, se não houvesse acordo entre empresa e sindicato, o dissídio seria levado ao Poder Judiciário. Os juízes decidiriam se a dispensa coletiva é ou não arbitrária a partir da verificação do respeito aos procedimentos formais e da existência dos motivos alegados, com base no contexto fático-probatório.

Foi demonstrado, no capítulo anterior, que a Convenção nº 158 da OIT tem vigência no Brasil e que suas normas são totalmente compatíveis com a Constituição Federal de 1988 e a proteção contra a dispensa arbitrária que esta prevê, devendo, por isso, o tratado ser imediatamente cumprido. As regras

referentes à dispensa coletiva, do mesmo modo, dão forma à garantia constitucional enunciada, razão pela qual devem ser promovidas medidas tendentes à sua efetivação no Brasil.

3.3 Exigência de prévia negociação coletiva

Da mesma forma como vêm sendo procedidas as dispensas individuais no Brasil, por ocasião de uma dispensa coletiva, as empresas se ancoram na inexistência de lei complementar para realizar despedida arbitrária de empregados. Afirmam que a Convenção nº 158 da OIT foi denunciada, inexistindo qualquer obrigatoriedade de justificativa para o término da relação de emprego ou de negociação coletiva prévia com o sindicato. Alegam a inexistência de norma determinando a negociação prévia e entendem que o objetivo da negociação coletiva é estabelecer condições de trabalho, de modo que não seria necessária a sua realização no momento em que está sendo encerrada a relação empregatícia, ou seja, previamente à dispensa coletiva¹⁵³.

Além da posição patronal, o fato de a negociação coletiva ser rotineiramente frustrada pelas empresas pode ser atribuído igualmente ao enfraquecimento do sistema sindical brasileiro¹⁵⁴. Esse enfraquecimento está ligado a inúmeras razões que refogem ao objeto da presente pesquisa, mas é importante salientar que os sindicatos perdem sua capacidade de mobilização e, em consequência, seu poder de efetivar os instrumentos de pressão, como a greve.

No entanto, a dispensa coletiva sem apresentação dos motivos justificadores fere a garantia constitucional da proteção contra a dispensa

¹⁵³ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. Op. cit., p. 83.

¹⁵⁴ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. Op. cit., p. 72.

arbitrária. Ademais, tal medida, resolvida de forma unilateral pelo empregador, como sua primeira alternativa, principalmente em momentos de crise que atingem toda a sociedade, fere o equilíbrio entre a valorização social do trabalho e da livre iniciativa, fundamento da República.

A própria natureza da dispensa que atinge uma coletividade de trabalhadores por si só já invoca a necessidade de participação do sindicato no processo. A negociação coletiva é o meio hábil para garantir controle sobre o evento, por entidade legitimada a representar os empregados. Permite que seja discutida abertamente a situação da empresa, que seja verificado se os motivos alegados são verídicos, que sejam feitas propostas alternativas e, em último caso, que sejam acordados os termos das dispensas.

3.3.1 O papel dos sindicatos e a negociação coletiva

Os sindicatos são os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho¹⁵⁵, entidades associativas que representam as categorias econômicas e profissionais. São reconhecidos e protegidos pela Constituição, que lhes atribui a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Os sindicatos profissionais, desse modo, buscam melhores condições de trabalho para os seus representados, seja na dimensão privada, relacionando-se com os empregadores; na dimensão administrativa, dialogando com o Estado; na dimensão pública, interagindo com a sociedade civil ou na dimensão judicial, pleiteando tutela jurisdicional¹⁵⁶.

A Constituição estabelece ainda a imprescindibilidade da intervenção dos sindicatos nas questões trabalhistas. Permite que alguns direitos sejam

¹⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. *Op. cit.*, p. 1324.

¹⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. *Op. cit.*, p. 1340-1342.

flexibilizados, mas somente com acordo do sindicato, e torna obrigatória a sua participação nas negociações coletivas de trabalho.

Por meio da negociação coletiva, as entidades sindicais buscam acordo a respeito de questões relativas ao trabalho e estabelecem regras jurídicas que irão reger os contratos de trabalho das categorias representadas durante determinado período, consubstanciadas na convenção ou acordo coletivo de trabalho¹⁵⁷.

A negociação ocupa um importante papel de método de solução de conflitos trabalhistas coletivos. Por ser forma autocompositiva e, portanto, extrajudicial, na qual os próprios envolvidos estabelecem diálogo com o objetivo de atingir acordo mútuo, demanda verdadeiro envolvimento, participação e protagonismo das partes na resolução de seus próprios problemas.

Tem sido buscado cada vez mais diminuir a intervenção do Poder Judiciário nas questões trabalhistas de natureza coletiva e privilegiar o entendimento entre as partes. A Emenda Constitucional nº 45 valorizou a negociação coletiva, ao estabelecer que para ajuizar dissídio coletivo é necessário o comum acordo entre as partes.

Assim, a negociação coletiva torna-se pressuposto de existência e validade dos conflitos coletivos¹⁵⁸.

Entendendo o que representa a negociação coletiva no mundo do trabalho, torna-se fácil compreender que contraria toda essa ordem de ideias a dispensa coletiva feita pela empresa sem comunicar o sindicato previamente, sem expor seus motivos, sem demonstrar abertura para o diálogo. A ausência de diálogo entre a empresa, o governo e o sindicato além de nulidade procedimental, configura má-fé e conduta abusiva.

Ademais, há convenções da OIT ratificadas pelo Brasil reforçando a relevância da atuação sindical, versando sobre a imprescindibilidade dos direitos

¹⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. *Op. cit.*, p. 1377.

¹⁵⁸ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. *Op. cit.*, p. 71.

sindicais, sobre assegurar o direito de sindicalização e a participação dos sindicatos na vida dos trabalhadores.

A Convenção nº 98 (ratificada pelo Decreto Legislativo nº 49/1952 e promulgada pelo Decreto nº 33.196/1953) e a Convenção nº 154 (ratificada pelo Decreto Legislativo nº 22/1992 e promulgada pelo Decreto nº 1.256/1994) fundamentam a interferência nas demissões coletivas, uma vez que os conflitos coletivos entre as partes envolvidas devem sempre ser remetidos à negociação coletiva. Por essas Convenções, a dispensa caracterizaria, ainda, violação da norma de conduta, prática antissindical, que é rechaçada pela OIT.

Portanto, não procede o argumento de que não existe norma obrigando a empresa a negociar com os sindicatos previamente à dispensa coletiva¹⁵⁹. Os referidos tratados internacionais são normas jurídicas incorporadas ao ordenamento brasileiro, de cumprimento obrigatório e imediato.

Há, por conseguinte, perante o ordenamento jurídico brasileiro, obrigatoriedade de prévia negociação coletiva, como pressuposto de validade das demissões em massa. É imprescindível que a empresa informe o sindicato sobre a intenção de efetuar dispensas, sob a pena de essas serem consideradas inválidas. Mas é importante registrar que a negociação coletiva cumpre um primeiro requisito, mas não garante isoladamente a total justificação das dispensas.

3.3.2 Condições que podem ser negociadas

De posse das informações prestadas pela empresa, o sindicato representante da categoria profissional pode analisar as razões alegadas para a necessidade de efetuar a dispensa coletiva de empregados. Assim, o sindicato verifica se os motivos realmente existem e avalia se esses são suficientes para

¹⁵⁹ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. Op. cit., p. p. 77.

justificar a ocorrência das dispensas. Para tanto, ele pode consultar especialistas, como contadores, advogados, administradores ou qualquer outro profissional que detenha o conhecimento técnico necessário para assessorá-lo.

Esse controle imediato feito pelo sindicato é muito importante, pois os representantes estão em contato direto com a empresa, são conhecedores da sua realidade, mais habilitados, portanto a analisar o contexto de crise.

Após essa primeira avaliação, podem ser negociadas soluções alternativas para evitar ou reduzir o número de dispensas, a maioria delas já prevista no ordenamento jurídico trabalhista, tais como: férias coletivas, suspensão do contrato para qualificação do empregado, redução da jornada de trabalho, redução salarial, transferências, etc.

Essas medidas, tomadas de forma temporária, representam o equilíbrio entre os interesses de ambos os lados. Cada parte faz concessões, na tentativa de que a empresa consiga se recuperar da crise e os empregados possam manter a relação de emprego, sem resoluções drásticas que prejudiquem sobremaneira qualquer uma delas.

Por fim, sendo impossível evitar que ocorra a dispensa, com a concordância do sindicato de que é inviável a manutenção de todos os postos de trabalho, podem ser negociadas as condições para a extinção dos contratos. Podem ser estabelecidos os critérios para escolha dos trabalhadores que serão dispensados, excluindo do corte os funcionários prestes a completar o tempo de aposentadoria e formando uma ordem de precedência na qual, por exemplo, fossem dispensados primeiro aqueles que voluntariamente se apresentassem, os trabalhadores mais jovens, com menos tempo de casa, solteiros, sem filhos e assim por diante¹⁶⁰. Além das verbas rescisórias que são pagas obrigatoriamente, podem ser acordados outros benefícios para os atingidos, por exemplo, a continuidade de assistência médica e cesta básica, por determinado tempo, o pagamento de outras indenizações, o auxílio da empresa na busca de outro emprego. Podem ser estabelecidas a proibição de que a empresa contrate novos

¹⁶⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Despedida coletiva*. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, v. 6, n. 31, p. 5-20, jul./ago. 2009, p. 8.

empregados e a prioridade de recontração dos mesmos empregados dispensados, por determinado prazo.

Enfim, são infinitas as possibilidades para minorar o impacto econômico e social da perda do emprego sobre os trabalhadores. Mais uma vez, ressalta-se que o sindicato é o ente mais indicado para negociar tais condições, pois detém legitimidade para representar a base e conhece a realidade e as necessidades dos empregados.

Uma dúvida que surge é sobre os limites da negociação coletiva prévia à realização de uma dispensa em massa. Questiona-se se o sindicato obreiro está autorizado a concordar com a dispensa, uma vez que essa representa objetivamente um prejuízo para o empregado.

Alguns autores entendem que a Constituição e o Direito Coletivo do Trabalho impõem limitações materiais à negociação coletiva. Os direitos trabalhistas são, direitos fundamentais, de ordem pública e, regra geral, indisponíveis, constituindo um núcleo imutável. Dessa forma, a negociação coletiva pode apenas transacionar direitos de disponibilidade relativa, mas nunca renunciar. Logo, os sindicatos não poderiam concordar com a extinção em massa e deveriam buscar soluções diversas para o enfrentamento da crise¹⁶¹.

No entanto, a dispensa é um fenômeno que faz parte do Direito do Trabalho e não pode ser ignorado. Não é razoável supor que, uma vez seguido todo o procedimento exposto anteriormente, com uma negociação transparente, que os trabalhadores envolvidos possam acompanhar e participar por meio das assembleias, o sindicato não possa concluir, em conjunto com a empresa, pela inevitabilidade das dispensas. Ao sindicato cabe legalmente a representação da categoria, com dirigentes eleitos pelos próprios representados. O sindicato simplesmente adotar uma postura de enfrentamento, de total oposição à dispensa socialmente justificada, pode levar a um resultado pior para os trabalhadores despedidos, sem a contrapartida da empresa concedendo benefícios. São situações limite, nas quais o sindicato permite a transação não de direitos, mas

¹⁶¹ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. Op. cit., p. 86.

sim do próprio emprego, entretanto assegura a lisura do processo e negocia melhores condições de rescisão contratual. Ademais, aquele que se sinta prejudicado e queira discutir algum ponto de sua dispensa pode sempre recorrer à Justiça do Trabalho.

3.4 Dispensa Coletiva e Poder Judiciário

3.4.1 O controle das dispensas coletivas pela Justiça do Trabalho

Como visto anteriormente, a dispensa coletiva deve ser submetida a procedimentos administrativos de controle. Assim, tanto o sindicato quanto a autoridade competente são os primeiros acionados para intervir na hipótese de cessação coletiva de contratos. A intervenção sindical justifica-se pelo fato de estar diretamente envolvido e a da autoridade administrativa porque cabe a ela gerenciar o interesse público. Esses entes estão habilitados a exercer o controle, verificando as questões técnicas e econômicas envolvidas.

O desejável é que esse procedimento seja suficiente e as próprias partes, empresa e empregados, auxiliados pela autoridade administrativa, solucionem a questão de forma amigável. Porém, nem sempre isso é possível e acaba sendo necessário recorrer à tutela jurisdicional do Estado.

O setor empresarial defende que não é cabível a atuação do Poder Judiciário nos casos de dispensa coletiva. Nesse sentido, o dissídio coletivo não comportaria a pretensão do sindicato obreiro de questionar a validade da dispensa realizada, por não se destinar à criação de novas condições de trabalho. Estaria fora do poder normativo da Justiça do Trabalho a criação de normas disciplinadoras da dispensa coletiva e, ademais, a inexistência de lei específica reguladora das dispensas coletivas no Brasil impediria a atuação do juiz.

Quanto ao cabimento do dissídio coletivo em caso de dispensa em massa, duas correntes se formaram. A primeira entende que o dissídio coletivo de natureza jurídica é uma criação doutrinária e jurisprudencial, que não tinha previsão expressa na antiga redação do art. 114 da Constituição. Seu cabimento, desse modo, não foi afetado pela nova redação do art. 114 dada pela Emenda Constitucional nº 45, porque foi preservado o poder normativo da Justiça do Trabalho¹⁶². Conclui que é cabível o dissídio coletivo na hipótese de dispensa coletiva.

A outra corrente entende que o art. 114, após a EC nº 45/2004, somente prevê dissídio de natureza econômica, de forma que estaria excluído o dissídio de natureza jurídica da competência da Justiça do Trabalho. No entanto, conclui que a dispensa coletiva é causada e que a conferência destas causas insere-se na competência geral da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias trabalhistas¹⁶³.

Independentemente da posição a que se filie, ambas as correntes convergem para a inafastabilidade do Poder Judiciário em caso de dispensa coletiva.

Uma vez acionado, o Poder Judiciário não pode deixar de se pronunciar, nos termos do art. 5º, XXXV da Constituição. É direito subjetivo do cidadão a apreciação de lesão ou ameaça a direito, uma vez avocado pelo Estado o monopólio da jurisdição.

É ilógico supor que a Justiça do Trabalho não possa se pronunciar em caso de extinção do contrato de trabalho de vários empregados, uma situação tão delicada que envolve a perda do emprego de várias pessoas. O valor da livre iniciativa, protegida pela Constituição, não significa a ausência de qualquer

¹⁶² DALAZEN, João Orestes. *Reflexões sobre o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a Emenda nº 45/2004*. In *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira*. São Paulo: LTr, 2005, p. 452-467, p. 464.

¹⁶³ SILVA, Antônio Álvares da. *Dispensa coletiva e seu controle pelo judiciário*. *Op. cit.*, p. 665-666.

regulamentação, mesmo porque ele é citado lado a lado com o valor social do trabalho. Por isso, não pode ser invocado para evitar a intervenção Estatal¹⁶⁴.

Uma das disposições da Convenção nº 158 da OIT é justamente que seja disponibilizado o recurso a órgão neutro para apreciar a validade de qualquer dispensa, seja individual ou coletiva.

Além disso, caso realmente existisse lacuna da lei, é proibido ao juiz utilizar esse argumento para se escusar de resolver demanda. Qualquer escusa do magistrado em solucionar o conflito que lhe fora proposto sob o escopo de ausência de normas, seria a negação da prestação jurisdicional, e violação aos direitos humanos mais básicos. O sistema jurídico brasileiro traz várias normas para auxiliar o juiz em sua função, autorizando-o a recorrer à analogia, aos costumes, aos princípios gerais de direito, à equidade, ao direito comparado e etc. (por exemplo, arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro; 8º da CLT; 126, 127, 335 e 1109 do CPC).

Conforme foi exposto anteriormente, existem regras de proteção contra a dispensa na Constituição, existem tratados ratificados pelo Brasil sobre a atuação sindical em questões trabalhistas coletivas, existe a Convenção nº 158 da OIT sobre término da relação de emprego e existe a legislação de diversos países. Tudo isso pode amparar o juiz na análise da dispensa coletiva.

3.4.2 Casos relevantes ocorridos no Brasil

Entre o final do ano de 2008 e o início do ano de 2009, diversas empresas brasileiras realizaram dispensas coletivas de trabalhadores em curto período de tempo, sob o argumento da inviabilidade econômica e financeira de manter os postos de trabalho diante da crise. Isso foi feito sem recorrer à

¹⁶⁴ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. Op. cit., p. 73.

negociação coletiva com o sindicato profissional, como forma de notificar, acordar os efeitos sociais ou mesmo encontrar soluções alternativas às demissões.

Três desses casos, envolvendo as empresas Usiminas, Amsted Maxion e Embraer, se mostram relevantes por terem sido levados à apreciação do Poder Judiciário Trabalhista e terem repercutido na mídia nacional, levantando o debate acerca da legalidade das dispensas coletivas.

3.4.2.1 Sindipa X Usiminas

A empresa Usiminas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A, localizada em Ipatinga, efetuou a dispensa de 1500 trabalhadores entre dezembro de 2008 e março de 2009. O Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Siderúrgicas, Metalúrgicas, Mecânicas de Material Elétrico e de Informática de Ipatinga, Belo Oriente e Santana do Paraíso – Sindipa, então, ajuizou dissídio coletivo de natureza jurídica em face da Usiminas e seis subempreiteiras, no TRT da 3ª Região.

Em 31 de março de 2009, foi realizada audiência para tentativa de conciliação. Frustradas as negociações para a reintegração de pessoal e sustação de dispensas, o Vice-Presidente Judicial concedeu liminar, assegurando o impedimento de demissões a partir da data da decisão, até que fossem estabelecidos os motivos e critérios para a dispensa, com o número e as categorias de profissões dos trabalhadores que seriam dispensados, mediante negociação com o sindicato profissional e, se necessário, com a presença do Ministério Público do Trabalho.

O fundamento para a concessão da liminar foi o exercício abusivo de direito, pois houve dispensa de milhares de empregados sem estabelecimento de critérios e sem que se abrisse qualquer diálogo com o sindicato profissional. A decisão salientou: “... a dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da

dispensa necessária sem desqualificação profissional e com indenização justa (art. 7º, I, da CF) é o que deve prevalecer, antecedida de ampla negociação.”

Após várias reuniões entre as partes, na audiência, realizada em 23 de abril, foi feito acordo entre a empresa e o sindicato. A Usiminas apresentou plano de demissão voluntária - PDV - ao qual os trabalhadores aderiram livremente mediante vantagens pessoais. Comprometeu-se a empresa a não fazer novas demissões de trabalhadores no prazo de 30 dias e desistiu do recurso que havia interposto.

Passado o prazo de adesão ao plano, o Sindicato denunciou a retomada das demissões pela empresa, sem observância dos critérios lançados na liminar, o que motivou a interposição de medida cautelar incidental.

Em 04 de junho foi celebrado novo acordo, pelo qual a empresa se comprometeu a suspender, pelo prazo de 30 dias, as demissões relacionadas à demanda de mercado, bem como a avaliar a possibilidade de rever as dispensas de trabalhadores em situações especiais, ocorridas entre os dias 23 e 30 de maio, desde que apresentados os respectivos casos pelo Sindicato no prazo de 7 dias.

Ficou estabelecido também que havendo necessidade comprovada de dispensas coletivas após esse período, a entidade sindical seria informada previamente, para discussão dos critérios aplicáveis. Em contrapartida, o Sindipa comprometeu-se a desistir da medida cautelar incidental, bem como a peticionar manifestando sua anuência quanto à homologação do acordo firmado.

3.4.2.2 Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico X Amsted Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S/A

A empresa Amsted Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S/A efetuou a dispensa coletiva de 450 trabalhadores, em 15 de dezembro de 2008 e

de mais 150 trabalhadores, em 17 de dezembro, na unidade de Osasco¹⁶⁵, totalizando 600 empregados dispensados em um contingente de 1500. Em resposta à dispensa em massa, os trabalhadores do estabelecimento, em Osasco, entraram em greve, apoiados pelo sindicato e pelos trabalhadores demitidos.

A empresa, então, ajuizou dissídio coletivo de greve no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em face do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Osasco, Carapicuíba, Cotia, Barueri, Jandira, Itapevi, Pirapora do Bom Jesus, Santana do Parnaíba, Embu, Itapeverica da Serra, Taboão da Serra e Vargem Grande Paulista e de terceiros não identificados, alegando que a greve era ilegal e abusiva.

Segundo a empresa, em razão da crise econômica e necessidade de manter suas atividades no parque fabril instalado na planta do Município de Osasco, reduziu o seu quadro de pessoal, dispensando parte dos trabalhadores empregados. Afirmou, na ação impetrada, que a demissão parcial de seus funcionários era definitiva e que estaria disposta a negociar apenas algumas condições pós rescisão contratual.

Em audiência realizada no dia 18 de dezembro, pela Presidência foi proposto que as partes mantivessem um canal de negociação e estudassem a possibilidade de reversão das demissões, com a contrapartida da redução da jornada de trabalho de todos os empregados da empresa, o que levaria as partes a fazer frente à crise que se avizinhava, bem como evitar o desemprego coletivo. A proposta foi aceita pelo sindicato e rejeitada pela empresa, que a considerava inviável.

Foram realizadas novas audiências na tentativa de conciliar as partes, porém, diante do impasse nas negociações, o processo foi a julgamento pela Sessão de Dissídios Coletivos, no dia 22 de dezembro.

A decisão considerou a greve como maneira legítima de resistência às demissões unilaterais em massa, vocacionada a exigir o direito de informação da

¹⁶⁵ Outros estabelecimentos da empresa também efetuaram despedidas, totalizando 600 empregados na unidade de Hortolândia e mais 250 na unidade de Cruzeiro.

causa do ato demissivo massivo e o direito de negociação coletiva (princípio da solução pacífica das controvérsias; preâmbulo e arts. 5º, inciso XIV, 7º, inciso XXVI, 8º, incisos III e VI, da Constituição; Recomendação nº 163 da OIT), diante das demissões feitas de inopino, sem buscar soluções conjuntas e negociadas com sindicato. Como a empresa não havia buscado soluções conjuntas, antecipadas, em prazo razoável, tampouco cuidou de distribuir o número de despedidas no tempo, de modo progressivo, parcial e de forma negociada, sua conduta afrontara os princípios da boa-fé e da razoabilidade. A greve, portanto, era legal e não abusiva. A própria empresa deu causa à greve com a conduta unilateral e arbitrária de dispensa em massa, ofensiva aos ditames constitucionais e legais.

A decisão do Tribunal Regional registrou, ainda, que a despedida coletiva é fato coletivo regido por princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, material e processual. O direito do trabalho é regido por normas de ordem pública e possui regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. A dispensa coletiva deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômicos e ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o sindicato, mediante adoção de critérios objetivos.

A decisão se fundamentou na interpretação sistemática da Constituição, na aplicação das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e nos princípios internacionais constante de tratados que, embora não ratificados, têm força principiológica, máxime nas hipóteses em que o Brasil participa como membro do organismo internacional, como é o caso da OIT.

Nesse sentido, entendeu que a livre iniciativa deveria ser exercida de acordo com ditames da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social da propriedade, nela incluída a função social dos meios de produção ou da empresa, retratada nas diretivas da função sócio-ambiental-tecnológica e também na democracia na relação trabalho-capital, ao assegurar voz e voto aos trabalhadores nas decisões que lhes afetam.

As dispensas coletivas foram feitas sob o espreque da recessão econômica. Contudo, não havia qualquer prova da dificuldade financeira. No contexto dos valores, princípios e regras constitucionais a despedida coletiva encontra limites. Sendo assim, as despedidas coletivas ocorreram de forma inopinada, arbitrária, sem qualquer critério objetivo de escolha dos demitidos, eis que a empresa incluía nas demissões trabalhadores que possuíam estabilidade no emprego, algumas delas vítimas de doenças ocupacionais. Ainda, a dispensa coletiva foi feita sem aviso prévio razoável, sonegado o direito de informação, sem qualquer negociação prévia, em tempo razoável.

A decisão declarou, ao final: (1) não abusiva a greve, devendo a empresa pagar os dias de paralisação (art. 7º, da Lei nº 7783/89); (2) nula, com reversão das demissões dos estáveis (o que, inclusive, já tinha sido acatado pela empresa); (3) nula, com a reversão das demissões efetuadas no período de greve, uma vez que os contratos estavam suspensos (art. 7º, da Lei nº 7783/89); (4) nula a demissão em massa, com fundamento nos arts. 1º, III e IV, 5º, XIV, 7º, XXVI, 8º, III e VI da Constituição, tendo em vista a inobservância do procedimento de negociação coletiva e do direito de informação, sendo que deverão ser revistas para observar o procedimento adequado; (5) que a empresa deveria observar, na demissão coletiva, o procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: abertura de plano de demissão voluntária, remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico, redução de jornada e de salário, suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei e, por último, mediante negociação, caso inevitável, que a despedida dos remanescentes fosse distribuída no tempo, de modo a minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detém menores encargos familiares.

Posteriormente, em 11 de março, foi feito acordo entre sindicato e empresa e esse homologado pelo Tribunal. Foram previstos benefícios para os empregados dispensados e ficou determinado que a empresa priorizaria, na

recontratação, as pessoas dispensadas. Foram também canceladas as rescisões dos empregados incontrovertidamente estáveis.

3.4.2.3 Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região X Embraer

Em fevereiro de 2009, a Empresa Brasileira de Aeronáutica - Embraer efetuou a dispensa coletiva de diversos trabalhadores, na cidade de São José dos Campos – SP, número que corresponderia a cerca de 20% (vinte por cento) do total de funcionários, alcançando 4.400 (quatro mil e quatrocentos) postos de trabalho, tendo em vista que a empresa possui aproximadamente 22.000 (vinte e dois mil) empregados.

Essas dispensas teriam sido realizadas em razão da necessidade de redução de custos diante da crise econômica mundial iniciada em 2008, a qual teria afetado a empresa em decorrência do cancelamento de pedidos de aviões.

O Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e região, o Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo ajuizaram dissídio coletivo perante o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, argumentando que a comunicação aos sindicatos fora realizada poucas horas antes dos desligamentos, em patente má-fé da suscitada, sem negociação coletiva prévia com o sindicato de classe que possibilitasse a discussão de medidas alternativas.

Enquanto os representantes sindicais alegavam que mesmo com a redução de pedidos, seriam produzidos aviões em número superior ao recorde anterior da empresa, a Embraer alegava que o seu setor, com clientela internacional, fora bastante atingido e que as empresas de porte foram obrigadas a lançar mão da dispensa de empregados como recurso para se manterem saudáveis e preservarem os empregos da maioria dos seus colaboradores. Além disso, afirmou que a Embraer foi a empresa do ramo que menos despediu e que

vinha promovendo ajustes em suas contas, com redução de gastos e adiamento de investimentos e que, no atual contexto econômico, a redução dos postos de trabalho é fundamental para manter o equilíbrio das contas da empresa. Quanto à regularidade das dispensas ocorridas, argumentam que não foram abusivas, mas realizadas de forma sopesada, respeitosa e dentro dos parâmetros legais que admitem o direito potestativo do empregador.

O Ministério Público do Trabalho tentou a mediação entre as partes para tentar equacionar o grave problema social do desemprego massivo, mas não obteve acordo.

O Presidente do TRT da 15ª Região concedeu liminar para determinar a suspensão das rescisões contratuais operadas, assim como das que viessem a ocorrer sob igual forma ou justificativa, até a data marcada para realização da audiência de conciliação. Requisitou ainda a apresentação, em audiência, dos balanços patrimoniais e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios sociais da empresa.

Na decisão, considerou relevante o fundamento da impossibilidade de se proceder a demissões em massa sem prévia negociação sindical, afirmando que o poder diretivo do empregador, consubstanciado na possibilidade de rescindir unilateralmente os contratos de trabalho dos empregados, não é absoluto, encontrando limites nos direitos fundamentais e na promoção da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana. Decidiu com base na Convenção nº 98 da OIT que, dispendo sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva preceitua, em seu art. 4º que *“medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, mediante acordos coletivos, termos e condições de emprego”*, com base no Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), nas normas constitucionais sobre a negociação coletiva e a obrigatória participação dos sindicatos e, especialmente, o art. 7º,

inciso I. Considerou, ainda, que as organizações empresariais possuem relevante papel no desenvolvimento social e econômico do país e que, nesse contexto, surge o conceito de responsabilidade social da empresa, o qual deve orientar a contratação e demissão (sobretudo em massa) dos seus funcionários.

Nas audiências realizadas, a conciliação foi infrutífera. Na oportunidade, foi consignado pela empresa a sua disponibilidade para negociação, desde que a apresentação de alternativas que não envolvessem a reintegração dos trabalhadores dispensados, enfatizando que manterá o convênio médico aos trabalhadores extensivo aos seus dependentes, pelo prazo de 01 (um) ano. Pelos sindicatos, foi consignado terem disponibilidade para negociações, sem, contudo, antecipar resultados.

A Sessão de Dissídios Coletivos julgou a matéria em 18 de março de 2009, consignando que o desejável era a conciliação entre as partes e que a decisão proferida pela Corte não era a ideal pois não teria a capacidade de substituir os efeitos de uma solução que resultasse de composição negociada e ajustada pelos protagonistas diretamente interessados.

Constatada a lacuna sobre a matéria no direito interno, considerou que não é dado ao juiz recusar-se de decidir ante a omissão ou de lacuna na lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Assim, com base na autorização do art. 8º da CLT, partiu para uma análise de direito comparado e internacional sobre despedidas em massa, com avaliação de legislação de vários países, da Convenção nº 158 da OIT e de Diretrizes da União Europeia. A essa pesquisa, relacionou o arcabouço constitucional sobre o trabalho dentro da perspectiva da força normativa dos princípios.

Concluiu que esta proteção deve ter outros parâmetros que não aqueles que o Direito do Trabalho expressamente concede aos trabalhadores que sofrem demissões individuais. Sob pena de configurar abuso do poder econômico, não se pode reconhecer discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas, sem que haja uma ampla negociação com os entes sindicais respectivos. A decisão considerou que, ainda que se reconhecesse a

inevitabilidade das dispensas, o condenável foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem que se tenha buscado formas efetivas de suavização dos seus efeitos, como medidas alternativas, e o que é pior, como já ressaltado acima, *não houve anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade.*

Desse modo, a decisão declarou a abusividade da dispensa coletiva por violação da boa-fé objetiva, realizada pela Embraer sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada. Declarou, ainda, a manutenção dos contratos de trabalho até a data da última audiência realizada. Declarou que ressaltados os casos de estabilidade provisória, não caberia reintegração dos empregados, devido à inexistência de garantia no emprego e determinou o pagamento de indenização e manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses. Nos casos de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis, mantida durante dois anos.

O Presidente do TST, Ministro Milton de Moura França, considerou inevitável a dispensa coletiva realizada diante da crise econômica mundial, para assegurar a capacidade produtiva da empresa e manter o emprego dos demais funcionários. Considerou também que a liminar não era razoável, ante a ausência de norma que obrigasse a negociação coletiva prévia. Assim, concedeu efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto pela Embraer até seu julgamento final.

Realizada nova audiência para tentativa de conciliação no TST, não obteve êxito.

Em 10 de agosto de 2009, o julgamento final afirmou que o direito deve se adaptar à realidade contemporânea na qual surgem questões coletivas, tais como as dispensas em massa, que não podem ser tratadas como questões individuais, atomizadas. Por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a

participação do respectivo sindicato profissional obreiro. No entanto, a maioria, vencidos o Relator e a Ministra Kátia Arruda, decidiu dar provimento ao recurso ordinário das empresas, afastando a declaração de abusividade das dispensas, e não vendo também afronta à boa-fé objetiva. Para a maioria, até então a jurisprudência era pacífica em não restringir as dispensas coletivas; logo, não houve, para esta interpretação, nem abusividade, nem falta de boa-fé objetiva. Em relação à prorrogação dos contratos de trabalho até a data de 13 de março, a Seção, também por maioria, decidiu dar provimento ao recurso ordinário das empresas para excluir tal extensão. Para a maioria, não sendo abusiva a dispensa e nem agressiva da boa-fé objetiva, não caberia invalidar o ato empresarial de ruptura, nem estender os contratos para dias ou semanas adicionais.

A decisão resolveu, por fim, fixar a premissa, para casos futuros, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supramencionados. Negou provimento ao recurso ordinário dos sindicatos e manteve a condenação imposta de pagamento da indenização.

As partes recorreram para o Supremo Tribunal Federal, onde, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 24 de março de 2012, foi dado provimento ao agravo regimental para viabilizar o acesso da recorrente ao Supremo e a elucidação do tema sob o ângulo constitucional.

Esta a situação atual da presente ação judicial, aguardando a manifestação final da Corte Superior sobre a análise constitucional das dispensas coletivas.

3.4.3 Conclusões sobre os casos

Nos três casos mencionados, houve a mesma conclusão, no primeiro momento, no sentido de que as dispensas coletivas realizadas de forma unilateral pelas empresas representavam conduta abusiva. Todas as decisões concluíram

pelo vício, pela ilicitude, pela má-fé e pela falta de razoabilidade da conduta empresária de efetuar as dispensas sem comunicar o sindicato previamente. Entenderam que previamente à realização de uma dispensa coletiva devem ser prestadas todas as informações ao sindicato representante da categoria profissional, com os motivos e critérios para a dispensa e, principalmente, deve ser oportunizada a realização de uma negociação coletiva.

As decisões judiciais se fundamentaram na interpretação sistemática das regras e princípios da Constituição a respeito do trabalho e sua proteção, na aplicação das convenções internacionais da OIT ratificadas ou não pelo Brasil e no direito comparado. Não se valeram da ausência de lei específica sobre dispensa coletiva no ordenamento jurídico pátrio para concluir que eram válidas as despedidas realizadas arbitrariamente.

Estão, portanto, em consonância com a base doutrinária constitucional que fundamenta o presente estudo e com as suas conclusões a respeito da efetividade da proteção contra a dispensa arbitrária no Brasil.

Apesar de não ter sido da forma ideal, uma vez que o evento da dispensa já tinha ocorrido sem acompanhamento pelo sindicato, dois dos casos terminaram em acordo entre as partes. Ainda assim, a solução negociada das questões trabalhistas coletivas é sempre considerada melhor que a judicial, uma imposição externa que invoca um ranço de estatismo do Direito do Trabalho no Brasil¹⁶⁶. Os sindicatos puderam estabelecer benefícios para os trabalhadores dispensados, readmissão imediata daqueles que tinham direito a alguma estabilidade no emprego, critérios para novas contratações entre outras condições.

Apenas o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no caso da empresa Amsted Maxion, constatada a irregularidade das dispensas, determinou a sua anulação e conseqüente reintegração dos trabalhadores. As outras decisões optaram por medidas paliativas, incidentes sobre as condições para a realização das dispensas, mas sem questionar o ato em si. Outros mecanismos poderiam ter

¹⁶⁶ SILVA, Antônio Álvares da. *Dispensa coletiva e seu controle pelo judiciário*. *Op. cit.*, p. 665.

sido utilizados e mais efetividade às normas trabalhistas alcançada, incluindo aplicações de sanções às empresas¹⁶⁷.

O Tribunal Superior do Trabalho, analisando recurso da empresa Embraer, foi conservador em sua decisão e excluiu o caráter abusivo da dispensa coletiva realizada, sob o argumento de que, até então, a jurisprudência era pacífica em não restringir as dispensas coletivas. No entanto, decidiu fixar a premissa, para casos futuros, de que a dispensa em massa de trabalhadores deve ser precedida de negociação coletiva.

Enfim, os casos levados à apreciação da Justiça do Trabalho foram importantes para trazer à tona o debate acerca da validade das dispensas coletivas. Com isso, o Brasil pode avançar a sua concepção de democracia nas relações trabalhistas, valorizar a atuação sindical, levantar a necessidade de regulamentação da matéria, demonstrar que possui um Poder Judiciário atento às questões sociais.

A questão da dispensa coletiva, por tangenciar o tema da proteção constitucional contra a dispensa arbitrária, foi responsável por reintroduzir também, no cenário jurídico nacional, a discussão geral a respeito da efetividade dessa norma constitucional, até então, como visto, renegada nas dispensas individuais.

¹⁶⁷ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. *Op. cit.*, p. 79.

PARTE III - EFETIVIDADE

*“Hoje, vinte anos depois, quando o sistema é estruturalmente remodelado e o país retoma, com a Constituição de 88, o caminho certo da segurança no emprego, vê-se claramente o malogro do sistema anterior. Vamos recomeçar por onde há mais de 20 anos, poderíamos ter começado. Mas a angústia do tempo perdido é menor quando se age positivamente para recuperá-lo. Nunca é tarde para a tentativa de reencontrar o caminho certo da História”. (SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 223)*

4 PROPOSIÇÕES

A partir da fundamentação expendida neste trabalho, podem ser propostas algumas medidas com o objetivo de tornar exequível a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária, prevista na Constituição.

4.1 Poder Executivo

O Poder Executivo poderia propor novamente ao Congresso Nacional a re-ratificação da Convenção nº 158 da OIT. Para evitar que a mensagem fosse rejeitada mais uma vez, seria importante que o Governo estivesse associado aos sindicatos e fizesse ampla divulgação do tema da Convenção para conseguir apoio junto à sociedade.

Seria interessante, também, que esclarecesse o verdadeiro alcance da Convenção para desmistificar alguns pontos – como, por exemplo, de que haveria o retorno da estabilidade no emprego - e, assim, tranquilizar a categoria econômica. Caberia ao governo fortalecer a ideia de que se trata de um avanço social indispensável à inclusão do país no mundo globalizado.

Se a Convenção fosse ratificada novamente e seguido o procedimento constitucional para sua incorporação à legislação nacional, seria superada a questão a respeito de sua denúncia anterior, tornando-se indiscutível a sua vigência com hierarquia, no mínimo, de norma supralegal. Haveria muito mais segurança para os trabalhadores e sindicatos profissionais exigirem seu cumprimento e para os magistrados aplicarem-na aos casos concretos sob sua análise.

O Brasil alcançaria, deste modo, um passo importante na proteção do trabalho, possibilitando maior efetividade de direito fundamental e acompanhando os sistemas jurídicos estrangeiros mais avançados na regulação da matéria.

Outra medida que poderia ser adotada pelo Poder Executivo seria, nas políticas de incentivo, proteção e subsídios a empresas, mormente nas épocas de crise da economia, exigir como contraprestação a manutenção dos empregos por determinado prazo ou, pelo menos, a obrigatoriedade de adoção de medidas alternativas antes da opção pelas rescisões contratuais.

4.1.1 Ministério do Trabalho e Emprego

O Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, representando a autoridade administrativa em matéria de trabalho no Brasil, tem um papel central nas dispensas coletivas. Na Convenção nº 158 da OIT e no direito comparado, esse órgão é sempre notificado pelas empresas que pretendem realizar uma despedida em massa e tem o dever de fiscalizar o cumprimento do procedimento legal, o respeito aos direitos trabalhistas, etc. Dependendo de sua competência, pode até mesmo ser responsável por autorizar ou não a dispensa e indicar para a empresa outras soluções substitutivas.

Desse modo, é importante que o órgão esteja capacitado para cumprir bem o seu papel de forma atuante e eficiente; caso contrário, a comunicação prévia torna-se apenas uma burocracia desnecessária.

Por esse motivo, como proposta para efetivação da proteção contra a dispensa arbitrária, o MTE poderia se preparar para exercer a função adequadamente no Brasil. E, mesmo que se entenda que a notificação da autoridade administrativa não é obrigatória, o MTE, com as atribuições que possui atualmente, poderia ser acionado para acompanhar dispensas coletivas.

Outro serviço que já é prestado pelo MTE, a mediação de conflitos, poderia ser valorizada, pois, se realizada corretamente, pode representar um

instrumento importante para auxiliar sindicatos e empresas a alcançarem o acordo na negociação coletiva. O MTE poderia investir na capacitação de servidores para exercerem a função de mediadores e poderia divulgar a prestação desse serviço público. O método, enquanto forma extrajudicial de solução de controvérsias, é bastante conhecido e autorizado em todo o mundo.

4.2 Poder Legislativo

De início, o Poder Legislativo, seguindo as orientações da agência internacional, poderia autorizar a ratificação da Convenção nº 158 da OIT.

Em seguida, deveria assumir sua omissão em publicar a lei complementar do art. 7º, inciso I, da Constituição, passados mais de vinte anos e poderia, finalmente, editar a referida lei.

A fundamentação teórica deste trabalho fornece subsídios para que eventual texto de lei complementar esteja em consonância com Constituição e com as disposições da Convenção nº 158.

A lei, ainda que não indispensável para a aplicabilidade do direito de proteção contra dispensa imotivada, representaria uma oportunidade de avançar na matéria, formalizando a intenção do Estado de concretizar a promessa da Constituição.

Não seria mais possível aduzir a inexistência da lei complementar para justificar a ineficácia da proteção contra a dispensa arbitrária. Estariam claramente previstas as regras para realização de dispensas individuais ou coletivas e as sanções em caso de descumprimento. As empresas saberiam exatamente como agir e a sociedade, como cobrar.

4.3 Poder Judiciário

A atuação judicial no controle das dispensas arbitrárias foi tratada ao longo deste trabalho. Em síntese, os magistrados do trabalho poderiam desenvolver a jurisprudência sobre a matéria, adotando uma interpretação que amplia seu controle sobre as dispensas consideradas abusivas.

Isso poderia ser feito mediante a aplicação direta e sistemática das regras e princípios constitucionais e de direito do trabalho; por analogia, de outras normas de direito interno; normas de direito comparado e, também, tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A aplicação desses atos normativos está plenamente autorizada pelo art. 8º da CLT. Quanto à Convenção nº 158, o tratado pode ser considerado vigente no país ou aplicado de forma analógica. A decisão judicial deve estar fundamentada nas normas mais favoráveis ao trabalhador, que dificultem a prática abusiva da denúncia vazia do contrato de trabalho.

O ordenamento jurídico brasileiro já cerca o trabalhador de todas as garantias contra a dispensa arbitrária e de todos os mecanismos para efetivação desse direito. Não é necessário esperar a edição de lei complementar para aplicar ao caso concreto a proteção anunciada pela nossa lei fundamental.

O Judiciário pode ser invocado, portanto, para determinar se uma despedida, quer seja individual ou coletiva, foi arbitrária. O magistrado conferirá a regularidade formal do procedimento, isto é, se foram respeitados os requisitos de validade e, superada essa questão, analisará se as razões apresentadas são motivos justos e legais para a dispensa.

Se chegar à conclusão que a dispensa foi arbitrária, poderá anular o ato de rescisão contratual e determinar a reintegração do empregado ao emprego. No caso de dispensa coletiva, poderá determinar o retorno ao emprego até que haja negociação coletiva com o sindicato da categoria. Caso não seja recomendável a reintegração, poderá substituí-la por uma indenização, a qual não se confunde com a multa do FGTS.

O importante é que o Poder Judiciário adote uma postura firme no combate à dispensa arbitrária, aplicando o mecanismo adequado de reparação a cada caso, para que as decisões judiciais representem instrumento de efetivação do direito e não de colaboração com a situação abusiva.

4.4 Ministério Público do Trabalho

A Constituição atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dessa forma, é indispensável a atuação do Ministério Público do Trabalho - MPT para garantir a efetividade da proteção constitucional contra a dispensa arbitrária de trabalhadores.

Nesse sentido, o órgão, que já realiza forte combate às dispensas discriminatórias¹⁶⁸, poderia ampliar o seu exercício para exigir reparação das empresas também nas condutas arbitrárias de dispensa de empregados.

O papel atuante do MPT se torna ainda mais importante em momentos de crise econômica, que acabam por ter repercussões negativas no mundo do trabalho.

Já na crise mundial de 2008, o MPT não foi ausente. Realizou audiências públicas para esclarecimento dos sindicatos a respeito das dispensas coletivas e ajuizou ações civis públicas contra demissões em massa realizadas sem negociação prévia com a entidade sindical.

¹⁶⁸ Recentemente, em ação civil pública (ACP) movida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), na Paraíba, o Banco ABN Amro Real S/A (hoje Santander) foi condenado pelo Tribunal Superior do Trabalho a pagar R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) de indenização (valor histórico de 2003) por danos morais coletivos, pelo fato de ter dispensado uma funcionária portadora do vírus da Aids. Pela sentença, o banco ficou obrigado, ainda, em todo o território nacional, a se abster de realizar novas dispensas discriminatórias. Em outra ação movida em Pernambuco, a empresa Preserve Segurança e Transporte de Valores Ltda. foi condenada a pagar R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) por dano à coletividade pela prática abusiva na dispensa arbitrária e discriminatória de empregados que usavam do direito de ação. Notícias do site do MPT, disponíveis em: www.mpt.gov.br. Acesso em: mai. 2012.

Por meio de ações civis públicas, o MPT tem alcançado a condenação de empresas por dano moral coletivo, em face do descumprimento da premissa fixada pelo Tribunal Superior do Trabalho no caso Embraer. A empresa União Motores Elétricos e outras metalúrgicas de Santa Catarina foram condenadas ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pela redução do quadro de funcionários de 520 para 70 empregados, sem negociação coletiva com o sindicato. A empresa Amaron Comércio e Serviço Ltda., no Paraná, também foi acionada pelo mesmo motivo e realizou acordo judicial para reparação do dano coletivo.

No contexto de instabilidade econômica, em que se multiplicam os casos de dispensa coletiva de trabalhadores, o órgão poderia reforçar o seu controle, criando grupos especiais para acompanhamento dessas despedidas em conjunto com o MTE, de forma a garantir o respeito aos direitos dos trabalhadores.

Assim como o MTE, os Procuradores do Trabalho também cumprem o papel de mediadores de conflito, intervindo para auxiliar sindicatos e empresas na negociação coletiva. Essa função também poderia ser aprimorada para a resolução extrajudicial nos casos de dispensa em massa.

O MPT poderia, também, impetrar mandado de injunção perante o STF, argumentando pela falta de norma regulamentadora do art. 7º, I da Constituição, que torna inviável o exercício de direito. Em outros mandados de injunção impetrados anteriormente¹⁶⁹, a decisão final do STF foi sempre no sentido de considerar que existe norma na própria Constituição Federal, o art. 10, I, do ADCT, que regula, provisoriamente, o direito previsto no inciso I do art. 7º, de forma que enquanto não aprovada a lei complementar a que se refere, mostra-se descabido o mandado de injunção destinado a compelir o Congresso Nacional a elaborá-la. Não obstante, no julgamento de mandados de injunção referentes ao

¹⁶⁹ MI 628/RJ. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento: 19/08/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. MI 278/MG. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 03/10/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. MI 487/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/06/1995. MI 114/SP. Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento: 04/04/1991. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. MI 111 AgR/RJ. Relator: Min. Paulo Brossard. Julgamento: 17/05/1990. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

direito de greve dos servidores públicos¹⁷⁰, previsto no artigo 37, inciso VII da Constituição, diante da falta de lei, o STF decidiu que, enquanto não fosse elaborada tal regulamentação, valeriam as regras previstas para o setor privado (Lei nº 7.783/1989). Houve, além disso, desde 1988, uma mudança de posicionamento da Corte, que, constatando a ausência de norma regulamentadora, se limitava a notificar o Congresso da mora legislativa. O ajuizamento de outro mandado de injunção poderia, por conseguinte, obter resposta diferente do STF quanto à ausência da lei complementar do art. 7º, inciso I, da Constituição. Poderia ser determinada, por exemplo, a aplicação das regras da Convenção nº 158 da OIT ou mesmo do art. 165 da CLT.

4.5 Sindicatos

Os sindicatos representantes dos trabalhadores têm um papel fundamental na ampliação dos direitos trabalhistas e na conquista de melhores condições de trabalho. Estes entes poderiam incluir em sua pauta de reivindicações, por ocasião da negociação coletiva anual, a matéria da proteção contra a dispensa dos empregados.

Alguns acordos coletivos já estipulam formas de estabilidade além das previstas em lei, como, por exemplo, a impossibilidade de se despedir o trabalhador em vias de se aposentar. Poderiam ser incluídas outras garantias, como a exigência de prévia comunicação ao empregado, com apresentação das razões para sua dispensa, na seara individual, e a previsão de benefícios e indenizações. Na seara coletiva, poderia ser prevista a obrigatoriedade de comunicação prévia ao sindicato e realização de negociação coletiva.

¹⁷⁰ Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, impetrados respectivamente pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep).

De acordo com as disposições da Constituição de 1988 e da Convenção nº 158 da OIT, não há impedimento para que a proteção ao emprego seja objeto da autonomia privada coletiva. Pelo contrário, é até desejável que as próprias partes envolvidas, empresas e sindicatos, discutam abertamente a questão e cheguem a um acordo que equilibre seus interesses particulares.

4.6 Advogados

Logo após a ratificação da Convenção nº 158 da OIT pelo Brasil, começaram a serem ajuizadas ações pleiteando sua aplicação contra a despedida arbitrária de empregados. Porém, após toda a celeuma envolvendo o tema, as decisões do STF sobre a matéria e, finalmente, a denúncia da Convenção, a maioria dos juristas passou a entender que não era mais possível exigir a motivação da dispensa e esse questionamento judicial foi abandonado.

No entanto, de acordo com as conclusões desta pesquisa, os advogados trabalhistas poderiam incluir novamente, sempre que cabível nas reclamações por eles patrocinadas, a alegação de abuso de direito por parte do empregador que realiza dispensa arbitrária e requerer a reintegração do empregado ou pagamento de indenização, se considerá-la retribuição mais adequada ao caso.

Em decorrência do princípio da inércia¹⁷¹, a atuação do Poder Judiciário no controle das dispensas depende diretamente de que ele seja acionado para tanto. Por isso, os advogados, como atores indispensáveis à administração da justiça, poderiam também assumir esta tarefa, exigindo o pronunciamento jurisdicional nos casos de dispensa arbitrária.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 148-149.

5 CONCLUSÃO

5.1 A efetividade da proteção contra a dispensa arbitrária

A importância do trabalho para o homem e para a sociedade foi reconhecida na Constituição de 1988. O trabalho foi instituído como valor social, fundamento da República e da ordem econômica e os direitos trabalhistas foram incluídos entre os direitos fundamentais do ser humano. Do conjunto de suas disposições sobressai um verdadeiro *direito ao trabalho*.

Este direito ao trabalho impõe duas vertentes de atuação para o Estado. Na primeira, devem ser tomadas medidas de proteção ao trabalho em sentido amplo, como políticas de geração de empregos, geração de renda, seguridade social, valorização do salário mínimo, etc. Na segunda vertente, devem ser tomadas medidas de proteção ao trabalho em sentido estrito, nele compreendido a proteção da relação empregatícia.

Proteger a relação de emprego, em primeiro lugar, significa garantir a sua continuidade, o seu prolongamento no tempo. Em outras palavras, significa impor restrições ao término do contrato de trabalho. A efetividade de todas as demais normas protetivas depende dessa primeira garantia, que pode ser mais ou menos ampla, de acordo com os critérios adotados por cada país.

Nesse sentido, a Constituição tratou de enunciar, como primeiro entre o rol de direitos dos trabalhadores, a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária:

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

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

Esta previsão, resultado de intensos debates, na Assembleia Constituinte, entre forças trabalhistas, que exigiam maior proteção e forças conservadoras, que temiam a volta da estabilidade, está em sintonia com os sistemas jurídicos estrangeiros mais avançados em matéria trabalhista e com a normatização da OIT.

Para compreender o conteúdo da proteção contra a dispensa arbitrária do empregado, ainda não definido pela legislação infraconstitucional brasileira, é necessário recorrer à literatura trabalhista, ao direito internacional do trabalho e ao direito comparado.

Assim, despedida arbitrária é aquela socialmente injustificada, realizada de forma unilateral pelo empregador. Para que o término da relação de emprego por iniciativa do empregador seja válida e autorizada pelo ordenamento jurídico, isto é, para que a dispensa do empregado seja considerada não arbitrária, deve existir uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou, ainda, baseada nas necessidades de funcionamento da empresa.

Na dispensa individual, portanto, o empregador deve apresentar previamente ao trabalhador os motivos pelos quais está rescindindo o seu contrato. A CLT prevê as hipóteses que autorizam a dispensa por justa causa, ligadas ao cometimento de falta grave pelo empregado. As hipóteses que autorizam a dispensa sem justa causa do empregado, por sua vez, não são previstas pela lei e seria improvável que fossem exaustivamente elencadas. Desse modo, geralmente são estabelecidos os motivos que não podem constituir causa justificadora da dispensa, por exemplo, discriminações por raça, sexo, doenças - já amplamente coibidas pela jurisprudência - participação em atividades sindicais ou apresentação de queixa contra o empregador.

Na dispensa em massa, igualmente, devem ser apresentadas as causas existentes para justificar a despedida. Além disso, como a dispensa tem natureza coletiva, o empregador deve realizar negociação coletiva prévia com o sindicato representante dos trabalhadores. A negociação permite uma resolução conciliada entre empresa e sindicato, na qual podem ser proposta medidas alternativas para evitar ou diminuir o número de rescisões ou, sendo constatada a inevitabilidade das dispensas, podem ser estabelecidas condições e benefícios para os dispensados, de forma a minorar o impacto social da dispensa coletiva.

À luz da conceituação exposta, constata-se que as dispensas de empregados no Brasil, individuais ou coletivas, contrariando a Constituição, vêm sendo feitas de forma arbitrária. As empresas brasileiras não adotam o procedimento devido, dispensam livremente, por iniciativa unilateral, sem justificação prévia e sem negociação coletiva com o sindicato, nas rescisões contratuais coletivas. Existem algumas limitações impostas pela legislação, como a multa incidente sobre o FGTS, o aviso prévio e as estabilidades provisórias. Não impedem, no entanto, a dispensa arbitrária do empregado.

O Direito Constitucional, hoje, busca garantir a eficácia da Constituição, como norma máxima de validade de todo o sistema jurídico, pautado principalmente pela concretização dos direitos fundamentais. Reconhecida a sua força normativa, devem as regras e princípios constitucionais ser interpretados sistematicamente, de forma a dar efetividade a seu conteúdo axiológico.

Quando se trata, então, da norma de proteção à relação de emprego contra a dispensa arbitrária, esta deve ser entendida no contexto constitucional de valorização social do trabalho em equilíbrio com a livre iniciativa, de fundamento na dignidade da pessoa humana, de prevalência dos direitos humanos, da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, do desenvolvimento econômico pautado pela função social da propriedade e busca da justiça social.

Nessa esteira, a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais entende que todas possuem eficácia, em alguma medida. Não admite, desse modo, que alguma disposição seja paralisada e não produza efeitos jurídicos.

Não se coaduna com a teoria a corrente que interpreta que a norma insculpida no art. 7º, inciso I, da Constituição, ao solicitar sua integração por uma lei complementar, depende dessa regulamentação para ter eficácia. Esse entendimento impede que seja realmente garantida a proteção contra dispensa arbitrária e condiciona totalmente a efetividade constitucional à vontade do legislador, invertendo a lógica que deveria ser, na verdade, do legislador ordinário submetido à vontade da Constituição. Permite, em última análise, que ocorram rotineiramente as dispensas arbitrárias, enquanto a Constituição a proíbe.

A lei complementar, ainda não promulgada passados mais de vinte anos da vigência da Constituição, teria apenas o escopo de determinar os limites de aplicabilidade da norma, prevendo, por exemplo, a indenização cabível e outros direitos, como mencionado no dispositivo.

Ademais, a própria Constituição estabelece serem os direitos fundamentais de aplicação imediata, o que é patente quando se trata de direitos individuais, mas ainda encontra bastante resistência quando se trata de direitos sociais.

Por conseguinte, a proteção da relação empregatícia deve ser interpretada no sentido de que: 1) a Constituição proíbe a dispensa arbitrária de empregados e 2) essa norma tem aplicabilidade imediata, independente de regulamentação por lei complementar.

Há, portanto, o descumprimento da Constituição em todas as dispensas arbitrárias realizadas no país.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também trouxe regra referente à proteção:

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista”

Na linha de raciocínio anteriormente exposta, se entendido que a Constituição rechaça a dispensa arbitrária de empregados, em consequência, cabe ao art. 10 do ADCT a interpretação de que o valor pago sobre o montante do FGTS corresponde a uma indenização ao trabalhador **dispensado regularmente**, pelo tempo de serviço prestado.

Proteção não se faz com compensação pecuniária. Logo, não é possível substituir a relação de emprego pela indenização. O ordenamento reconhece a realidade e permite que sejam feitas rescisões contratuais trabalhistas, mas observados certos critérios. Satisfeito o procedimento, válida a dispensa, o trabalhador recebe sua indenização e outros direitos, como o seguro-desemprego. Entender que a indenização é decorrente do ato arbitrário tem como consequência deixar as coisas como estão, pois hoje o empregado é dispensado arbitrariamente e recebe – nem sempre – o FGTS com a porcentagem adicional. É uma interpretação enviesada da Constituição. Continuariam as dispensas arbitrárias, a desproteção do trabalhador e, principalmente, nosso atraso na efetivação de direitos fundamentais em comparação com outros países.

No caso de uma dispensa ser considerada arbitrária ou serem considerados inválidos ou inexistentes os motivos apresentados, deve ser privilegiada a reparação direta por meio da reintegração. Anulado o ato, a relação jurídica deve voltar ao seu estado anterior, com restituição do emprego e dos salários. E essa determinação independe de previsão legal. Ciente de que essa será a consequência de sua opção por realizar uma dispensa arbitrária, certamente as empresas se sentiriam coibidas a praticá-la.

A Convenção nº 158 da OIT, tratado sobre término da relação de emprego por iniciativa do empregador, consolida o mesmo modelo de proteção contra a dispensa arbitrária previsto na nossa Constituição e contém regras procedimentais que podem ser adotadas com o objetivo de garantir a efetividade da proteção.

A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1995 e denunciada logo em seguida, em 1996. Contudo, o procedimento adotado para a denúncia foi irregular, realizado unilateralmente pelo Poder Executivo, de forma que a Convenção

encontra-se plenamente em vigência, podendo ser aplicada e exigida sua aplicação.

Ainda que se adote o entendimento de legalidade da denúncia, a convenção, enquanto principal norma de direito internacional sobre a matéria, respaldada pela OIT, pode ser aplicada com base no art. 8º da CLT. Por essa regra, na falta de disposições legais ou contratuais, o caso pode ser decidido, entre outros, por analogia e pelo direito comparado.

A Convenção é formalmente compatível com a Constituição brasileira. Em que pese a Constituição exigir a edição de lei complementar para regulamentação da matéria objeto da convenção, a incompatibilidade é apenas aparente. Não existe nenhuma regra de impedimento de adesão a tratados internacionais cuja matéria deva ser regulada internamente mediante lei complementar. O procedimento legislativo com quórum de aprovação qualificado é exigível apenas do legislador interno e não do internacional. Não existe hierarquia normativa entre lei ordinária e lei complementar, ambas são espécies do gênero lei federal. A convenção, na época de sua ratificação, seguiu todo o procedimento adequado para sua promulgação no país. E, principalmente, os direitos e garantias fundamentais previstos nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte - caso da Convenção nº 158 - têm *status* de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição e são, portanto, direta e imediatamente exigíveis.

Além da constitucionalidade formal, a convenção também é materialmente compatível com a Constituição. A maioria de suas disposições não suscita esse questionamento, pois, em geral, as regras são bastante flexíveis para serem adaptadas à realidade de cada país. Em síntese, ela estabelece que deva ser dado efeito às suas disposições por meio da legislação nacional ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional, como por exemplo, contratos coletivos, laudos arbitrais e sentenças judiciais. Impõe a apresentação de uma causa justificada para a dispensa do empregado. Exige, em caso de dispensa coletiva, a notificação prévia da entidade representante dos trabalhadores e da autoridade administrativa competente. Lista alguns direitos

mínimos a serem concedidos ao trabalhador despedido, como aviso prévio, indenização e seguro-desemprego. Define que deve ser assegurado, ao empregado que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho, o direito de defesa, por meio de recurso a um organismo neutro.

O ponto que gera mais polêmica é aquele referente à consequência prevista para o caso de ser considerada injustificada a dispensa do empregado. A convenção estabelece que, preferencialmente, deve ser anulado o término e determinada a reintegração do trabalhador, mas que essa pode ser substituída por uma indenização. Logo, a convenção não faz nenhuma imposição quanto ao tema, deixando a opção a critério de cada país. A Constituição, no art. 7º, inciso I, menciona indenização compensatória, a qual, como antes explicitado, deve ser entendida como uma retribuição pelo tempo de serviço prestado em caso de dispensa não arbitrária. Por outro lado, a Constituição não contém nenhum dispositivo proibindo a reintegração ao emprego. Assim, não só a matéria da Convenção nº 158 da OIT é plenamente compatível com a Constituição como, no nosso ordenamento jurídico, cabe perfeitamente a solução que a OIT considera mais adequada: a reintegração do empregado em caso de dispensa arbitrária.

A Convenção nº 158 da OIT é sucinta e clara, de modo a permitir a aplicação imediata da maioria de suas normas. Os pontos em aberto deverão ser resolvidos pela negociação individual no contrato de trabalho, negociação coletiva ou pelo juiz do trabalho.

É fundamental que sua matéria seja colocada em prática no Brasil, dando cumprimento imediato à correspondente disposição constitucional e, principalmente, garantindo mais equilíbrio, boa-fé, transparência e segurança no dia-a-dia das relações de trabalho.

A crise econômica mundial iniciada em 2008 – a qual foi controlada no Brasil, mas ainda hoje repercute em inúmeros países, como demonstra o crescimento das taxas de desemprego em Portugal, Espanha e Grécia – é um marco importante no estudo da proteção à relação de emprego no Brasil, pois teve o condão de reintroduzir o seu debate no cenário jurídico nacional.

Diversos casos de dispensas em massa efetuadas por grandes empresas, a princípio afetadas pela crise, foram noticiados pela mídia, questionados pelo Governo Federal e levados à apreciação do Poder Judiciário para análise de sua validade. Foi dado destaque a três desses casos na presente pesquisa, nos quais foram paradigmáticas as decisões prolatadas pela justiça trabalhista.

A atuação das entidades sindicais, do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho levou o questionamento das dispensas coletivas a uma rediscussão sobre a efetividade da garantia constitucional de proteção à relação de emprego, os limites da liberdade empresarial e o controle exercido pelo Judiciário.

As conciliações realizadas, a pressão dos sindicatos, a atitude das empresas de ceder em alguma medida, as liminares concedidas e a manifestação do Tribunal Superior do Trabalho, inovadora ao fixar a premissa de que os casos de dispensa coletiva devem se precedidos de negociação coletiva com o sindicato, tudo isso contribuiu para elevar o outro nível a proteção do trabalho no Brasil.

Houve, pelo menos, uma sinalização de que as coisas não podem continuar como estão postas, de que não é possível mais aceitar a dispensa arbitrária de empregados.

Por um lado, há o descumprimento da Constituição quanto à proteção da relação de emprego. A Carta Política não é aplicada em sua total amplitude, permitindo que as rescisões contratuais trabalhistas sejam livremente realizadas de forma arbitrária e que os trabalhadores fiquem totalmente submetidos à vontade do empregador. Essa situação foi assimilada e pouco é questionada. Estamos há mais de vinte anos parados no tempo, conformados com o ataque a um direito fundamental do homem-trabalhador.

Mas, por outro, as perspectivas são alvissareiras. Reunimos todas as condições jurídicas e materiais para dar efetividade imediata à proteção contra a dispensa arbitrária. Temos uma Constituição Cidadã, um Estado Democrático de Direito, instituições fortes e ordenamento jurídico avançado no tema.

Em 1988, havíamos acabado de superar um regime ditatorial e entraríamos, em seguida, na onda neoliberal. Provavelmente, o cenário não era favorável para a garantia de direitos trabalhistas. No entanto, hoje, vivemos em um contexto diferente. O Brasil cresce, apresentando um modelo de desenvolvimento social e econômico elogiado e copiado mundo afora. A desigualdade social diminuiu, a economia está estabilizada, as empresas recebem investimentos, a produção cresce e a geração de empregos aumenta a cada dia.

Esse é o momento adequado para reencontrarmos o caminho certo da história e avançarmos na proteção de direitos humanos. A ideia não é nova. A comissão criada para elaborar um anteprojeto de atualização da CLT, na década de 1970, já defendia a adoção da teoria da nulidade da despedida arbitrária, proposta que não foi acatada pelo governo na época¹⁷². Temos agora a oportunidade de nos aproximar dos sistemas mais avançados em matéria de proteção da relação de emprego. Uma sinalização nesse sentido já foi dada pelo Poder Judiciário, nos casos de dispensa coletiva em 2008-2009.

A efetividade da proteção constitucional contra a despedida arbitrária depende penas do esforço dos aplicadores do Direito.

¹⁷² SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de Direito do Trabalho. Op. cit.*, p. 698. A Comissão Interministerial de Atualização da CLT era composta por importantes estudiosos do Direito do Trabalho, como Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão. Após seis anos de estudo, o projeto apresentado pela Comissão foi arquivado pelo Governo Figueiredo. MACIEL, José Alberto Couto. *A garantia no emprego já em vigor. Op. cit.*, p. 30.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLY, Raimundo Cerqueira. *Garantia de emprego e a Convenção n. 158 da OIT*. Revista de Direito do Trabalho, v. 25, n. 94, p. 24-39, abr. 1996.

ALMEIDA, Renato Rua de. *O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa*. Revista LTr: Legislação do trabalho, v. 71, n. 3, p. 336-345, mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista Consultor Jurídico, abr. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Fazendo Justiça: a história do FGTS*. 2009. Disponível em: http://downloads.caixa.gov.br/arquivos/fgts/relatoriosacoes/Livro40Anos_F.pdf.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012.

DALAZEN, João Orestes. *Reflexões sobre o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e a Emenda nº 45/2004*. In: Os Novos Rumos do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. *A Convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada*. Nota técnica, n. 61, mar. 2008.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Crise financeira mundial: tempo de socializar prejuízos e ganhos*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 48, n. 78, p. 195-217, jul./dez. 2008.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *A Convenção n. 158 da OIT, a Constituição e a estabilidade no emprego*. Jornal trabalhista, v. 9, n. 414, p. 822-825, ago 1992.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão civil: Ingo Sarlet, Gilmar Mendes, Häberle e o Estado Humanista de Direito*. Jun. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: jun. 2012.

GOMES, Orlando. *Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*. Revista LTr, São Paulo, ano 38, jul. 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Record of proceedings: International Labour Conference, 68th Session*. Geneva: ILO, 1982.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Eli Queiroz. *Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro: a primazia da norma mais benéfica ao indivíduo*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes *et alii* (coords.). *Direito Constitucional do Trabalho - Temas*. São Paulo: LTr, 2012, p. 671-688.

MACIEL, José Alberto Couto. *Garantia no emprego já em vigor*. São Paulo: LTr, 1994.

MAGANO, Octavio Bueno. *Convenção 158 e indenização por despedimento*. Síntese Trabalhista, v. 8, n. 91, p. 113-114, jan. 1997.

MAGANO, Octavio Bueno. *Limitações para despedir empregados*. Síntese Trabalhista, v. 7, n. 81, p. 126-127, mar. 1996.

MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estevão. *O Direito do trabalho na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAGANO, Octávio Bueno. *Proteção da relação empregatícia*. Revista LTr, v. 52, n. 11, p. 311, Nov. 1988.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*. Revista de Direito do Trabalho, v. 30, n. 116, p. 110-125, out/dez 2004.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva*. São Paulo: LTr, 2000.

MARQUES, Fernanda Antunes. *Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhador*. Revista IOB: trabalhista e previdenciária, v. 21, n. 243, p. 22-41, set. 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Despedida coletiva*. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, v. 6, n. 31, p. 5-20, jul./ago. 2009.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista da AJURIS, n. 113, p. 333-370, mar. 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Terminación de la relación de trabajo: estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Informe III – Parte 4B. Ginebra: OIT, 1974.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna*. Brasília: OIT Brasil, 2012.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; STEPHAN, Cláudia Coutinho. *Da impossibilidade das dispensas coletivas sob o argumento da crise econômica global: interpretações constitucionais e internacionais neste sentido*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 36, n. 66, p. 265-276, jan./jun. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *La disciplina dei licenziamenti in Italia e nel diritto comparato: una proposta per il diritto del lavoro in Brasile*. Tesi di Dottorato presentata alla Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Roma: 2008.

RAMOS, Saulo. *Parecer a consulta formulada pela FEBRABAN*. São Paulo: mai., 1996.

ROCHA, Claudio Jannotti da. *Dispensa coletiva*. Belo Horizonte: RTM, 2011.

ROMITA, Arion Sayão. *A tentativa de ressuscitar a Convenção n. 158 da OIT*. Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior, v. 32, p. 9-32, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. *Efeitos da ratificação da convenção n. 158 da OIT sobre o direito brasileiro*. Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário, n. 5, p. 75-79, mar. 1996.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *A estabilidade do trabalhador na empresa*. Rio de Janeiro: Konfino, 1970.

SCATTONE, Adriana Orsatti; FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. *Disciplina jurídica da dispensa: a Convenção n. 158 e a norma constitucional*. Revista de Direito do Trabalho, v. 25, n. 94, p. 40-48, abr. 1996.

SENA ORSINI, Adriana Goulart de. *Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul/dez 2007, p. 109.

SENA ORSINI, Adriana Goulart de. *Trabalho e desemprego no contexto contemporâneo: algumas reflexões*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, 29 (59): 99-128, Jan./Jun.99.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, v. 39, n. 38, p. 157-163, dez. 2010, p. 157-158.

SCHMIDT, Biannka Jabrayan. *Proteção constitucional contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: protagonismo judicial na concreção do direito fundamental ao trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24. Região, n. 15, p. 121-144, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. *Dispensa coletiva e seu controle pelo judiciário*. Revista LTr: legislação do trabalho, v. 73, n. 6, p. 650-670, jun. 2009.

SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: Editora RTM, 1996.

SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Validade e eficácia da Convenção n. 158 da OIT perante o ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito do Trabalho, v. 25, n. 94, p. 7-23, abr. 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *A compatibilidade entre a Convenção OIT-158 e a Constituição Brasileira*. LTr Suplemento Trabalhista, v. 32, n. 8, p. 53-55, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta*. Revista do Ministério Público do Trabalho, v. 19, n. 38, p. 68-87, set. 2009.

VASCONCELLOS, Andréa. *Dispensa imotivada: análise à luz da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego*. In SENA, Adriana Goulart de et alii (org.) *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. p. 481-497. São Paulo: LTr, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. *Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jun. 2008.

VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT*. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 7, n. 25, p. 39-48, 2008.

VIANA, Márcio Túlio (Coord.) et al. *Teoria e prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.