

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

JULIANA DE SOUZA COELHO

**REFLEXÕES SOBRE A DISPENSA COLETIVA ARBITRÁRIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Juiz de Fora

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

JULIANA DE SOUZA COELHO

**REFLEXÕES SOBRE A DISPENSA COLETIVA ARBITRÁRIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos para a obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dorival Cirne de Almeida Martins.

Juiz de Fora

2011

Juliana de Souza Coelho

**REFLEXÕES SOBRE A DISPENSA COLETIVA ARBITRÁRIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora**

Data da defesa: ___/___/2011

Prof. Orientador Dorival Cirne de Almeida Martins

Prof. Flávio Bellini de Oliveira Salles

Prof^a. Flávia Lovisi Procópio de Souza

RESUMO

O presente trabalho acadêmico possui como objeto de estudo a dispensa coletiva, tema de grande relevância jurídica e, principalmente, social, uma vez que as crises econômicas têm tornado cada vez mais frequentes as despedidas em massa. A pesquisa mostra-se ainda mais oportuna pelo fato de não se ter no Brasil uma regulamentação específica sobre a matéria, sendo que a doutrina tradicional atribui “natureza potestativa” ao ato unilateral do empregador de extinguir o contrato de trabalho sem qualquer motivação. Como se pretende demonstrar, tal entendimento não é compatível com a nova ordem constitucional instituidora de um Estado Democrático de Direito e fundada na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho. Não obstante o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho ter proferido novo entendimento sobre o assunto, a discussão continua acesa. Diante deste cenário lacunoso e controvertido, faz-se mister o estudo mais atento deste tema que gera reflexos em todo o meio social, a fim de se identificar no próprio ordenamento jurídico brasileiro os elementos que permitem que se chegue à conclusão no sentido da impossibilidade da despedida maciça arbitrária.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensa Coletiva. Direito Potestativo. Abuso de Direito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 O VALOR “TRABALHO” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	07
2 MODALIDADES DE DESPEDIDA DO TRABALHADOR	10
2.1 Distinção entre dispensa coletiva e dispensa plúrima	10
2.2 Breve histórico da dispensa individual no ordenamento jurídico brasileiro	12
2.3 Dispensa coletiva <i>versus</i> dispensa individual	13
2.4 Dispensa arbitrária, dispensa não arbitrária e dispensa com justa causa	15
3 A DISPENSA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO	17
3.1 Análise da dispensa coletiva como direito potestativo absoluto do empregador	17
3.2 Atuação do Poder Judiciário no controle da dispensa coletiva	19
3.3 A posição do TST a partir do julgamento do caso EMBRAER	20
4 O TRATAMENTO DA DISPENSA COLETIVA NO PLANO INTERNACIONAL	22
4.1 A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho	22
4.2 Direito Comparado: países que se destacam na proteção ao trabalhador	24
5 DEMISSÕES EM MASSA: A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA E A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO AO PODER DO EMPREGADOR DE DESPEDIR	27
5.1 Eficácia e aplicabilidade do artigo 7º, inciso I da Constituição Federal	27
5.2. Princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas	29
5.3 Abuso de Direito na despedida arbitrária	33
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38

INTRODUÇÃO

O desemprego é hoje uma das grandes mazelas do sistema capitalista. A ideia central do pensamento de Adam Smith, considerado o pai da economia moderna, de que a iniciativa privada deveria agir livremente, sem qualquer intervenção estatal, mas apenas guiada pela “mão invisível” que regula o mercado, mostrou-se uma verdadeira falácia. As diversas crises econômicas ao longo do século XX, principalmente a de 1929 e, mais recentemente, a crise de 2008, já no século XXI, evidenciaram que a livre competição, por si só, tem contribuído somente para aumentar os problemas sociais. Tal cenário é agravado pelo fenômeno da globalização, a partir da disputa entre as empresas por mão de obra barata advinda dos países subdesenvolvidos, em detrimento da mão de obra nacional mais qualificada e onerosa, e pelas inovações tecnológicas que permitiram a substituição de trabalhadores por máquinas.

Frente a este ambiente de crise, a solução que vem sendo utilizada por muitas empresas, principalmente as multinacionais, é a dispensa em massa de trabalhadores com o objetivo de reduzir seus custos e prejuízos. Caso emblemático aconteceu em 2009 quando a EMBRAER, empresa brasileira produtora de aeronaves, procedeu ao *lay off* de mais de quatro mil empregados. Em virtude dos drásticos efeitos sociais e econômicos da dispensa coletiva, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o caso, decidiu por maioria de votos, *que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores* (TST – RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009/DEJT de 4.9.2009).

Embora a decisão do Tribunal Superior do Trabalho tenha sido importante, principalmente ao estabelecer uma diferenciação entre dispensas individuais e coletivas, ela não tem o condão de impedir que a prática da dispensa maciça continue, permanecendo o sentimento de insegurança por parte dos trabalhadores. Por esta razão, a escolha do presente tema foi motivada pela necessidade de se buscar, dentro do nosso próprio ordenamento jurídico, meios aptos a suprir a lacuna existente, uma vez que atribuir simplesmente às dispensas coletivas o mesmo tratamento dado às dispensas individuais, qual seja, o pagamento da indenização

prevista pelo artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é ir de encontro aos fundamentos do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, face aos efeitos muito mais gravosos provocados pela despedida em massa no âmbito social.

A tese a ser apresentada não tem por escopo defender a estabilidade no emprego, mas a necessidade de que as dispensas coletivas, em razão dos seus efeitos econômicos e sociais graves, sejam efetivadas somente se forem feitas com base em motivos sérios, de ordem técnica, econômica ou financeira. Entendimento contrário estaria ferindo a garantia constitucional de proteção aos empregados contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, prevista pelo inciso I do artigo 7º da Constituição Federal.

A par da discussão em torno da eficácia e aplicabilidade do dispositivo acima referido, o trabalho tem como objetivo demonstrar a impossibilidade de se compreender a dispensa coletiva arbitrária como direito potestativo absoluto do empregador, com base em institutos fornecidos pelo nosso ordenamento jurídico, tais como a vedação à prática do abuso de direito (artigo 187 do CC) e os princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas.

1 O VALOR “TRABALHO” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O trabalho é a atividade humana aplicada na criação, transformação ou adaptação dos recursos naturais a fim de produzir bens necessários à sobrevivência do homem. Ao longo da história o ser humano utilizou não somente sua força física, mas também sua capacidade intelectual na produção de ferramentas e na invenção de técnicas capazes de modificar a natureza para torná-la mais útil aos seus propósitos. Não obstante, o trabalho não pode ser visto apenas sob esta ótica. Ele é não só um meio de sobrevivência, como também de realização pessoal. Com efeito, na medida em que a pessoa trabalha, ela supera seus limites, constrói sua própria identidade e angaria maior respeito no contexto social.

Desde a antiguidade clássica até o período feudal, o trabalho era compreendido como o estigma que excluía as pessoas da sociedade. O clero e a nobreza desprezavam o trabalho. Para eles, a riqueza tinha origem no mercantilismo e não no labor. Dessa forma, as atividades braçais eram reservadas às classes situadas na base da pirâmide social, como as dos escravos e servos. Pouco a pouco, o trabalho foi adquirindo novos contornos, passando a ser visto como a mediação entre o homem e a natureza. É a partir do desenvolvimento do capitalismo, contudo, que o valor do trabalho atinge seu auge. Nesse contexto, ele é a forma de se conseguir lucro e de acumular riqueza.

O sistema capitalista instalado definitivamente durante a vigência do Estado Liberal de Direito fazia, no entanto, uma distinção entre os detentores dos meios de produção (burguesia) e aqueles que vendiam sua força de trabalho em troca de um salário (proletariado). O interesse da burguesia era produzir cada vez mais, com o menor custo possível. Isso significava a imposição de jornadas de trabalho absurdas e uma ínfima remuneração aos proletários. Neste sentido, o trabalhador passou por um processo de “coisificação”, sendo visto como mais uma das peças que faziam funcionar a engrenagem do sistema.

Todas estas condições adversas criadas pela Revolução Industrial fizeram com que os trabalhadores criassem uma “consciência de classe”, e passassem a reivindicar direitos que lhes protegessem das péssimas condições de trabalho, das

jornadas excessivas e da exploração em geral. É neste contexto que se situa a formação histórica do Direito do Trabalho.

A partir da chamada Segunda Revolução Industrial, surgiram novos modelos de produção, conhecidos como fordista e taylorista. O trabalhador, aqui, limitou-se a operar as máquinas de forma quase mecânica, de modo a acompanhar o ritmo acelerado das linhas de montagem. Tais modelos tornaram o trabalhador facilmente substituível, aumentando cada vez mais sua alienação.

Foi na vigência de tais modelos de produção que o Direito do Trabalho se expandiu e se consolidou. No Brasil, algumas datas representam marcos importantes, como a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 1930, a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no ano de 1943, o reconhecimento do direito de greve pela Constituição de 1946 e a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em 1966.

A Constituição Republicana de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, foi, entretanto, a que deu maior relevo ao valor social do trabalho, erigindo-o a fundamento da República, juntamente com a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da CF). Ciente do valor do trabalho humano na sociedade, a atual Constituição deu-lhe papel de destaque em diversas passagens, ressaltando sua importância para o desenvolvimento humano, econômico e social.

Ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição incluiu em seu Título II normas que valorizam e protegem o trabalho, notadamente as do artigo 7º, concernentes aos direitos mais importantes dos trabalhadores urbanos e rurais, as do artigo 8º, versando sobre a liberdade sindical, as do artigo 9º, dispondo sobre o direito de greve e as normas dos artigos 10º e 11. No Título VII, referente à ordem econômica e financeira, a Constituição trouxe a previsão de que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. No artigo 193, o valor social do trabalho foi posto em patamar de superioridade aos demais valores que a Ordem Social procura preservar.

Todos estes dispositivos ao longo da Constituição são plenamente justificáveis na medida em que, num Estado Democrático de Direito, o bem-estar do ser humano deve ser o objetivo maior a ser alcançado. Neste sentido, o trabalho torna-se imprescindível, uma vez que proporciona ao indivíduo os meios de sobrevivência, de

inclusão social, de desenvolvimento de sua personalidade e de existência com dignidade.

Não resta dúvida, portanto, de que a nossa atual Constituição erigiu o valor “trabalho” a papel de destaque no nosso ordenamento, e trouxe amparo jurídico apto a protegê-lo. Logo, para que o valor “trabalho” seja preservado, não se pode entender a dispensa coletiva como um direito potestativo e absoluto do empregador, sob pena de se violar todo este aparato protetivo criado em seu entorno.

Como bem salienta o professor Antônio Álvares da Silva:

Valorizar o trabalho, como bem jurídico constitucional, consiste em tornar duradoura a relação de trabalho e mantê-la constante para que o trabalho dela irradie seu efeito construtor e benéfico para a vida social. Portanto nada mais sábio do que a afirmativa da Constituição brasileira no sentido de que é direito do trabalhador ‘relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa’ (Silva, 2009, p. 651).

2 MODALIDADES DE DESPEDIDA DO TRABALHADOR

O presente capítulo visa à conceituação dos tipos de dispensa do trabalhador, bem como à análise dos seus aspectos diferenciadores. Inicialmente, será feita a distinção entre dispensa coletiva e dispensa plúrima, haja vista tais espécies, apesar das nomenclaturas próximas que ostentam, não se confundirem. Em seguida, faz-se mister o estudo da evolução jurídica do regime da dispensa individual no Brasil, desde o antigo modelo jurídico celetista até a universalização do FGTS pela Constituição de 1988. Isto porque, ante a ausência de regulamentação específica da dispensa coletiva, o mesmo tratamento previsto para as dispensas individuais vem sendo aplicado às despedidas em massa. Feitas essas considerações, será traçado um paralelo entre dispensas individuais e coletivas. Por fim, será feita uma abordagem sobre as dispensas quanto à sua motivação.

2.1 Distinção entre dispensa coletiva e dispensa plúrima

A dispensa coletiva pode ser conceituada como a “rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados” (Orlando Gomes apud PANCOTTI, 2010, p. 534). A partir dessa definição é possível inferir que, para que a dispensa coletiva reste configurada, não basta a despedida de uma pluralidade de trabalhadores. Algumas peculiaridades devem ser observadas, quais sejam, a simultaneidade das rescisões, a unicidade da causa determinante e a ausência de substituição dos empregados demitidos.

O empregador, ao decidir pela ruptura contratual de certo número de empregados, não pode ter em mente trabalhadores específicos, mas um grupo de empregados ligados apenas por características não pessoais, como a vinculação a determinado setor da empresa. O motivo da dispensa deve ser comum a todos. De modo geral, verifica-se que as dispensas coletivas resultam de motivos econômicos.

Quando a empresa se vê envolta por adversidades, tais como redução do índice de vendas, fechamento de filiais ou crises financeiras, uma das primeiras medidas tomadas com o fito de reduzir custos é a demissão em massa.

Ademais, o objetivo do empregador com as dispensas não pode ser a substituição do quadro de pessoal, ou a diminuição, por certo tempo, do número de empregados. Ao contrário, a redução deve ser definitiva, seja porque os empregados se tornaram desnecessários, seja porque a empresa não possui condição de mantê-los.

A dispensa plúrima, por sua vez, embora se verifique face a uma pluralidade de trabalhadores, de forma concomitante, está intimamente ligada às características pessoais de cada trabalhador. Nesta esteira de raciocínio, ensina Andréa Brião:

Dispensa dessa espécie sucede quando numa empresa se verifica uma série de despedidas singulares ou individuais, ao mesmo tempo, por motivo relativo à conduta de cada empregado dispensado.

Essa dispensa há de ser praticada, primeiramente, contra número considerável de empregados, por fato que a todos diga respeito, como, por exemplo, a insubordinação dos trabalhadores da seção de embalagem de uma empresa. *Os dispensados têm de ser pessoas determinadas*, constituindo um conjunto concreto de empregados. Afastados, há de ser substituídos, eis que o serviço precisa ser prestado continuamente por igual número de trabalhadores. A dispensa plúrima não tem, por último, a finalidade de reduzir o quadro do pessoal (BRIÃO, 2010, p. 430).

Feita esta distinção, tem-se que as dispensas plúrimas não serão objeto do presente trabalho, pois, embora atinjam um número significativo de trabalhadores, elas são motivadas pelo empregador.

2.2 Breve histórico da dispensa individual no ordenamento jurídico brasileiro

A extinção do contrato de trabalho por ato unilateral do empregador sofreu profunda modificação na sua forma de regulamentação desde o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O antigo modelo jurídico celetista impedia que a empresa despedisse o empregado que contasse mais de dez anos de serviço, salvo por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. Era a chamada estabilidade decenal. Caso o empregador descumprisse tal mandamento, era obrigado a readmitir o empregado ou, sendo a reintegração desaconselhável, deveria pagar a indenização correspondente. O trabalhador dispensado sem justa causa, mas que não houvesse atingido a estabilidade, fazia jus a indenização proporcional ao tempo de serviço.

Observa-se, portanto, que o modelo celetista clássico impunha forte limitação à vontade empresarial no que tange à ruptura desmotivada do contrato de emprego. O exercício do direito potestativo do empregador de romper o contrato trabalhista não era impedido nos casos de contratos inferiores a 10 anos, mas sofria óbices de natureza econômica em virtude da indenização prevista pelos já revogados artigos 477 e 478 da CLT. Já com relação ao trabalhador estável, a denúncia vazia era vedada pela lei, em aparente contemplação ao princípio da continuidade da relação de emprego.

O sistema da estabilidade era fortemente criticado pela classe empresária, ao argumento de que era excessivamente rígido.

Com a instalação da ditadura militar em 1964, o discurso do novo regime passou a ter cunho fortemente neoliberal. Foi neste contexto que surgiu uma nova fórmula alternativa ao sistema estabilitário. Por meio da edição da Lei nº 5.107/66 o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi instituído, ficando sujeito a uma opção expressa (por escrito) no momento da celebração do contrato. Optando pelo FGTS, o empregado teria direito a depósitos mensais em sua conta, no valor de 8% sobre seu complexo salarial. Uma vez dispensado desmotivadamente, ele poderia sacar o Fundo de Garantia acrescentado de um percentual rescisório no valor de 10% sobre o montante total do FGTS depositado e corrigido (a Constituição de 1988 elevou este acréscimo ao percentual de 40%). O direito ao saque do FGTS também era assegurado quando da aposentadoria do empregado, ou quando de seu

falecimento, sendo a liberação do depósito feita em favor dos herdeiros ou dependentes do empregado, neste último caso.

A implementação desta nova sistemática eliminou, portanto, o limite jurídico às dispensas imotivadas relativo ao sistema estabilitário. Embora as situações jurídicas já consolidadas sob a égide do regime da estabilidade decenal tenham sido preservadas, em pouco tempo o mercado de trabalho já estava quase totalmente submetido ao FGTS. Muitos empregadores condicionavam a contratação do empregado à opção pelo novo sistema.

A Constituição de 1988 acabou com a dualidade de regimes jurídicos, universalizando o sistema do FGTS. O depósito no fundo passou a ser um direito do trabalhador, urbano e rural, excetuado o doméstico, por força do artigo 7º, inciso III. Conseqüentemente, a Constituição pôs fim à estabilidade e ao direito de indenização rescisória outrora existente, restando para o trabalhador dispensado sem justa causa o direito ao acréscimo de 40% do valor depositado, nos termos do artigo 10, inciso I do ADCT.

Do exposto, é possível concluir que o atual regime jurídico da dispensa individual não mais garante a estabilidade no emprego, não impondo óbices maiores ao exercício potestativo da vontade empresarial de praticar a denúncia vazia do contrato de trabalho.

2.3 Dispensa coletiva *versus* dispensa individual

A despedida do trabalhador por decisão empresarial pode ser classificada, segundo as lições de Mauricio Godinho Delgado, conforme sua amplitude ou abrangência no contexto da empresa ou estabelecimento. Neste sentido, têm-se a despedida individual e a despedida coletiva. O autor as define da seguinte forma:

A despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado lay off). A

ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, *por si somente*, despedida coletiva: pode tratar-se de um número disperso de dispensas individuais.

Já a *despedida coletiva* atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma prática maciça de rupturas contratuais (*lay off*) (DELGADO, 2010, p. 1077-1078).

O elemento quantitativo não pode ser o único a ser considerado no momento de se verificar se a dispensa é individual ou coletiva. A análise da causa que ensejou a dispensa é imprescindível. Conforme visto anteriormente, na dispensa coletiva a causa é única para todos os trabalhadores e o propósito é a redução do quadro de pessoal da empresa. Por outro lado, a dispensa individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (*justa causa*) imputável ao empregado ou pela não adaptação do obreiro às novas técnicas de produção da empresa.

Há um outro aspecto diferenciador essencial entre tais modalidades de dispensa. Trata-se da repercussão social que produzem. Com efeito, enquanto as dispensas individuais, em regra, não geram reflexos além da esfera pessoal do trabalhador, as dispensas coletivas provocam forte impacto social, na medida em que toda a comunidade inserida no espaço onde a empresa atua sofre com seus efeitos nocivos.

Infelizmente, as empresas ignoram esta realidade e aplicam o mesmo tratamento das dispensas individuais às dispensas coletivas. Em razão da inexistência de dispositivos legais regulamentadores da despedida em massa, a prática adotada, também neste caso, é o pagamento de indenização correspondente a 40% do valor depositado na conta do trabalhador vinculada ao FGTS.

A possibilidade de se utilizar o atual modelo de indenização nos casos de dispensa em massa acaba por incentivar a sua prática desmotivada pelos empregadores. Neste sentido, sempre que a empresa se deparar com dificuldades de natureza econômico-financeira capazes de reduzir seus lucros, a opção mais fácil para ela corrigir este desequilíbrio será a demissão maciça de trabalhadores. O exercício potestativo da vontade da empresa, aqui, estaria se sobrepondo a todo o leque protetivo criado em torno da relação de emprego.

Por esta razão, considerando seus efeitos econômicos e sociais graves, é imprescindível a existência de um certo controle das dispensas coletivas, por meio da análise dos seus motivos ensejadores, bem como a criação de outras alternativas jurídicas aptas a suavizar tais efeitos. Deste modo, ideal seria, presentes motivos justos para a dispensa, que se criasse, por exemplo, um escalonamento das demissões, obedecendo a certos critérios, como idade, estado civil, entre outros, ou uma indenização diferenciada proporcional ao valor do salário e ao tempo de serviço.

2.4 Dispensa arbitrária, dispensa não arbitrária e dispensa com justa causa

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º trouxe uma gama de direitos fundamentais trabalhistas, criando todo um aparato protetivo da relação de emprego, beneficiando trabalhadores urbanos, rurais e domésticos, embora de forma menos ampla neste último caso. No inciso I, a Constituição fala em “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Ante a lacuna existente pela ausência da referida lei complementar, é preciso recorrer à doutrina a fim de se conceituar “despedida arbitrária”. O ilustre professor Gilberto Stürmer ensina que “despedida arbitrária é aquela absolutamente imotivada, ou seja, a chamada ‘denúncia vazia’ do contrato” (STÜRMER, 2009, p. 1335). Trata-se, portanto, da rescisão unilateral do contrato de emprego sem justificativa jurídica.

Por outro lado, não arbitrária é a dispensa que não é fruto do exercício de direito potestativo do empregador, mas sim de algum fator de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Em nosso sistema jurídico, é quase unânime o entendimento de que a empresa pode dispensar o trabalhador sem qualquer motivação. A única exceção consiste na dispensa dos membros das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA's), conforme previsão do artigo 165 da CLT.

É importante frisar que dispensa não arbitrária e dispensa por justa causa, embora possuam um motivo determinante, não se confundem. O desligamento do

trabalhador da empresa se dá por justa causa quando aquele comete alguma ou algumas das faltas elencadas no artigo 482 da CLT. Alguns outros dispositivos esparsos por este diploma também ensejam justa causa, quais sejam, artigos 158, 240, 432 e 508. Esta modalidade retira do trabalhador o direito ao recebimento de qualquer das parcelas trabalhistas rescisórias. Em contrapartida, a dispensa motivada é aquela levada a cabo por alguma razão, mas que não seja uma justa causa. O trabalhador, aqui, não perde seus direitos concernentes às verbas rescisórias.

Os conceitos analisados neste tópico serão de suma importância ao longo do trabalho, visto que a dispensa arbitrária atinge inesperadamente o trabalhador, retirando-lhe o seu único meio de sustento e o de sua família. No caso das dispensas coletivas o resultado é ainda mais devastador, pois o impacto transcende a esfera pessoal do obreiro, atingindo toda a sociedade, com seus naturais reflexos econômicos e sociais.

3 A DISPENSA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

No presente capítulo, pretende-se abordar o tratamento jurídico dispensado à matéria pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Diante da omissão legislativa na elaboração da lei complementar prevista pelo artigo 7º, inciso I da CF, é preciso buscar no nosso ordenamento jurídico meios aptos a garantir a proteção constitucional contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, de modo a limitar o poder do empregador de demitir. Por esta razão, será levantada a questão do controle das dispensas coletivas pelo Poder Judiciário e, ainda, será procedida à análise do atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

3.1 Análise da dispensa coletiva como direito potestativo absoluto do empregador

A doutrina tradicional atribui “natureza potestativa” ao ato unilateral do empregador de extinguir o contrato de trabalho sem qualquer motivação, inclusive nos casos de despedida em massa. A única “penalidade” sofrida pelo empregador, em contrapartida, é a obrigação de pagar uma indenização equivalente a 40% do valor depositado no FGTS.

O direito potestativo pressupõe a imposição da vontade de uma pessoa em determinada situação jurídica. Os efeitos dessa manifestação de vontade irão atingir determinado ou determinados indivíduos, estando ou não presente o concurso de vontades. Aplicando-se tal entendimento no âmbito das relações trabalhistas, tem-se que o empregador pode, unilateralmente, extinguir o contrato de trabalho sem qualquer justificativa, não surtindo qualquer efeito a oposição de resistência pelo empregado. Trata-se da chamada “denúncia vazia” do contrato, conforme já mencionado anteriormente.

Há uma forte resistência da classe empresarial brasileira a qualquer legislação que confira ao trabalhador a estabilidade no emprego. Não obstante a implantação do sistema do FGTS pela Constituição de 1988, remanesce o medo do retorno dos ditos

malefícios da estabilidade decenal, tais como obsolescência do empregado, desinteresse pelo serviço e por se requalificar e pequenas faltas que não ensejam justa causa, mas prejudicam o serviço e a relação entre patrão e empregado. Foi justamente este *lobby* em desfavor da estabilidade um dos motivos que levaram à denúncia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao argumento de que contemplava a estabilidade no emprego, o que criaria entrave para o desenvolvimento econômico.

Prevalece, pois, a vontade potestativa do empregador de despedir em massa sem necessidade de motivação. O fundamento para tal prática, como já largamente explanado, repousa na ausência de legislação que a limite ou exija a comprovação *a priori* de motivo justo e relacionado a uma causa objetiva da empresa, bem como na plena liberdade contratual.

Em que pese todos os argumentos expostos, não é possível compreender a dispensa coletiva como direito potestativo absoluto do empregador. Primeiramente, porque não existem direitos absolutos. Mesmo direitos fundamentais podem encontrar limites em outros direitos da mesma categoria. Em segundo lugar, o direito potestativo encontra seus limites na noção do abuso de direito e no princípio da boa-fé. Por fim, tem-se o direito fundamental da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, previsto pelo artigo 7º, inciso I, da CF, norma esta de eficácia contida, conforme se pretende abordar no Capítulo 5 do presente trabalho.

Cientes da necessidade de se efetivar a proteção conferida ao trabalhador pela nova ordem constitucional instituidora de um Estado Democrático de Direito e fundada na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, muitas decisões da Justiça do Trabalho vêm sendo tomadas no sentido de relativizar o poder potestativo do empregador. Nesta esteira de pensamento, são pertinentes os seguintes julgados:

Ementa: Dispensa coletiva de empregados. Direito potestativo utilizado de forma abusiva e fora dos parâmetros da boa fé. Nulidade. Aplicação do art. 7º, I, da CF, dos arts. 421, 422 e 472 do novo Código Civil, da Convenção n. 158 da OIT e dos Princípios Gerais do Direito e do Direito Internacional do Trabalho (TRT – 15ª Região- RO 01512-2001-042-15-00-2, Rel.: Juiz do Trabalho Jorge Luiz Souto Maior, publicado em 12.03.2004).

Dispensa sem justa causa. Direito potestativo. Abuso de direito. O direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho – que, na verdade, existe para as duas partes – não deve ser compreendido como direito absoluto, que se exerça sem quaisquer limites. Com a nova ordem constitucional, o valor social do trabalho, os princípios da dignidade humana e da valorização do trabalho humano não permitem que, a pretexto de exercitar a liberdade de iniciativa, o empregador aja com abuso de direito. Não se trata de afirmar que o art. 7º, I da Carta de 88 tenha criado mais uma hipótese de estabilidade no emprego. A ruptura unilateral do contrato de trabalho é permitida, desde que se faça em moldes capazes de acomodar todas as normas e princípios constitucionalmente conformadores. Se não há motivo real e sério para a dispensa, conclui-se que ela ocorreu em abuso de direito. Recurso provido para declarar a nulidade da dispensa, por abuso de direito (TRT – PR – 05154-2002-003-09-00-8-ACO-11311-2004, Rel.: Juíza do Trabalho Marlene Fuverki Suguimatsu, publicado em 11.6.2004).

3.2 Atuação do Poder Judiciário no controle da dispensa coletiva

Como dito no final do item anterior, já não são raros os casos de demissões coletivas em que a Justiça do Trabalho proferiu decisões no sentido de que a liberdade de demitir não é absoluta. Este entendimento tem gerado severas críticas, ao argumento de que a Justiça do Trabalho estaria atuando de forma excessiva nas relações de trabalho, intervindo na livre iniciativa empresarial sem nenhum amparo legal, visto que no Brasil não existe legislação vigente que limite as dispensas coletivas, estabelecendo requisitos ou condições para que possam ser perpetradas.

O argumento utilizado pelos defensores do direito potestativo do empregador de despedir em massa, contudo, não merece prosperar. Ao dispor sobre os fundamentos da República, a Constituição colocou em patamar de igualdade a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV). Neste mesmo artigo a Constituição falou em dignidade da pessoa humana. Não há como falar em dignidade

sem trabalho. Ademais, não se pode relegar todas as normas de proteção ao trabalhador da nossa Carta Magna ao completo vazio.

Por estas razões, é plenamente possível que o Judiciário crie óbices às dispensas coletivas, a fim de efetivar a proteção prevista ao trabalhador e evitar abusos no momento da despedida. Não se quer dizer, aqui, que o Judiciário deve intervir no âmbito de atuação das empresas e limitar sua livre iniciativa. O que se pretende é que a Justiça do Trabalho, no caso concreto, não havendo entendimento entre as partes, verifique se a causa apontada pela empresa como legitimadora da dispensa coletiva realmente existe. Dessa forma, o juiz, ao apurar os fatos e analisar as provas colacionadas pelas partes, chegará à conclusão sobre a arbitrariedade ou não da dispensa coletiva.

3.3 A posição do TST a partir do julgamento do caso EMBRAER

O Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros propuseram dissídio coletivo contra a Empresa Brasileira de Aeronáutica (EMBRAER) em 2009, alegando que a dispensa de mais de quatro mil trabalhadores efetivada pela suscitada violou o direito à informação. De fato, verificou-se a ausência de negociação coletiva com o sindicato, não tendo sido discutidos meios alternativos à dispensa coletiva. Em sua fundamentação, o sindicato obreiro apontou violação dos artigos 1º, III e IV; 5º, XIV; 7º, XXVI e 8º, III e VI da CF. Alegou ainda violação da Convenção 98 e das Recomendações 94 e 193 da OIT, bem como dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

O Tribunal do Trabalho da 15ª Região deferiu o pedido do sindicato no sentido de suspender a dispensa coletiva mediante medida liminar. Esta determinou a suspensão das rescisões contratuais operadas pela suscitada, sem justa causa ou sob o fundamento de dificuldades financeiras decorrentes da crise econômica global, e daquelas que viessem a ocorrer pelo mesmo motivo até a data da audiência de conciliação. A decisão de concessão da liminar teve como fundamentos a dignidade da pessoa humana e a necessidade da proteção ao emprego.

A EMBRAER alegou, em sua defesa, entre outros argumentos, que o dever de negociar previsto no ordenamento jurídico não constitui requisito de validade de dispensa coletiva.

O TRT acabou por proferir decisão no sentido de declarar, entre outras matérias, a abusividade da dispensa coletiva efetuada, haja vista a inexistência de negociação coletiva prévia com as entidades sindicais e de programa de demissão voluntária incentivada, e a eficácia dos contratos de trabalho durante o lapso temporal em que foram mantidos suspensos.

Dessa decisão recorreu para o TST a EMBRAER. Conhecido o recurso, entendeu o Ministro Presidente do TST, Milton de Moura França, que houve equívoco da decisão do TRT da 15ª Região, se considerado que as dispensas foram em caráter definitivo, e acompanhadas do devido pagamento de indenizações, sendo estas incompatíveis com a prorrogação dos contratos de trabalho determinada. Por estas razões, foi deferido o pedido para conceder efeito suspensivo ao recurso ordinário até final julgamento pela Corte.

Em sessão ocorrida em 10.8.2009, a Seção de Dissídios Coletivos do TST, por maioria de votos, fixou a premissa de *que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores*. Tal premissa possui extrema relevância, na medida em que estabelece uma diferenciação jurídica entre dispensas meramente individuais e dispensas coletivas. Nessa linha, o voto de relatoria considerou que a ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira não autorizaria o “manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato-fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato (s) profissional(is) obreiro(s)”.

Embora a decisão do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho não tenha considerado como abusiva a dispensa efetuada pela EMBRAER, ela estabeleceu um limite para as dispensas coletivas, até então inexistente. Atualmente, as empresas não podem mais se escusar de negociar com os representantes dos trabalhadores, para a demissão em massa. Vale ressaltar que a negociação coletiva é um dos institutos mais importantes do Direito Coletivo do Trabalho, na medida em que proporciona maior justiça e equidade na relação entre patrões e empregados.

4 O TRATAMENTO DA DISPENSA COLETIVA NO PLANO INTERNACIONAL

O estudo do Direito Comparado é de suma importância para o desenvolvimento dos sistemas jurídicos nacionais, permitindo que os juristas ampliem seu âmbito de pesquisa e que os legisladores busquem nos ordenamentos estrangeiros novos institutos que possam ser úteis na elaboração de novas leis.

Por esta razão, faz-se relevante o presente capítulo, a fim de apontar as legislações de outros países que já regulam a questão das dispensas coletivas, com base na Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Futuramente, quando o Poder Legislativo decidir abandonar seu estado de inércia, poderá usar tais fontes como inspiração no momento de elaborar a lei complementar aludida pelo artigo 7º, inciso I, da CF.

4.1 A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho foi criada logo após o fim da 1ª Guerra Mundial, vindo a ter seu campo de atuação ampliado após a 2ª Grande Guerra. A OIT foi criada com o fito de elevar o valor do trabalho e pela necessidade de se assegurar uma maior proteção ao trabalhador, no âmbito internacional, visto que o progresso econômico almejado pelos países, apesar de importante, não é suficiente para assegurar a justiça social, cabendo aos Estados a imposição de limites ao poder econômico a fim de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A normatização da OIT é feita por meio de recomendações ou convenções. As primeiras consistem em orientações aos Estados-membros, constituindo metas a serem atingidas. Já as convenções visam à criação de normas obrigacionais para os países que vierem a ratificá-las.

No Brasil, as convenções só se tornam obrigatórias após ratificadas. A ratificação é feita por ato conjunto do chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional. No caso das convenções da OIT, a ratificação efetivada deve ser depositada na Repartição Internacional do Trabalho, da OIT. Após doze meses contados do depósito, a convenção entra em vigor no país.

A Convenção 158 da OIT foi aprovada no Brasil pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 68. A Convenção passou a vigorar no país em 5 de janeiro de 1996, um ano após o depósito do instrumento de ratificação assinado pelo Presidente da República. Entretanto, sua eficácia jurídica no território nacional só se verificou em 10 de abril de 1996, quando da sua promulgação.

Desde que foi promulgada, a Convenção gerou muitas discussões sobre sua validade e, principalmente, sobre a possibilidade de reintegração do empregado no emprego. Segundo aqueles que sustentavam sua inconstitucionalidade, a Convenção ingressou no país como lei ordinária, portanto, não poderia ter o *status* de lei complementar conforme exigência do artigo 7º, I, da CF. Na época, contudo, a maioria da doutrina entendeu que não havia nenhum vício formal no processo de incorporação da Convenção no ordenamento interno, tendo sido observados os termos previstos no artigo 49, I, da CF.

Neste contexto polêmico, a Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria ingressaram com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, alegando a ilegitimidade constitucional dos atos que incorporaram a Convenção 158 da OIT ao ordenamento interno.

Posteriormente, o STF deferiu, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar da ADI, para dar interpretação conforme a Constituição e, até o final do julgamento da ação direta “*afastar qualquer exegese que venha a ter as normas da Convenção n. 158 da OIT como auto-aplicáveis (...)*” (STF, ADIn, 1480-DF, medida liminar, rel. Min. Celso de Mello, decisão 4.9.97).

Não obstante a decisão do STF, o Governo Brasileiro já havia denunciado a Convenção 158 em 20 de novembro de 1996, a qual deixou de vigorar no país em 20 de novembro de 1997.

Pode-se dizer com segurança que, a par da discussão em torno da constitucionalidade da Convenção 158, a denúncia efetivada pelo Brasil se deu, em grande parte, devido ao temor de considerável parcela da classe empresarial de que a norma da OIT trouxesse de volta a estabilidade no emprego.

Com efeito, o artigo 4º da Convenção condiciona o término da relação de trabalho à presença de uma causa justificadora relacionada com a capacidade ou comportamento do trabalhador ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. Consoante o artigo 4º, o artigo 10 da Convenção prevê a reintegração do trabalhador, preferencialmente, nos casos de dispensa não motivada.

Independentemente dos motivos que tenham levado à denúncia da Convenção 158 da OIT, tal medida representou grande retrocesso para o nosso ordenamento jurídico. Primeiramente, tem-se que a norma contida no artigo 4º, de modo algum, traz a ideia de estabilidade que tínhamos, inicialmente, na CLT. Ela somente impõe a necessidade de justificativa para a efetivação da despedida. Esta exigência é mais do que razoável em um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil. Já a medida de reintegração é só uma das possibilidades existentes em face da dispensa imotivada, devendo ser autorizada pelo órgão competente, conforme a legislação de cada país. Em segundo lugar, o fato da Convenção 158 não ter sido aprovada com o *quorum* previsto para lei complementar, não poderia obstar sua eficácia, pois a proteção contra a despedida arbitrária já existe no nosso ordenamento jurídico, sendo que eventual lei complementar poderá regular a matéria, o que ainda não foi feito. Finalmente, a previsão do artigo 5º, § 2º, da CF estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais (gênero do qual as Convenções da OIT são espécies) em que o Brasil seja parte.

4.2 Direito Comparado: países que se destacam na proteção ao trabalhador

A Convenção 158 da OIT vigorou por pouco tempo no Brasil, conforme dito anteriormente. Muitos consideravam que a Convenção prejudicaria o

desenvolvimento econômico do país, pois supostamente contemplava a estabilidade no emprego. Não obstante, diversos países de economia mais ou menos desenvolvida do que a do Brasil, cientes da importância da Convenção, procederam à sua ratificação. Ilustrativamente, tem-se os casos da Austrália, do Marrocos, da Suécia, da Venezuela, entre outros.

Os países pertencentes à União Europeia devem observar, obrigatoriamente, as chamadas diretrizes uniformes, por meio das Diretivas ns. 75/128/CEE e 92/56/CEE. Estas diretrizes estão em consonância com as disposições da Convenção 158 da OIT (PANCOTTI, 2010, P. 535). Procura-se por meio de tais orientações, reforçar a proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas, mediante consultas às representações dos trabalhadores, a fim de celebrar acordo para evitar ou atenuar as consequências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, possibilitando o auxílio aos trabalhadores atingidos para que possam se reciclar.

Na Espanha, a partir da nova redação da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, o empresário que esteja tentando realizar uma dispensa coletiva, deve pedir autorização à autoridade do trabalho para que possa extinguir os contratos de trabalho. O pedido de autorização deve se dar de forma simultânea a abertura de um período de consultas aos representantes legais dos trabalhadores.

Em Portugal, o procedimento da dispensa coletiva tem início com a comunicação às autoridades competentes e aos sindicatos da pretensão de despedir. Posteriormente, há troca de informações e negociações entre empregador e entidades sindicais. O objetivo, aqui, é firmar acordo sobre a amplitude e os efeitos da dispensa, buscando-se também meios alternativos, como a suspensão do trabalho e a reclassificação profissional. Não sendo possível o acordo entre as partes, o processo de demissões é deflagrado, mediante aviso prévio de sessenta dias, indenização e motivação das dispensas. O Código do Trabalho português considera como elementos caracterizadores da dispensa coletiva, motivos de mercado, estruturais e tecnológicos.

No direito alemão, há determinação para que o empregador comunique à autoridade administrativa do trabalho a dispensa coletiva. Devem ser informados os motivos da dispensa, o número e as categorias de profissões dos trabalhadores que serão dispensados, os prazos da dispensa e os critérios de escolha dos que serão

dispensados. Todas estas exigências visam a possibilitar a discussão com o Conselho de Empresa, objetivando um possível sobrestamento da dispensa, bem como a mitigação dos seus efeitos.

A comunicação prévia também é requisito para as despedidas coletivas na Argentina. Posteriormente, deve ser efetivado um procedimento de negociação perante o Ministério do Trabalho, com a participação sindical.

5 DEMISSÕES EM MASSA: A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA E A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO AO PODER DO EMPREGADOR DE DESPEDIR

Ao longo de todo o trabalho foi ressaltada a gravidade da dispensa coletiva, cujos efeitos possuem o condão de violar os direitos fundamentais de um considerável número de trabalhadores e produzir resultados muito mais lesivos para toda a sociedade, além de comprometer a função social da empresa. Por esta razão, não se pode deixar o exercício de um direito fundamental na dependência de um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Legislativo.

Neste capítulo pretende-se demonstrar que a ausência de regulamentação específica da dispensa coletiva não afasta a vedação imposta pelo dispositivo constitucional contra a dispensa arbitrária. Embora o artigo 7º da CF trate dos direitos individuais dos trabalhadores, a proteção contra a despedida arbitrária prevista pelo inciso I faz-se ainda mais imperiosa nos casos de dispensas coletivas, já que seus reflexos extrapolam os limites de um contrato individual, pois atingem também a vida econômica e social da comunidade em que a empresa está inserida.

A arbitrariedade da dispensa coletiva também encontra outros obstáculos na nossa ordem jurídica. Tratam-se dos princípios coletivos trabalhistas e da noção do abuso de direito trazida pelo novo Código Civil.

5.1 Eficácia e aplicabilidade do artigo 7º, inciso I da Constituição Federal

As normas constitucionais podem ser classificadas quanto à sua aplicabilidade e eficácia. A Doutrina Clássica traz a divisão das normas constitucionais em autoaplicáveis (autoexecutáveis) e não autoaplicáveis (não autoexecutáveis). Seguindo outra linha de raciocínio, o eminente jurista José Afonso da Silva não faz tal diferenciação, considerando todas as normas da Constituição como autoaplicáveis,

pois são revestidas de eficácia jurídica, ou seja, são aptas a produzir efeitos no mundo jurídico, seja em maior ou menor grau.

No que tange à eficácia das normas constitucionais, a classificação irá variar de acordo com a posição doutrinária adotada. No presente trabalho, será adotada a clássica classificação de José Afonso da Silva.

Segundo o autor, as normas de eficácia plena são aquelas aptas a produzir a plenitude de seus efeitos, independentemente de complementação por norma infraconstitucional. Deste modo, são revestidas de todos os elementos necessários à sua exectoriedade, tendo aplicação direta, imediata e integral. Ilustrativamente, é possível citar as normas referentes às competências dos órgãos e os remédios constitucionais.

São consideradas de eficácia limitada as normas que não produzem a plenitude de seus efeitos, por dependerem de lei integradora. Assim, enquanto não forem complementadas pelo legislador a sua aplicabilidade é mediata, podendo tornar-se de eficácia plena após sua complementação.

As normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas que tiveram sua matéria suficientemente regulada pelo legislador constituinte, podendo produzir a plenitude de seus efeitos, mas podem vir a ter seu alcance restringido. Possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, mas a existência na própria norma de uma cláusula expressa de redutibilidade ou em razão do princípio da proporcionalidade poderá ver sua aplicação restringida. Enquanto o fator de restrição não restar configurado, contudo, a norma tem eficácia plena.

A discussão sobre a efetividade da proteção contra a despedida arbitrária gira em torno da eficácia e aplicabilidade do artigo 7º, inciso I da Constituição. Há corrente no sentido de negar a produção de efeitos da referida norma e outra que afirma sua plena normatividade. Na primeira esteira, pode-se citar Alice Monteiro de Barros, que entende tratar-se de norma não autoaplicável. Em sentido oposto, têm-se as posições de José Afonso da Silva, Tereza Aparecida Gemignani e Jorge Luiz Souto Maior.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, conforme disposição do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição. Não resta dúvida de que os direitos do artigo 7º se enquadram nesta qualidade. Quando o inciso I deste preceito constitucional fala em “nos termos de lei complementar”, quer dizer que a norma que vier a regulamentar a matéria poderá

limitar os seus contornos. Mas enquanto o legislador não observar o comando constitucional, ele poderá desencadear todos os seus efeitos de forma plena. Trata-se a norma do inciso I, portanto, de norma de eficácia contida, como defende José Afonso da Silva.

Ressalte-se novamente que a proteção do artigo 7º, inciso I também abrange os casos de dispensa coletiva, em razão do seu potencial lesivo ainda maior do que a dispensa meramente individual. Ademais, o artigo 10, inciso I, do ADCT, além de possuir caráter provisório, não pode ser aplicado aos casos de despedida em massa, pelos motivos já expostos.

Conclui-se, pois, que, enquanto o legislador não editar a lei complementar referida, os efeitos da norma constitucional em comento poderão ser imediatamente exigidos, prevalecendo a força normativa da Constituição.

5.2 Princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas

O movimento denominado “neoconstitucionalismo”, responsável pela reconstrução das bases do Direito Constitucional, também propiciou o enaltecimento dos princípios informadores do Direito. Se no passado os princípios jurídicos eram desprovidos de força normativa, hodiernamente eles são dotados de eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Ademais, possuem a característica da imperatividade, razão pela qual devem ser incondicionalmente observados.

Os princípios podem assumir, basicamente, três funções. Em primeiro lugar, tem-se a função *descritiva* ou *informativa*, a qual fornece importante suporte na interpretação do Direito. Em segundo lugar, a função *supletiva* cumpre papel relevante no processo de integração jurídica. Por último, tem-se a função *normativa*, referente aos princípios normativos concorrentes, os quais atuam com natureza de norma jurídica, independentemente da necessidade de ocorrência da integração jurídica (DELGADO, 2010, p. 174).

Conclui-se, portanto, que os princípios estão presentes em todos os seguimentos da ordem jurídica, irradiando seus efeitos de forma a conferir maior coerência e equilíbrio ao ordenamento como um todo.

O Direito do Trabalho, a par dos princípios gerais aplicáveis ao ramo justrabalhista, possui seus próprios princípios, os quais auxiliam na busca pelo reequilíbrio das relações de emprego, em razão das diferenças social, econômica e jurídica existentes no plano fático entre patrões e empregados.

Em razão desta especial importância que assumem na esfera trabalhista, faz-se relevante a análise de alguns princípios do Direito Coletivo do Trabalho que podem servir de reforço à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária.

5.2.1 Princípio da Interveniência Sindical na Normatização Coletiva

O princípio em voga condiciona a validade da negociação coletiva à intervenção do Sindicato, nos termos do artigo 8º, incisos III e VI, da CF. Sobre o disposto no inciso VI, o entendimento predominante é no sentido de que a obrigatoriedade de participação dos Sindicatos nas negociações coletivas de trabalho estende-se somente aos Sindicatos representantes dos trabalhadores. Isto porque as empresas já são seres coletivos por natureza, sendo compostas por diversos órgãos e setores, inclusive de assistência jurídica, motivo pelo qual a atuação do Sindicato patronal pode ser dispensada. É o caso, por exemplo, dos acordos coletivos de trabalho, celebrados entre a empresa e o Sindicato da categoria profissional.

A participação do Sindicato obreiro no processo negocial tem como objetivo colocar os sujeitos contrapostos em patamar de igualdade, de modo a evitar negociações informais entre empregador e grupos de trabalhadores estruturados de forma eventual, casuística, sem a força institucional e democrática dos sindicatos.

O processo de negociação poderá resultar na criação das chamadas normas jurídicas coletivas negociadas, dotadas de caráter cogente para as partes acordantes. Por terem verdadeira força de lei, tais normas devem ser criadas de modo a garantir todos os interesses sociais em jogo, motivo pelo qual devem ser negociadas, obrigatoriamente, pelas entidades sindicais obreiras.

5.2.2 Princípio da Equivalência dos Contratantes Coletivos

Os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho são todos seres coletivos, tendo, pois, a mesma natureza. De um lado, há a figura do empregador que, por si só, é um ser coletivo, como dito anteriormente. É claro que nada impede que sua atuação se dê por meio de sua entidade representativa. Do lado oposto figura o Sindicato, a face coletiva institucionalizada dos trabalhadores.

Os entes coletivos contrapostos devem contar com instrumentos eficazes de atuação e pressão para que a equivalência entre eles reste configurada. Se por um aspecto o Direito Coletivo do Trabalho é desprovido daquele viés protecionista caracterizador do Direito Individual do Trabalho, por outro, há a garantia de que os Sindicatos dos trabalhadores poderão utilizar todos os instrumentos colocados à sua disposição (garantias de emprego, prerrogativas da atuação sindical, greve etc) para nivelar a relação entre trabalhador e empresário.

No plano juscoletivo, não se pode dizer ainda que existe uma real equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas. Como é sabido, a liberdade sindical no Brasil não é plena. Ademais, não existe uma legislação específica a regular os Direitos Sindicais, como o caso da extensão da garantia de emprego dos dirigentes. Não obstante, tais fatos não impedem que o princípio em comento incida nas relações humanas, pois dotado de eficácia jurídica.

5.2.3 Princípio da Lealdade e Transparência na Negociação Coletiva

Os seres coletivos envolvidos no processo negocial devem atuar com lisura. Isso significa que o diploma coletivo negociado não pode ter sua validade negada pelas partes durante sua vigência. Obviamente que eventual alteração substancial nas condições fáticas vivenciadas por uma das categorias permite que seja invocada a exceção da cláusula *rebus sic stantibus*.

Integra também o conteúdo desse princípio a noção de transparência. A clareza das condições que irão envolver o pacto negocial é imprescindível. Isto se justifica pelo fato da negociação coletiva ser forma de negócio jurídico coletivo, estando inserida no exercício da chamada autonomia privada coletiva. Ao contrário dos negócios jurídicos individuais, o negócio jurídico coletivo irá atingir um universo muito mais amplo de pessoas. As normas resultantes da negociação coletiva terão força de lei perante todos os indivíduos representados pelos seres coletivos pactuantes, pelo que o acesso a todas as informações que possam ser úteis ao processo negocial é essencial.

Da análise dos princípios expostos pode-se depreender a importância da participação sindical na defesa dos direitos e interesses coletivos da respectiva categoria. Não é por outra razão que muitas vezes é utilizada a denominação “Direito Sindical” ao invés de Direito Coletivo do Trabalho.

Seguindo esta esteira de pensamento, no julgamento do dissídio coletivo envolvendo a EMBRAER, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu não ser possível o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas coletivas, por se tratar de fato coletivo ensejador da participação do sindicato profissional obreiro. Com efeito, sempre que estiver em pauta interesses da massa dos trabalhadores, necessariamente deve estar presente a entidade sindical representativa, seja para garantir a igualdade e equivalência entre as partes, seja para garantir que todo o percurso da negociação obedeça aos ditames da lealdade e boa fé.

A atuação sindical só será efetiva, no entanto, se a sua ação não se limitar a estabelecer critérios a serem observados no procedimento das dispensas. Deve o sindicato obreiro utilizar de todos os instrumentos à sua disposição de modo a encontrar soluções alternativas e, sendo aquelas inevitáveis, deve buscar medidas capazes de diminuir ao máximo seus impactos. Somente desta forma o requisito da negociação coletiva poderá funcionar como verdadeiro limitador da vontade potestativa da empresa e da arbitrariedade da dispensa em massa.

5.3 Abuso de Direito na despedida arbitrária

A noção de abuso de direito tem sua origem na Idade Média, a partir dos chamados atos emulativos, que eram aqueles praticados no exercício de um direito com o objetivo de causar prejuízos a terceiros. Neste período, havia um permanente conflito entre senhores feudais e servos, e Estado e Igreja, o que estimulava a prática do exercício abusivo do direito com o intuito de lesar outrem. A moderna teoria do abuso de direito foi desenvolvida na França, no século XIX, motivada pela necessidade de reação ao individualismo exacerbado resultante da vitória da burguesia na Revolução Francesa (SCHNELL, 2010, p. 455).

No Brasil, a positivação da teoria do abuso de direito se dá com o advento do Novo Código Civil em 2002, no artigo 187. Este dispositivo trouxe limites ao exercício de um direito pelo seu titular, impondo a observância dos valores éticos da boa fé, bons costumes e função social ou econômica para que reste afastada a prática abusiva do direito. Tal preceito representa um contraponto ao Código Civil de 1916, o qual erigia o direito de propriedade a um patamar superior, absoluto e intangível, contemplando ao máximo a autonomia da vontade. Esta mudança de visão alinhou-se aos novos parâmetros trazidos pela Constituição de 1988, cujo foco passou a ser o interesse social como norteador do direito de propriedade e do direito contratual.

O artigo 187 é qualificado pela doutrinadora Judith Martins-Costa como cláusula geral, sendo por ela definida como uma “disposição normativa que utiliza no seu enunciado uma linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico (...)” (apud SCHNELL, 2010, p. 455). Por possuir esta característica, a cláusula geral permite que o juiz atue de forma mais intensa, pois ele não precisa se limitar a extrair o significado do enunciado normativo, podendo também criar o direito partindo do caso concreto. Acrescenta a autora que, por ser cláusula geral, a norma do artigo 187 do CC aplica-se a todo e qualquer ato ou negócio jurídico.

Depreende-se do conteúdo do artigo 187, portanto, que incorrerá em abuso de direito aquele indivíduo que, embora titular do direito subjetivo, o exerce fora dos parâmetros da boa fé, dos bons costumes e dos fins econômicos e sociais da norma.

Transportando a noção do abuso de direito para o campo das relações trabalhistas, tem-se que, embora o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho seja um direito subjetivo, também entendido como potestativo, não se pode compreendê-lo como direito absoluto. A teoria do abuso de direito traz justamente a ideia da relativização dos direitos, visando a evitar o uso abusivo dos mesmos pelos seus titulares, de forma a garantir que as relações jurídicas se desenvolvam dentro dos moldes da razoabilidade e da proporcionalidade.

Para que o empregador possa exercer o seu direito de extinguir o contrato de trabalho de forma regular, sem que sua conduta revele-se abusiva, necessária se faz a motivação das despedidas, seja por razões de caráter disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Esta justificação da dispensa demonstra que o empregador está agindo de boa fé, uma vez que confere ao trabalhador ou a seu representante a oportunidade de verificar se os motivos alegados realmente existem, ou se a empresa está se valendo da sua prerrogativa de demitir para obter vantagens de cunho apenas econômico.

A aplicação do instituto do abuso de direito ao caso das dispensas coletivas mostra-se ainda mais relevante em razão da grande repercussão gerada em toda a sociedade devido aos seus prejudiciais efeitos sociais e econômicos. Na dispensa coletiva não existe apenas um, mas vários contratos de trabalho em jogo. A arbitrariedade da dispensa, neste caso, significa a prática de abuso em relação a um número significativo de pessoas, ou seja, por atingir a toda uma coletividade, a lesão revela-se ainda mais gravosa.

Por esta razão, não é possível aceitar a existência de uma liberdade contratual plena de despedir em massa, de forma a sobrepor os interesses econômicos sobre os sociais. Entendimento contrário, além de desconsiderar o direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, estaria também contrariando a vedação ao exercício abusivo do direito, nos moldes dos artigos 187 e 422 do Código Civil Brasileiro.

CONCLUSÃO

A crise econômica que assolou os Estados Unidos da América desde o último semestre de 2008, principalmente após a quebra da instituição financeira Lehman Brothers, espalhou-se rapidamente para o restante do mundo. Como se sabe, esta última crise foi causada pelo próprio capitalismo financeiro, em razão da busca desenfreada pelo lucro por meio da especulação.

Em tempos de crises econômicas, as dispensas coletivas logo começam a surgir. No Brasil não foi diferente, embora seja difícil precisar a real extensão dos efeitos da crise no cenário econômico brasileiro, capaz de justificar as demissões em massa. A situação no país se revela ainda mais complicada pelo fato da legislação pátria ser omissa na regulamentação do tema, o que confere aos empregadores ampla facilidade jurídica para dispensarem seus empregados, favorecendo o aumento da taxa de desemprego e a precarização das relações trabalhistas.

É preciso ter em mente que os riscos da atividade empresarial são do empregador, o qual não pode transferi-los aos empregados, principalmente em épocas de turbulência econômica. Pelo contrário, é justamente nestes momentos difíceis que merece o trabalhador maior proteção, por ser a parte mais fraca da relação. Vale ressaltar que diversas empresas em todo o país recebem fortes incentivos do governo, tais como facilidade de crédito, isenção de impostos, além de contarem com mão de obra barata, pelo que cabe a elas retribuir a estes esforços em tempos de crise.

Atentos a estes casos de despedida maciça em que as empresas não se preocuparam em buscar qualquer tipo de solução alternativa por meio de negociação coletiva prévia, os Tribunais trabalhistas têm decidido a favor da negociação com os sindicatos obreiros como fator condicionante das empresas, baseando suas decisões nos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Foi este também o entendimento do Superior Tribunal do Trabalho ao fixar a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.

Embora a decisão do TST tenha propiciado uma nova leitura da matéria, fornecendo um elemento diferenciador entre dispensa coletiva e dispensa individual, ela não teve o condão de afastar a possibilidade de que as dispensas ocorram de

forma arbitrária. Com efeito, grande parte da doutrina e dos Tribunais compreende a liberdade contratual de despedir em massa como direito potestativo do empregador, limitado apenas ao pagamento dos respectivos atributos trabalhistas. Ressalte-se ainda que nem mesmo a existência de negociação é garantia de proteção ao trabalhador, uma vez que as empresas, com o único objetivo de cumprir a determinação jurisprudencial, podem proceder a uma negociação com poucas ofertas, incapazes de suprir os efeitos das extinções contratuais.

Considerar a dispensa coletiva como direito potestativo absoluto, entretanto, significa desconsiderar os elementos sociais e protetores que sempre caracterizaram as relações de trabalho. Ao dispor que a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa é direito do trabalhador, a Constituição pretendeu justamente evitar qualquer tipo de abuso pela parte mais forte da relação, o empregador. Por ser a norma do artigo 7º, I da CF dotada de eficácia contida, pendente de lei complementar que limite seus contornos, tem-se que ela está apta a produzir todos os seus efeitos de forma imediata.

Neste sentido, para que a dispensa seja considerada não arbitrária, é necessário que sejam explicitadas pela empresa as suas verdadeiras causas ou motivações, o que pode ser feito no momento oportuno, qual seja, durante o processo de negociação coletiva prévia. Cabe ao Poder Judiciário, fazendo a devida ponderação entre o princípio da livre iniciativa e os princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, verificar se as justificações apresentadas mostram-se realmente verídicas no plano fático.

A atuação da Justiça do Trabalho no controle das dispensas coletivas não deve ser feita com o fulcro de impedir que as demissões ocorram, uma vez que não mais existe a estabilidade no emprego no país, mas sim visando à comprovação dos motivos alegados pela empresa e de sua boa fé, já que muitas vezes a denúncia vazia dos contratos de trabalho é feita com o objetivo de contratar outros trabalhadores com a mesma qualificação por salários mais baixos, ou para evitar diminuição em seus lucros, fato inerente à vida econômica.

Conclui-se que o ato unilateral do empregador de despedir em massa não pode ser compreendido sob a ótica do direito potestativo absoluto, haja vista a limitação imposta pelo direito fundamental social à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, previsto pelo artigo 7º, I da CF, a

ser efetivado pela exigência da comprovação aos trabalhadores e respectivo sindicato dos motivos ensejadores da dispensa, em negociação coletiva prévia, sob pena de incorrer a empresa em abuso de direito e violação ao princípio da boa fé objetiva e seus deveres anexos.

O ordenamento jurídico brasileiro, pois, encontra-se apto a oferecer um contraponto efetivo à instabilidade no emprego, a par da omissão do Poder Legislativo em regulamentar matéria tão importante para todos os cidadãos brasileiros. Aceitar, simplesmente, a prática de dispensas maciças imotivadas ao argumento de que inexistente legislação que a impeça implica no esvaziamento do conteúdo protetivo do Direito do Trabalho e no desrespeito a todos os preceitos constitucionais que proclamam o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana como pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. Nesta esteira de pensamento, são as abalizadas reflexões do desembargador Jorge Luiz Souto Maior:

A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da “lei da oferta e da procura” e que impõe, certamente, aos trabalhadores condições de trabalho subumanas e diminuição de suas garantias e salários, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico (MAIOR, 2004).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renato Rua de. **Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?** Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 4, p. 391-393, abril, 2009.

BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. Seção de Dissídios Coletivos. **CRISE ECONÔMICA – DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA.** Dissídio coletivo jurídico de n. 00309200900015004. Relator: Desembargador José Antônio Pancotti. Decisão publicada em 30 mar. 2009. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>.

BRIÃO, Andréa. **Proteção do trabalho frente às dispensas coletivas.** Revista LTr, São Paulo, v. 74, n. 4, p. 425-434, abril, 2010.

CAMPOS, Eduardo de Oliveira. **A dignidade da pessoa humana como função social do contrato individual de trabalho – considerações sobre a necessidade da ratificação da Convenção n. 158 da OIT.** Revista LTr, São Paulo, v. 75, n. 1, p. 80-85, janeiro, 2011.

CARVALHO, Weliton. **Despedida arbitrária – concretização à espera do STF.** Revista LTr, São Paulo, v. 74, n. 8, p. 947-954, agosto, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

GEMIGNANI, Daniel e GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.** Revista do TRT 3ª Região, Minas Gerais, v. 50, n. 80, p. 21-38, julho/dezembro, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Convenção 158 da OIT – Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável.** Artigo de internet. Elaborado em 07/2004.

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5820/convencao-158-da-oit>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

PANCOTTI, José Antonio. **Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil**. Revista LTr, São Paulo, v. 74, n. 5, p. 529-541, maio, 2010.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Reflexões sobre a dispensa coletiva brasileira**. Revista do TRT 3ª Região, Minas Gerais, v. 51, n. 81, p. 219-228, janeiro/junho, 2010.

SALOMÃO, Claudia Regina. **A dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e a influência da Convenção n. 158 da OIT**. Revista LTr, São Paulo, v. 72, n. 4, p. 444-450, abril, 2008.

SCHNELL, Fernando. **Abuso de direito na despedida arbitrária - a incidência do art. 187 do Código Civil na despedida arbitrária como forma de efetivação do direito à segurança no emprego previsto no inciso I do art. 7º da CF**. Revista LTr, São Paulo, v. 74, n. 4, p. 454-463, abril, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. **Questões polêmicas de Direito do Trabalho – vol. VIII**. São Paulo: LTr, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

STURMER, Gilberto. **Proteção à relação de emprego: promessa, efetividade de um direito social e crise**. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 11, p. 1334-1339, novembro, 2009.

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

