

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

KATIA ALBUQUERQUE FERREIRA TEIXEIRA

**DISPENSA COLETIVA:
NECESSÁRIA PROCEDIMENTALIZAÇÃO**

**MESTRADO EM DIREITO
Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho**

**SÃO PAULO
2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

KATIA ALBUQUERQUE FERREIRA TEIXEIRA

**DISPENSA COLETIVA:
NECESSÁRIA PROCEDIMENTALIZAÇÃO**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho), sob a orientação da Professora Doutora Carla Teresa Martins Romar

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Ao Deus do meu coração, à Santa da minha compreensão, por mais esta maravilhosa oportunidade.

À minha linda família, fonte inesgotável de amor, ao meu amado Marcelo, querido parceiro de todos os momentos; aos meus filhos, Matheus, Guilherme e Felipe, que tornam o meu caminhar mais feliz e radiante.

Aos meus queridos pais, Carlos e Maria, pilares da minha existência, pelo constante acreditar.

À minha Mãe Solange, pelo incentivo que me fortalece, pela força que passa, pelo amor que me aquece.

Aos meus irmãos, Carla e Kleber, pelo afetuoso carinho que sempre me dedicam.

Aos meus familiares, amigos e colaboradores, pelo apoio e estímulo.

AGRADECIMENTOS

Minha gratidão e carinho à professora e orientadora Dra. Carla Teresa Martins Romar, pela preciosa orientação, pela exímia condução da presente dissertação, ao oferecer os pilares para o seu desenvolvimento.

Às Dras. Fabíola Marques e Suely Ester Gitelman, pelas oportunas contribuições durante a banca de qualificação.

TEIXEIRA, Katia Albuquerque Ferreira. Dispensa coletiva: necessária procedimentalização.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto estudar a dispensa coletiva no Brasil e apresentar diretrizes para a sua procedimentalização. Primeiramente, foi realizado um estudo histórico sobre a proteção da relação de emprego; na sequência, uma avaliação sobre como a dispensa coletiva ocorre no Brasil para demonstrar seus efeitos nefastos em função da ausência de legislação específica. Descreve-se sobre as formas de solução dos conflitos na dispensa coletiva para defender que a negociação é o primeiro e, o melhor meio, para resolvê-los.

A legislação estrangeira também é analisada e contribui para fundamentar as premissas gerais da proposta de procedimentalização. Em uma linha evolutiva, são apresentados ainda os resumos dos principais julgados entre 2008 e 2009, que culminaram na premissa fixada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) ao determinar a necessidade da negociação coletiva prévia para a dispensa coletiva.

Ao final, são apresentadas as diretrizes para a legislação complementar que irá regulamentar o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal – especificamente no tocante à dispensa coletiva – e irá dispor sobre os elementos mínimos para a sua realização e disciplina, os procedimentos a respeito de consulta, informações ou comunicações, além de implantar a necessária negociação coletiva prévia e delimitar as consequências pelo seu descumprimento.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Dispensa Coletiva. Procedimentalização.

TEIXEIRA, Katia Albuquerque Ferreira. Collective dismissal: necessary regulation.

ABSTRACT

This work has the purpose to study the collective dismissal in Brazil and present guidelines for their regulation. Firstly, we conducted a historical study on the employment relationship protection; following it an assessment on how the collective dismissal occurs in Brazil to demonstrate its harmful effects due to the absence of specific legislation. Describes itself about the ways to solve conflicts in collective dismissal to defend that negotiation is the first and the best way to resolve them.

Foreign legislation is also analysed and contributes to substantiate the general assumptions of the regulation proposal . In an evolutionary line, yet are presented summaries of the main trial between 2008 and 2009 that culminated in the premises fixed by the Labour Superior Tribunal (TST) to determinate the previous collective negotiation before the collective dismissal

In the end, are presented the guidelines for the additional legislation that will regulate article 7, item I, of the Federal Constitution – specifically as regards the collective dismissal – and that will provide for the minimum elements for their achievement and discipline, procedures regarding consultation, information, or communications, in addition to deploying the necessary collective bargaining and delimit the consequences for noncompliance.

Keywords: Labor Law. Collective Dismissal. Regulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p.10
1 DO DIREITO AO EMPREGO	p.14
1.1 Diferença entre trabalho e emprego	
1.2 Evolução histórica do emprego no Brasil	
2 DA DISPENSA NO BRASIL	p.27
2.1 Da proteção Constitucional contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa	
2.2 Modalidades de dispensa	
3 DA DISPENSA COLETIVA NO BRASIL	p.41
3.1 Conceito de dispensa coletiva	
4 DAS FORMAS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO COLETIVO NA DISPENSA COLETIVA	p.53
4.1 Dos interesses e conflitos coletivos na dispensa coletiva	
4.2 Dos Meios de Solução dos Conflitos na Dispensa Coletiva	
4.2.1 Negociação coletiva	
4.2.2 Conciliação	
4.2.3 Mediação	
4.2.4 Concertação social	
4.2.5 Arbitragem	
4.2.6 Solução jurisdicional	
5 A DISPENSA COLETIVA NA VISÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)	p.68
5.1 Normatização da dispensa coletiva na OIT	
5.2 Convenção 158	
6 A DISPENSA COLETIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO	p.79
6.1 Diretivas da União Europeia	
6.2 Portugal	
7 A DISPENSA COLETIVA NA VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	p.93
7.1 Casuística e a atual premissa do TST	
8 DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA DISPENSA COLETIVA NO BRASIL	p.102
8.1 Necessária procedimentalização	
8.2 Projetos de leis	
8.3 Formas possíveis de procedimentalização	
8.3.1 Conceito de dispensa coletiva	
8.3.2 Procedimentos para a dispensa coletiva	
a) Consultas, informações e comunicações obrigatórias	
b) Participação dos representantes dos trabalhadores	

- 8.4 Imposição de tentativa de negociação coletiva
 - 8.4.1 Consequências da dispensa coletiva
 - 8.4.2 Dispensas lícitas, nulas e arbitrárias

CONCLUSÃO

p.129

REFERÊNCIAS

ANEXOS

ANEXO 1 – Diretiva 98/59/CE

ANEXO 2 – Principais artigos do Código de Trabalho Português sobre o despedimento coletivo

ANEXO 3 – Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

INTRODUÇÃO

No ano de 2008, o Brasil se deparou com uma série de demissões em massa, em um cenário vivenciado em vários Estados e amplamente discutido no Poder Judiciário, tudo devido aos reflexos da crise econômica mundial.

A problemática gerada diante das demissões em massa aqueceu o dilema da ausência de regulamentação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal (CF), o qual determina a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar.

Com a ocorrência das demissões em massa e a omissão legislativa, o Poder Judiciário fixou uma premissa validando apenas as demissões coletivas precedidas de negociação coletiva; o referido posicionamento trouxe partidários contrários e favoráveis à decisão.

Foi justamente diante deste panorama, ‘fervilhando’ de comentários e posicionamentos, que fizemos a escolha por este tema, ainda quando do ingresso no mestrado; cremos, ao final, que o tema é profundamente relevante e o presente estudo é extremamente significativo para auxiliar na regulamentação da dispensa coletiva.

Assim, o objetivo deste trabalho é apresentar estudos direcionados da dispensa coletiva e dispor, ao final, sobre uma proposta de procedimentalização.

Enfatizamos, então, como objeto deste trabalho, o estudo da dispensa coletiva no Brasil, as Convenções e as Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), principalmente a Convenção 158, as Diretrizes da União Europeia e a dispensa em Portugal.

Para desenvolvê-lo, nos pautamos em análises bibliográficas, fontes legais nacionais e estrangeiras, além da doutrina e da jurisprudência; por fim, realizamos a nossa pesquisa dividindo-a em 8 capítulos para obter melhor efeito didático.

No capítulo 1 estudamos a história do direito ao emprego, que envolve a proteção da relação de emprego, desde a 1ª lei a dispor sobre a estabilidade, até a Constituição de 1988.

No capítulo 2, trazemos estudos históricos que demonstram como foi elaborada a redação do art. 7º, I, da CF. As principais perguntas que orientaram este capítulo foram duas: O constituinte excluiu a estabilidade? O que realmente se pretendeu dar como garantia à proteção da relação de emprego?

Confessamos que foi difícil desenvolver este tópico, pois envolveu o estudo de noticiários, jornais veiculados à época, livros específicos, tudo que demonstrasse de forma fiel as negociações e a real intenção exposta pela Assembleia Nacional Constituinte no inciso I, do art. 7º.

O estudo foi extremamente necessário na medida em que a lei complementar que disciplinará o art. 7º, I, deverá dispor sobre as consequências de sua infração, a reintegração ou a indenização; para tanto, julgamos necessário conhecer a real intenção disposta na Constituição Federal.

No mesmo capítulo também nos dedicamos ao estudo das modalidades de dispensa.

A dispensa coletiva no Brasil e suas formulações teóricas são estudadas no capítulo 3. Nele, apresentamos conceitos e disciplinamos os critérios que os compõem.

No capítulo 4 abordamos as formas de solução do conflito na dispensa coletiva, dando ênfase ao estudo da negociação coletiva, como primeiro e principal meio a ser utilizado, pois permite que a dispensa seja evitada ou ocorra de forma menos lesiva.

O posicionamento da OIT é analisado no capítulo 5, por meio das Recomendações e Convenções que demonstram medidas disciplinadoras da dispensa coletiva, e envolvem o estudo desde a Recomendação 119, que trouxe esta consciência protetiva, até a Recomendação 166 e a Convenção 158.

No capítulo 6 avaliamos o direito estrangeiro ao discorrermos sobre as principais diretivas da União Europeia, referentes ao tema, o que possibilita demonstrar a tendência mundial em proteger a relação de emprego, principalmente a dispensa coletiva. Apresentamos ainda um estudo sobre a dispensa coletiva em Portugal, que apresenta um cenário bastante completo sobre a proteção, com regramentos e procedimentos que disciplinam exaustivamente a dispensa coletiva.

O estudo sobre a legislação estrangeira e a Convenção 158 permite traçar um paralelo mínimo daquilo que realmente uma legislação deve ter e nos auxilia a concluir a proposta que será apresentada no último capítulo desta dissertação.

Nosso trabalho analisa ainda o posicionamento do Poder Judiciário, no capítulo 7, como foco principal às demissões coletivas ocorridas em 2008 e 2009, e algumas decisões mais recentes sobre o assunto.

Por fim, com o subsídio dos demais capítulos, apresentamos os principais aspectos que a lei complementar, que regulamentará o art. 7º, I, da CF, deverá apresentar. Quando da elaboração desta parte final, surgiram diversas dúvidas: Porque tantos projetos e anteprojetos de regulamentação já foram rejeitados? Para tanto, resgatamos projetos antigos e todos os atuais trazendo-os como parâmetros de discussão.

Entre os questionamentos, surgiram: Qual a penalidade que a lei poderá prever? Indenização ou reintegração?

Encerramos esta dissertação com a sensação de que não foi possível esgotar o tema; quanto mais pesquisamos, mais fontes encontramos a explorar, podendo buscar subsídios em outras legislações, explorar os direitos fundamentais no contexto, entre outras opções. No entanto, concluímos com a certeza de que um grande trabalho de campo foi realizado, esperando, desta forma, que esta pesquisa auxilie e contribua com os estudos envolvendo o tema e as discussões do projeto de lei que regulamentará a dispensa coletiva, uma vez que apresenta as diretrizes necessárias e relevantes para esta finalidade.

1 DO DIREITO AO EMPREGO

1.1 Diferença entre Trabalho e Emprego

O trabalho é uma forma de atividade realizada pelo homem que sempre existiu, desde a pré-história, surgiu ainda no período Paleolítico ou 'Idade das Pedras', quando o homem nômade, de forma primitiva, buscava apenas a sobrevivência, criando instrumentos que fossem necessários para se alimentar e se defender. Segadas explica Vianna,

O homem sempre trabalhou; primeiro para obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida. Depois, quando começou a sentir o imperativismo de se defender dos animais ferozes e de outros homens, iniciou-se na fabricação de armas e instrumentos de defesa.¹

Da sucessão de fatos, em um verdadeiro salto histórico, veio o trabalho escravo, atingindo grandes proporções entre os egípcios e os gregos, que enxergavam o trabalho como atividade subalterna, inferior, valorizando a atividade especulativa, o ócio em sua forma de contemplação.

Virgínia Leite Henriques ensina que ficava “relegado aos escravos, considerados coisas, ‘res’ pertencentes ao seu dono, ‘dominus’ que sobre eles podia exercer todos os direitos de propriedade como vender, etc.”²

O trabalho escravo passou pelos tempos medievais e continuou durante a idade moderna sendo proclamada a sua indignidade, no âmbito internacional, apenas na Revolução Francesa, a partir de 1857³.

¹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 27.

² In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho : curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010, p. 27.

³ Neste sentido: VIANNA, Segadas. In SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 28.

Na História, o trabalho foi realizado pelo homem de diversas formas, como a escravidão, a servidão, e as corporações de ofício. Sua dignificação veio com o Cristianismo, quando Jesus Cristo deu relevante sentido e significado ao trabalho, valorizando-o⁴. Sobre o tema, Mauricio Godinho Delgado expõe que:

Nas sociedades feudais e antigas, a categoria do trabalho subordinado pode, eventualmente, ter surgido – como singular exceção – mas jamais foi uma categoria relevante do ponto de vista socioeconômico.

Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.⁵

Assim, o trabalho propriamente dito sempre existiu, mas a relação de emprego implementou-se a partir do trabalho livre⁶, apenas após a consideração de que o trabalho escravo era indigno, através dos ideais humanitários perseguidos na Revolução Francesa, e com a ampla implementação da Revolução Industrial, que trouxe consigo a produção emergente e o amplo desenvolvimento do trabalho livre.

1.2 Evolução Histórica do Emprego no Brasil

Com a colonização do Brasil, foi implantada no país uma estrutura social formada pelo trabalho em âmbito rural. Assim, em período que antecede 1888, pouco se falava em relação de trabalho.

Em 1888 houve a extinção da escravatura, momento em que paulatinamente o trabalho escravo foi sendo trocado pela relação empregatícia, como bem exposto na doutrina:

O direito do trabalho brasileiro, seu movimento sindical e o instituto da greve estão atados, historicamente, a um marco fundamental: a afirmação da relação de emprego como vínculo sociojurídico importante no sistema econômico-social do país. É que, sem a relação empregatícia como instrumento relevante de conexão do trabalhador livre ao sistema produtivo, não se pode falar na emergência das condições para o próprio surgimento

⁴ Neste sentido: SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segundas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003, p 83.

⁵ **Curso de direito do trabalho**. 11ª Ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 87-88.

⁶ *Ibidem*, p. 89.

do ramo justabalhista, assim como, de resto, de quaisquer de seus institutos específicos, como os sindicatos e as greves, por exemplo. Esse marco é dado pela extinção da escravatura, em 1888, que tornou a relação empregatícia a modalidade central de vinculação do trabalho ao sistema socioeconômico.⁷

Assim, após a abolição da escravatura e a Proclamação da República (1889), timidamente a indústria começou a crescer; após 1920, houve um grande crescimento industrial, com a 'maquinização' incrementando a produção industrial e a mão de obra assalariada.

O crescimento industrial é constatado por meio dos 1º e 3º censos realizados pelo IBGE. Em 1907, foi realizado o 1º censo industrial no Brasil, que indicou a existência de 3.258 empresas, com 151.841 empregados; o 3º censo, realizado em 1920, aponta mais de 13.336 empresas com quase o dobro do número de empregados que chegou a 275.512 pessoas.⁸

A doutrina também evidencia o crescimento do período. Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes relatam que, de 1919 a 1930, o Brasil entra em uma nova fase de desenvolvimento social-trabalhista, com grande crescimento fabril e do proletariado.⁹

Observamos que a legislação de conteúdo trabalhista deste período é escassa. Mauricio Godinho Delgado o entende como “manifestações incipientes ou esparsas”, com um movimento operário sem capacidade de pressionar, e a inexistência da dinâmica legislativa¹⁰. Podemos citar o Decreto nº 1162, de 1890, que garantia a liberdade de trabalho, e o Decreto nº 1313, de 1891, que tratava da fiscalização de trabalho do menor em estabelecimentos fabris.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2003, p.199.

⁸ IBGE. Séries estatísticas e séries históricas. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em:< <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/Apresentacao.aspx>>. Acesso em 19 set.2012.

⁹ **Introdução ao direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 96-97.

¹⁰ **Curso de direito do trabalho**. 11ª Ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 106-107.

Vigorava o período político do Estado Liberal, pouco intervencionista nas relações privadas, e a legislação centrava-se em liberdade de autonomia contratual, além de pregar a igualdade formal. Naquele período, “as normas estatais protetoras do indivíduo buscavam assegurar tão-somente seu espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado.”¹¹

É no início do século XX que surge, lentamente, a legislação do trabalho e nasce a primeira lei sindical, em 1907, por meio da Lei nº 1637 e de alguns projetos visando proteger os trabalhadores.

Em 1916 é aprovado o Código Civil Brasileiro, influenciado pelos códigos francês e alemão, que trouxe ideais individualistas e patrimonialistas, gerando a concepção individualista da propriedade privada, como o centro dos direitos, o prestígio à igualdade de forma, a não interferência, e a autonomia da vontade e contratual.

Relembramos que este código nasceu também em um período no qual as normas constitucionais ocupavam-se de relações privadas apenas para garantir-lhes a autonomia, para que não houvesse a interferência estatal nessas relações. Assim informa Segadas Vianna:

Do final da guerra até 1930 podem ser editadas quase tão somente as seguintes leis, direta ou indiretamente relacionadas com os interesses dos trabalhadores: lei nº 4682, de 24.1.23 de iniciativa de Eloy Chaves, instituindo caixas de aposentadoria e pensões para os ferroviários, substituída depois pela lei nº 5109, de 20.12.26; lei nº 4982, de 23.12.25, sobre o direito a férias; lei nº 5492, de 16.7.28, sobre a locação de serviços teatrais; decreto nº 16.027, de 30.4.23, criando o conselho nacional do trabalho e, finalmente, o decreto nº 7.934, de 12.10.27, sob o trabalho de menores.¹²

¹¹FACCHINI NETO, Eugenio. In SARLET Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.22.

¹² SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003, p.56.

A proteção da relação de emprego, propriamente dita, nasceu com a primeira lei a tratar da estabilidade no Brasil nas categorias privadas¹³, a Lei Elói Chaves, que recebeu o nome do deputado que a apresentou, e do Decreto nº 4.682, de 24.01.1923, (1ª Caixa de Aposentadoria e Pensão – CAP) que concedeu estabilidade aos ferroviários após 10 anos de serviços¹⁴.

A história informa que a Lei Elói Chaves não foi fruto das reivindicações da classe trabalhadora, mas sim, uma forma do governo proteger as caixas de pensões, que posteriormente viraram Institutos de Previdência para regulamentar os fundos das instituições de previdência social.¹⁵

No final da década de 1920, o problema social começa a se intensificar, e a mão de obra do trabalho trouxe ao Brasil vários imigrantes com pensamentos reivindicadores¹⁶. Aliado a este quadro temos um período de não intervenção estatal, de más condições de trabalho e ausência de regulamentação. Segadas Vianna explica que

Com o desenvolvimento industrial, mesmo na sua fase inicial, começava a se fazer sentir o desajustamento entre as condições normais de vida do trabalhador e aquelas a que ele deveria ter direito. Inexistia, entretanto, o espírito de classe, e ainda não se haviam formado as concentrações de população operária; as reivindicações que se apresentavam, num e noutro ponto do País, eram atribuídas a agitações de anarquistas.¹⁷

O quadro político da República Velha¹⁸ estava em crise, e o ápice dos movimentos sociais e políticos pelo poder fez eclodir a Revolução de 1930, que levou

¹³ A estabilidade ingressou na ordem jurídica brasileira na área do serviço público. CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p.213.

¹⁴ A lei Eloi Chaves previa no art. 42: “Depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidida por um engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.”

¹⁵ Neste sentido: GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.393.

¹⁶ “(...) As imigrações italiana e espanhola, particularmente, trazem para o Brasil pensamento reivindicador... “ (NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p.107.) “(...) aqui e ali, sobretudo nos grandes centros industriais, com a ativa participação de italianos, espanhóis e alemães de tendência socialista, surgiram núcleos anarquistas, comunistas. (CICCO, Claudio de. **História do Pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.), p.265.

¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003, p.51.

¹⁸ Vigorava no período da República Velha a política do “café com leite”, alternando o poder da Presidência da República entre os candidatos apoiados por São Paulo e Minas-Gerais.

a ascensão do poder Getúlio Vargas, primeiramente como Chefe do Governo Provisório e, depois, como Presidente da República, permanecendo em seu primeiro mandato por 15 anos, até 1945. Ao analisar o período histórico, Claudio de Cicco informa:

A ideologia liberal herdada do Império se viu atacada por dois lados. O estamento militar foi se aproximando cada vez mais do Positivismo, até adotar um lema para a bandeira, tirado de Comte: 'Para o progresso é preciso ordem'. A crescente importância do operariado, engrossado por grandes contingentes de imigrantes, levou o descrédito a liberdade individual, realçando a questão social, para a solução da qual surgiram vários tipos de socialismo.¹⁹

Elucida ainda o referido autor que

Getúlio Vargas, de formação positivista, tinha a confiança do exército e procurava unir a ideia de ordem (como fora concebida por Comte) com a de melhora das condições sociais dos operários (como estava sendo feito por Mussolini na Itália): era o Estado Novo – 1937.²⁰

Ao enaltecer a questão social, Getúlio Vargas, em seu discurso na Plataforma da Aliança Liberal, em 1930, expôs:

Não se pode negar a existência da Questão Social no Brasil como um dos problemas que terão de ser encarados com seriedade pelos poderes públicos.

O pouco que possuímos em matéria de legislação social não é aplicado ou só o é em parte mínima, esporadicamente, apesar dos compromissos que assumimos a respeito, como signatários do Tratado de Versalhes, e das responsabilidades que nos advém de nossa posição de membros do 'Bureau Internacional do trabalho', cujas convenções e conclusões não observamos. Se o nosso protecionismo favorece os industriais, em proveito da fortuna privada, correremos, também, o dever de acudir o proletariado com medidas que lhe assegurem relativo conforto e estabilidade e o amparo nas doenças como na velhice²¹

Por ocasião da posse de Getúlio Vargas como Chefe do governo Provisório, em 03 de novembro de 1930, ele incluiu entre os objetivos de seu governo instituir o Ministério do Trabalho.

¹⁹ **História do Pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.265.

²⁰ Ibidem, mesma página.

²¹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segundas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003, p.73.

Assim, a reforma social que alterou a legislação ocorreu no Brasil, após 1930, munida por pensamento protecionista e intervencionista, sendo esta a fase que o Direito do Trabalho foi instituído, com intensa atividade administrativa e legislativa, como nos informa Mauricio Godinho Delgado:

O Estado largamente intervencionista que ora se forma estende sua atuação também à área da chamada questão social. Nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, através de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justralhista, estreitamente controlado pelo Estado.²²

Neste período foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio pelo Decreto nº 19.443; o Departamento Nacional do Trabalho pelo Decreto nº 19.671-A, de 04.02.1930, e várias outras leis foram promulgadas contendo medidas de proteção ao trabalhador. Em resumo, são deste período as seguintes leis:

Decreto n. 19.770, de 19. 03.1931 – legislação sindical com estrutura de sindicato único;

Decreto n. 20.303, de 19.08.1931 – dispõe sobre a nacionalização do trabalho na marinha mercante;

Decreto n. 20.465, de 01.10.1931 – reforma do sistema de legislação das caixas de aposentadoria e pensões, abrangendo categorias específicas em âmbito nacional;

Decreto n.21.186, de 22.03.1932 – regula o horário para o trabalho no comércio.

Decreto n. 21.396, de 21.03.1932 – cria as comissões mistas de conciliação e julgamento nas quais só poderiam demandar os empregados integrantes dos sindicalismo oficial;

Decreto n.21.471, de 17.05.1932 – regulamenta o trabalho feminino

²² **Curso de direito do trabalho.** 11ª Ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 109.

Decreto n.21.186, de 22.03.1932 – fixa a jornada de 8 horas para os comerciários, um preceito que seria, em seguida, estendido aos industriários por meio do Decreto n. 21.364, de 4.05.1932²³

Decreto n. 21.690, de 4.05.1932 – regula o horário para trabalhar na indústria.²⁴

A legislação profissional e protetiva do período Vargas foi criada como forma de atuação política, ela não derivou de pressões da classe social – inclusive porque a força sindical estava nas mãos do governo e a greve era proibida²⁵ – assim, resultou da ampla ação do Estado.²⁶

A nova legislação na área das relações sociais foi elaborada sob a condução de Lindolfo Collor, com Salgado Filho e contou com as relevantes participações de Evaristo de Moraes, Oliveira Viana e Waldir Niemayer²⁷. Marco Aurélio Prates de Macedo aborda o tema:

A obra realizada por Lindolfo Collor, no atendimento dos compromissos da Revolução de 1930, pode ser subdividida em vários cortes: primeiro, das consequências às promessas da plataforma e do ideário da campanha e da revolução vitoriosa, em favor dos deserdados; segundo viabilizar a disciplinação modernizante e reformista das relações de trabalho, superando a repressão e o conservadorismo da ‘Velha República’, dando caráter de convergência e colaboração à legislação trabalhista, no relacionamento das classes, de sorte a superar o conceito de luta de classes; terceiro, especificar a legislação social do Brasil, face a sua realidade, rejeitando a importação de modelos de disciplinação consagrados em outros países; quarto, promover a assunção, pelo Estado, do controle das relações de trabalho e dos conflitos entre o trabalho e o capital; quinto, estabelecer a defesa do trabalhador brasileiro, em face da imigração da mão-de-obra para o País; sexto, criar uma instituição – o Ministério do Trabalho – destinada a conduzir uma parte mais fraca na relação empregatícia.²⁸

²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11.ed., São Paulo: LTr, 2012, p.111.

²⁴ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 57-58.

²⁵ A Constituição de 1934 não se referiu à greve, e em 1937 a greve foi proibida. A Constituição de 1937, a primeira a tratar sobre o tema no art. 139, informava que a greve e o lockout são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital, e incompatíveis com os superiores interesses de produção nacional.

²⁶ Neste sentido: NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p.112.

²⁷ Id., *Ibid.*, p.113.

²⁸ **Aspectos históricos do direito do trabalho no Brasil**. In RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993, p.26.

Aliado a este movimento nasce a Constituição de 1934, que instaurou um regime de intervenção estatal, contrária à Constituição de 1891 que tinha como marco o liberalismo. Nela desaparece o não intervencionismo, que permitia o livre capitalismo, além de instituir o salário mínimo, o limite social no exercício da propriedade, a limitação de juros, a nacionalização de empresas e fixar outros direitos, inclusive trabalhistas.

A Constituição de 1934 criou ainda a Justiça do Trabalho, organizada apenas em 1939, e instalada em 01.05.1941, em todo o território nacional, que passou a integrar o Poder Judiciário através da Constituição de 1946. Explica Segadas Vianna que

Desaparecia, assim, com a Constituição de 1934, no Brasil, a democracia igualitária, individualista, não intervencionista, que permitia ao livre capitalismo a exploração do trabalho em benefício exclusivo de alguns sob os olhares complacentes do estado proibido de intervir.²⁹

Em 1935 é editada a Lei 62, que foi considerada um marco por ser a primeira a regular a estabilidade fora dos diplomas de previdência dos institutos e a dispor sobre a dissolução do contrato de trabalho. É considerada uma lei geral, aplicável aos industriários (até então excluídos) e comerciários, que prevê em seu art. 10 a estabilidade após dez anos de trabalho³⁰.

José Martins Catharino informa que a lei 62 de 1935 foi “a nossa primeira grande lei trabalhista sobre contrato de emprego, e que tanto fomentou a evolução do direito do trabalho entre nós.”³¹

A Carta de 1937 fixa a norma que “o trabalho é um dever social”, proibindo o direito de greve e concentrando o poder sindical no governo.

²⁹ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003, p.75.

³⁰ Art. 10. Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0062.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

³¹ **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1982p. 214-215.

Em 1º de maio de 1943 foi aprovada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), através do Decreto-Lei nº 5.452, que reuniu a legislação trabalhista em um único texto e uniformizou a todos os trabalhadores regidos pela relação de emprego a estabilidade decenal, através do art. 492. Segadas Vianna informa:

A Consolidação das Leis do Trabalho, enfaixando num único texto todas as normas disciplinares das relações individuais e coletivas de trabalho, além das concernentes a procedimentos administrativos e a justiça do trabalho, proporcionou o conhecimento global dos direitos e obrigações trabalhistas, não só aos intérpretes e aplicadores das leis mas, sobretudo aos seus destinatários: os empregadores e os empregados. A CLT cumpriu, assim, importante missão educativa, a par de ter gerado clima propício à industrialização do país, sem conflitos trabalhistas violentos.³²

Assim constata-se que a principal normatização do direito do trabalho foi realizada de 1930 até 1945, em um período político centralizador e autoritário, sob a égide do período de Getúlio Vargas, denominado Estado Novo.

Em 1945, houve a queda do Estado Novo, que “declinou a partir da derrota dos países do Eixo ao cabo da Segunda Grande Guerra”³³, assumindo a chefia provisória do governo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, até a eleição do Presidente Dutra, em 1946.

Em 1946, foi promulgada uma nova Constituição, que mantinha a proteção dos direitos sociais, mas parecia evidente que “a nova Carta Magna afastava-se do regramento estabelecido pela Carta de 1937 e adotava inquestionavelmente o figurino liberal-democrático.”³⁴

Mesmo com o início do período liberal democrático se instalando, a Constituição de 1946 consagrou a estabilidade em seu art. 157, XII.

³² SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. op.cit., p.67.

³³ NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p.120.

³⁴ Ibidem, mesma página..

Em 1964, o país sofre um novo golpe militar, ocasião na qual entrou em vigor o Ato Institucional nº 1, que perdurou até 1967, durante um período marcado pela ausência de Constituição.³⁵

Desta época, diversos setores econômicos do Brasil criticaram duramente o sistema de estabilidade, e o cenário político era de retomada do desenvolvimento econômico, com um programa de governo que fosse capaz de combater a inflação, a desonestidade e realizar reformas, sendo considerada “a estabilidade como uma das causas de frustração” do desenvolvimento. Este movimento encontrou guarida no auge de 1964 a 1967.³⁶ Conforme Amauri Mascaro Nascimento,

Iniciada em 1964 a reformulação da política econômica, os reflexos da nova ordem fizeram-se sentir imediatamente sobre as leis trabalhistas, que passaram a ter um caráter econômico, subordinadas às metas prioritárias que se estendem desde essa época até os nossos dias, entre as quais o combate à inflação.³⁷

Neste contexto, em 13.09.1966, criou-se o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço através da lei 5.107 de 1966, como sistema alternativo à estabilidade. Trata-se de um regime de natureza econômica através do qual o empregado tem o benefício de depósitos mensais em conta bancária, que poderá utilizar se for despedido sem justa causa e em outras ocasiões autorizadas pela lei.

O Congresso Nacional outorgou a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, e entre suas regras, proibiu a greve no serviço público e essencial, fixou a idade mínima ao trabalho (12 anos) e garantiu o descanso antes e depois do parto à gestante; quanto à estabilidade, trouxe “em seu bojo grande contradição: estabilidade com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente. (...) a intervenção sindical continuou marcante”.³⁸

³⁵ NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p.122.

³⁶ Neste sentido: CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 233-236.

³⁷ **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.105.

³⁸ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 78.

Intensas crises se firmaram pela democracia e surgiram diversos movimentos em favor das eleições diretas; em 1987 instaurou-se a Assembleia Nacional Constituinte com o propósito de elaborar uma Constituição democrática e, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Federal do Brasil, que elevou à condição de direitos fundamentais os direitos sociais do trabalho, emergindo “como a mais significativa Carta de Direito já escrita na história e jurídico-política do país.”³⁹

Mauricio Godinho Delgado pondera:

Não se conduziu, porém, a nova constituição pela matriz individualista preponderante que em outras constituições não autocráticas (como a de 1946). Nesta linha, superou a equívoca dissociação (propiciada pela Constituição de 46) entre liberdade e igualdade, direitos individuais e direitos coletivos ou sociais. A nova Constituição firmou largo espectro de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta. Nesse contexto ganhou coerência a inscrição que produziu de diversificado painel de direitos sociotrabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no espectro normativo dominante.⁴⁰

A Constituição de 1988 adveio após mais de 20 anos de ditadura militar, em um período marcado pelo autoritarismo, e foi precedida por um grandioso processo de debates decorrentes da redemocratização, na Assembleia Nacional Constituinte; assim trouxe em seu bojo o destaque aos direitos e garantias fundamentais que, logo no início da Carta, além de trazer, na amplitude do rol dos direitos fundamentais, os direitos sociais do trabalho, no art. 7º, em 34 incisos. Ingo Wolfgang Sarlet explica:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático. (...) tendo em vista os aspectos destacados, há como afirmar, sem medo de errar, que, a despeito da existência de pontos passíveis de crítica e ajustes,

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11.ed., São Paulo: LTr, 2012, p.124.

⁴⁰ Ibidem, mesma página.

os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento histórico do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito. Inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional.⁴¹

A Constituição sofreu forte influência da Constituição Portuguesa de 1976⁴² e foi promulgada com normas programáticas e sociais fundamentadas, conforme seu art. 1º, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, além de traçar, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia do desenvolvimento nacional, conforme art.s 1º e 3º.

Por fim, de grande relevância para o Direito do Trabalho foi o Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. Isto, porque, seu modelo refletiu justamente os anseios sociais do momento ao apresentar uma legislação em conformidade com a Constituição e trazer a comunicabilidade entre o Código e a Constituição.

Para o mundo do trabalho, os novos princípios e as cláusulas gerais têm ampla aplicabilidade, pois circundam em torno da eticidade, do equilíbrio e da justiça contratual. São eles a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social do contrato.

⁴¹ **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 68.

⁴² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 11.ed. São Paulo: Método, 2007, p.102.

2 DA DISPENSA NO BRASIL

2.1 Da Proteção Constitucional Contra a Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa

Em 1988, o Constituinte aboliu a estabilidade decenal tornando obrigatório o regime do FGTS, dispondo:

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;

A abordagem do estudo permite constatar que o tema mais polêmico na Assembleia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição de 1988, foi a estabilidade no emprego, com partidários de todos os lados, incluindo a classe empresarial, as organizações sindicais, os partidos políticos e outros.

O primeiro texto da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores mantinha a estabilidade na CLT e a tornava mais rígida, eliminando o decênio, determinando a estabilidade do trabalhador de forma imediata, desde a admissão. No texto final, na Comissão de Sistematização, criou-se o princípio da nulidade da despedida arbitrária, com garantia de emprego.⁴³

A diversidade de opiniões fez nascer a corrente dos parlamentares denominada Centrão⁴⁴, e após ampla negociação, face à falta de pacificação do

⁴³ “Na Comissão de Sistematização, instância encarregada de harmonizar as inevitáveis contradições dos textos elaborados nas oito Comissões Temáticas e de formular, após sucessivas depurações, um anteprojeto consolidado para votação do Plenário na Assembleia Nacional Constituinte, restou consagrado o princípio da nulidade da despedida arbitrária (...)” TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **A proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária na Constituição Federal de 1988**. In RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993, p.170).

⁴⁴ João de Lima Teixeira Filho explica que a corrente dos parlamentares Centrão surgiu “devido às reações despertadas por este e outros dispositivos, de distintos capítulos do anteprojeto da Comissão de Sistematização, formou-se uma corrente de parlamentares, denominada ‘Centrão’, cuja finalidade declarada era a de corrigir os excessos que julgavam existir no texto proposto ao Plenário.” **A proteção do trabalhador contra a despedida**

tema na Assembleia Constituinte, houve um acordo, em 22.02.1988⁴⁵, que resultou na redação do art. 7º, I, da CF, protegendo a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, determinando à lei complementar fixar indenização compensatória.⁴⁶

A preocupação exposta na Assembleia Constituinte era de que a proteção à relação de emprego fosse limitada à indenização, como bem exposto em noticiário da época:

O deputado Luís Roberto Ponte acentuou que o texto do Centrão está de acordo com os princípios da Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho. Para ele, o Brasil precisa de uma proteção através da indenização, 'que não proíba, mas penalize a demissão imotivada, pois as empresas têm direito a diminuir seus quadros em função, por exemplo, de uma crise ou de problemas com o pessoal.'⁴⁷

As negociações do art. 7º, I, CF, foram objeto de estudo da doutrina, conforme explica Octavio Bueno Magano:

O preceito em análise resultou de solução de compromisso entre os constituintes mais radicais, que queriam a consagração da estabilidade estreita, a partir do primeiro dia de trabalho, e aqueles, mais conservadores, que eram a favor da continuidade do direito potestativo de despedir, anteriormente conferido ao empregador. O *quid pro quo* do referido compromisso assim se explica: a) acolheram as forças conservadoras a eliminação da "denúncia vazia", relativamente ao contrato de trabalho; b) em compensação, admitiram os radicais que, em princípio, a sanção para a inobservância da limitação passaria a ser a indenização compensatória e não a reintegração no emprego.⁴⁸

arbitraria na Constituição Federal de 1988. In RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993, p.170-171).

⁴⁵ JORNAL de Brasília. Centrão e covas fecham acordo e estabilidade vai a voto hoje. Brasília, n. 4653, p.3, Publicado em 23 fev. 1988. Disponível em : <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/126509>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

⁴⁶ Neste sentido: "A redação foi resultado das disputas entre as diversas correntes, tendo o grupo conservador suprapartidário, denominado Centrão, conseguindo seu intento, qual seja o de expungir da Constituição o direito à estabilidade." (MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000). Arion Sayão Romita explica: "Ao incluir a 'relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa' entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a Constituição de 1988 deflagrou um processo que deveria conduzir à garantia de emprego.(...) A evolução do instituto da dispensa mostra que, da fase do liberalismo e do individualismo jurídico (na qual inexistia qualquer limitação ao arbítrio patronal), passa-se, por estágios intermediários, à moderna concepção da dispensa justificada, ou dispensa sob controle".(ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. In: CARRION, Valentin (diretor). **Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.994, p. 384-386).

⁴⁷ JORNAL de Brasília. Centrão e covas fecham acordo e estabilidade vai a voto hoje. Brasília, n. 4653, p.3, Publicado em 23 fev. 1988. Disponível em : <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/126509>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

⁴⁸ **Política do Trabalho.** São Paulo: LTr,1992, p.22.

Neste sentido, Nelson Mannrich leciona:

Os anais da Assembleia Nacional Constituinte demonstram que o texto da atual Constituição foi objeto de ampla negociação, e resultou de compromissos que envolveram múltiplas concepções de parlamentares dos mais variados segmentos. De um lado, os representantes da classe empresarial cederam ao admitir o pagamento de uma indenização compensatória como limite ao poder de dispensa; de outro, os representantes dos interesses dos trabalhadores renunciaram ao princípio da estabilidade.⁴⁹

Assim, posicionamos no sentido de que a opção escolhida pelo legislador constituinte para os casos de dispensa arbitrária e sem justa causa foi a indenização, a ser regulamentada por lei complementar⁵⁰, mantendo a estabilidade apenas para os casos expressamente descritos na Constituição Federal.

Diante do regramento constitucional disposto no art. 7º, I, há divergência dos doutrinadores quanto a sua eficácia, desdobrando-se em aqueles que admitem a ampla eficácia da norma constitucional; aqueles que não a admitem, e aqueles que informam que a norma disposta no art. 7º, I, é apenas programática.

O posicionamento aqui adotado é no sentido de que relação de emprego foi protegida contra a dispensa arbitrária e sem justa causa pela Constituição Federal, e, uma vez elevada à categoria de direitos fundamentais, possui aplicabilidade imediata, constitui uma forma de proteção contra a mera potestividade

⁴⁹ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p. 297.

⁵⁰ Neste sentido Nelson Mannrich sintetiza o pensamento de vários doutrinadores: “Nei Frederico Cano Martins, por sua vez, indaga o sentido exato da norma contida no inciso I do art. 7º da Constituição: procura desvendar o tipo de proteção que a norma prevê. A fim de responder à questão, o autor socorre-se da lição de Arnaldo Süssekind, para quem os constituintes ao aprovaram a redação final do texto d art. 7º, I, tinham por escopo suprimir a estabilidade absoluta do sistema jurídico e, se possível, até mesmo a estabilidade relativa, razão pela qual a indenização foi instituída como corolário da dispensa arbitrária, excluindo-se, com isso, qualquer possibilidade do trabalhador pleitear a reintegração em caso de dispensa injusta. A conclusão do autor, na esteira do pensamento de Süssekind, é a de que a norma constitucional aprovada não adotou, como regra geral, nenhuma das modalidades de estabilidade no emprego, preferindo onerar a despedida arbitrária mediante indenização compensatória.(...) Adotam a mesma posição de Süssekind, outros juristas como José Eduardo Haddad e Pedro Paulo Teixeira Manus, para quem a Constituição Federal, por meio do art. 7º, I objetivou onerar o empregador que procedesse à dispensa arbitrária ou sem justa causa, fixando, para tanto, uma indenização, apenas. Não se pode dizer, dessa forma, que o texto constitucional assegurou a estabilidade ou o direito à reintegração: a garantia resume-se a um pagamento em dinheiro.” (MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.303-305).

do empregador, no sentido de exigir a justificação da dispensa, principalmente em âmbito coletivo.

Neste sentido, sobre a eficácia de direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet explica que “por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis⁵¹” e reforça:

O quanto de eficácia que cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.⁵²

Neste sentido, Octavio Bueno Magano explica que em todas as regras de direito social existe aplicabilidade imediata, mas adverte

Contudo, força é reconhecer que nem todas possuem o mesmo grau de eficácia. Algumas nascem, desde logo, completas, mostrando-se aptas a reger todas as situações concretas, correspondentes à respectiva *facti species*. É o caso, por exemplo, da norma constitucional que fixou em cinquenta por cento, no mínimo, o adicional de horas extraordinárias. Outras, ao contrário, só possuem aplicabilidade imediata, de caráter negativo, isto é, no sentido de invalidarem normas legais anteriores ou procedimentos com elas incompatíveis. Esse é o caso da regra sobre garantia de emprego. Não há dúvida de que a sanção, para os empregadores responsáveis por despedimentos arbitrários, só será aplicável depois de editada lei complementar sobre o assunto. Todavia, o princípio proibitivo de despedidas arbitrárias terá aplicabilidade imediata, desde a data da promulgação da Constituição. Isso quer dizer que, a partir de então, ninguém poderá atuar contrariamente a esse padrão de conduta.⁵³

Na sequência, serão apresentados diversos posicionamentos sobre o art. 7, I, da CF. Para Nelson Mannrich,

As normas constitucionais classificam-se como normas de aplicabilidade imediata e normas dependentes de regulamento. Inserida no capítulo dos direitos sociais, a regra do inciso I, do art. 7º da Constituição Federal, relativa ao sistema de proteção contra a dispensa, tem aplicação imediata, consoante o parágrafo I, do art. 5º do Texto Constitucional.⁵⁴

⁵¹ **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 281

⁵² *Ibidem*, mesma página.

⁵³ **Política do trabalho.** São Paulo: LTr, 1992, p. 23-24.

⁵⁴ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.300.

Júlio Cesar do Prado Leite:

Quando, ao iniciar o longo elenco das garantias trabalhistas arroladas no art. 7º da Lei Maior, consagrou o legislador, no item I, a proteção contra a despedida arbitrária, outro procedimento e outra intenção não teve senão assegurar a permanência do trabalhador na relação de emprego, protegido contra o arbítrio patronal. Trocou-se efetivamente a expressão 'estabilidade no emprego' pelo exposto propósito de permanência no emprego. (...). De todo o modo, é de se remarcar enfaticamente que o legislador constituinte de 1988, conforme mais acima transparece lucidamente, procurou, como primeira preocupação das garantias trabalhistas, assegurar exatamente a garantia de e no emprego.⁵⁵

Octavio Bueno Magano considera que:

A regra, consoante a qual a relação de emprego deve ficar protegida contra despedida arbitrária, ou sem justa causa, impõe claros limites à autonomia dos empregadores, no que toca à rescisão do contrato de trabalho de seus empregados. A partir da vigência da nova Constituição, só poderão despedi-los, quando fundados em razões objetivas; arbitrariamente não mais.⁵⁶

Renato Rua de Almeida, neste sentido, informa que:

Na verdade, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa vincula negativamente o empregador, na busca da eficácia horizontal dessa espécie de direito fundamental social, ao passo que o direito ao emprego vincula positivamente as entidades estatais na promoção de políticas públicas de pleno emprego, tendo em vista a eficácia vertical desse gênero de direito fundamental social. A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa catalogada no texto constitucional brasileiro como direito fundamental implica dizer que conceitualmente o empregador não mais possui o direito potestativo de despedir.⁵⁷

Por fim, Amauri Mascaro Nascimento, pondera:

Não é possível afastar a interpretação segundo a qual a proteção da relação de empregado consiste na adoção de medidas ordenatórias da dispensa imotivada do trabalhador, sendo uma forma de restrição ao direito potestativo de despedir.⁵⁸

⁵⁵ **A garantia de emprego na Constituição Federal**, in CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. *Revista Jurídica Trimestral*, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p. 50-51.

⁵⁶ **Política do trabalho**. São Paulo: LTr,1992, p.24.

⁵⁷ **Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa**. Revista LTr: Legislação do Trabalho, v. 75, n. 2, fev. 2011, p. 156-158.

⁵⁸ **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 1181.

2. 2 Modalidades de Dispensa

A cessação do contrato⁵⁹ apresenta diversas modalidades e formas. Ela pode acontecer por mútuo consentimento, término do prazo ou fim da obra (no contrato por prazo determinado), rescisão unilateral pelo empregado, rescisão unilateral pelo empregador, resolução judicial (dispensa indireta, 483 da CLT), dispensa com culpa recíproca (art. 484 da CLT), morte do empregado, morte do empregador, força maior, e outras modalidades.⁶⁰

Nesta dissertação, serão estudadas apenas as formas de cessação do contrato de trabalho pelo empregador; assim, utilizaremos o termo “dispensa”, além das expressões “despedimento” e “despedida”, esta última conforme o art. 7º, I, da Constituição Federal, e aquela, sob influência do direito Português.

A expressão “dispensa” disciplina a cessação unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, conforme aponta a doutrina.⁶¹ Délio Maranhão informa que

Deve-se reservar a expressão – dispensa do empregado – para a hipótese de exercício do direito de rescisão unilateral do contrato pelo empregador. Nos demais casos de dissolução, a saída do empregado é uma consequência da extinção do contrato, enquanto na rescisão unilateral a saída da dissolução e a dispensa identificam-se no mesmo ato.⁶²

⁵⁹ A expressão cessação do contrato é a mais ampla a tratar do fim do contrato e nas palavras de Evaristo de Moraes Filho “mais apropriada para caracterizar as diferentes formas de desaparecimento do contrato (...) vocábulo mais genérico, neutro, total e dentro do qual se incluem todas as espécies particulares que levam à solução ou ao fim do contrato”. (MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2003, p.371).

⁶⁰ Amauri Mascaro Nascimento informa que a dispensa apresenta ainda as seguintes modalidades: Quanto à forma: dispensa informal e formal (com procedimento ou sem procedimento); Quanto ao controle: dispensa sem e com controle (administrativo, judicial ou profissional); Quanto aos efeitos jurídicos: dispensa válida ou nula; Quanto ao número de empregado: individual ou coletiva; Quanto aos direitos do empregado: indenizada ou não indenizada. **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 778-779).

⁶¹ Neste sentido Rodrigo Garcia Schwarz: “A despedida ou dispensa, por outro lado, corresponde ao ato único do empregador que põe fim ao contrato de trabalho, com ou sem justa causa.” (SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Curso de iniciação ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.311).

Para Amauri Mascaro Nascimento “dispensa é a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador; independente da vontade do empregado”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, p. 1131.

⁶² MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993, p. 237-238.

Nelson Mannrich conceitua que: “dispensa é a terminação do contrato de trabalho pela vontade unilateral do empregador; quando é do empregado a iniciativa, denomina-se demissão.”⁶³

As formas de dispensa estudadas pela doutrina, em sua grande maioria, são as despedida arbitrária ou sem justa causa, dispondo ainda sobre a despedida abusiva e a discriminatória, conforme serão estudadas.

A Constituição Federal de 1988, ao proteger a relação de trabalho no art. 7º, I, dispôs das expressões “despedida arbitrária” ou “sem justa causa”, o que levou a posicionamentos conflitantes na doutrina, sendo às vezes tratadas como sinônimas.

Como assevera boa parte da doutrina, a lei não contém palavras inúteis, assim, não podem as expressões “despedida arbitrária” ou “sem justa causa” serem utilizadas como sinônimas⁶⁴, razão pela qual serão apresentados seus conceitos distintos. Neste sentido, explica Nelson Mannrich:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ressurgia a discussão em torno dos conceitos de dispensa arbitrária ou sem justa causa; a mais frequente diz respeito à falta de clareza do texto. Para alguns autores, ao utilizar os termos dispensa arbitrária ou sem justa causa a Constituição mostrou-se redundante, pois essas expressões são equivalentes. Entretanto, partindo do pressuposto de que a Constituição não possui dispositivos inócuos, grande parte da doutrina buscou conceituar as figuras jurídicas indicadas na norma.⁶⁵

Grande parte dos doutrinadores sustenta que a “dispensa arbitrária” tem seu conceito fixado em lei, é considerada aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme rege o art. 165 da CLT⁶⁶; assim, a dispensa não arbitrária seria a justificada, motivada de forma subjetiva

⁶³ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.286.

⁶⁴ Neste sentido: “As expressões (‘despedida arbitrária’ e ‘sem justa causa’) empregadas no texto Constitucional não devem ser vistas como expressões sinônimas.” (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2012, p 750).

⁶⁵ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.305-306.

⁶⁶ Art. 165 da CLT - 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.

(motivos disciplinares) ou objetiva (motivos de ordem técnico, econômico ou financeiro)⁶⁷, e a dispensa sem justa causa é a que não se funda em ato faltoso ou disciplinar cometido pelo empregado, prende-se ao elemento subjetivo disciplinar. Arion Sayão Romita explica:

Doutrinariamente, é inegável que a despedida arbitrária abrange as hipóteses em que não há justa causa; só não é arbitrária a despedida que se der por justa causa, entendendo-se a última expressão em sentido amplo, aplicável à falta disciplinar cometida pelo empregado e bem assim aos casos em que o empregador é levado, ainda que muitas vezes a contragosto, a despedir o empregado por exigências tecnológicas, econômicas ou financeiras.⁶⁸

Nesta linha de raciocínio a dispensa arbitrária será sempre sem justa causa, pois engloba o motivo disciplinar, na medida em que não será fornecido pelo empregador qualquer motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira; já a dispensa sem justa causa será apenas as relacionadas aos motivos disciplinares. Conforme explica Vinicius Franco Duarte:

A despedida pode ser sem justa causa, isto é, sem que o empregado tenha cometido falta disciplinar, mas o ato da dispensa pode estar fundado numa questão de ordem técnica, econômica ou financeira, hipótese que afastará a classificação arbitrária.⁶⁹

Contudo, a par de compreendermos perfeitamente os contornos fixados pelo entendimento legal e doutrinário de dispensa arbitrária e sem justa causa,

⁶⁷ Neste sentido: “É arbitrária a dispensa que não se funda em motivo de ordem disciplinar, técnico, econômico e financeiro. Esse conceito de despedida arbitrária engloba a noção de despedida sem justa causa, como afirma Valentim Carrion, pois alcança, além dos motivos de ordem empresarial (técnico, econômico e financeiro), também motivo disciplinar, que é hipótese dispensa por justa causa, quando configurada a hipótese legal que justifica o desligamento do empregado, sem ônus para o empregador.” (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59).

“A dispensa, no entanto, poderá ser imotivada (sem justa causa) ou arbitrária (fundada em causa diversa de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro).” (SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Curso de iniciação ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.311).

“Dispensa arbitrária é sinônima de dispensa imotivada. Dispensa não arbitrária é a que envolve um fator objetivo a legalizar ou legitimar a atuação do empregador quanto ao término do contrato de trabalho. Seria a dispensa motivada. Nos termos da CLT, com base na garantia dada ao representante do empregado na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), dispensa arbitrária é aquela que não se funda em motivos disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (art. 165, CLT).” (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012, p.750).

⁶⁸ **Proteção contra a despedida arbitrária**. In CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.27.

⁶⁹ **Motivação da dispensa e estabilidade**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2012, p. 101-102.

acreditamos que a legislação que regulamentará o art. 7º, I, deverá se pautar em separar o conceito de dispensa arbitrária e sem justa causa, distinguindo-as de forma efetiva, no sentido de evitar contradições.

Em nossa opinião, o ideal é que a dispensa arbitrária/lícita seja vinculada a motivos objetivos da empresa, e a dispensa com/sem justa causa seja vinculada a motivos subjetivos (disciplinar) do trabalhador.

Assim, no contexto da análise da arbitrariedade da dispensa deverá ser observado apenas razões de ordem objetiva, englobando as dispensas efetivadas sem motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos; deste modo a dispensa será lícita ou arbitrária, mas sempre fundada em razões objetivas da empresa, de acordo com suas necessidades de funcionamento, com motivos alheios à conduta do trabalhador.

Neste sentido Octavio Bueno Magano informa que

A nossa legislação não é muito rica, a este respeito, de forma que nós precisamos nos valer dos subsídios do direito comparado. E, atentando para esta fonte, verificaremos que fatos sociais relevantes, correlativos à despedida arbitrária, são de natureza econômica ou de natureza técnica.⁷⁰

O conceito de dispensa sem justa causa ficará atrelado a rescisão por motivos subjetivos (relacionados ao trabalhador), e deverá englobar apenas as dispensas efetivadas sem motivação disciplinar, a *contrario sensu* da dispensa com justa causa que tem motivação disciplinar; assim, a dispensa será com justa causa ou sem justa causa, em uma análise subjetiva.

Acreditamos que esta distinção tornará de forma mais clara a caracterização das dispensas arbitrária e sem justa causa, o que irá evitar a atual discussão em torno dos conceitos.

⁷⁰ **Política do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1992, p 41-42.

Parte da doutrina⁷¹ explica que a expressão “despedida arbitrária” refere-se apenas à dispensa coletiva, não abrangendo a dispensa individual, pois engloba motivos de ordem empresarial objetivo (técnico, econômico e financeiro); neste sentido Renato Rua de Almeida explica que

Se a proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa confunde-se com a despedida individual, é razoável admitir que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária refere-se à despedida coletiva, que é, como visto, a outra forma consagrada e diferenciada de despedida, e, assim, sua regulamentação depende de lei complementar, conforme, aliás, assim também entende Amauri Mascaro Nascimento, ao dizer que ‘arbitrária seria, por exemplo, a despedida sem a observância de um procedimento que a lei complementar pode traçar para as situações em que, em razão de crise econômica, a empresa se vê diante da necessidade de se desfazer de muitos empregados.’⁷²

Concordamos com o referido autor no sentido que a dispensa coletiva somente poderá ter como causa um critério objetivo, conforme abordaremos em tópico específico, assim, esta modalidade de dispensa obrigatoriamente apresentará uma causa determinante de natureza objetiva da empresa, com motivação de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análoga, com motivos alheios à figura do empregado; portanto, a dispensa coletiva somente poderá ser considerada lícita ou arbitrária.

A dispensa com justa causa tem motivo disciplinar, conforme condutas tipificadas no art. 482 da CLT, de natureza grave, que autoriza a rescisão do contrato de trabalho sem o pagamento das verbas indenizatórias.

⁷¹ Renato Rua de Almeida explica: “a propósito do texto constitucional, Amauri Mascaro Nascimento afirma que “dispensa arbitrária e justa causa são qualificações diferentes, porque não seria lógico o legislador utilizar-se de duas expressões para designar um só conceito. Portanto, tem significados não coincidentes”, concluindo que “enquanto a dispensa arbitrária é qualificação do ato praticado pelo empregador, justa causa, ao contrário, o é da ação ou omissão do trabalhador. A arbitrariedade é daquele, a justa causa deste.” 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. São Paulo: LTr, mar/2007, p. 336-345).

⁷² **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.** São Paulo: Revista LTR, Legislação do Trabalho; v. 71-03, 2007, p. 336-345.

Para Nelson Mannrich “a justa causa corresponde a uma crise contratual resultante da violação de obrigações contratuais, determinando a imediata ruptura do contrato de trabalho.”⁷³ Para Amauri Mascaro Nascimento:

Justa causa é a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou de ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico. A justa causa é uma noção técnico-jurídica fundamentada numa razão ética ou econômica ou, mesmo, pragmática, enunciada diversamente nos sistemas justralhistas de cada país.⁷⁴

O sistema legal brasileiro é taxativo, conforme disposto no art. 482 da CLT, enumerando as hipóteses de aplicação de justa causa, como explica Nelson Mannrich:

O rol apresentado no art. 482 da CLT é taxativo e não exemplificativo. Essa é a razão pela qual algumas figuras são apresentadas de forma ampla, de sorte a ser possível enquadrar os diversos atos praticados, como ocorre com o mau procedimento⁷⁵.

A doutrina distingue “justa causa” e “falta grave”⁷⁶, mas em sua grande maioria, as expressões são usadas como sinônimos sem qualquer prejuízo, pois ambas têm conteúdo muito próximos, apresentando diferenciação apenas no sentido de que seria mais exato utilizar a expressão ‘falta grave’ ao empregado estável, e ‘justa causa’ aos demais empregados. Como explica Pedro Paulo Teixeira Manus:

O conceito de justa causa, longe de ser pacífico na doutrina, causa discussões. Evaristo de Moraes Filho, após afirmar que as expressões ‘justa causa’ e ‘falta grave’ sempre foram empregadas como sinônimas, desde a Lei n. 62/35, diz que com o advento da Consolidação passou-se a designar ‘justa causa’ para a rescisão genérica dos contratos por falta do empregado, reservando ‘falta grave’ para os empregados estáveis. (...) Em resumo, cremos que justa causa e falta grave não são sinônimas, mas têm significado extremamente próximo. A justa causa é prática de ato faltoso, cuja gravidade é suficiente para ensejar a ruptura do contrato de trabalho, pela outra parte, sem ônus para esta última, como afirma Wagner Giglio. Já a falta grave é reservada para a falta praticada pelo empregado estável.

⁷³ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.277.

⁷⁴ **Curso de direito do trabalho.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1202.

⁷⁵ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p.288.

⁷⁶ Neste sentido: “As expressões falta grave e justa causa não são equivalentes. A primeira indica a ocorrência de fatos relacionados ao empregado estável para justificar a ruptura do contrato, enquanto justa causa indica a falta cometida pelo empregado não estável. Em ambas as hipóteses, o ato praticado deve ser suficiente, pela sua gravidade, para denominar a dispensa. Esse entendimento, entretanto, não é unânime, dele discordando, por exemplo, Evaristo de Moraes Filho, para quem as expressões são sinônimas.” (MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p. 275-176).

Ainda que não sejam pacíficas estas distinções, quer na doutrina, quer na jurisprudência, são de uso corrente e nada contêm de erro ou equívoco, daí por que delas nos servimos.⁷⁷

Há outros motivos pelos quais a dispensa pode se efetivar de forma qualificada. São os meios retaliativos, discriminatórios, abusivos, constrangedores e outros; para tanto, a doutrina tem divergentes posicionamentos.

Arion Sayão Romita faz um profundo sobre dispensa abusiva, englobando no seu conceito todas as despedidas efetivadas com meios retaliativos, discriminatórios, constrangedores, como as que atentem contra a moral, os bons costumes, ou por motivos de represália, perseguição, todas com motivações alheias à relação de trabalho⁷⁸, assim informando:

A despedida abusiva é ato antifuncional, socialmente injustificado, o contrário à função social da boa administração da empresa. Ao praticá-la, o empregador não inflige ao empregado apenas um dano lícito (privá-lo do emprego), porém lhe causa novo dano, este ilícito e que se soma ao primeiro. Não há sucessão no tempo, o ato é único, mas atinge dois interesses distintos do empregado, ambos juridicamente protegidos: um produz o direito à indenização compensatória pelo dano lícito emergente da provação do emprego; o outro gera o direito à indenização de direito comum, ante o dano ilícito que afeta a personalidade do empregado.

A despedida abusiva constitui figura complementar da despedida comum. Quando o empregador, além de terminar a relação contratual mediante declaração de vontade que justifica a indenização tarifária, causa ao empregado outros danos que agravam sua responsabilidade, deve pagar uma indenização pelo dano correspondente ao abuso complementar. Se o ato de despedir (despedida arbitrária ou sem justa causa) operar sem o acréscimo do comportamento ilícito complementar, caberá apenas a indenização tarifária. Configura-se a despedida abusiva apenas quando a rescisão contratual de iniciativa do empregador não se limita ao término do contrato, mas produz um dano ilícito adicional derivado não do ato resiliatório em si, porém da carga de antijuridicidade complementar que o envolve. Por esse motivo, a indenização por despedida abusiva não lança âncora na teoria do abuso de direito nem culpa aquiliana: encontra fundamento na responsabilidade de contratual empregador.⁷⁹

Referido autor entende que a despedida abusiva abarca todas as hipóteses de dispensa que extrapolam o conceito de dispensa sem justa causa,

⁷⁷ **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho.** São Paulo: Malheiros, 1996, p.47-49.

⁷⁸ Id., Ibid., mesma página

⁷⁹ **Proteção contra a despedida arbitrária.** In CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.29.

acrescidas de dano, e informa, por fim, a necessidade de regulamentar esta forma de dispensa, através da lei complementar:

À luz dessas considerações, não será despropositado considerar a possibilidade de incluir na lei complementar (Constituição, art. 7º, I) a noção de despedida abusiva. O sistema de proteção da relação de emprego contra a despedida se completará com a previsão da nova modalidade, que de modo algum poderá contrariar o espírito da Lei Maior, pois – como se disse – a Constituição admite a ampliação dos benefícios que assegura aos trabalhadores. Na verdade, a Constituição não preconiza a proteção da relação de emprego contra a despedida abusiva, mas não proíbe a legislação infraconstitucional de prover nesse sentido.⁸⁰

Recomendável, porém, torna-se a regulação explícita do instituto, por evidentes razões de ordem prática. A *sedes materiae* é, indiscutivelmente, a lei complementar que se refere o inciso I do art. 7º da Constituição Federal. Só com a previsão expressa dessa indenização, ficará completo o sistema de proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, já que a indenização compensatória a ser fixada pela mencionada lei complementar deixa a descoberto possíveis danos causados ao emprego antigo em rescisão do contrato de trabalho.⁸¹

Alguns doutrinadores entendem que é a dispensa discriminatória que deveria ser regulamentada no projeto de lei complementar, e neste sentido explica Pedro Paulo Teixeira Manus:

E, a nosso ver, teremos na regulamentação do art. 7, inciso I, da Constituição Federal, pela lei complementar, três tipos de despedida sem justa causa: a) a dispensa motivada por razão disciplinar, técnica, econômica ou financeira; b) a dispensa arbitrária e c) a dispensa discriminatória. Todas elas, como vimos, porque não derivam de causa provocada pelo empregado, ensejam reparação.⁸²

Estabelece a Lei nº9029/95 que é discriminatória a dispensa que discrimina ou limita, para efeito de acesso ou manutenção da relação de emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade; diante destas situações a legislação autoriza a reintegração ou a indenização compensatória. Rodrigo Garcia Schwarz informa a respeito:

⁸⁰ **Proteção contra a despedida arbitrária.** In CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.28.

⁸¹ Id., Ibid., p.30.

⁸² **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho.** São Paulo: Malheiros, 1996, p.136.

O rol de situações fáticas que potencialmente caracterizam a discriminação é meramente exemplificativo na Lei nº 9.029/1995, jamais exaustivo, assim, qualquer outra clivagem de raça ou gênero, ideológica, política, ou religiosa que importe, por si só, motivo determinante para a dispensa sem justa causa do trabalhador revela-se discriminatória.⁸³

Em nossa opinião, entendemos que a lei complementar deverá regulamentar apenas a dispensa arbitrária e sem justa causa, a dispensa coletiva, e quanto às demais modalidades de dispensa, efetivadas de forma qualificada e com agravante (como as que envolvem condutas abusivas, entre outras), adotamos nesta dissertação o posicionamento de que todas as dispensas efetivas por motivo subjetivo com acréscimo de lesão, são extensão da dispensa sem justa causa, operadas sem motivo disciplinar e acrescida de dano. Surge, daí, o direito ao empregado lesado a uma indenização a ser majorada conforme o dano, a ser arbitrada pelo juiz, em valor superior à indenização da dispensa sem justa causa.

Como o objeto de estudo desta dissertação é a dispensa coletiva e não a individual, para não desviarmos do nosso objetivo nem perdermos o foco, não nos aprofundaremos nestas questões.

⁸³ **Curso de iniciação ao direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.339.

3 DA DISPENSA COLETIVA NO BRASIL

3.1 Conceito de Dispensa Coletiva

O Direito do Trabalho há muito tempo se preocupa com a dispensa coletiva, inexistindo entretanto uma legislação específica, tratando-a, em muitas ocasiões, como dispensa individual do trabalho, de forma plúrima e aplicando a indenização disposta pela regra geral de proteção da dispensa sem justa causa ou arbitrária.

Sérgio Pinto Martins informa que “a legislação brasileira não trata de despedida coletiva, nem estabelece conceito no sentido do que é despedida coletiva”⁸⁴.

Amauri Mascaro Nascimento ainda pondera que “nosso direito voltou-se para as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica expansiva das relações de trabalho.”⁸⁵

Ao expor sobre o assunto, Renato Rua de Almeida explica:

O regime geral do direito brasileiro sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa é traçado pelo art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988. Esse regime geral do direito brasileiro sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida sem justa causa refere-se à despedida individual (...).⁸⁶

Referido autor entende que a proteção constitucional contra a despedida arbitrária refere-se à hipótese da despedida coletiva, “que seria justificada quando

⁸⁴ **Despedida Coletiva.** Disponível em: < http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=614>. Acesso em: 16 mai. 2010.

⁸⁵ **Curso de direito do trabalho.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1137.

⁸⁶ **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.** São Paulo: Revista LTR, Legislação do Trabalho; v. 71-03, 2007, p. 336-345.

houver uma causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural (...)”⁸⁷.

Esta distinção entre dispensa individual e coletiva é estudada no acórdão relatado pelo Ministro do TST, Mauricio Godinho Delgado, ao informar:

Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a submissão da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça a distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes.

Referido autor, em outro acórdão, também expõe:

A dispensa coletiva não é um direito potestativo do empregador, não existindo na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual. Ao contrário do Direito Individual, em que o próprio ordenamento prevê as sanções para o caso de dispensa sem justa causa, não existe juridicamente dispensa meramente arbitrária e potestativista de natureza coletiva. As consequências de um ato de tal natureza devem possuir como parâmetro a proteção prevista no art. 7º, I, que veda despedida arbitrária ou sem justa causa. Em que pese o texto constitucional mencionar que tal proteção se dará nos termos da lei complementar, está claro que a Constituição delegou ao legislador infraconstitucional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária. A proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo. Vale lembrar que, conforme afirmado, por se tratar de evento diverso da ruptura meramente individual, a previsão simplista e isolada do art. 6º, "caput", e § 1º da Lei nº 5.107/66 apenas é aplicável no âmbito das dispensas individuais.⁸⁸

Ocorre que a dispensa coletiva é distinta da individual, seja pelo número de trabalhadores envolvidos, pelos reflexos à sociedade, pela proteção mundial ou em razão da causa motivadora objetiva da dispensa.

⁸⁷ **Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.** Revista LTr: Legislação do Trabalho, v. 75, n. 2, p.156-158, fev. 2011.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RO-173-02.2011.5.15.0000. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormAtado=RO%20-%20173-02.2011.5.15.0000&base=acordao&numProInt=185294&anoProInt=2011&dataPublicacao=31/08/2012%2007:00:00&query>>. Acesso em 9 out. 2012.

A seguir, apresentamos alguns posicionamentos de doutrinadores a respeito do conceito de dispensa coletiva. Posteriormente nos posicionaremos sobre o tema. Assim, para Amauri Mascaro Nascimento,

Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza de ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que prevê a Convenção n. 158 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas (...).⁸⁹

Expõe, por fim que “coletiva é a dispensa por causa econômica e tecnológica que num determinado período atingir um certo número de trabalhadores da mesma empresa.”⁹⁰ Já Orlando Gomes argumenta:

Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados.

Dois traços caracterizam a dispensa coletiva, permitindo distingui-la da dispensa plúrima. São:

a - a peculiaridade da causa;

b - a redução definitiva do quadro do pessoal.

Na dispensa coletiva é única e exclusiva a cláusula determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não-pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa.⁹¹

A finalidade na dispensa coletiva é reduzir definitivamente o quadro de empregados, como reforça o entendimento Andréa Brião:

A finalidade do empregador ao cometer a dispensa coletiva não é abrir vagas ou diminuir, por certo tempo, o número de empregados. Seu desígnio é, ao contrário, reduzir definitivamente o quadro pessoal. Os empregados dispensados não são substituídos, ou porque se tornaram desnecessários ou porque não tem condição de conservá-los.⁹²

⁸⁹ **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1138-1139.

⁹⁰ Id., Ibid., p. 1181-1182.

⁹¹ **Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa – Aspectos jurídicos do desemprego tecnológico**, São Paulo: LTr, ano 38, jul.1974, p.575-579. Apud PAULA, Carlos Alberto Reis de. **Dispensa coletiva e negociação**. Revista TST, Brasília, vol. 77, n.2, abr-jun, 2011.

⁹² **Proteção do trabalho frente às dispensas coletivas**. Revista LTr, Legislação do Trabalho, v.74, abr. 2010.

Arion Sayão Romita informa que a causa da dispensa coletiva deve ser comum a todos os trabalhadores envolvidos:

Quanto às despedidas coletivas, são admissíveis quando atuam razões pertinentes à organização produtiva. Excluem-se, portanto, aqui, as razões de caráter subjetivo; além disso, a despedida deve abranger uma pluralidade de trabalhadores e deve basear-se em uma razão comum a todos eles. A despedida coletiva só é admissível quando fundada em razões exteriores à relação de trabalho, ditadas por motivos estruturais, tecnológicos ou conjunturais.⁹³

Mauricio Godinho Delgado analisa os efeitos da dispensa coletiva, e sustenta:

A dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do Sindicato. A dispensa coletiva, embora não esteja tipificada explícita e minuciosamente em lei, corresponde a fato econômico, social e jurídico diverso da despedida individual, pela acentuação da lesão provocada e pelo alargamento de seus efeitos, que deixam de ser restritos a alguns trabalhadores e suas famílias, atingindo, além das pessoas envolvidas, toda a comunidade empresarial, trabalhista, cidadina e até mesmo regional, abalando, ainda, o mercado econômico interno. É um fato manifestamente diferente da dispensa individual.⁹⁴

É interessante observarmos ainda a diferença entre a dispensa plúrima e a coletiva; esta última é realizada por motivos objetivos relacionados à empresa e aquela, embora seja também relativa a certo número de empregados, acontece por razões relacionadas à conduta dos empregados envolvidos.

Andréa Brião explica que dispensa plúrima: “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.”⁹⁵

⁹³ **Proteção contra a despedida arbitrária.** CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.32.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RO-173-02.2011.5.15.0000. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormAtado=RO%20-%20173-02.2011.5.15.0000&base=acordao&numProclnt=185294&anoProclnt=2011&dataPublicacao=31/08/2012%2007:00:00&query>>. Acesso em: 9 out. 2012.

⁹⁵ **Proteção do trabalho frente às dispensas coletivas.** Revista LTr, Legislação do Trabalho, v.74, abr. 2010, p.425-434.

No conceito de dispensa coletiva, aliado aos elementos expostos, existe ainda o lapso temporal, conforme observamos na legislação estrangeira, que fixa um prazo para a ocorrência das demissões. Sobre o assunto, discorreremos nos próximos capítulos.

A Diretiva 98/59 CE ao disciplinar a dispensa coletiva em seu art. 1º, informa que será considerado o despedimento coletivo aqueles efetuados por um empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores, em um período de 30 a 90 dias, fixando critérios de acordo com número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão.

O Código do Trabalho Português fixa, em seu art. 359, o conceito de despedimento coletivo como a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente, no período de três meses, que abranger, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, sempre que a ocorrência se fundamentar em encerramento de uma ou várias seções ou estrutura equivalente ou reduzir o número de trabalhadores por motivos de mercado, estrutural ou tecnológico.

Diante do exposto nesta dissertação, entendemos que a dispensa coletiva é caracterizada quando identificamos os critérios objetivo-causal, quantitativo e temporal.

No critério objetivo-causal a dispensa coletiva obrigatoriamente apresenta uma causa determinante de natureza objetiva da empresa, fundada em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

A causa da dispensa coletiva é única da empresa, a finalidade é reduzir o quadro de empregados de forma definitiva, há impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho, e os motivos são alheios à figura do empregado.

Os motivos são em conformidade com a necessidade da empresa, e podem ser de econômicos, que cause desequilíbrio econômico-financeiro, como os decorrentes do mercado, crise mundial, com a efetiva redução da atividade; motivos tecnológicos, como a automação industrial ou comercial, a informatização; motivos estruturais, que provoque a reestruturação organizacional, ou motivos análogos, que guarda semelhança com os demais motivos.

O critério quantitativo é necessário para caracterizarmos a dispensa coletiva por atingir uma pluralidade de trabalhadores, um número variável entre os ordenamentos jurídicos pesquisados, cuja legislações fixam critérios percentuais ou numéricos.

O critério temporal é observado pois as que dispensas dos trabalhadores ocorrem em um lapso temporal próximo, fixado em média pelas legislações entre 60 e 90 dias; as demissões podem ocorrer de forma imediata ou sucessiva neste prazo.

Assim, entendemos que a dispensa será coletiva quando envolver rescisões de uma pluralidade de contratos individuais de trabalho, e afetar não apenas o trabalhador individualmente, motivadas por uma causa determinante do empregador, de forma objetiva, com motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

3.2 A Motivação na Dispensa Coletiva

Conforme expusemos, a dispensa coletiva lícita somente poderá ter como causa um critério de natureza objetiva da empresa, fundada em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, todos alheios à figura do empregado. Assim, a dispensa coletiva somente poderá ser considerada lícita ou arbitrária.

A dispensa coletiva deverá ter motivação explicitada, pois somente ao conhecê-la será possível analisar a legalidade do ato da dispensa, se lícita ou arbitrária.

A motivação é o elemento objetivo-causal da dispensa coletiva, é um dos critérios que a caracteriza. Só é possível identificá-la pela explicitação dos seus motivos de ordem objetiva, conforme expusemos e que devem, necessariamente ser alheios à conduta do empregado.

Diante disto, apenas quando explicitada sua motivação será possível analisá-la, podendo ser considerada lícita (se justificada conforme os motivos legais) ou arbitrária (se considerada imotivada).

Com precisão, expõe Valdete Souto Severo que a proteção, conforme disposta no I do art. 7º das CF, tem no cerne de seu dispositivo “seu ‘núcleo essencial’, que está consubstanciado na proteção contra dispensa que se caracterize como arbitrária ou sem justa causa”, reforçando que:

“E só é possível identificar tenha, a dispensa, ocorrido de modo não arbitrário ou justificado, se o motivo for explicitado. Eis aí o dever de motivar, inserido na ordem constitucional, para todas as relações de emprego. É apenas a partir da motivação que se torna possível a aferição da legalidade, condição de validade de todo e qualquer ato administrativo, mas também de todo ato realizado no âmbito das relações privadas.”⁹⁶

A necessidade de fundamentar o motivo da dispensa coletiva encontra vários respaldos legais, conforme expusemos no capítulo 2 desta dissertação. A relação de emprego foi protegida contra a dispensa arbitrária e sem justa causa pela Constituição e, uma vez elevada ao patamar dos direitos fundamentais, possui aplicabilidade imediata, isto é, a motivação é obrigatória sob o fundamento do art. 7º, I, CF.

⁹⁶ **O dever de motivar o ato de denuncia do contrato de trabalho: condição de possibilidade da verdadeira negociação coletiva.** In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.238.

A motivação se deve ainda pelo dever de informação insculpido no art. 5º, XIV, da Constituição Federal, que gera como direito reflexo o direito de ser informado. Somente neste contexto é que, em um processo de dispensa coletiva, poderemos observar a transparência dos dados e a boa-fé objetiva dos atores sociais envolvidos. Neste sentido, Renato Rua de Almeida explica:

Não mais persiste a liberdade contratual de despedir em massa no direito brasileiro, como direito potestativo, implícito no art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, por ausência específica de legislação trabalhista restritiva, já que o ato unilateral do empregador de despedir em massa está condicionado pelo direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, previsto no texto constitucional, a ser efetivado pela exigência da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos de informar e comprovar aos trabalhadores e seus representantes o motivo da causa objetiva da empresa de ordem econômico-conjuntural e de negociar com eles suas consequências, sob pena de ser abusiva a despedida em massa, que deverá ser reparada com pagamento indenizatório, a ser medido pela extensão do dano causado aos trabalhadores despedidos.⁹⁷

Valdete Souto Severo explica que o dever de motivar decorre também da função social originária do contrato de trabalho, “por ser expressão da transparência e da lealdade no âmbito da relação privada. Podemos, assim, afirmar que o dever ali estabelecido contamina tanto as relações individuais e, pois, a dispensa de um único trabalhador, como as relações coletivas e, pois, as dispensas em massa.”⁹⁸

Roberto Carneiro Filho ainda considera:

O dever de motivar é decorrente ainda dos deveres contratuais anexos, e estes são conceituados como ‘cláusulas implícitas’ aos contratos, inclusive aqueles de natureza trabalhistas, com caráter coercitivo e obrigacional para as partes, cujo descumprimento enseja a quebra contratual e a possibilidade de condenação à reparação por perdas e danos.⁹⁹

⁹⁷ **Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?** São Paulo: Revista LTr. Legislação do Trabalho, v.73 abr.2009, p.391-393.

⁹⁸ **O dever de motivar o ato de denuncia do contrato de trabalho: condição de possibilidade da verdadeira negociação coletiva.** In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.238.

⁹⁹ **Negociação coletiva de trabalho: solução de problemas trabalhistas nas crises empresariais.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2010, p.110.

Os deveres contratuais anexos obrigatórios em uma dispensa coletiva são o dever de informação e transparência que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da proteção da relação de emprego e da função social da empresa. Assim, Eduardo Antonio Dantas Nobre informa:

A ordem jurídica, toda ela, funda-se em critérios de razão e de justiça, os quais, partindo da natureza do homem, procuram evitar emanação de atos arbitrários, por isso que arbitrariedade tem como contrapartida a razoabilidade. Por essa razão, a nova ordem constitucional tornou defesa, outrossim, a despedida baseada na discricionariedade absoluta, que o intérprete detectará individualizando as normas jurídicas nos casos concretos para chegar à regra aplicável a cada um deles.

Aqui, tenha-se presente que a gestão empresarial está fundada em um princípio básico que, embora não fundamentado, de maneira expressa, em nenhum texto legal, se faz sentir em todos os instantes: dotado do poder de dispensar, o empregador não deve agir, a não ser no interesse da empresa, que, em derradeira análise, se confunde com o interesse geral¹⁰⁰

Uma vez explicitada a justificativa da dispensa coletiva, a motivação poderá ser considerada lícita (motivada socialmente) ou arbitrária (imotivada).

A motivação poderá ter por fundamento: a) o ato voluntário do empregador, b) o ato misto do empregador ou c) o ato completamente involuntário do empregador, e deverá, em função destas distinções, gerar indenizações diferenciadas.

A dispensa coletiva efetivada por ato puramente voluntário do empregador ocorre quando ele encerra determinada atividade por vontade deliberada, sem motivo justificado. É portanto considerada totalmente arbitrária e, por isso, imotivada, o que deverá gerar indenização superior à dispensa considerada lícita. Nesta modalidade de dispensa,

O empregador delibera livremente diminuir suas atividades ou até encerrá-las. Fechar estabelecimento seu ou acabar com sua empresa. A sua vontade causa a redução ou o fim do negócio, a qual, por sua vez, causa a rescisão, havendo dupla e sucessiva relação de causalidade, ou, como se queira, concausalidade voluntária¹⁰¹,

¹⁰⁰ Tutela constitucional da relação de emprego. In RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993, p.148-149.

¹⁰¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p.267.

As dispensas coletivas por ato misto são as derivadas por risco do negócio, que ficam em zona intermediária, na medida em que ocorrem não por força maior, mas por força dos riscos assumidos; o empregador sofre prejuízos, cessa a atividade empresarial e a consequência é a dispensa coletiva dos empregados.

As dispensas coletivas por ato misto, derivadas do risco do negócio, não são consideradas força maior, uma vez que esta conta com os elementos da imprevisibilidade, inevitabilidade ou irresistibilidade, e a condição que leva o empregador a encerrar suas atividades são justamente as escolhas que fez. “Por assumir os riscos do negócio é que a falência, a liquidação forçada, a concordata e o concurso de credores não implicam força maior. São decorrentes da verificação do risco de insolvência.”¹⁰² Conforme nos explica José Martins Catharino:

São espécies impuras ou mistas: a causada por risco do negócio, suportada exclusivamente pelo empregador (...) Quando a eclosão do risco atinge determinada empresa, criando situação de desemprego, nunca singular ou individual – igualmente em caso de força maior e de extinção puramente voluntária de atividades -, não se pode dizer, em termo absolutos, que ela ocorreu voluntária ou involuntariamente, e sim, relativamente, por causa objetivo-subjetiva.

Não é presumível a vontade de o empregador cessar, parcialmente ou não, atividade lucrativa sua, salvo a hipótese de liquidação, falência ou concordata fraudulenta, intencional e dolosa. Mas por outro lado, também não se pode presumir que, com os meios ao seu alcance, não possa o empregador prever, evitar ou reduzir os efeitos negativos do risco do negócio. Tanto basta para excluir a força maior, quanto para não incluí-la entre as causas puramente voluntárias da terminação sob exame.¹⁰³

Neste sentido, Nelson Mannrich leciona:

Justificam a dispensa coletiva, entre outras, as seguintes situações: crise financeira, introdução de novos equipamentos ou tecnologia, fechamento de uma filial, queda das vendas, introdução de novos métodos de trabalho. Poder-se-ia dizer que a dificuldade financeira, transformação tecnológica ou situação análoga determinam a supressão dos postos de trabalho: as dispensas são proporcionais à necessidade de enxugamento da empresa e suficientes para garantir a volta à normalidade. Nessa medida, as legislações que regulam a dispensa coletiva fazem-no sob o prisma do interesse do empregador, objetivando garantir a continuidade do processo produtivo e a competitividade da empresa.

¹⁰² **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p.279.

¹⁰³ *Ibidem*, p.269.

Observa-se o abandono da ideia de crise da empresa. Assim, para que o empresário possa utilizar a dispensa coletiva e, em consequência, reduzir o quadro de pessoal, não é necessário que esteja à beira da falência, justificando-se a medida ainda que a intenção seja reorganizar o processo produtivo ou dar viabilidade futura à empresa, para torná-la competitiva.¹⁰⁴

Há ainda a dispensa coletiva por ato involuntário do empregador, que ocorre por força maior ou caso fortuito. José Martins Catharino informa que “terminação involuntária ou objetiva é a que ocorre independentemente da vontade, por fato ou ato de terceiro, impossível de ser evitado. Em síntese: por força maior, causa da dissolução da relação de emprego”.¹⁰⁵

Assim, observado a força maior, o encerramento do vínculo empregatício é involuntário e inexistente a vontade do empregador. O art. 501 da CLT define força maior:

Art. 501. Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§ 2º À ocorrência do motivo de força maior não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa, não se aplicam as restrições desta lei referentes ao disposto neste capítulo.

Em conformidade com o art. 501 da CLT, são elementos da força maior e do caso fortuito: a imprevisibilidade, inevitabilidade ou irresistibilidade, sendo que a imprevidência exclui a força maior.

Inclui, nas situações justificadas como de força maior *stricto sensu*, o *factum principis*, resultante do art. 486 da CLT, que cause a impossibilidade da continuação da atividade e a cessação das relações de emprego, cujos fatos de autoridade têm efeitos inevitáveis.

Ocorrendo *factum principis* e, sendo a culpa da pessoa jurídica de direito público, a esta é repassado a responsabilidade por indenizar o empregado

¹⁰⁴ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p. 521-522.

¹⁰⁵ **Compêndio de direito do trabalho.** 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p.267.

despedido; contudo, se a culpa da interdição ou a cessação das atividades for do empregador, a autoridade estatal estará eximida de qualquer responsabilidade.

Diante do exposto, temos que a dispensa por ato misto, ou por ato involuntário do empregador, todas justificadas e demonstradas, serão consideradas lícitas e motivadas.

Entendemos que a classificação da dispensa coletiva em lícita (motivada) ou arbitrária (imotivada) deverá gerar patamares diferenciados de indenização, que serão especificamente apresentados no último capítulo desta dissertação.

4 DAS FORMAS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO COLETIVO NA DISPENSA COLETIVA

4.1 Dos Interesses e Conflitos Coletivos na Dispensa Coletiva

A doutrina trabalhista distingue os conflitos resultantes desta área em individuais e coletivos. Assim, é necessário definir os interesses e os sujeitos envolvidos para definir os conflitos oriundos da dispensa coletiva.

O interesse individual decorre dos conflitos advindos da relação individual, diz respeito ao contrato individual do trabalho que envolve o empregado e o empregador; assim, o sujeito é individual e o interesse advém em benefício específico e próprio do seu contrato em uma relação na qual a repercussão da situação atinge apenas os envolvidos.

Nas relações coletivas os interesses vão além da esfera individual, atingem o grupo, sendo o cerne da questão justamente este, o coletivo, as “relações individuais diferem das coletivas porque, nesta, as questões ultrapassam o contrato individual de trabalho para atingir uma coletividade que se une para defender suas reivindicações.”¹⁰⁶ Amauri Mascaro Nascimento explica:

Há casos em que não é possível distinguir o conflito, se individual ou coletivo, mas conveniente determinar sobre qual faceta ele se apresenta para as partes. Baseando-se em Hébraud, afirma que o que distingue o conflito coletivo de uma pluralidade de dissídios individuais simultâneos é a unidade de conjunto resultante da solidariedade conscientemente sentida e pretendida, ao invés da independência de ações paralelas.¹⁰⁷

Assim, no dissídio coletivo, a faceta do conflito atinge o conjunto, o grupo de trabalhadores; os interesses defendidos são coletivos na medida em que atingem

¹⁰⁶ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.1347.

¹⁰⁷ **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1154.

os trabalhadores diretamente envolvidos e a sociedade.¹⁰⁸ Amauri Mascaro Nascimento informa:

As relações coletivas são destinadas à defesa dos interesses coletivos, razão pela qual cumpre esclarecer em que termos esses interesses podem ser conceituados. Santoro-Pissarelli define interesse coletivo como 'o interesse de uma pluralidade de pessoas por um bem idôneo a satisfazer as necessidades em comuns. Não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação, e é indivisível, no sentido de que vem satisfazer não diversos bens destinados às necessidades individuais, mas um único bem apto a atender às necessidades de uma coletividade.'¹⁰⁹

Esclarece ainda o referido autor que o interesse coletivo

É indivisível no sentido de que vincula as pessoas, que se integram como um todo, relacionadas por uma reivindicação que a todas se comunica e que é igual para cada uma delas, mas que se descentraliza em esferas de grupos de dimensões variadas e que podem ter a amplitude de uma categoria, de uma profissão ou de uma esfera menor.¹¹⁰

Posicionamos assim no sentido de que o interesse decorrente dos conflitos advindos na demissão coletiva é, portanto, coletivo, são interesses indivisíveis, resultantes da solidariedade das pretensões, do conjunto de consequências que refletem sobre o grupo, pois afrontam os empregados demitidos, a sociedade, a família, e assim deve ser defendido por um sistema que tutele os interesses de massa, em virtude de abranger não apenas um empregado individualmente, mas o grupo, como um todo.

O problema é coletivo, e “para necessidades coletivas é preciso uma solução coletiva”¹¹¹

¹⁰⁸ Quando em 2008/2009 a Embraer demitiu 4,2 mil trabalhadores, grande parte das demissões aconteceu em sua fábrica de São José dos Campos, em diferentes setores da produção, atingindo não apenas o grupo de trabalhadores envolvidos, mas a cidade de São José dos Campos.

¹⁰⁹ **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1086.

¹¹⁰ Id., *Ibid.*, p.1087.

¹¹¹ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 619.

4.2 Dos Meios de Solução dos Conflitos na Dispensa Coletiva

A ocorrência do interesses coletivos na dispensa coletiva são inerentes à própria dispensa, isto porque o conflito envolve um grupo de trabalhadores, com necessidades comuns, todas destinadas a disciplinar a dispensa coletiva no sentido de impedi-las ou diminuir os seus efeitos, sendo o primeiro e principal meio de solução dos conflitos a negociação coletiva, conforme demonstraremos.

O conflito coletivo pode ser solucionado por diferentes meios, os quais assim classificamos: autocomposição, heterocomposição e autodefesa.

Na autocomposição a solução dos conflitos advém pelas próprias partes, sem a imposição de terceiros, como ocorre na negociação coletiva, na mediação e na conciliação, conforme explica Raimundo Simão de Melo:

A autocomposição é uma técnica de solução de conflitos por ato volitivo das próprias partes, mediante ajustes. Na autocomposição, há sacrifício do próprio interesse de um ou de ambos os litigantes. Daí sua classificação em unilateral ou bilateral, para estabelecer o ônus comum ou só de uma parte, consensualmente estabelecido, sendo exemplo da primeira a renúncia e da segunda, a transação. Essa forma é composta pela negociação coletiva, pela mediação e pela conciliação.¹¹²

A heterocomposição compreende os meios de solução dos conflitos realizados com a intervenção de terceiro, em decisão suprapartes, como nos casos da arbitragem e da solução estatal judicial, conforme demonstra Amauri Mascaro Nascimento:

Heterocomposição é a solução dos conflitos trabalhistas por uma fonte suprapartes, que decide com força obrigatória sobre os litigantes, que, assim, são submetidos à decisão. Não se confunde com as formas anteriores, porque a decisão é suprapartes, enquanto na autodefesa e na autocomposição há um resultado obtido pelas próprias partes, impondo-se ou compondo-se.¹¹³

A autodefesa é o exercício do direito pela própria parte, admitida pelo Direito do Trabalho apenas pela greve, já que o Lock-out é proibido. Ainda assim,

¹¹² **Dissídio coletivo de trabalho.** São Paulo: LTr, 2002, p.29.

¹¹³ **Direito processual do trabalho.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.41.

sofre duras críticas por seu enquadramento como meio de solução dos conflitos, por funcionar, na realidade, como um meio de pressão dos trabalhadores, conforme argumenta Raimundo Simão de Melo:

Na verdade, a greve é muito mais um instrumento de pressão dos trabalhadores na busca da autocomposição do conflito com o empregador, do que propriamente uma técnica de autodefesa. De qualquer forma, é ela um dos mais importantes instrumentos para, se bem utilizados, chegar-se à solução do conflito.¹¹⁴

Octávio Bueno Magano acrescenta:

A autodefesa parece, à primeira vista, totalmente incompatível com a função primordial do Estado, que é a de tutelar o interesse de seus súditos, considerados estes individualmente ou em grupos. E, realmente, a autodefesa, como regra de solução de conflitos, encontra-se proscriita, tanto que, na generalidade dos sistemas jurídicos modernos, constitui crime o exercício arbitrário das próprias razões. Contudo, a proibição em foco comporta algumas exceções, que se explicam, por não ser o Estado nem onipresente nem onisciente, o que o impede de acudir a tempo e de modo satisfatório a todos os conflitos.¹¹⁵

Entre os meios de solução dos conflitos na dispensa coletiva, enfatizaremos o estudo da negociação coletiva acompanhado de um breve resumo sobre os demais meios.

4.2.1 Negociação coletiva

Na dispensa coletiva, por envolver interesses coletivos, o primeiro e principal meio a ser utilizado é a negociação coletiva. Apenas se não resultar em acordo, serão utilizados outros, como a mediação, a conciliação, a concertação social, a arbitragem, e por fim, a solução jurisdicional, conforme observa Octavio Bueno Magano:

A ordem natural das coisas indica que primeiro deve ser tentada a negociação e só depois de frustrada esta, a conciliação, a mediação e a arbitragem. De acordo com isso, determina o direito atual que antes do início de ação coletiva, em juízo ou fora dele, deve ser tentada a negociação coletiva ou a arbitragem.¹¹⁶

¹¹⁴ **Dissídio coletivo de trabalho.** São Paulo: LTr, 2002, p.30.

¹¹⁵ **Manual de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993, p.213.

¹¹⁶ **Manual de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993, p. 216.

Sobre o tema, adverte Pedro Paulo Teixeira Manus,

Não sendo possível a solução direta do conflito, podem os empregados lançar mão do direito de greve, constitucionalmente assegurado, conforme o art. 9, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, a fim de forçar o empregador à negociação.¹¹⁷

Defendemos nesta dissertação que a negociação coletiva promove a paz social. Assim, na dispensa coletiva poderá permitir que os atores sociais se componham de maneira menos lesiva e mais célere em relação ao Poder Judiciário, reduzindo os efeitos maléficos e tornando possível a composição através de diversas figuras que incluem a indenização, a suspensão negociada dos contratos com ou sem pagamento de salários, as férias coletivas, a redução de jornada, o aumento da jornada em turnos de revezamento, a compensação, o banco de horas, a redução salarial e outras possibilidades. Neste sentido, argumenta Enoque Ribeiro dos Santos:

São notórias as vantagens da negociação coletiva em relação à prestação jurisdicional do Estado, por meio da sentença normativa. Entre essas vantagens podemos enumerar: celeridade na elaboração de seus instrumentos jurídicos; maior adaptabilidade e maleabilidade de ação concreta; propensão a uma maior estabilidade de condições de trabalho – a chamada paz social; mais compatibilidade às necessidades e exigências da produção e do mercado; criação de regras e novos direitos e obrigações específicas; estabelecimento de métodos próprios para a solução das controvérsias; maior grau de solidariedade e integração entre os trabalhadores e empregadores e, por fim, mas não por último, o fortalecimento dos sindicatos e de outras formas de organização dos trabalhadores no local de trabalho.¹¹⁸

A negociação coletiva é hoje considerada o melhor meio para a solução dos conflitos ou problemas que surgem entre o capital e o trabalho. Por meio dela, trabalhadores e empresários estabelecem não apenas condições de trabalho e de remuneração, como também todas as demais relações entre si, através de um procedimento dialético previamente definido, que se deve pautar pelo bom-senso, boa-fé, razoabilidade e equilíbrio entre as partes diretamente interessadas.¹¹⁹

¹¹⁷ **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho.** São Paulo: Malheiros, p.116.

¹¹⁸ In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 86-87.

¹¹⁹ Id., *Ibid.*, p.93.

A negociação coletiva foi consagrada como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 (art. 8º, VI): “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, além de ser regulamentada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pelo art. 616 e parágrafos. Enoque Ribeiro dos Santos pondera:

(...) finalmente, a Constituição Federal de 1988 veio valorizar o instituto da negociação coletiva, atribuindo-lhe a função de administrar crises na empresa, ao admitir a redução dos salários por acordos e convenções coletivas e condicionar a propositura de dissídios coletivos à prévia tentativa de negociação (art.114). O estímulo do texto constitucional de 1988 à negociação coletiva está representando na obrigação dos sindicatos de participar das negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI). Ademais, o § 1º do art. 114 também preleciona a preferência pela negociação coletiva, que, uma vez frustrada, permite que as partes recorram à eleição de árbitros para o deslinde da controvérsia.¹²⁰

A Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, ratificada em nosso ordenamento pelo Decreto nº 1.256/1994, define negociação coletiva em seu art. 2º:

Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: fixar as condições de trabalho e emprego; ou regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.¹²¹

O Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho declarou que a negociação coletiva reduz a desigualdade:

A importância que a negociação colectiva continua a ter no século XXI deve-se ao facto de constituir, para as organizações de empregadores e de trabalhadores, um poderoso instrumento de diálogo que lhes permite conciliar interesses económicos e sociais. A negociação colectiva dá aos mais fracos a possibilidade de se fazerem ouvir e reduz a pobreza e a desigualdade social. Estes resultados podem ser obtidos se for adaptada às

¹²⁰ In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.83-84.

¹²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1256.htm>. Acesso em: 8 out. 2012.

necessidades das partes e se promover acordos voluntários que concorram para o bem-estar dos indivíduos e das empresas.¹²²

Para Enoque Ribeiro dos Santos:

A negociação coletiva (collective bargaining) é o processo pelo qual os trabalhadores participam na produção das decisões que afetam suas vidas no trabalho. Através da negociação coletiva, trabalhadores, representados pelo seu sindicato, são capazes de impor restrições à autoridade largamente irrestrita dos empregadores ao produzir decisões envolvendo suas condições de trabalho. O coração da negociação coletiva repousa no fato de que os empregadores devem compartilhar alguns de seus previamente e exclusivos poderes de tomadas de decisão e participar com os empregados na determinação conjunta de salários, jornadas de trabalho e outras condições de emprego.¹²³

O referido autor conceitua negociação coletiva como

(...) o processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e obrigações, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes à relação trabalho – capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade humana.¹²⁴

A negociação coletiva é direito constitucional, fundamental dos trabalhadores, de dirimir conflitos com os empregadores, e “tem sido erigida ao patamar de fator determinante na solução das chamadas crises econômicas, tudo a partir da compreensão de que não só cabe ao Estado resolvê-las, mas também aos sujeitos afetados.”¹²⁵

Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes apresentam um estudo sobre a negociação no qual abordam quatro tendências para a sua aplicação:

¹²² Conferência Internacional do Trabalho. 97ª Sessão 2008. Liberdade sindical na prática: lições a retirar. **Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** Publicado em 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorioglobal_2008.pdf>. Acesso em: 02 nov.2012.

¹²³ In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.69.

¹²⁴ Id., Ibid., p.71.

¹²⁵ Id., Ibid., p.50.

A primeira significa o aprimoramento da vida democrática, plural, pois convivem no mesmo local de trabalho e na mesma atividade econômica diversas formas de pensamento e ideologias.

A segunda tendência significa a tentativa de se evitar os conflitos normais e naturais de uma sociedade democrática. Para enfrentá-los, é necessário antes de mais nada encará-los de frente, ocasião em que se verificará serem evitáveis na sua maioria.

A terceira tendência representa a transformação do regulamento interno da empresa em um ato convencional, não mais unilateral por parte do empregador. Significa a regulamentação de toda matéria tratada nas convenções coletivas anteriores, adotando-se de acordo com a particularidade da empresa.

A quarta tendência traduz o esforço do direito coletivo de impedir a ingerência do estado na relação existente entre o empregador e empregado, mesmo quando o conflito que escapa do âmbito da empresa. Nesse caso adota-se o caminho da mediação e da arbitragem, transformando os órgãos jurisdicionais como a última instância para a solução do conflito de interesses.

Caminha-se, sem dúvida para uma sociedade democrática, que reconhece o conflito como legítima manifestação das diferenças e anseios dos diversos fatores da produção econômica, mas que estará preparada para enfrentá-los e resolvê-los, se não preveni-los, democraticamente.¹²⁶

Sobre a necessidade de implantar a negociação coletiva a Convenção nº 98, ratificada pelo Brasil (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 49, de 27.8.1952, e publicada pelo Decreto nº 42.288, de 19.9.1957), disciplina o direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, determinando, em seu art. 4º:

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

Como bem exposto por Enoque Ribeiro dos Santos:

O art. 4º da Convenção nº 98 põe em destaque dois fatores, incumbe aos governos o fomento da negociação coletiva, e o procedimento de negociação entre as partes, ambas autônomas, deve ser voluntário. Portanto, a principal obrigação é que os governos fomentem e estimulem a negociação coletiva, mas nem os governos nem as partes estão obrigados a concluir contratos coletivos. Nessas bases, tem-se formulado regras para uma série de questões referentes à negociação coletiva.¹²⁷

¹²⁶ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2003, p.619-620.

¹²⁷ In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.64.

A negociação coletiva que resulte em acordo é concretizada por instrumentos que recebem os nomes de acordo coletivo (quando o instrumento negociado envolve apenas parcela da categoria, ou entre sindicato e empresa) ou convenção coletiva (quando o instrumento negociado envolve o interesse de toda a categoria), recebendo nos quatro cantos do mundo diversas denominações

(...) na Itália se utiliza geralmente a expressão convênio coletivo, de igual modo se sucede na Espanha, nos países anglo-saxônicos se emprega a expressão *collective bargaining* e, em Portugal, utiliza-se a expressão contrato coletivo.¹²⁸¹²⁹

4.2.2 Conciliação

A conciliação é uma forma de solução dos conflitos por meio da qual há a interferência de um conciliador para auxiliar as partes no processo de composição.

Octavio Bueno Magano, esclarece:

Conciliação – conciliação é negócio jurídico em que as partes respectivas, com a assistência de terceiros, põem fim a conflito entre elas existente.¹³⁰ A participação de terceiros na realização do negócio, não o desnatura, porque este não se coloca “super partes”, no sentido de poder impor-lhes uma solução. Esta se alcança, ao contrário, pela convergência das vontades das partes, em relação às quais o conciliador se coloca como coadjuvante. Isso não quer dizer que o conciliador assuma atitude meramente passiva ante o conflito. Se o fizesse não estaria exercendo função alguma, ficando, em consequência, injustificada a sua intervenção. Cumprir, na verdade, promover a conciliação. Nessa perspectiva, tem função ativa, tanto quanto o mediador, só que, ao contrário deste, que não pauta a sua ação por nenhum critério de Justiça, do conciliador se espera que acene às partes como solução equitativa do conflito em conformidade com as pretensões por elas externadas. Não se afirma que o conciliador deve assumir o papel de juiz. A sua atividade não é, como já vimos, de natureza jurisdicional e sim administrativa. Não lhe cumpre, pois, aplicar a lei ao caso concreto, mas, ao revés, acenar às partes com a possibilidade de uma solução equitativa do conflito. Do ponto de vista das partes, a conciliação se apresenta como modalidade de negócio jurídico, qualificado pela circunstância de construir solução de prévio conflito de interesses.¹³¹

¹²⁸ MENDONÇA, Guilherme de Moraes. In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.55.

¹²⁹ Neste sentido: “A transação negocial estabelecida entre os interlocutores sociais recebe a denominação de negociação coletiva e se concretiza através de instrumentos que recebem as mais variadas denominações, como a de convenção ou contrato coletivo de trabalho, pacto coletivo, protocolo de fim de conflito, concordata de trabalho, regulamento corporativo, contrato de tarifa, convênio de normas de trabalho e salário, entre outras.” (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.89).

¹³⁰ **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr,1993, p.214.

¹³¹ **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr,1993, p.215.

A conciliação pode ser extrajudicial ou judicial; é uma fase obrigatória e prévia nos processos perante o Poder Judiciário, como explica Amauri Mascaro Nascimento:

No Brasil a conciliação é judicial, fase do processo perante o Judiciário, tanto nos dissídios individuais, caso em que se realiza perante a mesma Vara, que, à falta de conciliação, julga a lide, como nos dissídios coletivos, antes da sessão de julgamento, na audiência de conciliação perante o juiz-presidente do tribunal, que decidirá o caso, ou o juiz do tribunal designado para a audiência de conciliação.¹³²

A conciliação pode ser privada, como a que ocorre nos sindicatos, e a pública, como a que ocorre perante o Ministério do Trabalho e Emprego, através dos termos de ajuste de conduta. Os doutrinadores apontam que,

A diferença entre conciliação e mediação tem importância mais acadêmica do que prática, as duas técnicas são destinadas ao mesmo fim, a composição do conflito, e pelo mesmo meio, a aproximação da vontade das partes mediante transações nas suas pretensões, ambas com a intermediação de um terceiro, o mediador ou o conciliador. As diferenças entre os dois mecanismos são de ordem meramente formal e, mesmo assim, não são rigorosas.¹³³

As diferenças mais citadas são as seguintes: a mediação será sempre extrajudicial e o terceiro, escolhido pelas partes; já a conciliação poderá ser extrajudicial ou judicial, neste caso, não será possível às partes escolherem o terceiro que irá auxiliar a composição.

4.2.3 Mediação

A mediação é figura muito próxima da conciliação, é um meio de composição voluntário, extrajudicial no qual um terceiro escolhido pelas partes auxilia a negociação e atua na comunicação entre as partes. Ambas apresentam algumas distinções discutidas pelos doutrinadores:

¹³² **Direito processual do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.47.

¹³³ Id., *Ibid.*, p.52.

Mediação é um processo voluntário, objetivo e amigável, em que as partes se propõem a resolver impasse surgido durante negociação. Possibilita a intervenção de um terceiro elemento imparcial que auxilia os opositores a alcançar um acordo com relação às suas divergências. A decisão é conjunta, baseada em seus próprios entendimentos e pontos de vista em face das suas realidades.

O mediador diante do impasse, ao contrário do árbitro, age como um facilitador. Cria ambiente favorável à negociação, um estado de ânimo. Estabelece diretrizes de comportamento e esclarece o procedimento. Passa instrução sobre o processo, controla a conduta e o fluxo de comunicação¹³⁴

A mediação é aplicada apenas sobre os direitos disponíveis, assim,

Quanto ao Direito do Trabalho, de natureza tutelar, dotado de normas cogentes e de ordem pública, em que impera a desigualdade das partes, o instituto é visto com certa reserva no âmbito do direito individual; no coletivo, não existe qualquer dificuldade mesmo porque há expressa previsão constitucional (CF, art. 114, §2º).¹³⁵

4.2.4 Concertação social

Dentro os vários significados da palavra ‘concerto’ ou ato ou efeito de concertar está o ajuste, a combinação, a harmonia, o acordo¹³⁶; assim, concertação social é o diálogo entre empregado, empregador e o governo. Guilherme de Moraes Mendonça assim o conceitua:

Uma maneira diferenciada de negociação, com grande amplitude de atuação abrangendo diversas matérias, que transbordam os limites dos interesses defendidos pelos interlocutores sociais concertantes, já que possui basicamente como objetivo a feitura de um pacto social gestado e implementado pelo governo, trabalhadores e empregadores.¹³⁷

Carla Teresa Martins Romar, em sua tese Concertação Social, elucida que a “concertação social é a política de acordo social através da qual os três protagonistas principais da vida econômica concertam suas vontades para enfrentar situações de crise.”¹³⁸

¹³⁴ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Direito coletivo do trabalho e mediação: teoria e prática**. São Paulo: LTr, 2002, p.36.

¹³⁵ Id., *Ibid.*, p.38.

¹³⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p.515.

¹³⁷ In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.55.

¹³⁸ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Concertação social**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003, p.16.

Logo, incluiria as situações de crise a serem enfrentadas através da concertação social os assuntos relacionados à dispensa coletiva, a partir da participação do governo no diálogo social entre a empresa e os representantes dos empregados, no intuito final de minorar os efeitos da dispensa coletiva, por meio de acordos ou pactos sociais:

A negociação coletiva e a concertação social possibilitam que os atores sociais entendam o significado das transformações em curso e possam estabelecer mecanismos adequados para enfrentá-las, principalmente através da busca do consenso social na organização e nos processos de adaptação dos sistemas de relações trabalhistas às novas realidades econômicas, permitindo a obtenção de uma maior estabilidade e de uma solução pacífica dos conflitos sociais.¹³⁹

Esclarecemos os contornos das expressões ‘pacto social’, ‘diálogo social’ e ‘concertação social’, conforme sintetizadas por Carla Teresa Martins Romar:

Assim, podemos identificar três níveis básicos de envolvimento dos atores sociais na adoção das políticas públicas: a) diálogo social, como prática a ser exercitada constantemente pelo Governo e pelos atores sociais; b) concertação social, como processo de participação concreta dos atores sociais nas grandes linhas de política social e de política econômica do Governo e na fixação dos parâmetros a serem seguidos nas negociações coletivas; c) pacto social, como resultado das discussões mantidas pelos atores sociais e pelo governo e que, uma vez adotados, permitem uma mobilização dos esforços de toda a população para o atingimento do objetivo pretendido.¹⁴⁰

A doutrina aponta a semelhança da concertação social com a negociação coletiva, visto que ambas se estabelecem pelo diálogo, com a diferença que, na concertação, o governo figura também interessado na resolução dos problemas. Neste sentido, expõe Amauri Mascaro Nascimento:

A concertação social não é uma negociação coletiva, mas tem aspectos que com elas se identificam, na medida em que será, também, um processo não estatal de entendimento entre interessados visando a um acordo a respeito do tema relevante em discussão.¹⁴¹

¹³⁹ **Concertação social.** Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003, p.54.

¹⁴⁰ Id., Ibid., p.18.

¹⁴¹ **Curso de direito do trabalho.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1399.

Contudo, “a ‘concertação social’ exige para sua implementação uma maior madurez das instituições no país onde venha a ser tentada, característica, por ora, não encontrada em nosso país”¹⁴².

Para o amplo exercício das negociações que podem ser feitas por meio da concertação social é necessário modificar o modelo sindical, através da ratificação da Convenção nº 87 da OIT, que trará o fim da unicidade sindical e das contribuições sindicais obrigatórias.

A fomentação da concertação social se dará efetivamente em um novo cenário legal que modifique e propicie a criação de organizações sindicais fortes e de legislação que incentive a prática do diálogo social.

4.2.5 Arbitragem

A arbitragem é uma forma de composição extrajudicial que, na solução de conflitos coletivos trabalhistas está prevista no art. 114, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Ela permite às partes, frustrada a negociação coletiva, eleger árbitros. Octavio Bueno Magano assim a define:

Define-se, portanto, a arbitragem como decisão de um conflito levada a efeito por pessoa ou pessoas escolhidas pelas partes nele envolvidas. Dois são os elementos nucleares dessa definição: o caráter privado do juízo arbitral e a natureza voluntária do instituto. Dando-se prevalência ao primeiro elemento, pode-se caracterizar a arbitragem como justiça privada, em contraposição à justiça pública. Dando-se preeminência ao segundo, há de se dizer que a arbitragem constitui procedimento de autocomposição, contraposto ao procedimento de autodefesa e de tutela.¹⁴³

Assim, uma terceira pessoa escolhida pelas partes decide o conflito por meio de um laudo arbitral e impõe sua decisão:

A questão é decidida não por um juiz, mas por uma pessoa ou órgão não investido de poderes jurisdicionais.

¹⁴² MENDONÇA, Guilherme de Moraes. In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.55.

¹⁴³ **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993, p.219.

Um terceiro suprapartes decide. Logo, a solução não é autocomposta. É imposta segundo a decisão do árbitro, que tem muito de uma sentença judicial embora não o seja. Difere da decisão judicial pelos fundamentos do laudo arbitral que não são obrigatoriamente jurídicos e podem ser de outra natureza, como os fundamentos de bom-senso ou conveniência no caso concreto. O árbitro não é investido do poder jurisdicional porque a sua autoridade para decidir é atribuída pela vontade dos particulares cujos interesses são apreciados.¹⁴⁴

No Brasil, a arbitragem é pouco utilizada. Uma vez infrutífera a negociação coletiva, as partes, em um processo coletivo, procuram diretamente a solução jurisdicional, não havendo estatísticas de arbitragens¹⁴⁵. A doutrina aponta como uma dificuldade para implantá-la nas causas trabalhistas o fato de existirem diversos direitos trabalhistas indisponíveis, o que impede a aplicação da arbitragem, já que esta só soluciona direito patrimonial. Todavia, esse obstáculo não atinge o âmbito coletivo, conforme expressa previsão constitucional (art. 114, §1º).

4.2.6 Solução jurisdicional

A solução jurisdicional é a atividade exercida pelo Estado, que substituiu a vontade das partes ditando uma decisão que irá solucionar o conflito, conforme esclarece Octavio Bueno Magano:

Jurisdição é função do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para imparcialmente, solucioná-lo, atuando a vontade do objetivo.

Surgindo o conflito, o Estado ao invés de deixar que as próprias partes o componham, ou através da autodefesa, ou mediante os mecanismos de autocomposição, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, substituem-se às mesmas partes, impondo-lhes solução em conformidade com o direito objetivo.¹⁴⁶

Entende Pedro Paulo Teixeira Manus que:

Não logrando solucionar o problema via arbitragem facultativa, prevê o art. 114, parágrafo 2, da Constituição Federal a solução do conflito pela arbitragem compulsória, cuja competência material é da Justiça do Trabalho e cujo instrumento normativo é o processo judicial de dissídio coletivo. O

¹⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito processual do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

¹⁴⁵ Neste sentido: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito processual do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.56.

¹⁴⁶ **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993, p. 226.

dissídio coletivo, em síntese, é a solução judicial do conflito coletivo de trabalho e só é possível sua existência quando as partes não obtiveram êxito nas tratativas de uma negociação direta. Portanto, o dissídio coletivo é fruto de uma negociação direta frustrada, sendo a exteriorização da chamada heterocomposição.¹⁴⁷

¹⁴⁷ **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho.** São Paulo: Malheiros, 1996, p.116.

5 A DISPENSA COLETIVA NA VISÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

5. 1. Normatização da Dispensa Coletiva na OIT

Neste capítulo estudaremos a normatização da dispensa coletiva na OIT, através de suas recomendações e convenções que fixam a necessidade de justificação da dispensa, e seu acompanhamento através de representante dos trabalhadores, que promove a ampla negociação coletiva para minimizar seus efeitos negativos.

Para Amauri Mascaro Nascimento, “o problema da dispensa do empregado, pelas dimensões de que se reveste, adquiriu nível internacional, passando a figurar nos estudos desenvolvidos pela OIT, quer nas suas Reuniões Plenárias, quer nas suas Comissões de Peritos.”¹⁴⁸

A OIT, ao longo de sua trajetória, trouxe inúmeros dispositivos relacionados aos temas proteção do trabalho, segurança e tranquilidade econômica, conforme disposto na Declaração de Filadélfia, em 1944, cujos documentos são considerados fundadores dos princípios da OIT.

Contudo, a primeira norma da OIT a dispor sobre as dispensas coletivas foi a Recomendação 119, em 1963, que culminou na Convenção 158, regulamentada, por sua vez, pela Recomendação 166.

A Recomendação 119 trouxe a consciência da necessidade de proteger legalmente a dispensa, como forma de prevenir os efeitos da redução de trabalhadores, e

De acordo com pesquisa da Comissão de Peritos da OIT, após a adoção da Recomendação n. 119, 45 países a adotaram expressamente em suas legislações ou convenções coletivas de trabalho, outros 12 países

¹⁴⁸ **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1167.

promoveram medidas contra dispensas abusivas ou injustificadas, dados que revelam a tendência do direito internacional e comparado no sentido de dar à ruptura do contrato de trabalho por ato do empregador uma nova disciplina jurídica.¹⁴⁹

A matéria de cessão do contrato de trabalho ganhou o alicerce do princípio da justificação e alterou a legislação de diversos países que optaram pela nova disciplina disposta na Convenção 119, como forma de proteger o mercado de trabalho. Arion Sayão Romita sintetiza:

A evolução do instituto da dispensa mostra que, da fase do liberalismo e do individualismo jurídico (em que inexistia qualquer limitação ou arbítrio patronal) passa-se, por estágios intermediários, à moderna concepção da dispensa justificada, ou dispensa sob controle.¹⁵⁰

A Recomendação 119¹⁵¹ já ditava, em 1963, a necessidade da demissão motivada, informando que não deveria proceder-se à rescisão da relação de trabalho a menos que existisse uma causa justificada relacionada à capacidade ou conduta do empregado, ou ainda, com base nas necessidades de funcionamento da empresa¹⁵², pregando ainda o direito de o trabalhador recorrer, caso considerasse injusta a rescisão.¹⁵³

No tocante à redução de trabalhadores, em caso de demissão coletiva, dispunha no inciso 12¹⁵⁴ que todas as partes interessadas deveriam empreender

¹⁴⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1168.

¹⁵⁰ **Proteção contra a despedida arbitrária**. CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.10.

¹⁵¹ RECOMENDAÇÃO 119 da OIT.Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: 7 nov.2012.

¹⁵² Conforme Art. 2 - No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: 7 nov.2012.

¹⁵³ Conforme art. 4. El trabajador que considere haber sido objeto de una terminación injustificada de su relación de trabajo debería, a menos que la cuestión haya sido resuelta de modo satisfactorio mediante los procedimientos que pudieran existir o que puedan establecerse de conformidad con la presente Recomendación en la empresa, establecimiento o servicio, tener derecho, dentro de un plazo razonable, a recurrir contra su terminación, asistido, si así lo desea, por una persona que lo represente, ante un organismo instituido en virtud de un contrato colectivo o ante un organismo neutral, tal como un tribunal, un árbitro, una junta de arbitraje u otro organismo análogo. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: 7 nov.2012.

¹⁵⁴ Conforme art.12. Todas las partes interesadas deberían emprender una acción positiva para prevenir o limitar en todo lo posible las reducciones de personal mediante la adopción de disposiciones apropiadas, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio.

Art. 13.

(1) Cuando se prevea que va a efectuarse una reducción de personal debería procederse lo antes posible a la consulta previa con los representantes de los trabajadores sobre todas las cuestiones apropiadas.

ações positivas para prevenir ou limitar as possibilidades de redução, promover consultas com os representantes dos trabalhadores, para atenuar as consequências da redução de pessoal, dispondo no ítem III sobre a necessidade de notificar as autoridades públicas competentes antes de proceder à redução de trabalhadores¹⁵⁵.

Assim, a Recomendação 119 da OIT, em 1963, no processo de demissão coletiva já determinava a necessidade geral de justificação, informação e consulta aos representantes dos trabalhadores, além de notificar as autoridades públicas competentes.

Em seguida, substituindo a Recomendação 119, de 1963, veio a Recomendação 166¹⁵⁶, proposta junto a Convenção 158, em 22.06.1982, com o objetivo de disciplinar normas sobre a terminação individual, regular procedimentos prévios, assegurar as possibilidades de recurso aos trabalhadores, e outras medidas, e dispor sobre a terminação da relação por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

O objetivo da Recomendação 166 é atenuar as consequências adversas da terminação da relação de trabalho e determinar que a autoridade competente deverá ajudar as partes a solucionar os problemas¹⁵⁷, demonstrando a necessidade

(2) Las cuestiones que deberían ser objeto de consulta podrían comprender el modo de prevenir los efectos de una reducción de personal, la disminución de las horas extraordinarias, la formación y la readaptación de los trabajadores, las transferencias entre servicios, el escalonamiento de las medidas de reducción durante determinado período, la atenuación al mínimo de las consecuencias de esta reducción para los trabajadores interesados y la selección de los trabajadores que hubieran de ser objeto de la reducción.

(3) Cuando se proceda a dicha consulta, las dos partes deberían tener presente que puede haber autoridades públicas que podrían ayudarlas al efecto.

¹⁵⁵ Conforme art. 14. Si la proyectada reducción de personal es de tal amplitud que puede tener importantes repercusiones en la situación de la mano de obra de una región o de una rama de actividad económica determinada, el empleador debería notificarlo a las autoridades públicas competentes antes de proceder a tal reducción.

¹⁵⁶ RECOMENDAÇÃO 166 da OIT. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: 7 nov. 2012.

¹⁵⁷ Conforme art. 19.

(1) Todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores interesados.

(2) Cuando proceda, la autoridad competente debería ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen las terminaciones previstas.

de consultas aos representantes dos trabalhadores com o objetivo de firmar um acordo, para atenuar os efeitos prejudiciais da dispensa coletiva¹⁵⁸.

A Recomendação apresenta uma série de medidas para evitar ao máximo as rescisões, como, por exemplo, a restrição de contratações, a diminuição natural de pessoas durante certo período, as transferências internas, a formação de cadastro dos trabalhadores, a demissão antecipada voluntária, a diminuição de horas extras, a redução da jornada de trabalho¹⁵⁹, além de fixar critérios de seleção, de prioridade para a readmissão aos empregados demitidos e uma série de outras medidas para atenuar os efeitos da dispensa a serem tomadas pela autoridade competente, com possível colaboração do empregador e os representantes dos empregados.

Assim, a Recomendação 166 cria os procedimentos para a dispensa coletiva, disciplina o diálogo entre as partes com a representação dos trabalhadores e incentivado pela autoridade competente, dispõe sobre o período de consulta e de negociação, tudo para minimizar ou atenuar os efeitos da dispensa coletiva.

Sintetizando, atualmente a OIT trata da dispensa de empregados diretamente na Convenção 158, ratificada e posteriormente denunciada pelo Brasil, complementada pela Recomendação 166 que revogou a Recomendação 119. Sobre o tema 'dispensa coletiva', por envolver aspectos de sindicalização e de negociação coletiva, há ainda as seguintes convenções¹⁶⁰:

¹⁵⁸ Conforme art. 20.

(1) El empleador que prevea la introducción en la producción, el programa, la organización, la estructura o la tecnología de cambios importantes susceptibles de provocar terminaciones debería consultar lo antes posible a los representantes de los trabajadores interesados, entre otras cosas, sobre la introducción de tales cambios, sus posibles repercusiones y las medidas para prevenir o atenuar sus efectos perjudiciales.

¹⁵⁹ Conforme art. 21 - Entre las medidas que deberían considerarse con miras a evitar o limitar al máximo las terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos podrían figurar la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo.

¹⁶⁰ O estudo destas convenções foi feito pelo site da OIT no Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

Convenção nº 11 – dispõe sobre direitos de associação e de união dos trabalhadores agrícolas

Convenção nº 87 – não ratificada pelo Brasil, dispõe sobre a liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização, determinando medidas necessárias para garantir aos trabalhadores e aos empregadores o livre exercício do direito de sindicalização, afastando a ingerência do Estado.

Convenção nº 98 – disciplina o direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva

Convenção nº 135 – trata da proteção dos representantes dos trabalhadores

Convenção nº 141 – disciplina a organização de trabalhadores rurais e sua função no desenvolvimento econômico e social

Convenção nº 151 – trata do direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública, e tem o objetivo fomentar e defender os interesses dos empregados públicos, com a proteção de sua organização.

Convenção nº 154 – fomenta a negociação coletiva.

Sobre estas convenções que asseguram os direitos relacionados à sindicalização e à negociação, Mauricio Godinho Delgado observa:

A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por conseqüência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).

As citadas convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, contêm garantias democráticas à atuação sindical, que ressaltam a importância do ser coletivo obreiro no âmbito internacional, nacional e local, e devem ser observadas na aplicação do Direito do Trabalho, enquanto instrumento de elevação das condições de pactuação da força do trabalho no universo social, suplementando a ordem jurídica interna juslaboral.¹⁶¹

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RO-173-02.2011.5.15.0000, Relator Mauricio Godinho Delgado. Julgamento 13/08/2012. Publicação: DEJT 31/08/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroForm>>

A Convenção 98 foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº49, de 27.8.1952, e publicada pelo Decreto 42.288, de 19.9.1957; seu texto disciplina o direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, estabelecendo que o Estado deve direcionar “meios de negociação voluntária”, conforme seu art. 4º:

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.

A Convenção 154 também atua no sentido da Convenção 98, determinando, em seu art. 5º, que “deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva” e que seja “estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores”.

Verifica-se que em toda a normatização da OIT é fixado grande estímulo à prática da negociação, principalmente no tocante à dispensa coletiva, como forma de garantir o equilíbrio e assegurar as condições dignas de trabalho, conforme reforça Enoque Ribeiro dos Santos:

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT tem sempre sustentado que o direito de negociação coletiva das organizações de empregadores e de trabalhadores, com referência às condições de trabalho, é um elemento essencial da liberdade sindical, e que os sindicatos deveriam ter direito – mediante a negociação coletiva ou por outros meios lícitos – de melhorar as condições de vida e de trabalho daqueles que representam. Além disso, o Comitê considera que as autoridades públicas deveriam abster-se de intervir de qualquer forma que possa cercear esse direito ou dificultar seu legítimo exercício.¹⁶²

atado=RO%20-%20173-02.2011.5.15.0000&base=acordao&numProclnt=185294&anoProclnt=2011&dataPublicacao=31/08/2012%2007:00:00&query>. Acesso em: 9 out. 2012.

¹⁶² In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.64.

5.2 Convenção 158

A Convenção 158 da OIT¹⁶³ foi aprovada em 22.06.1982, na 67ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, complementada pela Recomendação 166 que substituiu a Recomendação 119, de 1963.

A Convenção foi aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 68 de 17.09.92, mas somente ratificada perante a OIT em 05.01.1995. Entrou em vigor pelo Decreto nº 1.855/96, em 11.04.96, e foi denunciada em 20.11.1996, pelo Decreto nº2100/1996, vigorando internamente apenas entre abril e novembro de 1996.

A denúncia da Convenção 158 enseja diversos posicionamentos acerca da sua constitucionalidade, é questionada, inclusive, perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625, que ainda está tramitando¹⁶⁴. Todavia, não aprofundaremos as condições de validade ou não da denúncia, visto que o assunto se afasta do objeto deste capítulo, que é mostrar as diretrizes e os principais dispositivos da Convenção 158.

Conforme nos adverte Amauri Mascaro Nascimento,

As diretrizes fixadas pela Convenção n. 158 representam os princípios que o direito do trabalho moderno, diversamente das suas posições anteriores, vem defendendo. Penetraram no direito interno de diversos países, como demonstra a própria aprovação da Convenção, que contou com a maioria dos votos dos países membros da OIT, embora não contando com o apoio de outros países cuja legislação em alguns pontos não se compatibiliza com esses princípios, como é o caso do Brasil.¹⁶⁵

A Convenção 158 tem alguns dispositivos autoaplicáveis e remete outros dispositivos à regulamentação em legislação nacional. Observaremos os principais

¹⁶³ CONVENÇÃO 158. OIT Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

¹⁶⁴ A ADI 1625 está com julgamento suspenso a pedido de vista dos autos pela Ministra Ellen Gracie desde 06.08.2009, conforme disposto no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jan. 2013.

¹⁶⁵ **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1169.

aspectos da Convenção 158, entre eles, a justificação do término da relação de trabalho, a obrigatoriedade do contraditório, a possibilidade de recursos prevendo a reintegração ou a indenização, todos em conformidade com a legislação nacional.

Na parte III, a Convenção disciplina sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, cujos principais aspectos são a obrigatória informação e a consulta aos representantes dos trabalhadores, a negociação e a notificação à autoridade competente.

O principal objetivo da Convenção 158 é impedir a dispensa injustificada, criando a obrigatoriedade de justificação do término da relação de trabalho. De acordo com o art. 4º, as demissões só podem ocorrer por três motivos: relacionados à capacidade do trabalhador; ao comportamento do trabalhador; e às necessidades de funcionamento da empresa. Conforme observamos:

Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Assim, os motivos justificadores da rescisão podem ser subjetivos (quando relacionados ao trabalhador, à sua capacidade ou ao seu comportamento) ou objetivos da empresa (de acordo com as necessidades de funcionamento), portanto desvinculados da figura do trabalhador.

Sobre a necessidade de justificação disposta na Convenção 158, Pedro Paulo Teixeira Manus assevera:

Essa tendência constitui o motivo determinante da edição da Convenção n. 158, que consagra a ideia de que a despedida deve ter sempre um motivo que a justifique, imputando ao trabalhador, ou ao funcionamento da empresa. Daí o texto do art. 7º, I, da Constituição, como já mencionamos. O legislador constitucional, acompanhando a tendência internacional, diferencia despedida arbitrária de despedida sem justa causa, prevendo, dentre outros direitos, a indenização, preocupado com a motivação da

dispensa, que segundo a Comissão de Peritos da O.I.T passa a ser “o centro jurídico das análises e decisões dos tribunais.”¹⁶⁶

Nos art.s 5º e 6º estão os motivos que não autorizam a justificação para o término da relação de trabalho, a saber: a filiação ou a participação em atividades sindicais; a candidatura para representar os trabalhadores; apresentar ou participar de reclamação contra um empregador; motivos relacionados à raça, cor, sexo, estado civil, às responsabilidades familiares, gravidez, religião, opiniões políticas, ascendência nacional ou origem social; a ausência ao trabalho durante a licença-maternidade; a ausência por motivo de doença ou lesão.

No art. 7º a Convenção evidencia a necessidade de implantação do contraditório ao trabalhador, antes do empregador dispensá-lo por motivos subjetivos, relacionados ao seu comportamento ou ao desempenho.

A Convenção cria a possibilidade de o trabalhador recorrer se considerar injustificado o término de sua relação de trabalho (art. 8), e a decisão do órgão julgador – ao concluir que o término da relação de trabalho é injustificado – pode gerar reintegração, indenização ou outra forma de reparação, conforme depreendemos do art. 10:

Art. 10 - Se os organismos mencionados no art. 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

De acordo com o art. 10, a Convenção 158 não obriga a reintegração na decisão que reconheça a demissão injustificada; informa claramente que, se em virtude da legislação e prática nacionais, o órgão julgador não estiver habilitado ou não considerar possível a reintegração, ele terá a faculdade de ordenar o pagamento

¹⁶⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.69.

de uma indenização adequada ou uma outra reparação. Sobre os reflexos da Convenção 158, José Francisco Siqueira Neto explica:

O objetivo da Convenção é limitar o poder de demitir do empregador. Para tanto, estatui que o empregador terá que justificar as despedidas. Observe-se que a Convenção não cria a estabilidade, mas sim, limita o poder do empregador de desconstituir livremente as relações de trabalho de sua alçada. Esta premissa (limitação objetiva), inexoravelmente, deriva em regras de controle de aplicabilidade das restrições impostas.¹⁶⁷

Neste sentido informa também Nelson Mannrich:

Portanto, a convenção delegou ao legislador, nos sistemas legislados, ou à negociação coletiva, nos sistemas negociados, determinar uma das seguintes medidas:

- a) Retorno do empregado (reintegração ou readmissão);
- b) Indenização adequada;
- c) Outra reparação apropriada.¹⁶⁸

Assim, se a reintegração não for possível em virtude da legislação e das práticas nacionais, será possível arbitrar uma indenização adequada ou uma outra reparação. A doutrina aponta que a Convenção 158 apenas limita o empregador e informa que :

Ao contrário do que muito se propala, a Convenção 158 da OIT não inviabiliza as demissões. Apenas, atuando no sentido da correta tendência contemporânea de limitar os abusos das despedidas e tratar as relações de trabalho efetivamente como uma questão socialmente relevante, estabelece procedimentos para coibir as despedidas sem qualquer tipo de justificativa na capacidade e conduta do trabalhador e em necessidades reais de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou dos serviços. É forçoso reconhecer que o recorte das hipóteses possíveis de despedidas é amplíssimo. A grande novidade da Convenção é que ela força o relacionamento dos atores sociais, obriga a comprovação das motivações das despedidas e dentro do possível, controla um pouco as despedidas coletivas. É certo também que a Convenção estabelece a indenização compensatória, destruindo por conseguinte a estabilidade, porém, se o legislador nacional conseguir estabelecer um montante indenizatório inibidor de fraudes, o objetivo primordial da Convenção será alcançado.¹⁶⁹

¹⁶⁷ In DUARTE, Bento Herculano. (Coord. vários autores) **Manual de direito do trabalho – estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros**. São Paulo: LTr, 1998, p.482.

¹⁶⁸ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000, p.213.

¹⁶⁹ SIQUEIRA NETO, José Francisco. In DUARTE, Bento Herculano. (Coord. vários autores). **Manual de direito do trabalho – estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros**. São Paulo: LTr, 1998, p. 484.

A Convenção 158, em sua parte III, disciplina as disposições sobre o término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Determina obrigatoriamente um período de informação e consulta aos representantes dos trabalhadores, a notificação à autoridade competente, a transparência das informações (exposição dos motivos da rescisão), o número e as categorias dos trabalhadores que poderão ser afetados e o período no qual vão ser encerrados esses contratos de trabalho.

Durante as consultas, a Convenção estabelece o diálogo entre as partes, dispõe sobre a oportunidade dada aos representantes dos trabalhadores para realizarem consultas sobre as medidas que serão adotadas para evitar ou limitar os termos e atenuar as consequências adversas aos trabalhadores afetados, conforme a alínea “b”, 1, do art. 13.

É remetido à legislação nacional estabelecer a autoridade competente, o prazo e outros regramentos específicos. Nas demissões coletivas, conforme observa José Francisco Siqueira Neto,

A Convenção cuidou de assegurar a participação dos representantes dos trabalhadores e das autoridades competentes, no sentido de não apenas constatarem a inevitabilidade dos fatos, mas sim de atuarem concreta e objetivamente no sentido de, inclusive, reverter o processo de despedida.¹⁷⁰

Em nossa opinião, a Convenção 158 não supre uma legislação nacional sobre dispensa, pois há necessidade de fixar, por ex. procedimentos internos, prazos, por isso a necessidade de regulamentar o art. 7º, I, da CF. Contudo, apresenta importantes instrumentos que reforçam a segurança na relação de trabalho, através de rescisões justificadas, apresentando dispositivos sobre a dispensa coletiva como a obrigatoriedade de informação e de consulta aos representantes dos trabalhadores e à autoridade competente, determinando o diálogo como forma de evitar ou limitar as dispensas.

¹⁷⁰ In DUARTE, Bento Herculano. (Coord. vários autores) **Manual de direito do trabalho – estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros**. São Paulo: LTr, 1998, p.483.

6 A DISPENSA COLETIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

6.1 Diretivas da União Europeia

A diretriz deste capítulo é apresentar legislações que disciplinem a dispensas coletivas, demonstrando formas de prevenção ou atenuando os seus impactos.

Conforme vimos em capítulo anterior, a primeira norma internacional a dispor sobre a dispensa coletiva foi a Recomendação 119 da OIT, em 1963; posteriormente, diversos países adotaram em suas legislações a proteção contra a dispensa coletiva ou algumas medidas que minimizassem os seus efeitos, demonstrando a tendência mundial em proteger a relação de emprego.

A Comunidade Europeia também se preocupou com a dispensa coletiva, nos anos de 1970, e em 1975 adotou a Diretiva 75/129 CEE, que foi revista pela Diretiva 92/56 CEE. Atualmente está em vigor a Diretiva 98/59 CE.

A escolha pelas Diretivas da União Europeia foi demonstrar a preocupação mundial a respeito do tema, já que a União abarca 27 países membros e tem tantos outros a caminho de sua adesão. As diretivas são as condições mínimas que os Estados-membros devem observar para transpor o seu conteúdo para o direito interno.

Na União Europeia existe um conjunto de diretivas que disciplinam as questões relativas ao trabalho, com fundamento no art. 153º (ex-art. 137º TCE) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁷¹. Elas dispõem que a União irá apoiar e completar a ação dos Estados-membros a fim de proteger a saúde e a

¹⁷¹ Versão em português disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF>>. Acesso em 6 nov. 2012.

segurança dos trabalhadores, melhoria das condições de trabalho; e a proteção dos trabalhadores em caso de rescisão do contrato de trabalho, entre outros objetivos.

O art. 5º da Diretiva 98/59, que também será estudada, explica o disposto:

A presente directiva não prejudica a faculdade que os Estados-membros têm de aplicar ou de introduzir disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores ou de permitir ou promover a aplicação de disposições convencionais mais favoráveis aos trabalhadores.¹⁷²

Sobre o tema dispensa coletiva, a Comunidade Europeia regulou primeiramente a Diretiva Comunitária n. 75/129, cuja preocupação era motivada pela “diversidade de leis sobre a matéria e a ausência de um procedimento comum” que “poderia afetar gravemente o mercado comum europeu e, principalmente, a concorrência entre os grupos industriais, ocasionando desequilíbrio nas relações entre os Estados-membros”¹⁷³.

Após a Diretiva 75/129 CEE, o tema foi regulado pela Diretiva 92/56 CEE. Atualmente vigora na Comunidade Europeia apenas a Diretiva 98/59/CE, promulgada em 20.07.1998, que revogou as anteriores, e dispõe sobre a aproximação das legislações dos Estados-membros no que diz respeito aos despedimentos coletivos.

As atuais preocupações da Comunidade Europeia são a transparência de dados e o diálogo social como formas de atenuar os efeitos negativos em caso de ameaça ao emprego. Assim promulgou a Diretiva 2002/14/CE¹⁷⁴, em 11. 03. 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta na Comunidade Europeia, centrada nas noções de "antecipação", "prevenção" e "empregabilidade".

¹⁷² Versão em português: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF>>. Acesso em 6 nov. 2012.

¹⁷³ MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 220.

¹⁷⁴ Diretiva 2002/14/CE de 11.03.2002. Publicada no Jornal Oficial nº L 080 de 23/03/2002 p. 0029 – 0034. Versão em português, no site de Direito da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0014:PT:HTML>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

A Diretiva 2002/14/CE estabeleceu, entre outros objetivos, implementar “ações que visem reforçar a sua empregabilidade” promovendo “o envolvimento dos trabalhadores no funcionamento e no futuro da empresa e melhorar a competitividade desta”¹⁷⁵.

Diante deste quadro a Diretiva fixou a necessidade de “promover e reforçar a informação e a consulta sobre a situação e a evolução provável do emprego na empresa, bem como, caso a avaliação feita pelo empregador aponte para uma possível ameaça ao emprego na empresa, as eventuais medidas de antecipação previstas” tudo para “evitar esses efeitos negativos ou atenuar as suas consequências e reforçar a empregabilidade e adaptabilidade dos trabalhadores susceptíveis de ser afectados.”¹⁷⁶

A União Europeia protege e determina o dever de informação e transparência, por meio da Diretiva 2002/14/CE, ao dispor que,

A informação e a consulta em tempo útil constituem uma condição prévia para o êxito dos processos de reestruturação e adaptação das empresas às novas condições resultantes da globalização da economia, nomeadamente através do desenvolvimento de novas formas de organização do trabalho.¹⁷⁷

6.1.1 Diretiva nº 98/59/CE

A Diretiva 98/59/CE foi promulgada em 20. 07.1998 e revogou as Diretivas nº 75/129/CEE e nº 92/56/CEE, dispondo sobre a aproximação das legislações dos Estados-membros no que dizem respeito aos despedimentos coletivos.

Nas considerações da Diretiva, as preocupações que motivaram a proteção dos trabalhadores na dispensa coletiva foi restabelecer o fortalecimento do

¹⁷⁵ Item 7 das considerações da Diretiva 2002/14/CE

¹⁷⁶ Item 8 das considerações da Diretiva 2002/14/CE.

¹⁷⁷ Item 9 das considerações da Diretiva 2002/14/CE.

desenvolvimento econômico e social equilibrado e atenuar as consequências dos despedimentos coletivos.

A Diretiva 98/59 CE conceitua a dispensa coletiva em seu art. 1º e a define por meio dos critérios objetivo, quantitativo e temporal, conforme observamos:

1. Para efeitos da aplicação da presente directiva:

a) Entende-se por «despedimentos colectivos» os despedimentos efectuados por um empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores, quando o número de despedimentos abranger, segundo a escolha efectuada pelos Estados-membros:

i) ou, num período de 30 dias:

- no mínimo 10 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente mais de 20 e menos de 100,

- no mínimo 10% do número dos trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 100 e menos de 300 trabalhadores,

- no mínimo 30 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 300;

ii) ou, num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão;

Pelo critério objetivo, apenas os motivos de ordem objetiva da empresa fundamentam a dispensa coletiva; ficam excluídos os de ordem pessoal inerentes ao trabalhador. Esse critério objetivo era fixado pelas diretivas anteriores, conforme dispõe Nelson Mannrich:

Ao conceituar a dispensa coletiva como aquela determinada por motivo não inerente à pessoa do trabalhador, a Diretiva excluiu de seu âmbito de aplicação as dispensas efetuadas por condutas imputáveis ao empregado. O motivo deve ser objetivo, decorrente de causas econômicas ou estruturais.¹⁷⁸

O critério quantitativo fixa parâmetros numéricos e percentuais para enquadrar uma dispensa como coletiva. Disciplina que assim pode ser considerada dispensa coletiva aquela que atingir, no mínimo, a dispensa de 10 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente entre 20 e 100; ou a dispensa de, no mínimo, 10% do número dos trabalhadores, naqueles que empreguem habitualmente entre 100 e 300 pessoas; ou a dispensa de, pelo menos, 30 trabalhadores, nos locais que empreguem a partir de 300 pessoas.

¹⁷⁸ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.220.

Pelo critério temporal, as rescisões dos contratos individuais de trabalho devem ocorrer de forma simultânea, em, até 30 dias, na quantidade de demissões acima disposta, ou em um período de até 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados.

No art. 2º está disposto a regra para a condução do processo demissional, inaugurando o procedimento coletivo com um período de consulta, informações e comunicações aos representantes dos trabalhadores e à autoridade competente.

Os representantes dos trabalhadores devem ser consultados sobre a dispensa coletiva, em tempo útil, com o objetivo de chegar a um acordo para evitar ou reduzir os despedimentos coletivos, bem como sobre os meios e possibilidades de atenuar as suas consequências, recorrendo a medidas sociais para auxiliar a reintegração ou a reconversão dos trabalhadores despedidos.

Neste período de consultas, o empregador deve fornecer aos representantes dos trabalhadores, em tempo útil, as informações necessárias, sempre por escrito, sobre os motivos da demissão, o número e as categorias dos trabalhadores a despedir, a quantidade e as categorias dos trabalhadores habitualmente empregados, o período durante o qual serão efetuados os despedimentos, os critérios utilizados para selecionar os trabalhadores a despedir, na medida em que as leis ou as práticas nacionais dão essa competência ao empregador. Deve, ainda, informar o método previsto para o cálculo de qualquer eventual indenização de despedimento que não decorra das leis ou das práticas nacionais.

O empregador deve notificar a autoridade competente sobre a intenção de despedimento coletivo e remeter a cópia do processo demissional à autoridade pública e ao sindicato, conforme art. 2º (item 3) e art. 3º.

Sobre os prazos, informa o art. 3º que qualquer decisão de demissão coletiva não produzirá efeitos antes de decorridos 30 dias após as notificações; contudo, ressalva a possibilidade dos Estados-membros reduzirem este prazo.

Estas medidas não são aplicáveis em caso de despedimentos coletivos resultantes da cessação das atividades de um estabelecimento, quando esta resultar de uma decisão judicial.

Por fim, a Diretiva determina (art. 5º) que estas são as disposições mínimas a serem observadas e que os Estados-membros devem prever procedimentos administrativos e judiciais para fazer cumprir as obrigações instituídas pela Diretiva (art.6º).

Conforme vimos, o objetivo da Diretiva 98/59 é proteger a relação de trabalho e fixar parâmetros para que a dispensa coletiva seja realizada de forma menos lesiva, em um ambiente de consulta, informações e acompanhamento dos representantes dos trabalhadores e do governo.

Constatamos que as diretivas da União Europeia atuais vão além de disciplinar a dispensa coletiva; estão no sentido de proteger o emprego e a empregabilidade e se pautam pela transparência de dados e pelo diálogo social, conforme determina a Diretiva 2002/14/CE, movida pelas noções de "antecipação", "prevenção" e "empregabilidade".

A transparência de dados e o diálogo social servem, por exemplo, para obrigar o empregador que vive uma crise com possível ameaça ao emprego, a procurar o governo e os representantes dos trabalhadores, para juntos tomarem medidas de antecipação e prevenção que evitem ou atenuem os efeitos da crise, além de reforçar a empregabilidade e a adaptabilidade dos trabalhadores que serão afetados.

A partir dessas noções, a União Europeia vem exigindo a informação e a consulta em tempo útil, como condições prévias para evitar grandes crises e proteger não mais apenas o trabalhador, mas acima de tudo, a empregabilidade.

6.2 Portugal

Portugal foi o país escolhido para estudarmos nesta dissertação por guardar uma relação histórica com o Brasil e, principalmente, por apresentar um dos sistemas mais protetores em matéria de cessação do contrato de trabalho, sob o manto do princípio da segurança no emprego.

O país acolheu a Convenção 158 da OIT, a Diretiva 98/56/CE e a Diretiva 2002/14/CE, e dispõe na Constituição da República, como marco diferenciador, a regra geral de garantia “segurança no emprego”, conforme o art. 53º:

Art. 53.º (Segurança no emprego) É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.¹⁷⁹

Com efeito, o art. 53º é o vetor que orienta todas as dispensas, conforme observamos no texto:

O preceito constitucional em análise orienta toda a matéria da cessação do contrato de trabalho, tendo em vista a protecção do trabalhador e visando garantir-lhe uma perspectiva de segurança, de modo a reduzir ao mínimo ou a tornar infrequentes a situação de desemprego e as suas dramáticas consequências.

Para tal, a CRP optou pelo chamado sistema do despedimento causal, justificado ou motivado, ou seja, rejeitou o sistema de despedimentos imotivados ou *ad nutum*, ou até mesmo, despedimentos com base em mera conveniência da empresa.¹⁸⁰

¹⁷⁹ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 2 abril 1976 (revista em 2005). Portal da Assembleia da República de Portugal. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁸⁰ MELO, Joana de Medeiros. **Despedimento por facto imputável ao trabalhador: situações típicas de justa causa**. Dissertação realizada no âmbito do 2º Ciclo. Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico-Empresariais, sob a orientação do Professor Doutor José João Abrantes. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Portugal. Fev.2011. Disponível em:< http://run.unl.pt/bitstream/10362/6900/1/Melo_2011.PDF> Acesso em: 17 set. 2012.

Mas Portugal não foi sempre assim, como informa Arion Sayão Romita:

O regime jurídico do contrato individual de trabalho (Decreto Lei n. 49.408, de 24-11-1969), conhecido pela sigla LCT (Lei do contrato de trabalho), permitia a denúncia unilateral do contrato sem prazo, mediante aviso prévio e pagamento de uma indenização tarifária (art.107).¹⁸¹

As transformações em Portugal foram condicionadas pela economia, tecnologia e influenciadas por seu ingresso na Comunidade Europeia, como analisa Nelson Mannrich:

Em Portugal, a evolução legislativa mostra-se coerente com a história do século XX, apresentando uma gradativa e crescente preocupação com a garantia dos trabalhadores no emprego, atualmente questionada em face da diminuição da oferta de trabalho em escala mundial.

(...)

A reforma da legislação começou após a Revolução dos Cravos (1974) e, em poucos anos, o ordenamento português tornou-se o mais rigoroso do mundo em matéria de proteção contra dispensa. Intensificou-se o movimento no sentido de limitar o direito de denúncia patronal, reforçar as indenizações e acabar com o despedimento imotivado, até então vigente.¹⁸²

Em Portugal, segundo o art. 340º do CT, o contrato de trabalho pode cessar por:

- a) Caducidade;
- b) Revogação;
- c) Despedimento por fato imputável ao trabalhador;
- d) Despedimento coletivo;
- e) Despedimento por extinção de posto de trabalho;
- f) Despedimento por inadaptação;
- g) Resolução pelo trabalhador;
- h) Denúncia pelo trabalhador.

Atualmente o regime jurídico da cessação do contrato de trabalho não é tão rígido, mas mantém a proteção ao trabalhador, que pode optar pela reintegração ou indenização, como ressalta Vinicius Franco Duarte:

¹⁸¹ **Proteção contra a despedida arbitrária.** In CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.17.

¹⁸² MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.166-167.

Desse modo, crê-se que a proteção ao posto de trabalho (estabilidade) se mantém no ordenamento jurídico português, já que na prática está acessível ao trabalhador, não devendo a opção pela reintegração ser vista como mitigação da estabilidade, ao contrário, trata-se de ampliação da proteção ao emprego, na medida em que privilegia a vontade do trabalhador.

Vale ainda registrar que a regra de reintegração é flexibilizada em duas hipóteses excepcionais, de acordo com o Código do Trabalho de 2009, a saber: em relação às microempresas e quanto aos trabalhadores que ocupam cargo de administração ou direção. Essa regra não se aplica nos casos de despedida discriminatória, tampouco se o empregador der causa ao motivo relevante.¹⁸³

6.2.1 Do regime jurídico do despedimento coletivo

A dispensa coletiva, além da proteção disposta na Constituição da República de Portugal, através do regime geral de proteção (art. 53), está regrada pelo Código de Trabalho, que acolheu as Diretivas 98/59/CE e 2002/14/CE.

O Código do Trabalho de Portugal, recém-modificado, aprovado pela Lei n.º 7 (12.02.2009), e alterado pelas Leis n.º105 (14.09.2009), n.º53 (14.10.2011) e n.º23 (25.06.2012)¹⁸⁴, disciplina o despedimento coletivo na divisão II, nos artigos 359º a 366ºA, e 383º.

Sobre a compatibilidade entre a Constituição da República e o Código do Trabalho, Nelson Mannrich observa:

Os despedimentos coletivos devem estar relacionados com motivos econômicos certos e determinados. Assim, compatibiliza-se com o art. 53 da Constituição que consagra a segurança no emprego e proíbe dispensas não fundadas em justa causa.

Na verdade, a regra constitucional geral de segurança no emprego somente pode ser sacrificada para salvaguardar um princípio ainda maior: privilegia-se o desligamento de alguns para salvar o emprego da maioria. Outra não é a razão apontada por Antonio Menezes Cordeiro para a admissão de dispensas fundadas em causas objetivas, num sistema que constitucionalmente consagra a segurança. Na interpretação do jurista português, como o risco do empreendimento corre por conta do empregador não lhe seria lícito despedir trabalhadores por razões conjunturais ou para minimizar prejuízos ocasionais; mas o problema põe-se quando se trata de

¹⁸³ **Motivação da dispensa e estabilidade.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2012, p. 69.

¹⁸⁴ Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis Acesso em: 6 nov. 2012.

questões estruturais: estas têm de ser resolvidas, sob pena de pôr em perigo um número muito mais elevado de postos de trabalho.¹⁸⁵

O conceito de despedimento coletivo é oferecido pelo Código de Trabalho Português, que reúne os critérios objetivo, quantitativo e o temporal, conforme o art. 359º¹⁸⁶:

Considera-se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

Em conformidade com o art. 359º do Código do Trabalho, os motivos determinantes para a dispensa coletiva são motivos de mercado, estruturais e tecnológicos.

Motivos de mercado – redução da atividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado;

Motivos estruturais – desequilíbrio econômico-financeiro, mudança de atividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes;

Motivos tecnológicos – alterações nas técnicas ou processos de fabrico, automatização de instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação.

Assim, a dispensa coletiva necessariamente ocorre por motivos ligados à empresa, de ordem objetiva, autorizando apenas as rescisões por motivos não relacionados à pessoa do empregado, fixados ainda os critérios temporais e quantitativo para qualificar a dispensa.

¹⁸⁵ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.179-180.
¹⁸⁶ Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis. Acesso em: 6 nov. 2012.

Em conformidade com o Código do Trabalho, são fases obrigatórias para o regime jurídico do despedimento coletivo as comunicações, as informações, consultas e negociações antes da decisão final.

O procedimento coletivo é inaugurado com as comunicações do empregador aos trabalhadores, sobre a intenção de despedir, por intermédio de representantes ou comissão, e ao ministério responsável pela área laboral (Direção-Geral do Emprego e das Relações de Trabalho do Ministério da Economia e Emprego – DGERT).

O empregador deve comunicar, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais. Na falta destas, o empregador comunica, por escrito, diretamente a cada trabalhador que possa ser afetado pela dispensa coletiva. Os trabalhadores podem designar uma comissão representativa com 3 ou 5 membros, conforme o art. 360º.

É neste período que nasce a possibilidade de constituir uma comissão representativa dos trabalhadores, que os representará na sede da empresa e irá acompanhar o procedimento.

Das comunicações acima devem constar os motivos, o quadro de pessoal discriminado, os critérios dos escolhidos a despedir; o número de trabalhadores, o período de tempo no decurso do qual se pretende efetuar as dispensas; o método para o cálculo de compensação que será concedido genericamente aos trabalhadores.

Logo após as comunicações, começa a fase das informações e negociações, nos cinco dias posteriores à data da comunicação da intenção do despedimento pelo empregador. O objetivo é promover um acordo ou disciplinar os meios para minimizar o número de empregados demitidos. Esta fase é realizada junto à estrutura representativa dos trabalhadores, conforme o art. 361º, CT,

podendo o acordo dispor sobre a suspensão dos contratos de trabalho¹⁸⁷; reduzir períodos normais de trabalho;¹⁸⁸ reconversão ou reclassificação profissional e propor uma reforma antecipada ou uma pré-reforma¹⁸⁹.

O empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores podem fazer-se assistir cada qual por um perito durante as reuniões de negociação.

Deve ser elaborada ata das reuniões de negociação que irá conter a matéria acordada, as posições divergentes das partes e as opiniões, sugestões e propostas de cada uma, tudo no intuito de evidenciar a boa-fé objetiva.

As partes, no decorrer do processo de negociação coletiva, devem respeitar o princípio da boa-fé (art. 489º CT), responder com a máxima brevidade possível às propostas e contrapropostas, observar o protocolo negocial (se existir) e fazer-se representar em reuniões e contatos destinados à prevenção ou resolução de conflitos, além de fornecer claramente os elementos ou informações necessárias.

Celebrado o acordo ou, na falta deste, após 15 dias das comunicações da intenção de despedimento, o empregador deve comunicar a cada trabalhador sobre a decisão de despedimento, mencionando expressamente o motivo e a data de cessação do contrato, indicar o montante, a forma, o momento e o lugar do pagamento da compensação, dos créditos vencidos e dos exigíveis (por efeito da cessação do contrato de trabalho), tudo por escrito e aviso prévio com a

¹⁸⁷ O art. 298º e seguintes do Código de Trabalho Português disciplina medidas de redução ou suspensão temporária das atividades por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afetado gravemente a atividade normal da empresa, dispondo de todo o regramento e consequências, inclusive sobre formação profissional nestes procedimentos. O Código de Trabalho Português está no site da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis. Acesso em: 6 nov. 2012.

¹⁸⁸ Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis. Acesso em: 6 nov. 2012.

¹⁸⁹ Conforme art. 318 do CT: Considera-se pré-reforma a situação de redução ou suspensão da prestação de trabalho, constituída por acordo entre empregador e trabalhador com idade igual ou superior a 55 anos, durante a qual este tem direito a receber do empregador uma prestação pecuniária mensal, denominada de pré-reforma. Disponível no site da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis. Acesso em: 6 nov. 2012.

antecedência mínima de 15 a 75 dias, dependendo dos anos de casa dedicados por cada trabalhador, conforme o art. 363º.

Nesta mesma data, o empregador comunica a estrutura representativa dos trabalhadores e o ministério responsável pela área laboral; para tanto, deve apresentar a ata das reuniões de negociação ou informar sobre a justificação desta falta, as razões que obstaram o acordo e os posicionamentos finais das partes. Além disto, deve constar os dados de cada trabalhador, a medida decidida e a data prevista para a sua aplicação.

O despedimento é acompanhado integralmente pelo DGERT, que participa das negociações visando promover a regularidade da sua instrução substantiva e procedimental, tem a função de fomentar a contratação coletiva¹⁹⁰ e fiscalizar – desde a comunicação da intenção do despedimento à conclusão do processo –, tudo para minimizar os efeitos danosos do despedimento.

No *site* do DGERT é possível acompanhar os processos coletivos, verificar os históricos de demissão coletiva desde 1995, ver as regiões e o porte das empresas mais afetadas, e outras informações, o que demonstra o controle e a eficiência deste departamento, de acordo com o seu aparato legislativo.

O despedimento coletivo será ilícito, de acordo com o art. 383º do Código do Trabalho, se o empregador não observar os procedimentos, não efetuar as comunicações, não oferecer as informações necessárias, não promover as tentativas de negociação, descumprir os prazos de aviso prévio mínimos da dispensa, ou ainda se não colocar à disposição do trabalhador despedido – até o termo do prazo de aviso prévio – a compensação devida e os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho.

¹⁹⁰ Contratação coletiva é a denominação dada à negociação coletiva, em Portugal.

A ilicitude do despedimento coletivo só pode ser declarada por um tribunal judicial e a ação de impugnação deve ser intentada em até seis meses, contados da data da cessação do contrato (art. 388). Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador poderá ser condenado a indenizar os danos patrimoniais e não patrimoniais; e a reintegração. No caso de mera irregularidade fundada em deficiência de procedimento, cabe apenas a indenização, conforme o art. 389; o trabalhador ainda tem o direito de receber as retribuições que deixar de auferir desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que declare a ilicitude do despedimento (art. 390).

O Código de Processo do Trabalho também é aparelhado para as ações de impugnação do despedimento coletivo, reputando-as urgente, conforme o art. 26.º, n.ºs 1 e 2, do CPT (Lei nº 480, de 9.11.1999) ¹⁹¹, conferindo a estas ações uma movimentação processual prioritária e célere, tudo para concretizar o direito material protegido, conforme transcrito:

Art. 26.º

Processos com natureza urgente e oficiosa

1 - As acções de impugnação de despedimento colectivo e aquelas em que esteja em causa o despedimento de representantes sindicais ou de membros de comissão de trabalhadores têm natureza urgente.

Assim, constatamos que o aparato legislativo e administrativo conduz Portugal a ter meios mais eficientes de lidar com a dispensa coletiva, exigindo dos seus partícipes a boa-fé objetiva e a transparência em relação às informações.

¹⁹¹ Disponível em: < <http://www.verbalegis.net/novocodigo.htm> >. Acesso em: 6 nov. 2012.

7 A DISPENSA COLETIVA NA VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

7.1 Casuística e a Atual Premissa do TST

Para concluirmos nosso estudo, antes de apresentarmos as propostas para a procedimentalização, estudaremos as principais decisões sobre a dispensa coletiva no Poder Judiciário brasileiro, entre 2008 e 2009, e seus reflexos no atual posicionamento da jurisprudência.

A ausência de legislação e os interesses sopesados levaram o Poder Judiciário a se posicionar; assim, apresentaremos a primeira premissa fixada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre a dispensa coletiva, e analisaremos um pouco sobre o que aconteceu no Poder Judiciário trabalhista de São Paulo, em Minas Gerais e no Rio de Janeiro.

De tempos em tempos as crises se solidificam, e surgem dispensas coletivas de trabalhadores, principalmente por questões econômicas e financeiras, conforme pondera Amauri Mascaro Nascimento:

Crise econômica é um fenômeno episódico. Paradoxalmente, é episódico, mas convive com o direito do trabalho através dos tempos, de modo intermitente. Tem várias dimensões. Anda de mãos dadas com as variações do sistema econômico mundial, nacional e empresarial e, por consequência, com o problema dos empregos e a necessidade da sua manutenção. Assim, é companheira, por mais que se queria evitá-la, do Direito do Trabalho.¹⁹²

Diante das dispensas coletivas e da completa ausência de regulamentação sobre o tema, só resta aos trabalhadores o uso da greve, e ao Poder Judiciário, a tentativa de restabelecer o caos gerado pelo cenário das dispensas em massa. Arthur Francisco Seixas dos Anjos assim lembra:

Os Juízes Trabalhistas, não raro, em suas decisões, antecipam-se à elaboração das leis, porque em contacto permanente como o próprio movimento da vida social, seguindo, *pari passu*, a evolução dos costumes.

¹⁹² **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1185.

Se inexistem normas legais que protejam o empregado da dispensa arbitrária, cabe ao Judiciário Trabalhista exigir do empregador justificá-las plenamente.¹⁹³

No final de 2008 e no início de 2009, por conta dos reflexos da crise mundial decorrente das quebras de bolsas de valores e das instituições financeiras, houve no Brasil várias demissões em massa, com expressivo número de trabalhadores demitidos. Algumas destas demissões foram questionadas no Poder Judiciário trabalhista. Em função da ausência de legislação, as decisões provocaram divergências de interpretação diante do paradoxo direito potestativo do empregador (liberdade de iniciativa) *versus* a dignidade da pessoa humana do trabalhador e a criação de normas pelo TST, ao fixar algumas premissas regulando a dispensa coletiva. Amauri Mascaro Nascimento avalia o cenário:

Com a crise de 2009 e as dispensas coletivas no Brasil evidenciou-se uma questão que provocou divergências de interpretação. É o problema da obrigatoriedade da negociação prévia antes das dispensas coletivas, sobre o qual dois entendimentos contrapuseram-se nos debates e nas decisões judiciais, um pendendo para a ilegalidade das dispensas coletivas sem a tentativa de negociação prévia, outro pela possibilidade das dispensas sem obrigatoriedade de negociação coletiva prévia com os sindicatos.¹⁹⁴

Apresentemos o ocorrido.

Em 2008, na cidade de São Paulo a empresa Amsted Maxion demitiu 600 funcionários na unidade de Osasco; na ocasião foi instaurado o dissídio coletivo pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas¹⁹⁵ perante o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo/SP), que deu importantes passos no processo de dispensa coletiva ao informar que a dispensa coletiva deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômica, distinguindo a dispensa individual da coletiva e determinando a necessidade de negociação coletiva prévia para minimizar os impactos sociais.

¹⁹³ **Dispensa arbitrária e a teoria do abuso de direito.** In CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.38.

¹⁹⁴ **Curso de direito do trabalho.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1184-1185.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo SDC 20281.2008.000.02.00-1.

O TRT da 2ª Região distinguiu a despedida individual da coletiva informando que a primeira é regida pelo direito individual do trabalho, e a coletiva é regida por princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, dispondo que:

O Direito Coletivo do Trabalho vem vocacionado por normas de ordem pública relativa com regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. Portanto, deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômica, e, ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o sindicato, mediante adoção de critérios objetivos.¹⁹⁶

Por fim, o TRT declarou nula a dispensa em massa, determinando que a empresa observasse o procedimento de negociação coletiva. Segue a ementa do acórdão¹⁹⁷ :

DA DESPEDIDA EM MASSA. NULIDADE. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO. 1. No ordenamento jurídico nacional a despedida individual é regida pelo Direito Individual do Trabalho, e assim, comporta a denúncia vazia, ou seja, a empresa não está obrigada a motivar e justificar a dispensa, basta dispensar, homologar a rescisão e pagar as verbas rescisórias. 2. Quanto à despedida coletiva, é fato coletivo regido por princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, material e processual. 3. O Direito Coletivo do Trabalho vem vocacionado por normas de ordem pública relativa com regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. Portanto, deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômica, e, ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o sindicato, mediante adoção de critérios objetivos. 4. É o que se extrai da interpretação sistemática da Carta Federal e da aplicação das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e dos princípios internacionais constantes de tratados e convenções internacionais, 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. Aplicáveis na solução da lide coletiva os princípios: da solução pacífica das controvérsias, previstos no preâmbulo da Carta Federal; da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e da função social da empresa, encravados nos arts. 1º, III e IV, e 170, caput e inciso III, da CF; da democracia na relação trabalho-capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, conforme previsão dos arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI, e arts. 10 e 11 da CF, bem como previsão nas Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil, ns. 98, 135 e 154. Aplicável ainda o princípio do direito à informação previsto na Recomendação nº 163 da OIT e no art. 5º, XIV, da CF. 5. Nesse passo deve ser declarada nula a dispensa em massa, devendo a empresa observar o

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo SDC 20281.2008.000.02.00-1. Acórdão disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 27 jan. 2012.

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Ementa do acórdão. Processo SDC 20281.2008.000.02.00-1. (TRT 2ª R., SE 2028120080000200-1, AC. SDC 00002/2009-0, j. 22.12.08, Relª Juíza Ivani Contini Bramante, Ltr 73-03/354)

procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: 1º) abertura de Plano de Demissão Voluntária; 2º) remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico; 3º) redução de jornada e de salário; 4º) suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei; 5º) e, por último, mediante negociação, caso inevitável, que a despedida dos remanescentes seja distribuída no tempo, de modo a minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detêm menores encargos familiares.

Esta decisão do TRT da 2ª Região viabilizou um expressivo avanço nas negociações para que as partes envolvidas se conscientizassem sobre o melhor procedimento; em 11.03.2009 foi homologado um acordo entre a empresa e o sindicato dos empregados¹⁹⁸.

Em 2009, no auge da crise mundial, ocorreu o ápice dos grandes processos de demissões coletivas de trabalhadores, envolvendo as empresas Embraer e Usiminas, discutidos pelo Poder Judiciário e pela doutrina.

O processo de dissídio coletivo¹⁹⁹ contra a Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A (Usiminas) e outras, foi promovido pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Siderúrgicas, Metalúrgicas, Mecânicas, de Material Elétrico e de Informática de Ipatinga Mesquita Belo Oriente e Santana do Paraíso (Sindipa), que denunciou ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais) a demissão de mais de 1500 trabalhadores.

O desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, do TRT da 3ª Região, proferiu decisão em caráter liminar assegurando o impedimento das demissões, até que fossem estabelecidos os critérios para a dispensa, mediante negociação com o sindicato profissional, culminando por fim em um acordo entre as partes envolvidas.

¹⁹⁸ Informação constante nos autos do processo SDC 20281.2008.000.02.00-1. Disponível no site do TRT da 2ª Região. Disponível em: < www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 27 jan. 2012.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. Processo DC 00308200900003005. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 27 jan. 2012.

A dispensa coletiva mais discutida por intermédio dos noticiários, pela doutrina e no Poder Judiciário, foi o caso envolvendo a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A (Embraer), que demitiu cerca de 20% de seu efetivo (mais de 4.200 trabalhadores em São José dos Campos-SP), fundamentando a demissão na crise mundial.

O TRT da 15ª Região (Campinas/SP) declarou a demissão abusiva, informou que as demissões coletivas são relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, e assim “não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto socioeconômico do fato”.²⁰⁰

O Tribunal sustentou, ao final, que o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais.

Houve a interposição de recurso ordinário e no TST, o acórdão foi reformado, conforme demonstraremos abaixo:

ACÓRDÃO - RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Dissídio Coletivo. Processo 0030900-12.2009.5.15.0000. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pIdProc=1529039&pDbLink>>. Acesso em: 27 jan. 2012.

pretensões características de uma sociedade contemporânea sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores .

DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite 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). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça a distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. Ministro Relator Mauricio Godinho Delgado. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, em que são Recorrentes EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S.A. - EMBRAER E OUTRA, SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO E OUTROS. PUBLICAÇÃO: DEJT - 04/09/2009.

O importante passo do Tribunal Superior do Trabalho no caso Embraer foi reconhecer que “não há no ordenamento jurídico regramento nenhum acerca da despedida em massa ou coletiva” socorrendo-se “dos princípios gerais de direito, especialmente de direito do trabalho e de direito comparado”, dispondo a importante

premissa: “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.”²⁰¹

Ao analisar a decisão do caso Embraer, Valdete Souto Severo faz prudentes observações:

Importante destacar aspectos positivos da decisão que estamos analisando. A fixação de premissa para casos futuros, embora deva sofrer a crítica de não haver resolvido o problema da dispensa dos mais de quatro mil empregados, trás em si o mérito de determinar uma reavaliação da jurisprudência dominante, que se tem furtado a conferir eficácia social ao inciso I do art. 7º da Constituição. Tem, ainda, o inegável mérito de romper com a jurisprudência dominante, quando fixa a Convenção 158 da OIT, independentemente de sua ratificação, servir como fonte sobre direitos humanos.

A decisão tem importância quando fixa, em sua ementa, que a ordem constitucional democrática brasileira não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas. Com isso, traduz uma visão de ordenamento jurídico como sistema, atenta especialmente à existência de valores que devam contaminar as normas jurídicas²⁰².

Observamos que uma vez fixada esta premissa, serviu como orientação aos processos de dispensa coletiva, assim, em decisões mais recentes (2012), quando, novamente, o TST enfrentou o tema da dispensa coletiva a ratificou:

As dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes.²⁰³

Não há proibição de despedida coletiva, principalmente em casos em que não há mais condições de trabalho na empresa(...). A negociação coletiva entre as partes é essencial para que a dispensa coletiva traga menos

²⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Premissa fixada no Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, em que são recorrentes a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A (Embraer e outra) Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e região e outros. Publicação: DEJT em 04.09.2009. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 30 out.2012.

²⁰² **O dever de motivar o ato de denúncia do contrato de trabalho: condição de possibilidade da verdadeira negociação coletiva.** In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 247-248.

²⁰³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RO-173-02.2011.5.15.0000. Relator Mauricio Godinho Delgado. Julgamento em 13.08.2012. Publicação: DEJT em 31. 08. 2012. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2012.

impacto social, atendendo às necessidades dos trabalhadores, considerados hipossuficientes”²⁰⁴

O episódio mais recente, que gerou grande repercussão, envolve a empresa Gol - VRG Linhas Aéreas S.A que, em novembro de 2012, dispensou 850 funcionários da WebJet Linhas Aéreas S.A.(empresa controlada pela Gol).

Ficou constatado que a Gol, ao efetivar a demissão coletiva, não realizou qualquer negociação prévia com o sindicato da categoria e descumpriu o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (Apro), firmado entre a Gol e a WebJet com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), na compra da referida empresa.²⁰⁵

Através de Ação Civil Pública²⁰⁶ ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, a 23ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro declarou, em liminar, a nulidade das demissões, determinando a imediata reintegração dos trabalhadores, sob pena de multa diária²⁰⁷; após a decisão liminar houve a implementação do processo de negociação coletiva com a entidade sindical²⁰⁸, com a realização de assembleias pautadas, conforme determinou o inquérito civil²⁰⁹ que tramita perante a Procuradoria do Trabalho da 1ª Região, restando infrutífera a negociação.

Por fim, a sentença foi prolatada em 08/03/2013²¹⁰, onde restou confirmada a liminar ratificando a reintegração dos trabalhadores sob pena de multa. Determinou também que Gol se abstenha em promover novas dispensas

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-109100-03.2008.5.02.0203, Relatora Ministra Katia Magalhães Arruda. Julgamento em 11. 04. 2012. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 28 jan. 2012.

²⁰⁵ Notícia divulgada pela Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região. Disponível em: <<http://www.prt1.mpt.gov.br/>>. Link: Acesso em 26 jan.2012.

²⁰⁶ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Ação Civil Pública nº 0001618-39.2012.5.01.0023.

²⁰⁷ Processo acessível pelo site do TRT da 1ª Região. Disponível em: <www.trt1.jus.br>. Acesso em: 10 set.2012

²⁰⁸ Conforme consta na ata da reunião da WEBJET e GOL na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, Inquérito Civil nº 0004593.2012. Disponível em: <http://aeronautes.aero/attachments/article/1643/ata_mpt_webjet.pdf>. Acesso em: 26 jan.2012.

²⁰⁹ BRASIL. Procuradoria do Trabalho da 1ª Região. Inquérito Civil nº 0004593.2012.

²¹⁰ Sentença disponível em <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/ARQUIVOS/PAGNOTICIAS/ANO%202013/SENTEN023VT-WEBJET.PDF> . Acesso em: 21 mar.2013

significativas sob pena de multa, e fixou dano moral coletivo no valor de um milhão ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (Fat), fundamentou no seguinte sentido:

Nessa ordem de idéias, pode-se concluir que, para ser considerada lícita a dispensa coletiva deve atender a requisitos mínimos. É necessário, primeiramente, que sejam apresentados causas ou motivações (motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais) que sejam capazes de colocar em risco a existência do empregador/empresa. Feita essa constatação, deverá então haver uma negociação prévia de como essa dispensa (se realmente tiver que ocorrer) será materializada. Caso esse acordo se inviabilize, que se recorra, então, ao dissídio coletivo. Ressalto também que tentativas de negociação após a dispensa dos empregados não torna lícita a dispensa em massa.

Em uma análise geral, entendemos que os contornos positivos fixados pelo Poder Judiciário serviram para transformar a jurisprudência e a conduta social, não mais admitir a mera potestividade do empregador na dispensa coletiva, e firmar a premissa “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”.

Assim, a partir destes casos emblemáticos, constatamos claramente os riscos advindos da ausência de legislação, fica evidente a necessidade de criar procedimentos para a dispensa coletiva, e exigir a motivação e a negociação coletiva prévia, como um parâmetro para frear a dispensa imotivada e minimizar os efeitos danosos.

8 DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA DISPENSA COLETIVA NO BRASIL

8.1 Necessária Procedimentalização

Existe a necessidade de pleno respeito aos direitos fundamentais por toda a sociedade. Ingo Wolfgang Sarlet explica que com a Constituição de 1988 os direitos fundamentais vivenciaram o seu melhor momento histórico, contudo adverte que:

Para que este momento continue a integrar o nosso presente e não se torne mais outra mera lembrança, com sabor de ilusão, torna-se indispensável o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade. Neste sentido, se – de acordo com a paradigmática afirmação de Hesse –, para a preservação e o fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável a existência de uma “vontade de Constituição”, também poderemos falar em uma vontade dos direitos fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça esta designação.²¹¹

Portanto, é necessária a “vontade do direitos fundamentais”, refletida no conjunto dos agentes políticos e da sociedade para efetivar, preservar e fortalecer os direitos fundamentais, principalmente aqueles que integram o núcleo de proteção Constitucional, como o que protege contra a dispensa arbitrária e sem justa causa, disposto em seu art. 7º, I.

Pelo mesmo dispositivo, a Constituição Federal determinou a criação de lei complementar para regular a proteção da dispensa. Citamos como o primeiro desrespeito ao dispositivo, justamente a longa demora para regulamentá-lo; o segundo desrespeito está relacionado às constantes dispensas coletivas que desconsideram a proteção da relação de emprego, efetivando-as de forma imotivada e arbitrária, conforme abordamos neste estudo.

Ao efetivar as dispensas coletivas, as empresas devem observar princípios fundamentais constitucionais como a proteção da relação de emprego

²¹¹ **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.69.

contra a dispensa arbitrária e sem justa causa, a dignidade da pessoa humana, a negociação coletiva, a participação sindical, o dever de informação, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da função social. Diante destas assertivas, Mauricio Godinho Delgado pondera:

A inércia do legislador em regulamentar as consequências e sanções previstas no caso de dispensa coletiva não pode impedir a aplicação de direitos previstos constitucionalmente, como estabelecido no já citado art. 7º, I, além de outros, como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que são fundamentos da República. A Carta Magna prevê, ainda, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, e tem, entre seus princípios, a busca do pleno emprego.²¹²

Contudo, o que se constata é a ocorrência de diversas dispensas coletivas arbitrárias, que violam os direitos fundamentais, o que dá fundamento suficiente para concluirmos sobre a necessidade de regulamentação da dispensa coletiva; ademais, a maturação histórica nos mostra que o direito no Brasil é inquestionavelmente escrito e especialmente legislado²¹³, daí a necessidade de proceduralizar a dispensa coletiva, para que os direitos fundamentais sejam efetivamente assegurados neste contexto.

A ausência de um regramento mínimo que discipline a dispensa coletiva deixa a critério das empresas o respeito ou não aos direitos fundamentais na ocorrência da dispensa coletiva, como a motivação, a negociação coletiva, a participação sindical, o dever de informar aliado à aplicação das cláusulas gerais de boa-fé objetiva e função social do contrato. Fica sob a responsabilidade do Poder Judiciário impor o respeito a todos estes direitos. Sobre a necessidade de legislação, Renato Rua de Almeida argumenta:

²¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RO-173-02.2011.5.15.0000. Relator Mauricio Godinho Delgado. Julgamento em 13. 08. 2012. Publicação em DEJT 31.08.2012. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormulado=RO%20-%20173-02.2011.5.15.0000&base=acordao&numProclnt=185294&anoProclnt=2011&dataPublicacao=31/08/2012%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 9 out.2012.

²¹³ Neste sentido: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed., São Paulo: LTr, 2012, p.133.

(...) tal entendimento mais se justifica porque, sendo também a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária consagrada no texto constitucional como direito social fundamental, mister se faz sua urgente regulamentação como despedida coletiva pela lei complementar, mesmo porque se está diante da anomia da legislação brasileira sobre a despedida coletiva, com todas as consequências sociais nefastas de seu atual tratamento, com a soma de despedidas individuais sem justa causa.²¹⁴

A legislação precisa ser criada, é a maior das preocupações, mas logicamente o quadro não se resumirá a isto; o governo deve criar condições favoráveis à negociação coletiva, com sindicatos fortes, políticas que facilitem e apoiem a negociação, além de implementar institutos e mecanismos a fim de prevenir e resolver os conflitos de trabalho.

8.2 Projetos de Leis

Houve alguns projetos²¹⁵ e anteprojetos de lei que tentaram regulamentar o art. 7º, I, CF, que não obtiveram êxito. Atualmente há cinco projetos de lei em andamento, com propostas diferentes. Dois deles pretendem regulamentar o artigo 7º, I, completamente (PLS 274, de 2012 e PL 08/2003). Três projetos tramitam apensados e são específicos para regulamentar a dispensa coletiva, são eles os projetos PL 6356/05, PL 5232/2009 e PL 5353/2009.

O Projeto de Lei Complementar nº 274 de 2012²¹⁶ é de autoria do Senador Pedro Taques. Atualmente está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

²¹⁴ **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.** São Paulo: Revista LTR, Legislação do Trabalho; v. 71-03, 2007, p.336-345.

²¹⁵ João de Lima Teixeira Filho informa que juntamente com Arnaldo Lopes Sussekind, Arion Sayão Romita e José Segadas Vianna, formulou um anteprojeto visando a regulamentação do art. 7º, I, da CF. (RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993) .

Clemente Salomão Oliveira Filho critica o projeto de lei complementar 161/89 que visava regulamentar o art. 7º, I, da CF. (RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993) .

Octávio Bueno Magano critica o projeto de Lei complementar 134/89 que visava regulamentar o art. 7º, I, CF (MAGANO, Octavio Bueno. **Política do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1992, p. 21).

Nelson Mannrich cita os projetos de lei complementar 22 de 1991, 325, de 1991, 93 de 1996. (MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000.

p.489-495).

²¹⁶ BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106616>. Acesso em: 7 jan. 2013.

Seu texto não distingue a dispensa arbitrária daquela sem justa causa, considerando ambas as despedidas que, comprovadamente, não se fundam na prática de falta grave – nos termos do art. 482 CLT –, ou em motivos econômicos e financeiros relevantes, dispondo como consequência ao trabalhador despedido de forma arbitrária ou sem justa causa, sua reintegração ao emprego ou o pagamento de verbas indenizatórias.

O PLS nº 274/2012 não disciplina a dispensa coletiva, seus trâmites ou procedimentos. Ele se limita a informar que são motivos econômicos e financeiros relevantes os decorrentes da necessidade de desativação parcial do processo produtivo da empresa e aqueles que justifiquem exclusivamente as despedidas coletivas, assim consideradas as efetivadas simultaneamente e envolvendo, pelo menos, mais de um trabalhador.

A regulamentação da dispensa coletiva deve abarcar outros fatores, como a fixação temporal das demissões, os motivos tecnológicos ou estruturais, um maior número de empregados dispensados, a negociação prévia, o descumprimento.

O projeto determina que os critérios usados na seleção dos empregados dispensados serão obrigatoriamente decididos em negociação prévia entre o empregador e o sindicato da categoria profissional. Todavia, não estabelece uma penalidade pela não tentativa de negociação, o que torna sem efetividade a sua obrigatoriedade.

Analisaremos agora o Projeto de Lei Complementar PL 08/2003²¹⁷, de autoria do deputado Mauricio Rands (PT/PE), que tramita perante a Câmara dos Deputados e, atualmente, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

²¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 08/2003. Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=113901&filename=PLP+8/2003>. Acesso em: 7 jan.2013.

No PL 08/2003, a despedida arbitrária ou sem justa causa é aquela que não se funda em justo motivo objetivo ou subjetivo. O justo motivo objetivo são aqueles relacionados com a necessidade do empregador em virtude de dificuldade econômica ou financeira, ou reestruturação produtiva e o subjetivo, a indisciplina ou a insuficiência de desempenho do empregado.

O PL 08/2003 traz uma única definição de despedida arbitrária ou sem justa causa, e sua consequência é a reintegração, ou a indenização, a critério do empregado. Não há qualquer parâmetro fixado para a dispensa coletiva.

Os projetos são, portanto, incompletos, não distinguem a dispensa arbitrária da sem justa causa e trazem uma única consequência aos dois casos, ignoram as necessidades da regulamentação da dispensa coletiva, além de não incentivarem o diálogo entre as partes; enfim, não solucionam o problema da falta de regulamentação do art. 7º, I.

Os projetos de lei que intencionam disciplinar a dispensa coletiva (Projeto de Lei nº6356/05, e apensados a este os Projetos nº 5232/2009 e o PL nº 5353/2009), foram rejeitados pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (Cdeic) da Câmara dos Deputados, conforme o parecer aprovado em 31.10.2012²¹⁸. Atualmente, todos estão na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (Ctasp).

Os três projetos foram apresentados na forma de proposição de lei ordinária, o que levou o relator da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio a apontar a “inconstitucionalidade da proposta ao tratar em projeto de lei ordinária matéria reservada à lei complementar”²¹⁹. A análise

²¹⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=309251>>. Acesso em: 30 jan. 2013

²¹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:
 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=989758&filename=Parecer-CDEIC-26-04-2012>. Acesso em: 30 jan. 2013.

mencionada será feita de forma mais apurada pela Comissão de Constituição da Câmara.

Os projetos de Lei nº 6356/05, nº 5232/2009 e nº 5353/2009 visam disciplinar a dispensa, na forma coletiva, uma matéria afeta ao art. 7º, I, da CF, que determinou expressamente sua instituição por meio de lei complementar.

Assim, todos os projetos são eivados de inconstitucionalidade formal; se não forem vetados no processo legislativo, na Câmara dos Deputados, no Senado Federal, ou até mesmo por meio de veto presidencial, não será aceito no mundo jurídico, que através do Poder Judiciário irá restabelecer a ordem.

Para sintetizar os motivos da sua inconstitucionalidade, temos que a Constituição Federal define algumas matérias a serem disciplinadas por meio de lei complementar. Assim, uma vez expressa essa condição, a matéria será necessariamente veiculada por uma lei complementar, que exige quórum diferenciado da lei ordinária para suas deliberações. Para a sua aprovação é necessária a maioria absoluta do total dos integrantes da respectiva Casa Legislativa (50% mais um); já a aprovação de leis ordinárias exige a maioria simples (50% mais um) dos presentes.

Esta distinção demonstra que o constituinte “reservou à lei complementar as matérias que julgou de especial importância ou polêmicas, para cuja disciplina seja desejável e recomendável a obtenção de um maior consenso entre os parlamentares”, visando um processo mais apurado, com ampla participação em um “processo de discussão e aprovação dos documentos legislativos, dos quais emanam intensas ressonâncias na ordem social, política ou econômica”.²²⁰ Neste sentido, Pedro Paulo Teixeira Manus:

²²⁰ MENEZES, Rodolfo Rosa Telles. **Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_art.s_leitura&art_id=11002&revista_caderno=9>. Acesso em: 30 jan.2013.

O legislador entendeu que a proteção contra a despedida arbitrária e sem justa causa se trata de matéria de relevância, pelos reflexos da regulamentação no meio econômico, político e social, daí exigir que seja feita por meio de lei complementar.²²¹

Assim, analisaremos apenas alguns aspectos dos Projetos de Lei nº 6356/05, nº 5232/2009 e nº 5353/2009, por acreditarmos que todos serão rejeitados diante da inconstitucionalidade formal e material que os precedem.

O Projeto nº 6356/05, do deputado Vicentinho, considera demissões coletivas as ocorridas num período de 60 dias e que afetem 5% dos empregados na empresa, fundamentadas em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Não se aplica a microempresas e empresas de pequeno porte e determina a comunicação da intenção da dispensa, com antecedência mínima de 30 dias, ao sindicato representante dos trabalhadores e ao Ministério do Trabalho e Emprego, para iniciar as negociações. A não observância implica pagar indenização ao trabalhador, baseada em acordo ou convenção coletiva de trabalho, cujo valor não poderá ser inferior a 180 dias de remuneração por ano de trabalho (ou fração igual a seis meses).

O descumprimento irá gerar a indenização mínima correspondente a 6 meses de salário por ano. Conforme disposto no parecer do deputado Renato Molling na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara²²², a proposta é “irracional” e abre espaços absurdos que inviabilizam completamente as dispensas coletivas.

Além de não esgotar o tema, o projeto cria situações que culminam automaticamente a penalidade de multa ao empregador como, por exemplo, ao determinar que o número e os critérios de seleção dos empregados demitidos serão obrigatoriamente discutidos e deliberados em negociação coletiva. Não havendo

²²¹ **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho.** São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50-51.

²²² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=989758&filename=Parecer-CDEIC-26-04-2012>. Acesso em: 30 jan.2013.

acordo, neste íterim, o que ocorrerá? Será considerada a não observância da lei, o que implica o pagamento de indenização ao trabalhador de, no mínimo, 6 meses de salário por ano?

Abordaremos agora o Projeto nº 5232/2009 que considera demissões coletivas ou em massa, mais de 5% do quadro de funcionários das empresas públicas, privadas ou de economia mista com mais de 100 funcionários, em um período de um ano, motivadas por fato objetivo relacionado à empresa, de ordem econômico-conjuntural, técnico-estrutural ou análogos.

O projeto determina a comunicação por parte da empresa, com antecedência de 60 dias, aos Sindicatos da Classe, bem como às Federações e ao órgão do Ministério do Trabalho e Emprego a que está vinculada por atribuição. Além disso, a negociação coletiva se dará com o sindicato de classe acompanhado das federações.

Não há sentido na participação das federações no processo de dispensa coletiva, mas apenas da representação sindical ou de formação de comissões de empregados.

O projeto apresenta no art. 6º alguns importantes passos para as negociações coletivas, ao informar que deverão ser observados para a dispensa o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares; a possibilidade de reciclagem profissional; a redução de jornada de trabalho, a redução temporária de salários, a suspensão temporária do contrato de trabalho, a fixação de planos de demissão escalonada por critérios, a estabilidade por determinação médica ou pré-aposentadoria, o aviso-prévio prolongado e a cobertura de um ano de plano de saúde para os funcionários e seus dependentes, além de indenizações e de um plano de demissão voluntária, entre outras.

O projeto cria muitos obstáculos ao processo de dispensa coletiva e delimita que o Ministério do Trabalho e Emprego e/ou o Ministério da Fazenda apure as causas das alterações econômico-conjunturais das empresas.

Por fim, será analisado o Projeto de Lei nº 5.353/2009, elaborado pelos deputados Ivan Valente e Manuela D'Ávila e outros, inspirado no direito estrangeiro. Nele, os conceitos de dispensa coletiva envolvem os critérios quantitativos, temporal e causal e só erra ao utilizar o termo 'causa técnicas', quando deveria se referir a 'causas tecnológicas', vistos que estas são mais abrangentes que aquelas. Disciplina neste tocante que:

Art. 2º São consideradas coletivas as dispensas que, no período de noventa dias, afetem, (em cada unidade da empresa):

- a) pelo menos cinco trabalhadores, nas empresas que possuam até vinte empregados;
- b) pelo menos dez trabalhadores, nas empresas que possuam entre vinte até cem empregados;
- c) pelo menos 10% (dez por cento) dos trabalhadores, nas empresas que possuam entre cem e trezentos empregados;
- d) pelo menos trinta trabalhadores, nas demais empresas.

Parágrafo único. É considerada coletiva a extinção dos contratos de trabalho que afetem mais de cinco empregados do estabelecimento, desde que fundada nas causas mencionadas no art. 1º e resulte no encerramento das atividades de um setor ou divisão

Consta no projeto de lei que a empresa que tiver a intenção de realizar a dispensa coletiva de empregados deverá solicitar autorização à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, um critério excessivo, que desvirtua a administração pública cuja obrigação é acompanhar o procedimento coletivo, fiscalizá-lo e fomentar a negociação coletiva, e não decidir sobre a dispensa. Conforme bem exposto por Nelson Mannrich,

A Administração tem por função mediar e controlar o processo de dispensa, garantindo o cumprimento da lei e de eventual acordo. Não compete à Administração Pública investigar se concorrem as causas econômicas apontadas. Além de homologar o acordo ou o pedido de dispensa coletiva, deverá o Ministério do Trabalho assistir as partes, estimulando a negociação por meio da mediação.²²³

²²³ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.564.

O projeto tem vários outros equívocos, como a indenização especial em caso de declaração de falência ou recuperação, extrajudicial ou judicial, o que vai em sentido contrário aos fins da Nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005).

Assim, todos os projetos precisam ser revistos, seja pela ausência de regulamentação da dispensa coletiva, ou em razão do seu excesso e rigor, o que torna insustentável a dispensa de empregados.

8.3 Formas Possíveis de Procedimentalização

Preliminarmente verificaremos o sentido da palavra procedimentalização, expressão escolhida propositalmente por derivar do substantivo ‘procedimento’²²⁴ somado ao sufixo “izar”, formando assim um verbo derivado. Sua formação cria uma palavra que exprime a qualidade do que deverá se proceder, do método a ser criado, da rotina a ser estabelecida, conforme o entendimento desta autora.

Assim, apresentaremos diretrizes possíveis para procedimentalizar a dispensa coletiva, de acordo com os ordenamentos jurídicos estudados e adaptações necessárias e justificadas de forma a adequá-las à nossa cultura.

A legislação estrangeira oferece diversas possibilidades para normatizar o processo de demissão coletiva, tudo no intuito de eliminar ou minimizar os efeitos negativos da dispensa coletiva de trabalhadores, propondo meios que obedeçam a transparência de dados, a divulgação da informação, as consultas e o amplo processo de negociação com os trabalhadores representados.

Conforme observa Amauri Mascaro Nascimento, “não é fácil transpor para um país as ideias que prevalecem em outros países, mas não podemos voltar as

²²⁴ Procedimento é ato ou efeito de proceder, processo, método. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p.1633).

costas para o que acontece no mundo, em especial diante de efeitos globalizados da crise econômica.”²²⁵

O objetivo da procedimentalização é criar mecanismos de maior confiança e transparência para evitar as dispensas coletivas, além de ampliar a participação do Estado e dos trabalhadores a fim de minimizar seus efeitos através da negociação, que poderá prever a redução de jornada, a suspensão negociada dos contratos de trabalho, as férias coletivas e outras possibilidades.

A legislação que procedimentalizará o art. 7º, I, da CF, no tocante à dispensa coletiva, deverá conceituá-la, fixar procedimentos e delimitar as consequências pelo seu descumprimento.

8.3.1 Conceito de dispensa coletiva

A procedimentalização da dispensa, com a regulamentação do art. 7º, I, CF, deverá conceituar a dispensa coletiva com base em critérios objetivos, quantitativo e temporal.

Quanto ao objetivo, o conceito de dispensa coletiva deverá abarcar necessariamente a motivação da dispensa, que sempre terá uma razão objetiva que irá justificá-la.

O critério objetivo envolverá a análise de motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, não inerentes à pessoa do trabalhador, conforme a Convenção 158 da OIT, e poderá ser considerada justificada ou não, gerando indenizações diferenciadas.

²²⁵ **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1187.

Quanto ao critério quantitativo, deverá a legislação fixar os critérios percentuais e numéricos para considerar uma dispensa coletiva, excluindo-se do conceito coletivo se a dispensa não atingir determinado número de empregados.

No que diz respeito ao critério temporal, ele será importante nas demissões sucessivas, pois deve ser fixado o período durante o qual as rescisões de contratos individuais dos trabalhadores vão ocorrer; nos regramentos estudados há prazos que oscilam entre 30 e 90 dias. Acreditamos que 90 dias é um prazo razoável para ser fixado em grandes empresas, pois a dispensa coletiva envolverá um maior número de empregados, e 60 dias seria mais adequado para empresas de micro e pequeno porte.

Sobre o critério temporal, Nelson Mannrich expõe:

O elemento temporal suscita ainda uma questão: o *dies a quo*, a partir do qual se dá a contagem, e o *dies ad quem*. As legislações não esclarecem essa questão, tendo a interpretação ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência. De acordo com a doutrina espanhola, por exemplo, o término do período legal se dá no momento imediatamente anterior à necessária apresentação por parte do empresário ante a autoridade trabalhista competente para autorizar a dispensa. A partir do *dies ad quem*, define-se o *dies a quo*, fazendo-se a contagem de dias, regressivamente, a partir do termo final²²⁶

A fixação do critério temporal (ou do termo inicial e final), a partir do qual se delimita a contagem das dispensas coletivas, só será relevante quando houver dispensa coletiva não notificada pelo empresário; nesta situação, os prazos inicial e final oscilarão em um contexto necessário para a sua caracterização.

O critério temporal não será observado se o empregador cumprir as formalidades de notificação prévia; neste caso, as demissões ainda não foram efetivadas, e a comunicação instaurará um processo de negociação coletiva prévia às dispensas.

Assim propomos como conceito:

²²⁶ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.523.

A dispensa coletiva será caracterizada quando o empregador dispensar por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, alheios à conduta do trabalhador, no período de até 60 dias, pelo menos três empregados na microempresa, cinco na pequena empresa; ou em até 90 dias, 10% dos empregados nas empresas de médio ou grande porte, ou 30 empregados, qualquer que seja o porte da empresa.

O critério de classificação de empresas não é unânime, assim, o ideal é utilizar a classificação do porte das empresas pelo critério de número de empregados, do IBGE, como faz o SEBRAE, para fins bancários, ações de tecnologia, exportação e outros²²⁷.

8.3.2 Procedimentos para a dispensa coletiva

A legislação deverá fixar os procedimentos que uma dispensa coletiva deve conter, com um período destinado às consultas, às informações e às comunicações obrigatórias, com a participação dos representantes dos trabalhadores em todo o procedimento e a imposição de tentativa de negociação, sob pena de sanção.

a) Consultas, informações e comunicações obrigatórias

O primeiro procedimento a ser adotado pelo empregador é comunicar sobre a intenção da dispensa coletiva, ao representantes dos trabalhadores e à administração pública, com transparência de dados, exposição dos motivos, número e critério de trabalhadores a serem dispensados, categorias ou setores envolvidos.

²²⁷ Segue a classificação de porte das empresas de acordo com o Sebrae: Indústria: Micro: com até 19 empregados; Pequena: de 20 a 99 empregados; Média: 100 a 499 empregados; Grande: mais de 500 empregados. Comércio e Serviços: Micro : até 9 empregados; Pequena: de 10 a 49 empregados; Média: de 50 a 99 empregados; Grande: mais de 100 empregados. Disponível em <http://www.sebrae-sc.com.br/leis/default.asp?vcdtexto=4154>. Acesso em 25 mar.2013.

Essa comunicação prévia deve ser enviada de 30 a 60 dias antes de qualquer dispensa, podendo o prazo ser maior, a depender do número ou da percentagem de empregados envolvidos, a fim de possibilitar tempo hábil para as tentativas de negociação. Isto porque, em um processo de dispensa coletiva de grandes dimensões, é necessário um prazo maior para viabilizar a negociação coletiva.

A legislação portuguesa abre espaço aos trabalhadores para formarem uma comissão representativa dos funcionários que irá acompanhar as negociações.

A legislação nacional poderá prever a presença opcional de uma comissão representativa dos trabalhadores dentro da empresa, sem poderes de renúncia ou transação; os acordos devem ser concluídos através da entidade sindical, mas uma comissão interna contribuiria, em função do vínculo mais estreito com a empresa, para constatar a real motivação do empregador e analisar melhor as vantagens e as desvantagens do acordo coletivo, expressando a verdadeira vontade dos trabalhadores e as necessidades do empregador.

A representação dos trabalhadores na empresa é prevista pela Convenção 135 da OIT, ratificada no âmbito interno, e autorizada no art. 11 da CF para empresas com mais de 200 empregados. Contudo, em caso de dispensa coletiva, a representação não seguirá este modelo, podendo fixar um número maior de representantes nas empresas com mais de 100 trabalhadores.

A administração pública deve ser comunicada em prazo idêntico aos representantes dos trabalhadores e deve exercer as atividades de fiscalização e conciliação.

O controle administrativo (fiscalização) será realizado para verificar se os procedimentos legais estão sendo observados, mas a intenção maior da participação da administração pública deve ser a de estimular as negociações coletivas, visto que

uma dispensa em massa afeta significativamente a sociedade. Assim, atuaria como conciliadora, sem poder para interferir.

Sobre a participação da administração pública observa Nelson Mannrich que,

Além de comunicar aos trabalhadores, cumpre ao empregador informar à Administração Pública os mesmos elementos fornecidos aos representantes dos trabalhadores. A Administração tem por função mediar e controlar o processo de dispensa, garantindo o cumprimento da lei – e de eventual acordo.²²⁸

b) Participação dos representantes dos trabalhadores

A estrutura sindical no Brasil é firmada sob os eixos do sindicalismo de Estado, com os sistemas da unicidade sindical, contribuição obrigatória e investidura, advindos desde a década de 1930, com normas fixadas na CLT.

O Brasil não ratificou a Convenção 87 da OIT, que disciplina a liberdade sindical, perdurando a consagrada unicidade sindical disposta no art. 8º, II, da CF.

Diante deste sistema imposto e da ausência de liberdade sindical, há atualmente uma representatividade sindical enfraquecida, que gera o descrédito da negociação coletiva. Contudo, ainda que existam falhas no sistema, preservar o sindicato no processo de dispensa coletiva é obrigatório, pois a dispensa coletiva envolve interesses de massa, da categoria ou do grupo e, conforme dispõe o art. 8º, incisos III e VI, ao sindicato cabe defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria.

Além do comando legal, conforme determina a Constituição Federal, no plano fático ainda existe a desigualdade das partes que impede a atuação isolada do trabalhador pois “quando o empregado sozinho confronta seu interesse com o interesse do empregador, como regra geral, encontra-se em situação desfavorável,

²²⁸ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p. 528.

porque litiga individualmente. Já no caso do dissídio coletivo a desigualdade cede lugar a um embate entre iguais, isto é, sindicato profissional de um lado e o empregador, ou sua entidade sindical de outro.”²²⁹

Guilherme de Moraes Mendonça sustenta que

A assimetria da relação de trabalho decorrente da discrepância existente entre um trabalhador individualmente considerado e o empregador, apenas poderá ser modificada através da atuação do contrapoder coletivo dos trabalhadores. Sem esta atuação coletiva o desequilíbrio será sempre a tônica da dita relação, amainada, por vezes, pela legislação estatal preconizadora de direitos mínimos trabalhistas.²³⁰

Assim, no processo de dispensa coletiva, é necessário impor a representação dos trabalhadores, através dos sindicatos, como forma de garantir a efetiva igualdade das partes.

8.3 Imposição de Tentativa de Negociação Coletiva

O art. 616 da CLT informa que os Sindicatos, quando provocados, não podem se recusar à negociação coletiva, e a despeito deste artigo, Octávio Bueno Magano informa ter sido alterado “com o propósito de estimular a prática da convenção coletiva”, e ter como referência o direito norte-americano, onde há tendência ampliativa da área de convenção coletiva.²³¹

A Constituição Federal determina que, na recusa de qualquer das partes à negociação coletiva, poderão em comum acordo, ajuizar um dissídio coletivo, conforme o art. 114, parágrafo 2º, havendo vários questionamentos sobre a constitucionalidade da exigência do ‘comum acordo’.

²²⁹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.101.

²³⁰ In THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.52.

²³¹ **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972, p. 157-158.

A atual jurisprudência do TST entende que a expressão ‘comum acordo’ não significa obrigatoriamente o peticionamento conjunto das partes, com a expressa manifestação de concordância ao ajuizamento da ação. É entendida, na realidade, como a não oposição da parte à propositura do dissídio, e não de seu mérito.

Assim, temos legislação expressa que determina a negociação, quando as partes forem provocadas, contudo, “há, todavia, grande possibilidade de que esta não passe nunca de letra morta, porque o legislador brasileiro descuidou-se de forjar sanção adequada para as hipóteses de configuração de recusa.”²³²

Observamos que não há sanção se a empresa ou o sindicato se recusarem à negociação coletiva, mesmo que instados a fazê-lo, e, como observa Octavio Bueno Magano, “a proibição de recusa à convenção coletiva só funcionará efetivamente, como fator de estímulo à prática desta, se for acompanhada de sanção adequada, que, a nosso ver, haveria de ser a instituição de multa.”²³³

Portanto, o primeiro passo na dispensa coletiva é a imposição ao empregador para consultar os representantes dos trabalhadores com o objetivo de negociar previamente um acordo, a fim de minimizar os efeitos da dispensa, tudo com boa-fé objetiva e sob pena de multa.

Em Portugal, o despedimento efetuado sem a tentativa de negociação constitui contra-ordenação ²³⁴ grave, conforme inciso 6 do art. 361º, assim, a penalidade pela ausência de tentativa da negociação deverá ser aplicada.

A negociação coletiva aproxima as partes e o Estado não tem como ser a única fonte de positivação, pela dinâmica que envolve a vida em sociedade, principalmente no direito do trabalho eminentemente social.

²³² MAGANO, Octávio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972, p.161.

²³³ Id., *Ibid.*, p.162.

²³⁴ Conforme Decreto-Lei n.º 433/82 “Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima.” Site da Ordem dos Advogados em Portugal. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B690f5625-b3fb-44fb-86fe-f707db637f39%7D.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

Assim, no caso de dispensa coletiva, a negociação prévia se torna imperiosa, necessária como mecanismo para regular a situação crítica pela qual passará a empresa, os empregados e a sociedade.

Outro fator importante é que as negociações coletivas devem ser pautadas justamente para possibilitar a análise da boa-fé objetiva das partes. Neste sentido, a legislação de Portugal informa que “deve ser elaborada acta das reuniões de negociação, contendo a matéria acordada, bem como as posições divergentes das partes e as opiniões, sugestões e propostas de cada uma”²³⁵.

A negociação coletiva poderá apresentar diversas alternativas para contornar a crise como o pagamento de indenização, estabilidade contratual e temporal, suspensão negociada dos contratos (com ou sem pagamento de salários), férias coletivas (art. 139 e parágrafos da CLT) redução de jornada (art. 7º, XIII, CF), turnos de revezamento e compensação – banco de horas (art. 7º, XIII, CF), redução salarial (art. 7º, VI, CF), suspensão do contrato de trabalho para aperfeiçoamento profissional (programa de qualificação – art. 476-A da CLT), critérios de preferência social na dispensa, e programas de demissão voluntária (PDVs).

Neste sentido, Mauricio Godinho Delgado dispõe que a negociação coletiva é importante e apresenta algumas possibilidades que ela pode criar

(...) seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-a da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas. Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente.²³⁶

²³⁵ PORTUGAL. Código do Trabalho Português. Art. 361º, inciso 5.

²³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RO-173-02.2011.5.15.0000. Site do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroForma>

Por fim, a legislação ainda deverá prever uma penalidade específica pelo descumprimento da tentativa de negociação.

8.3.4 Consequências da dispensa coletiva

Indenização ou reintegração? Um dos grandes dilemas da lei que regulamentará o art. 7º, I, CF será dispor sobre as consequências da dispensa arbitrária ou sem justa causa, que gerará indenização ou estabilidade. Sobre o tema, João de Lima Teixeira Filho assegura:

Não são poucas as dificuldades que a Lei Complementar, a que alude o art. 7º, I, da CF, terá de superar. Seguramente, a principal delas será a de determinar se garantia do emprego conduz à reintegração do trabalhador quando não provado judicialmente o ato faltoso por ele praticado ou o motivo tecnológico, econômico ou financeiro, em virtude do qual foi despedido? Ou a proteção do trabalhador é a intimação pecuniária do empregador, consubstanciada na indenização compensatória, que, uma vez paga, chancela a ruptura contratual?²³⁷

Os doutrinadores não são unânimes. Aqueles que entendem possível a legislação complementar prever a figura da estabilidade, advogam defendendo que o art. 7º, I, da CF prevê expressamente como direitos dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que irá prever a indenização compensatória, dentre outros direitos. A expressão ‘dentre outros direitos’ incluiria, por exemplo, a estabilidade.

Para outros doutrinadores, o constituinte optou pela indenização, assim a legislação complementar somente poderá abarcar as tarifações da indenização²³⁸. Arion Sayão Romita explica:

tado=RO%20-%20173-02.2011.5.15.0000&base=acordao&numProclnt=185294&anoProclnt=2011&dataPublicacao=31/08/2012%2007:00:00&query>. Acesso em 9 out.2012.

²³⁷ **A proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária na Constituição Federal de 1988.** In RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993, p.172.

²³⁸ “A doutrina divide-se quanto ao tema estabilidade: uns, sustentando que o legislador poderá ampliar as restrições ao poder de dispensa do empregador; outros, defendendo tese oposta. A discussão centra-se na possibilidade da lei complementar instituir o direito à estabilidade no emprego.

Esse entendimento doutrinário não é pacífico. Há autores que esposam teses antagônicas, podendo ser identificadas várias correntes de opinião: 1ª) sustenta que a Constituição de 1988, ao mencionar "outros direitos", admite que, na lei complementar a ser votada pelo Congresso Nacional, seja aberto espaço para a estabilidade no emprego, com direito à reintegração; 2ª) afirma que, sem embargo do disposto no art. 7º, I, da Constituição, continuam em vigor os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que regulam a estabilidade, tendo portanto cabimento a reintegração do emprego, mesmo após a vigência da Constituição de 1988; 3ª) entende que a Constituição de 1988 permite a compatibilização do regime da estabilidade decenal com o do fundo de garantia do tempo de serviço, de sorte que a lei complementar a que alude o art. 7º, I, poderá "reconhecer a estabilidade após certo tempo de emprego e indenização compensatória em situações especiais"²³⁹

Grande parte dos doutrinadores²⁴⁰ informa que a lei complementar que regulamentará o art. 7º, I, CF, não poderá inovar com a figura da estabilidade e da reintegração. Ela deve fixar apenas os critérios para o pagamento de indenização. Neste sentido, apresentamos alguns posicionamentos.

Arion Sayão Romita explica:

Quando a Constituição quis vedar a dispensa (ou seja, consagrar a estabilidade), fê-lo expressamente: no art. 8º, VIII, veda a dispensa do ocupante de cargo de direção ou representação sindical; no art. 10, II, das Disposições Transitórias, proíbe a despedida do empregado eleito para cargo de direção da CIPA (alínea a) e da empregada gestante (alínea b). Não cabe, em consequência, atribuir à Constituição o propósito de consagrar estabilidade em favor de qualquer outro tipo de trabalhador. (...) A desejável reintegração só seria viável se, mediante revisão do texto constitucional, fosse consagrado o princípio da despedida sob controle, em qualquer de suas formas: por causa justificada, por motivos socialmente justificados, etc.²⁴¹

Enquanto para alguns autores, a partir da publicação da Constituição Federal, o conceito de estabilidade foi banido do sistema legal, exceto no caso de estabilidades provisórias; para outros, a norma autoriza a dispensa arbitrária ou sem justa causa, condicionando-a apenas ao pagamento de uma indenização. De modo geral, há um certo consenso em torno da idéia segundo a qual deve-se estender o regime do FGTS a todos os trabalhadores, sem prejuízo de uma indenização compensatória no caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa, excluindo o sistema da estabilidade absoluta." (MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 318-319).

²³⁹ **Proteção contra a despedida arbitrária**. In CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.26.

²⁴⁰ "A doutrina majoritária, contudo, sustenta que, se a Constituição manda a lei complementar prever indenização compensatória, implicitamente exclui a estabilidade como regra geral (só a admite nas hipóteses taxativamente enumeradas), e, em consequência, a referida lei complementar não poderá prever a reintegração entre os 'outros direitos' a que alude o art. 7º, I." (CARRION, Valentin (diretor). **Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.994, p.26-27).

²⁴¹ CARRION, Valentin (diretor). op., cit., p.25-26.

João de Lima Teixeira Filho expõe:

Já tivemos oportunidade de manifestar nossa posição favorável ao princípio da nulidade da despedida arbitrária, elaborado na Alemanha, em 1951, e consagrado pela Organização Internacional do Trabalho, através das Recomendações ns. 119, de 1963, e 166, de 1982, assim como da Convenção n. 158, de 1982. Todavia, diante do direito posto, não vemos como a Lei Complementar possa assegurar a reintegração no emprego, do trabalhador arbitrariamente despedido.²⁴²

Clemente Salomão Oliveira Filho também argumenta:

Observa-se, portanto, que não foi acolhida, na Constituição Federal, a ideia de estabilidade, desde a admissão no emprego, a todos os empregados, indistintamente, como pretendia a subcomissão dos direitos dos trabalhadores e a comissão de ordem social.

No entanto, o constituinte fixou parâmetros, no intuito de dificultar a dispensa arbitrária ou sem justa causa, alcançando a todos os empregados, sem exceção.²⁴³

Para Octavio Bueno Magano :

O que se depreende do texto acima reproduzido é que a indenização deverá ser a sanção por excelência, para as despedidas arbitrárias ou sem justa causa. A expressão “outros direitos”, ali mencionada, refere-se à garantia excepcional de estabilidade, concedida aos dirigentes sindicais, aos representantes de trabalhadores nas Comissões Internas de Acidentes do Trabalho e às mulheres gestantes.

Não se acolheu, portanto, na Constituição, a ideia de estabilidade, desde a admissão no emprego, e que havia, no entanto, vingado à subcomissão dos direitos dos trabalhadores e perante a comissão da ordem social.²⁴⁴

Referido autor, ao criticar sobre o Projeto de Lei Complementar nº 134/89, que previa a reintegração, dispôs:

O que se deverá estatuir para que o projeto de lei complementar em foco mostrasse harmonia com a Constituição fora a quantificação da indenização compensatória, para a hipótese de despedida não fundada em justa causa.²⁴⁵

Por fim, Nelson Mannrich explica:

²⁴² **A proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária na Constituição Federal de 1988.** RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993, p.172.

²⁴³ **Garantia de emprego em face ao projeto de lei complementar nº 161/89.** In RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993, p. 185.

²⁴⁴ **Política do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1992, p.21.

²⁴⁵ Id., *Ibid.*, p.21.

A Constituição Federal de 1988 reduziu a garantia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa a uma indenização. Com isso, aboliu o regime da estabilidade, tal como previsto na CLT. Em seu lugar, vigora exclusivamente o regime do FGTS. (...) Portanto, quando da regulamentação da dispensa coletiva, o legislador não poderá introduzir a estabilidade absoluta. Além da indenização, poderá prever, entre outros direitos, recolocação, formação profissional, emprego de outras técnicas modernas, vinculadas ao próprio contrato de trabalho compatíveis com o novo perfil do Direito do Trabalho.²⁴⁶

A análise histórica da Constituição Federal nos permite observar que, quando da elaboração da art. 7º, I, da CF, o legislador constituinte optou por proteger a relação de emprego através da indenização, assim, em nossa opinião, não pode a lei complementar dispor sobre a estabilidade, ou seja, é a indenização a opção do constituinte para as dispensas arbitrárias e sem justa causa.

8.3.4.1 Dispensas lícitas, nulas e arbitrárias

A legislação deverá separar as conseqüências que a dispensa coletiva pode gerar, como dispensas lícitas, nulas e arbitrárias; contudo, a licitude do despedimento só será apreciada pela Justiça do Trabalho.

Preliminarmente será necessário conceituar a dispensa arbitrária, pois conforme já exposto neste estudo, para evitar contradições, entendemos que a legislação que irá regulamentar o art. 7º, I, deverá separar o conceito de dispensa arbitrária daquela sem justa causa, seguindo conceitos distintos.. Arion Sayão Romita informa que,

A expressão ‘despedida arbitrária ou sem justa causa’ suscita entendimentos conflitantes.(...) Por esses motivos, a futura lei complementar, em boa técnica legislativa, deverá regular de maneira diferente a proteção contra a despedida arbitrária e contra a despedida sem justa causa, prevendo montantes variados para a indenização compensatória devida em cada hipótese concreta de despedida.²⁴⁷

²⁴⁶ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.553.

²⁴⁷ **Proteção contra a despedida arbitrária.** In CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.27-28.

Em nossa opinião, a dispensa coletiva arbitrária são as efetivadas sem justo motivo objetivo, assim considerados os motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, relacionados com a necessidade específica do empregador.

A dispensa coletiva lícita ocorrerá quando o empregador cumprir os procedimentos legais de comunicação e informação, apresentar a motivação objetiva da dispensa (motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos) e comprovar a tentativa de negociação prévia, tudo com boa-fé objetiva. Ao proceder assim, deverá a legislação prever nas dispensas lícitas uma indenização menor do que em relação às dispensas arbitrárias.

Entendemos que especificamente na dispensa coletiva lícita por motivos econômicos, aliado ao cumprimento das obrigações, o empregador comprovará a sua motivação socialmente justificada, com a demonstração da dificuldade econômica que a empresa sofre; portanto, acreditamos que nesta modalidade a indenização deverá ser menor do que a devida nas demais hipóteses. A doutrina segue neste sentido, conforme nos informa Octavio Bueno Magano:

Por último, fora de rigor que a lei complementar tratasse da despedida não arbitrária, fundada em razão econômica. Se, o empregador, em virtude de grave retração de mercado, ficar impossibilitado de dar vazão à sua produção, não será justo nem razoável forçarem-no a acumular estoques invendáveis, para garantir o lugar de todos os seus empregados. Isso contraria o princípio da economia de mercado subjacente ao art. 170, da Constituição. Força será reconhecer, ao contrário, que, em tais circunstâncias, a deliberação do empregador de efetuar despedidas, não terá caráter arbitrário. E a compensação a ser, então, assegurada aos empregados despedidos, haverá de ser ainda menor do que a devida na hipótese de despedida por razões de ordem tecnológica.²⁴⁸

Nesta mesma linha, argumenta Nelson Mannrich:

As dispensas não arbitrárias resultam de motivos, ora vinculados ao empregado, ora, ao empregador ou empresa; esta é também denominada de dispensa por motivo econômico. Em qualquer uma destas hipóteses, há um motivo socialmente justificável e uma razão que autoriza a dispensa: a indenização cabível, nestes casos, será inferior àquela devida nas dispensas sem motivo.²⁴⁹

²⁴⁸ **Política do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1992, p.21-22.

²⁴⁹ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 551

O citado autor sugere o pagamento diferenciado de indenização de 20% sobre o valor depositado no FGTS em caso de dispensa por motivo econômico, sustentando que “trata-se de um ônus a ser suportado por toda sociedade e não apenas pela empresa que, por encontrar-se em dificuldade, deverá buscar saídas para seu revigoramento e a manutenção dos demais empregos.”²⁵⁰

Entendemos ser razoável a indenização de 20% sobre o FGTS especificamente para as dispensas coletivas por motivos econômicos, e assim iremos segui-lo.

A dispensa coletiva será nula quando envolver empregados com estabilidade, como a gestante e o acidentado ao trabalho, sendo devida a reintegração ou indenização destes trabalhadores, cabendo à lei prever os casos de exclusão da dispensa coletiva.

Obviamente que os portadores de estabilidade provisória – que não têm vantagem pessoal, mas a garantia para as atividades enquanto há o funcionamento da empresa (como o dirigente sindical e o integrante da CIPA), poderão ser incluídos no projeto de dispensa coletiva, de maneira fundamentada, se for comprovada a extinção do posto de serviço, em conformidade com as súmulas 339, II, e 369, IV, do TST²⁵¹.

A dispensa coletiva arbitrária (sem motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos), deverá gerar uma indenização mais expressiva em relação àquela que é paga atualmente (40% sobre o FGTS), pela extensão do dano que atinge não apenas os trabalhadores, mas também a sociedade. Esta indenização

²⁵⁰ **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p.560.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 339, II, do TST - A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estável. (ex-OJ nº 329 da SBDI-1 - DJ 09.12.2003). e Súmula 369, IV, do TST - IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. Ambas disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/en/sumulas>> Acesso em: 15 jan. 2013.

deve ter, em dimensões menores, o mesmo parâmetro do dano moral, cujo valor é arbitrado visando atender uma dupla função: reparar o dano e evitar a reincidência, podendo ser arbitrada em 80% sobre o FGTS, como sugere Nelson Mannrich, em seu livro *Dispensa Coletiva*:

O legislador deverá prever os seguintes níveis de indenização, conforme o tipo de dispensa, tanto individual, quanto coletiva:

- a) Dispensa nula: reintegração ou pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento ou da garantia de emprego, conforme opção do empregado sem prejuízo do levantamento do FGTS, além da indenização de 80%, se for o caso, e de outros benefícios;
- b) Dispensa sem justa causa ou arbitrária: levantamento do FGTS, além da indenização de 80%, sem prejuízo do aviso prévio e de outros benefícios;
- c) Dispensa não arbitrária: levantamento do FGTS, além da indenização de 20%, sem prejuízo do aviso prévio e de outros benefícios.²⁵²

Consideramos razoável a indenização de 80% sobre o FGTS no caso de dispensa arbitrária, apresentada pelo doutrinador Nelson Mannrich, e neste passo, iremos segui-lo.

Portanto, em resumo, a classificação da dispensa coletiva deve gerar diferentes patamares de indenização:

a) Indenização específica para a dispensa lícita, não arbitrária, por motivos econômicos ou análogos a este, onde o empregador comprovará a sua motivação socialmente justificada, com a demonstração da dificuldade econômica que a empresa sofre, no montante de 20% sobre o FGTS;

b) Indenização para a dispensa lícita, não arbitrária, por motivos tecnológicos, estruturais ou análogos, no montante de 40% sobre o FGTS;

c) Indenização para a dispensa arbitrária, no montante de 80% sobre o FGTS.

d) Reintegração ou indenização, na dispensa de estáveis.

²⁵² **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social.** São Paulo: LTr, 2000, p. 559.

A dispensa coletiva deverá ser considerada arbitrária ainda se o empregador não observar os procedimentos, não cumprir as formalidades, deixar de efetivar as comunicações e informações, não promover as tentativas de negociação prévia, e portanto, deverá ser penalizada com multa pelo descumprimento dos procedimentos, a ser revertida para o trabalhador, no montante aproximado de 2 remunerações, com a finalidade de inibir o procedimento de dispensa sem o cumprimento mínimo do disposto em lei.

Obviamente que não havendo acordo, mas observados todos os parâmetros legais, as demissões serão realizadas, sendo possível o controle pelo Poder Judiciário Trabalhista.

Outra questão que deve ser revista é o prazo que a dispensa coletiva poderá ser questionada no Poder Judiciário, isto porque o prazo de 2 anos é demasiadamente logo, como assevera a doutrina:

O prazo de dois anos é excessivamente longo para o empregado ingressar em juízo e desclassificar a dispensa objetiva, pleiteando as verbas próprias da dispensa sem justa causa. Deveria o prazo prescricional ser adequado à modalidade de prova vinculada a motivos objetivos, quando os elementos de crise e dificuldade econômica são fugazes e fluidos.²⁵³

Arion Sayão Romita propõe 30 dias:

Questão relevante é a do prazo fixado para a impugnação da despedida injustificada. Este prazo (que é da decadência, não de prescrição) há de ser curto: três semanas, como na lei alemã, ou vinte dias úteis, como no Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, no máximo trinta dias. Se o empregado precisa do emprego, deve manifestar desde logo a vontade de a ele retornar. O decurso de mais trinta dias deve fazer presumir que o trabalhador aceita o desfazimento definitivo do vínculo contratual.²⁵⁴

Acreditamos que o prazo de 30 dias será curto para mobilizar o sindicato a tomar as providências, ou o trabalhador individual se opor à dispensa

²⁵³ MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000, p.563.

²⁵⁴ **Proteção contra a despedida arbitrária**. In CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994, p.35.

Em Portugal, a licitude do despedimento coletivo só pode ser questionada através de ação de impugnação que deve ser intentada em até seis meses, contados da data da cessação do contrato (art. 388).

A distinção da dispensa coletiva para a individual justifica a diminuição do prazo prescricional, assim, julgamos ser razoável fixar o prazo em 6 meses contados a partir da cessão do contrato, para ser questionada no Poder Judiciário a dispensa coletiva. O trabalhador não poderá ser prejudicado em seus outros direitos, mas as penalidades específicas decorrentes da dispensa coletiva apenas serão devidas se questionadas em até 6 meses.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, dispôs no rol dos direitos fundamentais (instituídas em favor do trabalhador), a proteção da relação de emprego em seu art. 7º, inciso I. O dispositivo informa que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A intenção expressa da Constituição Federal foi objeto do acordo entre as bases dos parlamentares na Assembleia Nacional Constituinte, que votou pelo consenso geral em proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa; além disso, fixou como limite da dispensa a figura da indenização, a ser disciplinada por lei complementar diante da complexidade e relevância do tema.

Enquanto a matéria não é regulamentada por lei complementar, determinou, de forma provisória, a aplicação do art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que aumentou de 10 para 40% a indenização dos valores depositados na conta vinculada do FGTS do trabalhador, aplicando-se exclusivamente às dispensas individuais.

Transcorridos mais de 20 anos sem regulamentação, notamos nitidamente por parte do Estado, uma inércia legislativa em assegurar o cumprimento à proteção da relação de emprego. Neste contexto, é necessário efetivar esse direito, especialmente por se tratar de direito fundamental social.

A falta de regulamentação fica mais grave no âmbito da dispensa coletiva; os problemas não se restringem apenas ao empregado demitido e ao empregador, mas atingem a sociedade; as dúvidas não se limitam à dispensa coletiva, ao número de empregados envolvidos, aos valores ou benefícios em contrapartida, mas vão

além, abarcam projetos de reestruturação e alternativas para evitar a dispensa, como a negociação coletiva.

A dispensa coletiva ocorre quando há rescisões simultâneas de contratos individuais, todas motivadas pelo critério objetivo da empresa, relacionadas a motivos econômicos, estruturais, tecnológicos ou análogos, em um lapso temporal próximo.

Como inexistente qualquer regramento sobre a dispensa coletiva, apenas a certeza de que a Constituição protegeu a relação de emprego contra a dispensa arbitrária, fixou o Tribunal Superior do Trabalho – no julgamento do caso Embraer –, a premissa “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores” isto porque as empresas, convictas por uma combinação de diversos fatores, ainda demitem coletivamente de forma arbitrária.

Assim, o quadro completo de omissão só não é mais grave diante da premissa fixada pelo TST, e da atuação do Poder Judiciário Trabalhista que vem exigindo a negociação coletiva prévia, em caso de dispensa coletiva.

Das formas estudadas para solução do conflito coletivo na dispensa coletiva a negociação coletiva é a primeira e a melhor das formas para resolução da crise, que poderá ser menos gravosa se esta for eficaz, amenizando ou atenuando os impactos da demissão.

O Poder Judiciário tem fomentado a negociação coletiva e as decisões neste sentido têm se multiplicado, em um ímpeto de esforço para proteger a liberdade sindical. Entretanto, como as partes envolvidas não são obrigadas ao diálogo, como não há legislação que as obrigue neste sentido, os empregadores têm demitido sem a tentativa de negociação, como aconteceu nos episódios da GOL/WebJet, no final de 2012, conforme relatamos nesta dissertação. Nos casos estudados não houve qualquer prévia negociação.

O tema no Brasil tem adquirido grande relevância e despertado a atenção dos Poderes Legislativo e Judiciário, além da doutrina especializada. Essa tendência indica a necessidade de se criar uma legislação específica, que ofereça as ferramentas necessárias para lidar com as dispensas coletivas que, embora complexas, ao serem solucionadas, trarão inúmeras vantagens e a paz social. Assim, ter uma legislação a esse respeito é nossa maior preocupação.

A procedimentalização da dispensa coletiva tornará obrigatória a tentativa de negociação, e regulará algumas condições mínimas em proteção à sociedade e ao emprego.

Neste trabalho apresentamos uma proposta de procedimentalização para a dispensa coletiva a partir da observação da tendência mundial de sua proteção, das recomendações e convenção da OIT, das diretivas da União Europeia e a da legislação de Portugal. Ao final, indicamos as diretrizes necessárias à lei que regulamentará o art. 7º, I, da CF.

O foco da atual legislação deverá ser a prevalência da negociação coletiva, com a comunicação dos representantes do trabalhadores antes de efetivadas as demissões, em um ambiente de transparência de dados e de boa-fé objetiva.

Em um contexto geral, diante do eixos que mantém o sindicalismo – com o monopólio da representação da categoria, através da unicidade sindical e a imposição da contribuição sindical – , verificamos que ainda há um longo caminho a ser percorrido pois o princípio da liberdade sindical não tem o alcance vislumbrado pela OIT, o que, por consequência, gera um sindicalismo fraco e sem representatividade, com interferência estatal e o descrédito da negociação coletiva.

Mas, como caminhar é preciso, continuamos em busca de um processo de reforma sindical que irá fortalecer os sindicatos, atribuindo-lhes uma verdadeira representação, como condição que trará a maturidade sindical ao país, para efetivar e estimular a negociação coletiva.

Enquanto isto, é necessário desde efetivar a proteção contra a dispensa coletiva arbitrária, por meio de sua completa procedimentalização, através da legislação complementar, conforme determina a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

LIVROS E PERIÓDICOS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

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**. São Paulo: Revista LTR, Legislação do Trabalho; v. 71-03, 2007.

_____. **Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?** São Paulo: Revista LTr. Legislação do Trabalho, v.73 abr.2009.

_____. **Negociação coletiva e boa-fé objetiva**. São Paulo: Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. abr.2010.

_____. **Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa**. Revista LTr: Legislação do Trabalho, v. 75, n. 2, fev. 2011.

_____.(coordenador); Claudimir Supioni Junior; Jeana Silva Sobral (organizadores). **Direitos laborais inespecíficos – os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho**. São Paulo: LTr, vários autores, 2012.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

BARBOSA, Maria da Graça Bonança. **O “caso Embraer” e os desafios para tutela coletiva dos interesses legítimos dos trabalhadores**. Revista LTr. Legislação do Trabalho, v.75, mai.2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Direito coletivo do trabalho e mediação: teoria e prática**. São Paulo: LTr, 2002.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BRIÃO, Andréa. **Proteção do trabalho frente às dispensas coletivas**. Revista LTr, Legislação do Trabalho, v.74, abr. 2010.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina – proposta de inserção da comissão de empresa**. São Paulo: LTr, 2007.

CARNEIRO FILHO, Roberto. **Negociação coletiva de trabalho: solução de problemas trabalhistas nas crises empresariais**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2010.

CARRION, Valentin (diretor). Trabalho & Processo. **Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.1994.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1982.

CICCO, Claudio de. **História do Pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONFERÊNCIA Internacional do Trabalho. 97ª Sessão 2008. Liberdade sindical na prática: lições a retirar. **Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Publicado em 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorioglobal_2008.pdf> . Acesso em: 02 nov.2012.

CUNHA, Maria Inês M.S. Alves da. O direito do trabalho na sociedade da informação. **Revista do Advogado**. Ano XXIX, n. 104, jul.2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTER, Luiz Eduardo. Coordenadores. **O Impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11.ed., São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Direito Coletivo do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Bento Herculano. (Coord. vários autores) **Manual de direito do trabalho – estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros**. São Paulo: LTr, 1998.

DUARTE, Vinicius Franco. **Motivação da dispensa e estabilidade**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva.Coordenadores. **O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006.

GENRO, Tarso. **Crise da democracia: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global**. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GOIS, Luis Marcelo Figueiras de. **Princípios da negociação coletiva de trabalho**. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/luiz_marcelo_figueiras_gois/luiz_marcelo_principios_negociacao.pdf> Acesso em: 9 out.2012.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

IBGE. Séries estatísticas e séries históricas. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em:< <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/Apresentacao.aspx>>. Acesso em 10 jul. 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JORNAL de Brasília. Centrão e covas fecham acordo e estabilidade vai a voto hoje. Brasília, n. 4653, p.3, Publicado em 23 fev. 1988. Disponível em : <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/126509>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). **A negociação coletiva no direito do trabalho brasileiro**. São Paulo: Revista LTr. vol. 70, n.7, jul.2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11.ed. São Paulo: Método, 2007.

MAGANO, Octávio Bueno. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972.

_____. **Política do trabalho**. São Paulo: LTr,1992.

_____. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr,1993.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva – da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa – aspectos do direito material e processual do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 5.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1977.

MARANHÃO, Délio. CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto **Despedida Coletiva**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=614>. Acesso em: 16 mai. 2010.

MELO, Joana de Medeiros. **Despedimento por facto imputável ao trabalhador: situações típicas de justa causa**. Dissertação realizada no âmbito do 2º Ciclo. Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico-Empresariais, sob a orientação do Professor Doutor José João Abrantes. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Portugal, fev.2011. Disponível em:<http://run.unl.pt/bitstream/10362/6900/1/Melo_2011.PDF> Acesso em: 17 set. 2012

MELO, Raimundo Simão de. **Dissídio coletivo de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2006.

MENEZES, Rodolfo Rosa Telles. Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. *In: Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, n. 96, jan. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11002&revista_caderno=9>. Acesso em: 30 jan.2013.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito processual do trabalho**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **Dispensa coletiva e negociação**. Revista TST, Brasília, vol. 77, n.2, abr-jun, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o trabalho: principiologia dos direitos humanos aplicado ao Direito do Trabalho**. Revista do Advogado. Ano XXVIII, n. 97, mai.2008.

RODRIGUES, Aluisio (coordenador). **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Concertação social**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

_____. **Direito do trabalho e processo do trabalho**. Volume 9. São Paulo: Atlas, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. *In*: CARRION, Valentin (diretor). **Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral**, n.1, São Paulo: Saraiva, jun.994.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____.(organizador) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Curso de iniciação ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. A importância da Convenção 158 da OIT para a cidadania no trabalho no Brasil. **Revista do Advogado**. Ano XXVIII, n. 97, mai.2008.

SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego numa economia globalizada.** Disponível em: < <http://www.fiscosoft.com.br/a/2gr1/a-protecao-da-relacao-de-emprego-numa-economia-globalizada-jose-soares-filho-elaborado-em-122001#ixzz29ZQSSib7>>. Acesso em: 17 out. 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158 da OIT.** Disponível em: < http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18352/Prote%C3%A7%C3%A3o_Contra_a_Dispensa_Arbitr%C3%A1ria.pdf?sequence=2>. Acesso em: 05 nov.2012.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segandas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho.** 21.ed., São Paulo: LTr, 2003.

THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (organizadores). **Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PORTAIS ELETRÔNICOS

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA DE PORTUGAL
Disponível em: <www.parlamento.pt>

DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA
Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>

ORDEM DOS ADVOGADOS (Portugal)
Disponível em: <www.oa.pt/>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO
Disponível em: <www.ilo.org>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Brasil)
Disponível em: <www.oitbrasil.org.br>.

PORTAL OFICIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA
Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/>>

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Disponível em: <www.prt1.mpt.gov.br>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Disponível em: < www.stf.jus.br>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Disponível em: <www.trt1.jus.br>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
Disponível em: <www.trtsp.jus.br>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Disponível em: <www.trt3.jus.br>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
Disponível em: <www.trt15.jus.br>

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
Disponível em: <www.tst.gov.br>

VERBA LEGIS
Disponível em: <<http://www.verbalegis.net/novocodigo.htm>>

NORMAS DA ABNT

ABNT NBR 10520: 2002 Informação e documentação - Citação em documentos - Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 - Informação e documentação - Referências - Elaboração

ABNT NBR 6024: 2003 - Informação e documentação - Numeração progressiva das seções de um documento escrito - Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 - Informação e documentação - Resumo - Apresentação

ABNT NBR 6034: 2004 - Informação e documentação - Índice - Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 - Informação e documentação - Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 - Informação e documentação - Sumário - Apresentação

ANEXO 1

DIRETIVA 98/59/CE¹

Directiva 98/59/CE do Conselho de 20 de Julho de 1998 relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos despedimentos colectivos

Jornal Oficial nº L 225 de 12/08/1998 p. 0016 - 0021

DIRECTIVA 98/59/CE DO CONSELHO de 20 de Julho de 1998 relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos despedimentos colectivos,

O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, o seu artigo 100º,

Tendo em conta a proposta da Comissão,

Tendo em conta o parecer do Parlamento Europeu (1),

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social (2),

(1) Considerando que, por motivos de lógica e clareza, é conveniente proceder à codificação da Directiva 75/129/CEE do Conselho, de 17 de Janeiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos despedimentos colectivos (3);

(2) Considerando que se deve reforçar a protecção dos trabalhadores em caso de despedimento colectivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento económico e social equilibrado na Comunidade;

(3) Considerando que, apesar de uma evolução convergente, subsistem diferenças entre as disposições em vigor nos Estados-membros no que respeita às modalidades e ao processo dos despedimentos colectivos, bem como às medidas susceptíveis de atenuar as consequências destes despedimentos para os trabalhadores;

¹ Versão em português Disponível no site da EUR-Lex <http://eur-lex.europa.eu>. Directiva disponível no link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0059:PT:HTML> Acesso 09.01.2013.

(4) Considerando que estas diferenças podem ter uma incidência directa no funcionamento do mercado interno;

(5) Considerando que a Resolução do Conselho de 21 de Janeiro de 1974, respeitante a um programa de acção social (4), prevê uma directiva para a aproximação das legislações dos Estados-membros relativas aos despedimentos colectivos;

(6) Considerando que a Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, adoptada na reunião do Conselho Europeu realizada em Estrasburgo, em 9 de Dezembro de 1989, pelos chefes de Estado ou de Governo de onze Estados-membros declara, nomeadamente, no primeiro parágrafo, primeira frase, e no segundo parágrafo do seu ponto 7, no primeiro parágrafo do seu ponto 17 e no terceiro travessão do seu ponto 18;

«7. A concretização do mercado interno deve conduzir a uma melhoria das condições da vida e de trabalho dos trabalhadores na Comunidade Europeia.

Esta melhoria deve implicar, nos casos em que tal for necessário, o desenvolvimento de certos aspectos da regulamentação do trabalho, designadamente os relacionados com os processos de despedimento colectivo ou as falências.

(. . .)

17. A informação, a consulta e a participação dos trabalhadores devem ser desenvolvidas segundo regras adequadas e tendo em conta as práticas em vigor nos diferentes Estados-membros.

(. . .)

18. A informação, a consulta e a participação referidas devem ser accionadas em tempo útil, nomeadamente nos seguintes casos:

(- . . .)

(- . . .)

- por ocasião de processos de despedimento colectivo,

(- . . .)»;

(7) Considerando que é necessário, portanto, promover esta aproximação numa via de progresso, nos termos do artigo 117º do Tratado;

(8) Considerando que, para o cálculo do número de despedimentos previsto na definição de despedimentos colectivos na acepção da presente directiva, convém equiparar a despedimentos outras formas de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, desde que o número de despedimentos seja, pelo menos, de cinco;

(9) Considerando que é conveniente prever que a presente directiva seja, em princípio, igualmente aplicável aos despedimentos colectivos resultantes da cessação das actividades do estabelecimento determinada por decisão judicial;

(10) Considerando que é conveniente dar aos Estados-membros a possibilidade de prever que os representantes dos trabalhadores possam recorrer a peritos em virtude da complexidade técnica das matérias susceptíveis de informação e de consulta;

(11) Considerando que é conveniente assegurar que as obrigações dos empregadores em matéria de informação, de consulta e de notificação sejam aplicáveis independentemente do facto de a decisão relativa aos despedimentos colectivos emanar do empregador ou de uma empresa que sobre ele exerça uma actividade de controlo;

(12) Considerando que é conveniente que os Estados-membros zelem por que os representantes dos trabalhadores e/ou os trabalhadores tenham à sua disposição processos administrativos e/ou judiciais destinados a assegurar a observância das obrigações instituídas pela presente directiva;

(13) Considerando que a presente directiva não deve prejudicar as obrigações dos Estados-membros relativas aos prazos de transposição das directivas que figuram no anexo I, parte B,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA:

SECÇÃO I

Definições e âmbito de aplicação

Artigo 1º

1. Para efeitos da aplicação da presente directiva:

a) Entende-se por «despedimentos colectivos» os despedimentos efectuados por um empregador, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores,

quando o número de despedimentos abranger, segundo a escolha efectuada pelos Estados-membros:

i) ou, num período de 30 dias:

- no mínimo 10 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente mais de 20 e menos de 100,

- no mínimo 10 % do número dos trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 100 e menos de 300 trabalhadores,

- no mínimo 30 trabalhadores, nos estabelecimentos que empreguem habitualmente no mínimo 300;

ii) ou, num período de 90 dias, no mínimo 20 trabalhadores, qualquer que seja o número de trabalhadores habitualmente empregados nos estabelecimentos em questão;

b) Entende-se por «representantes dos trabalhadores» os representantes dos trabalhadores previstos pela legislação ou pela prática dos Estados-membros.

Para o cálculo do número de despedimentos previsto no primeiro parágrafo, alínea a), são equiparadas a despedimentos as cessações do contrato de trabalho por iniciativa do empregador por um ou vários motivos não inerentes à pessoa dos trabalhadores, desde que o número de despedimentos seja, pelo menos, de cinco.

2. A presente directiva não é aplicável:

a) Aos despedimentos colectivos efectuados no âmbito de contratos de trabalho a prazo ou à tarefa, salvo se estes despedimentos forem efectuados antes do termo ou do cumprimento destes contratos;

b) Aos trabalhadores das administrações públicas ou dos estabelecimentos de direito público (ou das entidades equivalentes nos Estados-membros que não conheçam esta noção);

c) As tripulações dos navios de mar.

SECÇÃO II

Informação e consulta

Artigo 2º

1. Sempre que tenciona efectuar despedimentos colectivos, a entidade patronal é obrigada a consultar em tempo útil os representantes dos trabalhadores, com o objectivo de chegar a um acordo.

2. As consultas incidirão, pelo menos, sobre as possibilidades de evitar ou de reduzir os despedimentos colectivos, bem como sobre os meios de atenuar as suas consequências recorrendo a medidas sociais de acompanhamento destinadas, nomeadamente, a auxiliar a reintegração ou reconversão dos trabalhadores despedidos.

Os Estados-membros podem prever que os representantes dos trabalhadores possam recorrer a peritos, nos termos das legislações e/ou práticas nacionais.

3. Para que os representantes dos trabalhadores possam formular propostas construtivas, o empregador deve, em tempo útil, no decurso das consultas:

a) Facultar-lhes todas as informações necessárias; e

b) Comunicar-lhes, sempre por escrito:

i) os motivos do despedimento previsto,

ii) o número e as categorias dos trabalhadores a despedir,

iii) o número e as categorias dos trabalhadores habitualmente empregados,

iv) o período durante o qual se pretende efectuar os despedimentos,

v) os critérios a utilizar na selecção dos trabalhadores a despedir, na medida em que as leis e/ou práticas nacionais dêem essa competência ao empregador,

vi) o método previsto para o cálculo de qualquer eventual indemnização de despedimento que não a que decorre das leis e/ou práticas nacionais.

O empregador deve remeter cópia à autoridade pública competente pelo menos dos elementos da comunicação escrita previstos nas subalíneas i) a v) da alínea b).

4. As obrigações previstas nos n.ºs 1, 2 e 3 são aplicáveis independentemente de a decisão dos despedimentos colectivos ser tomada pelo empregador ou por uma empresa que o controle.

Quanto às alegadas infracções às obrigações de informação, consulta e notificação previstas na presente directiva, não será tomada em consideração qualquer justificação do empregador fundamentada no facto de as informações necessárias

não lhe terem sido fornecidas pela empresa cuja decisão deu origem dos despedimentos colectivos.

SECÇÃO III

Processo de despedimento e colectivo

Artigo 3º

1. O empregador deve notificar por escrito a autoridade pública competente de qualquer projecto de despedimento colectivo.

No entanto, os Estados-membros podem prever que, caso de um projecto de despedimento colectivo resultante da cessação das actividades de um estabelecimento na sequência de uma decisão judicial, o empregador seja obrigado a notificar por escrito a autoridade pública competente apenas se esta a solicitar.

A notificação deve conter todas as informações úteis respeitantes ao projecto de despedimento colectivo e às consultas aos representantes dos trabalhadores previstas no artigo 2º, nomeadamente, os motivos do despedimento, o número de trabalhadores a despedir, o número dos trabalhadores habitualmente empregados e o período no decurso do qual se pretende efectuar os despedimentos.

2. O empregador deve remeter aos representantes dos trabalhadores uma cópia da notificação prevista no nº 1.

Os representantes dos trabalhadores podem transmitir as suas eventuais observações à autoridade pública competente.

Artigo 4º

1. Os despedimentos colectivos, de cujo projecto tenha sido notificada a autoridade pública competente, não podem produzir efeitos antes de decorridos 30 dias após a notificação prevista no nº 1 do artigo 3º e devem respeitar as disposições reguladoras dos direitos individuais em matéria de aviso prévio de despedimento.

Os Estados-membros podem conceder à autoridade pública competente a faculdade de reduzir o prazo referido no primeiro parágrafo deste número.

2. A autoridade pública competente aproveitará o prazo referido no nº 1 para procurar soluções para os problemas criados pelos despedimentos colectivos previstos.

3. Quando o prazo inicial previsto no nº 1 for inferior a 60 dias, os Estados-membros podem conceder à autoridade pública competente a faculdade de determinar a

dilatação do prazo inicial até 60 dias após a notificação, sempre que se verifique o risco de não se encontrar, no prazo inicial, solução para os problemas criados pelos despedimentos colectivos previstos.

Os Estados-membros podem conceder à autoridade pública competente mais amplas faculdades de dilatação de prazo.

O empregador deve ser informado da dilatação e dos seus motivos antes de expirar o prazo inicial previsto no nº 1.

4. Os Estados-membros não são obrigados a aplicar o presente artigo em caso de despedimentos colectivos resultantes da cessação das actividades de um estabelecimento, quando esta resultar de uma decisão judicial.

SECÇÃO IV

Disposições finais

Artigo 5º

A presente directiva não prejudica a faculdade que os Estados-membros têm de aplicar ou de introduzir disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores ou de permitir ou promover a aplicação de disposições convencionais mais favoráveis aos trabalhadores.

Artigo 6º

Os Estados-membros devem prever a existência de procedimentos administrativos e/ou judiciais para fazer cumprir as obrigações instituídas pela presente directiva a que possam recorrer os representantes dos trabalhadores e/ou os trabalhadores.

Artigo 7º

Os Estados-membros comunicarão à Comissão o texto das disposições essenciais de direito interno já adoptadas ou que vierem a adoptar no domínio regulado pela presente directiva.

Artigo 8º

1. As directivas que constam da parte A do anexo I, são revogadas, sem prejuízo das obrigações dos Estados-membros relativamente aos prazos de transposição das referidas directivas que constam da parte B do anexo I.

2. As referências feitas às directivas revogadas devem entender-se como feitas à presente directiva e ser lidas de acordo com o quadro de correspondência que consta do anexo II.

Artigo 9º

A presente directiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial das Comunidades Europeias.

Artigo 10º

Os Estados-membros são os destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelas, em 20 de Julho de 1998.

Pelo Conselho

O Presidente

W. MOLTERER

(1) JO C 210 de 6. 7. 1998.

(2) JO C 158 de 26. 5. 1997, p. 11.

(3) JO L 48 de 22. 2. 1975, p. 29. Directiva alterada pela Directiva 92/56/CEE (JO L 245 de 26. 8. 1992, p. 3).

(4) JO C 13 de 12. 2. 1974, p. 1.

ANEXO I

PARTE A

Directivas revogadas (referidas no artigo 8º)

Directiva 75/129/CEE do Conselho e sua modificação:

Directiva 92/56/CEE do Conselho.

PARTE B

Lista dos prazos de transposição para o direito nacional (referidas no artigo 8º)

>POSIÇÃO NUMA TABELA>

ANEXO II

>POSIÇÃO NUMA TABELA>

ANEXO 2

PRINCIPAIS ARTIGOS DO CÓDIGO DO TRABALHO PORTUGUÊS SOBRE DESPEDIMENTO COLETIVO

Segue os principais artigos sobre o tema do Código do Trabalho Português, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, e alterado pelas Leis n.os 105/2009, de 14 de setembro, 53/2011, de 14 de outubro e 23/2012 de 25 de junho².

DIVISÃO II

Despedimento colectivo

Artigo 359.º

Noção de despedimento colectivo

1 - Considera-se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior consideram-se, nomeadamente:

- a) Motivos de mercado - redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado;
- b) Motivos estruturais - desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes;
- c) Motivos tecnológicos - alterações nas técnicas ou processos de fabrico,

² Disponível no site da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa - http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis. Acesso em 06.11.2012.

automatização de instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação.

Artigo 360.º

Comunicações em caso de despedimento colectivo

1 - O empregador que pretenda proceder a um despedimento colectivo comunica essa intenção, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger.

2 - Da comunicação a que se refere o número anterior devem constar:

- a) Os motivos invocados para o despedimento colectivo;
- b) O quadro de pessoal, discriminado por sectores organizacionais da empresa;
- c) Os critérios para selecção dos trabalhadores a despedir;
- d) O número de trabalhadores a despedir e as categorias profissionais abrangidas;
- e) O período de tempo no decurso do qual se pretende efectuar o despedimento;
- f) O método de cálculo de compensação a conceder genericamente aos trabalhadores a despedir, se for caso disso, sem prejuízo da compensação estabelecida no artigo 366.º ou em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

3 - Na falta das entidades referidas no n.º 1, o empregador comunica a intenção de proceder ao despedimento, por escrito, a cada um dos trabalhadores que possam ser abrangidos, os quais podem designar, de entre eles, no prazo de cinco dias úteis a contar da recepção da comunicação, uma comissão representativa com o máximo de três ou cinco membros consoante o despedimento abranja até cinco ou mais trabalhadores.

4 - No caso previsto no número anterior, o empregador envia à comissão neste referida os elementos de informação discriminados no n.º 2.

5 - O empregador, na data em que procede à comunicação prevista no n.º 1 ou no número anterior, envia cópia da mesma ao serviço do ministério responsável pela

área laboral com competência para o acompanhamento e fomento da contratação colectiva.

6 - Constitui contra-ordenação grave o despedimento efectuado com violação do disposto nos n.os 1 a 4 e constitui contra-ordenação leve o efectuado com violação do disposto no n.º 5.

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

- Lei n.º 53/2011, de 14/10
- Lei n.º 23/2012, de 25/06

Consultar versões anteriores deste artigo:

- 1ª versão: Lei n.º 7/2009, de 12/02
- 2ª versão: Lei n.º 53/2011, de 14/10

Artigo 361.º

Informações e negociação em caso de despedimento colectivo

1 - Nos cinco dias posteriores à data do acto previsto nos n.os 1 ou 4 do artigo anterior, o empregador promove uma fase de informações e negociação com a estrutura representativa dos trabalhadores, com vista a um acordo sobre a dimensão e efeitos das medidas a aplicar e, bem assim, de outras medidas que reduzam o número de trabalhadores a despedir, designadamente:

- a) Suspensão de contratos de trabalho;
- b) Redução de períodos normais de trabalho;
- c) Reconversão ou reclassificação profissional;
- d) Reforma antecipada ou pré-reforma.

2 - A aplicação de medida prevista na alínea a) ou b) do número anterior a trabalhadores abrangidos por procedimento de despedimento colectivo não está sujeita ao disposto nos artigos 299.º e 300.º

3 - A aplicação de medida prevista na alínea c) ou d) do n.º 1 depende de acordo do trabalhador.

4 - O empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores podem fazer-se assistir cada qual por um perito nas reuniões de negociação.

5 - Deve ser elaborada acta das reuniões de negociação, contendo a matéria acordada, bem como as posições divergentes das partes e as opiniões, sugestões e

propostas de cada uma.

6 - Constitui contra-ordenação grave o despedimento efectuado com violação do disposto nos n.os 1 ou 3.

Artigo 362.º

Intervenção do ministério responsável pela área laboral

1 - O serviço competente do ministério responsável pela área laboral participa na negociação prevista no artigo anterior, com vista a promover a regularidade da sua instrução substantiva e procedimental e a conciliação dos interesses das partes.

2 - O serviço referido no número anterior, caso exista irregularidade da instrução substantiva e procedimental, deve advertir o empregador e, se a mesma persistir, deve fazer constar essa menção da acta das reuniões de negociação.

3 - A pedido de qualquer das partes ou por iniciativa do serviço referido no número anterior, os serviços regionais do emprego e da formação profissional e da segurança social indicam as medidas a aplicar, nas respectivas áreas, de acordo com o enquadramento legal das soluções que sejam adoptadas.

4 - Constitui contra-ordenação leve o impedimento à participação do serviço competente na negociação referida no n.º 1.

Artigo 363.º

Decisão de despedimento colectivo

1 - Celebrado o acordo ou, na falta deste, após terem decorrido 15 dias sobre a prática do acto referido nos n.os 1 ou 4 do artigo 360.º ou, na falta de representantes dos trabalhadores, da comunicação referida no n.º 3 do mesmo artigo, o empregador comunica a cada trabalhador abrangido a decisão de despedimento, com menção expressa do motivo e da data de cessação do contrato e indicação do montante, forma, momento e lugar de pagamento da compensação, dos créditos vencidos e dos exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho, por escrito e com antecedência mínima, relativamente à data da cessação,

de:

- a) 15 dias, no caso de trabalhador com antiguidade inferior a um ano;
- b) 30 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a um ano e inferior a cinco anos;
- c) 60 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a cinco anos e inferior a 10 anos;
- d) 75 dias, no caso de trabalhador com antiguidade igual ou superior a 10 anos.

2 - No caso de o despedimento abranger ambos os cônjuges ou pessoas que vivam em união de facto, a comunicação prevista no número anterior deverá ser feita com a antecedência mínima prevista no escalão imediatamente superior ao que seria aplicável se apenas um deles integrasse o despedimento.

3 - Na data em que envia a comunicação aos trabalhadores, o empregador remete:

- a) Ao serviço competente do ministério responsável pela área laboral, a acta das reuniões de negociação ou, na sua falta, informação sobre a justificação de tal falta, as razões que obstaram ao acordo e as posições finais das partes, bem como relação de que conste o nome de cada trabalhador, morada, datas de nascimento e de admissão na empresa, situação perante a segurança social, profissão, categoria, retribuição, a medida decidida e a data prevista para a sua aplicação;
- b) À estrutura representativa dos trabalhadores, cópia da relação referida na alínea anterior.

4 - Não sendo observado o prazo mínimo de aviso prévio, o contrato cessa decorrido o período de aviso prévio em falta a contar da comunicação de despedimento, devendo o empregador pagar a retribuição correspondente a este período.

5 - O pagamento da compensação, dos créditos vencidos e dos exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho deve ser efectuado até ao termo do prazo de aviso prévio, salvo em situação prevista no artigo 347.º ou regulada em legislação especial sobre recuperação de empresas e reestruturação de sectores económicos.

6 - Constitui contra-ordenação grave o despedimento efectuado com violação do disposto nos n.os 1, 2 ou 5 e constitui contra-ordenação leve a violação do disposto no n.º 3.

Artigo 364.º

Crédito de horas durante o aviso prévio

1 - Durante o prazo de aviso prévio, o trabalhador tem direito a um crédito de horas correspondente a dois dias de trabalho por semana, sem prejuízo da retribuição.

2 - O crédito de horas pode ser dividido por alguns ou todos os dias da semana, por iniciativa do trabalhador.

3 - O trabalhador deve comunicar ao empregador a utilização do crédito de horas, com três dias de antecedência, salvo motivo atendível.

4 - Constitui contra-ordenação leve a violação do disposto neste artigo.

Artigo 365.º

Denúncia do contrato pelo trabalhador durante o aviso prévio

Durante o prazo de aviso prévio, o trabalhador pode denunciar o contrato de trabalho, mediante declaração com a antecedência mínima de três dias úteis, mantendo o direito a compensação.

Artigo 366.º

Compensação por despedimento colectivo

1 - Em caso de despedimento coletivo, o trabalhador tem direito a compensação correspondente a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade.

2 - A compensação prevista no número anterior é determinada do seguinte modo:

a) O valor da retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador a considerar para efeitos de cálculo da compensação não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida;

b) O montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou, quando seja aplicável o

limite previsto na alínea anterior, a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida;

c) O valor diário de retribuição base e diuturnidades é o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades;

d) Em caso de fração de ano, o montante da compensação é calculado proporcionalmente.

3 - A compensação é paga pelo empregador, com exceção da parte que caiba ao fundo de compensação do trabalho ou a mecanismo equivalente, nos termos de legislação específica.

4 - No caso de o fundo de compensação do trabalho ou o mecanismo equivalente não pagar a totalidade da compensação a que esteja obrigado, o empregador responde pelo respetivo pagamento e fica sub-rogado nos direitos do trabalhador em relação àquele em montante equivalente.

5 - Presume-se que o trabalhador aceita o despedimento quando recebe a compensação prevista neste artigo.

6 - A presunção referida no número anterior pode ser ilidida desde que, em simultâneo, o trabalhador entregue ou ponha, por qualquer forma, a totalidade da compensação pecuniária recebida à disposição do empregador e do fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente.

7 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.os 1, 2, 3 e 4.

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

- Lei n.º 23/2012, de 25/06

Consultar versões anteriores deste artigo:

-1ª versão: Lei n.º 7/2009, de 12/02

Artigo 366.º-A

Compensação para novos contratos de trabalho

(Revogado.)

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

Consultar versões anteriores deste artigo:

- Lei n.º 23/2012, de 25/06

-1ª versão: Lei n.º 53/2011, de 14/10

Artigo 383.º

Ilicitude de despedimento colectivo

O despedimento colectivo é ainda ilícito se o empregador:

- a) Não tiver feito a comunicação prevista nos n.os 1 ou 4 do artigo 360.º ou promovido a negociação prevista no n.º 1 do artigo 361.º;
- b) Não tiver observado o prazo para decidir o despedimento, referido no n.º 1 do artigo 363.º;
- c) Não tiver posto à disposição do trabalhador despedido, até ao termo do prazo de aviso prévio, a compensação por ele devida a que se refere o artigo 366.º e os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho, sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 5 do artigo 363.º

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

- Lei n.º 53/2011, de 14/10

- Lei n.º 23/2012, de 25/06

Consultar versões anteriores deste artigo:

-1ª versão: Lei n.º 7/2009, de 12/02

-2ª versão: Lei n.º 53/2011, de 14/10

Artigo 386.º

Suspensão de despedimento

O trabalhador pode requerer a suspensão preventiva do despedimento, no prazo de cinco dias úteis a contar da data da recepção da comunicação de despedimento, mediante providência cautelar regulada no Código de Processo do Trabalho.

Artigo 387.º

Apreciação judicial do despedimento

1 - A regularidade e licitude do despedimento só pode ser apreciada por tribunal judicial.

2 - O trabalhador pode opor-se ao despedimento, mediante apresentação de requerimento em formulário próprio, junto do tribunal competente, no prazo de 60 dias, contados a partir da recepção da comunicação de despedimento ou da data de cessação do contrato, se posterior, excepto no caso previsto no artigo seguinte.

3 - Na acção de apreciação judicial do despedimento, o empregador apenas pode invocar factos e fundamentos constantes de decisão de despedimento comunicada ao trabalhador.

4 - Em casos de apreciação judicial de despedimento por facto imputável ao trabalhador, sem prejuízo da apreciação de vícios formais, o tribunal deve sempre pronunciar-se sobre a verificação e procedência dos fundamentos invocados para o despedimento.

Artigo 388.º

Apreciação judicial do despedimento colectivo

1 - A ilicitude do despedimento colectivo só pode ser declarada por tribunal judicial.

2 - A acção de impugnação do despedimento colectivo deve ser intentada no prazo de seis meses contados da data da cessação do contrato.

3 - É aplicável à acção de impugnação do despedimento colectivo o disposto no n.º 3 do artigo anterior.

Artigo 389.º

Efeitos da ilicitude de despedimento

1 - Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador é condenado:

a) A indemnizar o trabalhador por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais;

b) Na reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade, salvo nos casos previstos nos artigos 391.º e 392.º

2 - No caso de mera irregularidade fundada em deficiência de procedimento por

omissão das diligências probatórias referidas nos n.os 1 e 3 do artigo 356.º, se forem declarados procedentes os motivos justificativos invocados para o despedimento, o trabalhador tem apenas direito a indemnização correspondente a metade do valor que resultaria da aplicação do n.º 1 do artigo 391.º

3 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º 1.

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

- Lei n.º 23/2012, de 25/06

Consultar versões anteriores deste artigo:

-1ª versão: Lei n.º 7/2009, de 12/02

Artigo 390.º

Compensação em caso de despedimento ilícito

1 - Sem prejuízo da indemnização prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo anterior, o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixar de auferir desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que declare a ilicitude do despedimento.

2 - Às retribuições referidas no número anterior deduzem-se:

- a) As importâncias que o trabalhador aufera com a cessação do contrato e que não receberia se não fosse o despedimento;
- b) A retribuição relativa ao período decorrido desde o despedimento até 30 dias antes da propositura da acção, se esta não for proposta nos 30 dias subsequentes ao despedimento;
- c) O subsídio de desemprego atribuído ao trabalhador no período referido no n.º 1, devendo o empregador entregar essa quantia à segurança social.

Artigo 391.º

Indemnização em substituição de reintegração a pedido do trabalhador

1 - Em substituição da reintegração, o trabalhador pode optar por uma indemnização, até ao termo da discussão em audiência final de julgamento, cabendo ao tribunal determinar o seu montante, entre 15 e 45 dias de retribuição

base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, atendendo ao valor da retribuição e ao grau de ilicitude decorrente da ordenação estabelecida no artigo 381.º

2 - Para efeitos do número anterior, o tribunal deve atender ao tempo decorrido desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão judicial.

3 - A indemnização prevista no n.º 1 não pode ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades.

Artigo 392.º

Indemnização em substituição de reintegração a pedido do empregador

1 - Em caso de microempresa ou de trabalhador que ocupe cargo de administração ou de direcção, o empregador pode requerer ao tribunal que exclua a reintegração, com fundamento em factos e circunstâncias que tornem o regresso do trabalhador gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa.

2 - O disposto no número anterior não se aplica sempre que a ilicitude do despedimento se fundar em motivo político, ideológico, étnico ou religioso, ainda que com invocação de motivo diverso, ou quando o fundamento da oposição à reintegração for culposamente criado pelo empregador.

3 - Caso o tribunal exclua a reintegração, o trabalhador tem direito a indemnização, determinada pelo tribunal entre 30 e 60 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, nos termos estabelecidos nos n.os 1 e 2 do artigo anterior, não podendo ser inferior ao valor correspondente a seis meses de retribuição base e diuturnidades.

ANEXO 3

CONVENÇÃO 158 DA OIT

CONVENÇÃO SOBRE TÉRMINO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR INICIATIVA DO EMPREGADOR

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho: Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua sexagésima oitava sessão;

Tendo tomado nota das normas internacionais contidas na Recomendação sobre o Término da Relação do Trabalho, 1963;

Tendo tomado nota de que desde a adoção da Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1963, foram registradas importantes novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange;

Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como consequência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em um grande número de países;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da Reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma convenção, adota, na data de 22 de junho de mil novecentos e oitenta e dois, a presente convenção que poderá ser citada como a 'Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982':

PARTE I MÉTODOS DE APLICAÇÃO, ÁREA DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Art. 1 — Dever-se-á dar efeito às disposições da presente convenção através da legislação nacional, exceto na medida em que essas disposições sejam aplicadas

por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou sentenças judiciais, ou de qualquer outra forma de acordo com a prática nacional.

Art. 2 —

1. A presente convenção aplica-se a todas as áreas de atividade econômica e a todas as pessoas empregadas.

2. Todo Membro poderá excluir da totalidade ou de algumas das disposições da presente convenção as seguintes categorias de pessoas empregadas:

a) os trabalhadores de um contrato de trabalho de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa;

b) os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que, em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável;

c) os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.

3. Deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista nesta convenção.

4. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente convenção, ou de algumas de suas disposições, certas categorias de pessoas empregadas, cujas condições de emprego forem regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nesta convenção.

5. Na medida que for necessário, e com a prévia consulta das organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, quando tais organizações existirem, a autoridade competente ou o organismo apropriado de cada país poderá tomar medidas para excluir da aplicação da presente convenção ou de algumas de suas disposições, outras categorias limitadas de pessoas empregadas, a cujo respeito apresentam-se problemas especiais que assumam certa importância, levando em

consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados ou a dimensão ou a natureza da empresa que os emprega.

6. Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá enumerar, no primeiro relatório sobre a aplicação da Convenção que submeter em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, as categorias que tiverem sido excluídas em virtude dos parágrafos 4 e 5 do presente artigo, explicando os motivos para essa exclusão, e deverá indicar nos relatórios subseqüentes a situação da sua legislação e prática com relação às categorias excluídas e a medida em que é aplicada ou tenciona aplicar a Convenção a essas categorias.

Art. 3 — Para os efeitos da presente Convenção as expressões ‘término’ e ‘término da relação de trabalho’ significam término da relação de trabalho por iniciativa do empregador.

PARTE II NORMAS DE APLICAÇÃO GERAL

Seção A Justificação do término

Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Art. 5 — Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Art. 6 —

1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

Seção B Procedimentos prévios ao término e por ocasião do mesmo

Art. 7 — Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivo relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.

Seção C Recurso contra o término

Art. 8 —

1. O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.

2. Se uma autoridade competente tiver autorizado o término, a aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá variar em conformidade com a legislação e a prática nacionais.

3. Poder-se-á considerar que o trabalhador renunciou a seu direito de recorrer contra o término de sua relação de trabalho se não tiver exercido tal direito dentro de um prazo razoável após o término.

Art. 9 —

1. Os organismos mencionados no artigo 8º da presente Convenção estarão habilitados para examinarem as causas alegadas para justificar o término da relação de trabalho e todas as demais circunstâncias relacionadas com o caso e para se pronunciar sobre o término ser ou não justificado.

2. A fim do trabalhador não estar obrigado a assumir por si só o peso da prova de que seu término foi injustificado, os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção deverão prever uma ou outra das seguintes possibilidades, ou ambas:

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

b) os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para decidir acerca das causa alegadas para justificar o término, levando em conta as provas apresentadas pelas partes e em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação e as práticas nacionais.

3. Nos casos em que forem alegadas, para o término da relação de trabalho, razões baseadas em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção estarão habilitados para verificar se o término foi devido realmente a essas razões, mas a medida em que esses organismos estarão habilitados também para decidirem se tais razões seriam suficientes para justificar o término deverá ser determinada pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 desta Convenção.

Art. 10 — Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Seção D Prazo de aviso prévio

Art. 11 — O trabalhador cuja relação de trabalho estiver para ser dada por terminada terá direito a um prazo de aviso prévio razoável ou, em lugar disso, a uma indenização, a não ser que o mesmo seja culpado de uma falta grave de tal natureza que seria irrazoável pedir ao empregador que continuasse a empregá-lo durante o prazo do aviso prévio.

Seção E Indenização por término de serviços e outras medidas de proteção dos rendimentos

Art. 12 —

1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, todo trabalhador cuja relação de trabalho tiver sido terminada terá direito:

a) a uma indenização por término de serviços ou a outras compensações análogas, cuja importância será fixada em função, entre outras coisas, do tempo de serviço e do montante do salário, pagáveis diretamente pelo empregador ou por um fundo constituído através de cotizações dos empregadores; ou

b) a benefícios do seguro desemprego, de um sistema de assistência aos desempregados ou de outras formas de previdência social, tais como benefícios por velhice ou por invalidez, sob as condições normais às quais esses benefícios estão sujeitos; ou c) a uma combinação de tais indenizações ou benefícios.

2. Quando o trabalhador não reunir as condições de qualificação para ter direito aos benefícios de um seguro desemprego ou de assistência aos desempregados em virtude de um sistema de alcance geral, não será exigível o pagamento das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a, do presente artigo, pelo único fato do trabalhador não receber benefícios de desemprego em virtude do item b do parágrafo mencionado.

3. No caso de término devido à falta grave, poder-se-á prever a perda do direito a desfrutar das indenizações ou benefícios mencionados no parágrafo 1, item a, do presente artigo pelos métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

PARTE III

Disposições Complementares sobre o Término da Relação de Trabalho por Motivos Econômicos, Tecnológicos, Estruturais ou Análogos

Seção A Consulta aos representantes dos trabalhadores

Art. 13 — 1. Quando o empregador prever terminos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos;

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

2. A aplicação do parágrafo 1 do presente artigo poderá ser limitada, mediante os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção, àqueles casos em que o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total do pessoal.

3. Para os efeitos do presente artigo, a expressão 'representantes dos trabalhadores interessados' aplica-se aos representantes dos trabalhadores reconhecidos como tais pela legislação ou as práticas nacionais, em conformidade com a Convenção sobre os representantes dos trabalhadores, 1971.

Seção B Notificação à autoridade competente

Art. 14 — 1. Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever términos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos términos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses términos.

2. A legislação nacional poderá limitar a aplicabilidade do parágrafo 1 do presente artigo àqueles casos nos quais o número de trabalhadores, cuja relação de trabalho tiver previsão de ser terminada, for pelo menos igual a uma cifra ou uma porcentagem determinadas do total de pessoal.

3. O empregador notificará às autoridades competentes os términos referidos no parágrafo 1 do presente artigo com um prazo mínimo de antecedência da data em que seriam efetuados os términos, prazo que será especificado pela legislação nacional.

PARTE IV Disposições finais

Art. 15 — As ratificações formais da presente Convenção serão transmitidas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Art. 16 —

1. A presente Convenção obrigará somente os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Entrará em vigor doze meses após serem registradas pelo Diretor-Geral, as ratificações por parte de dois Membros.

3. Posteriormente esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após a data de registro de sua ratificação.

Art. 17 — 1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da vigência da Convenção, por meio de um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após haver sido registrada.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e que no prazo de um ano após o termo do período de dez anos, mencionado no parágrafo precedente, não houver feito uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, ficará ligado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao termo de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Art. 18 —

1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as

ratificações, declarações e denúncias que lhe forem transmitidas pelos Membros da Organização.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tenha sido transmitida, o Diretor-Geral chamará a atenção dos Membros da Organização para a data na qual a presente Convenção entrará em vigor.

Art. 19 — O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho transmitirá ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fins de registro de acordo com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações, declarações, e atos de denúncia que tenha registrado de acordo com os artigos precedentes.

Art. 20 — Ao termo de cada período de dez anos, contados da entrada em vigor da presente Convenção, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá da conveniência de ser inscrita na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Art. 21 —

1. Caso a Conferência adotar uma nova Convenção que implique revisão total ou parcial da presente Convenção e a menos que a nova Convenção não disponha de outro modo:

a) a ratificação, por parte de um Membro, da nova Convenção revista acarretará de pleno direito, não obstante o artigo 16 acima, denúncia imediata da presente Convenção desde que a nova Convenção revista tenha entrado em vigor;

b) a partir da data da entrada em vigor da nova Convenção revista, a presente Convenção cessará de estar aberta à ratificação por parte dos Membros.

2. A presente Convenção permanecerá, entretanto, em vigor na sua forma e teor para os Membros que a houverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Art. 22 — As versões francesa e inglesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas."